

**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.: 91 111 40 00. Fax: 91 111 42 60

# ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

NUEVA ÉPOCA  
TOMO XXIX  
2013

MINISTERIO DE JUSTICIA  
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA  
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2013

<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): 007-13-064-9  
NIPO (M.º de Justicia): 051-13-004-2  
Depósito Legal: M-11151-1958

---

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

## PRESENTACIÓN DEL ANUARIO 2013

El volumen XXIX (Nueva Época) del *Anuario de Filosofía del Derecho* correspondiente al año 2013 contiene, en su primer apartado, las ponencias del congreso dedicado a *Principia Iuris* de Luigi Ferrajoli que tuvo lugar los días 25 y 26 de abril de 2012 en la Universidad de Valencia. Los artículos abordan críticamente algunos de los aspectos más sustantivos y desafiantes de los tres volúmenes de la obra del profesor italiano: teoría del derecho, teoría de la democracia y la sintaxis del derecho. Participan en este debate Perfecto Andrés Ibáñez cuyo artículo trata sobre Jurisdicción y Estado constitucional en Luigi Ferrajoli. Francisco Javier Ansuátegui escribe sobre los derechos fundamentales en *Principia Iuris* o los límites de la Teoría del Derecho. Juan Carlos Bayón, el constitucionalismo en la esfera pública global. Javier de Lucas reflexiona sobre el concepto y el contexto de la ciudadanía. Marina Gascón Abellán sobre el sentido de la teoría. Massimo La Torre se interroga sobre el punto de vista interno en la teoría del derecho. José Juan Moreso propone un texto titulado *Ethica more iuridico incorporat*. Alfonso Ruíz Miguel analiza la concepción de la democracia de Ferrajoli. Juan Ruiz Manero escribe sobre manifestaciones de unilateralismo en la obra de Luigi Ferrajoli. Josep M. Vilajosana contribuye con un texto sobre actos y normas. Estas reflexiones dan lugar a un debate enriquecedor que tendrá su continuación con una respuesta del profesor Ferrajoli de próxima publicación en el volumen del Anuario de 2014.

En la sección «Estudios» podemos encontrar artículos que forman parte del amplio abanico de cuestiones que pueden ser objeto de análisis desde la Teoría y la Filosofía del Derecho y que, en este número, son muy extensas. Estudios sobre la historia del pensamiento jurídico, filosofía analítica, teoría de la argumentación jurídica, filosofía y teoría política. Contribuyen en esta sección Ignacio Ara Pinilla, Federico Arcos Ramírez, Roger Campione, Rafael Escudero Alday, Ana Garriga, José Justo Mejías, Fernando Llano Alonso, Gema Marcilla, José

Carlos Muínelo, Rafael Vegas y David Vila. Esta sección de la revista es expresión de la pluralidad de temas y enfoques que la Filosofía del Derecho como reflexión metajurídica puede acoger, siempre que sea capaz de proporcionar un punto de vista reflexivo y crítico, analíticamente riguroso, epistemológicamente adecuado.

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

El *Anuario de Filosofía del Derecho* también se hace eco de acontecimientos que los miembros de la SEFJP comparten a través de este medio como ocurre con el Congreso Internacional III Centenario de Jean-Jacques Rousseau (1712-2012) que tuvo lugar en Murcia del 17 al 19 de octubre de 2012.

Finalmente, la sección necrológica quiere ser un homenaje a dos profesores que han marcado con sus trayectorias la Filosofía del Derecho española de una época decisiva para una filosofía jurídica en transformación. El profesor Gregorio Peces Barba y el profesor Nicolás María López Calera.

Una vez más queremos que esta breve presentación sea también una invitación a participar en esta publicación. El propósito del consejo de edición y del consejo asesor no es otro que hacer del Anuario un espacio donde se publiquen buenos trabajos de filosofía del derecho. Frente a opciones más generalistas, la nuestra es una revista especializada y aun cuando la extensión e intensidad de la filosofía jurídica es grande, compartimos toda una serie de presupuestos que nos permiten comprender y debatir sobre una gama muy amplia de posiciones. Debates que tienen algunos foros de discusión privilegiados, como son las revistas académicas.

MARÍA JOSÉ AÑÓN  
Directora del *Anuario*

## SUMARIO

	Pág.
<b>PRESENTACIÓN:</b> MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG (Directora del <i>Anuario</i> ).	5
<b>I. MONOGRÁFICO: Congreso «Principia iuris» de Luigi Ferrajoli. (Universitat de València, 25 al 26 de abril de 2012.)</b>	
ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (Magistrado del Tribunal Supremo): <i>Jurisdicción y Estado constitucional</i> en Luigi Ferrajoli .....	13
ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier (Universidad Carlos III de Madrid): <i>Los derechos fundamentales en Principia Iuris o los límites de la Teoría del Derecho</i> ....	35
BAYÓN, Juan Carlos (Universidad Autónoma de Madrid): <i>El constitucionalismo en la esfera pública global</i> .....	57
DE LUCAS MARTÍN, Javier (Universitat de València): <i>Ciudadanía: concepto y contexto. Algunas observaciones desde Principia iuris</i> de L. Ferrajoli .....	101
GASCÓN ABELLÁN, Marina (Universidad de Castilla-La Mancha): <i>¿Para qué sirve la teoría?</i> .....	125
LA TORRE, Massimo (Università Magna Graecia di Catanzaro): <i>Teoria del diritto e punto di vista interno. Sviluppi e ripensamenti</i> .....	141
MORESO, José Juan (Universitat Pompeu Fabra): <i>Ethica more iuridico incorporata: Luigi Ferrajoli</i> .....	161
RUIZ MANERO, Juan (Universidad de Alicante): <i>Cuatro manifestaciones de unilateralismo</i> en la obra de Luigi Ferrajoli .....	181
RUIZ MIGUEL, Alfonso (Universidad Autónoma de Madrid): <i>Ferrajoli y la democracia</i> .....	193
VILAJOSANA, Josep M. (Universitat Pompeu Fabra): <i>Sobre actos y normas</i> .....	215

## II. ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

ARA PINILLA, Ignacio (Universidad La Laguna): <i>El resquicio argumental del voto obligatorio</i> .....	235
ARCOS RAMÍREZ, Federico (Universidad de Almería): <i>El cosmopolitismo con adjetivos: las alternativas sentimental y dialógica al globalismo liberal</i> .....	255
CAMPIONE, Roger (Universidad Pública de Navarra): <i>Razonamiento judicial y razonamiento legislativo a partir del caso Englaro</i> .....	291
ESCUADERO ALDAY, Rafael (Universidad Carlos III de Madrid): <i>Jaque a la Transición: análisis del proceso de recuperación de la memoria histórica</i> .....	319
GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana (Universidad de Vigo): <i>El sistema de normas e interconexión de sistemas jurídicos: la incidencia del derecho comunitario en el sistema de fuentes interno</i> .....	341
LLANO ALONSO, Fernando H. (Universidad de Sevilla): <i>El derecho al desarrollo en el sistema de derechos humanos: entre los derechos de la personalidad y la actividad del Estado</i> .....	367
MARCILLA CÓRDOBA, Gema M. (Universidad de Castilla-La Mancha): <i>Algunas reflexiones sobre los presupuestos metateóricos de «Principia iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia»</i> .....	397
MEGÍAS QUIRÓS, José Justo (Universidad de Cádiz): <i>Publicidad y prostitución</i> .....	425
MUINELO COBO, José Carlos (UNED): <i>La unidad analógica del término derecho en Aristóteles</i> .....	443
VEGA PASQUÍN, Rafael (Universidad Pontificia de Comillas): <i>Apuntes sobre el pensamiento de Spinoza: las dialécticas políticas y jurídicas</i> .....	467
VILA VIÑAS, David (Universidad de Zaragoza): <i>El pensamiento jurídico de los «Estudios de Gubernamentalidad». Los desarrollos post-foucaultianos acerca del funcionamiento del poder desde una perspectiva jurídica</i> ..	493

## III. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

BELLOSO MARTÍN, Nuria, y DE JULIOS CAMPUZANO, Alfonso (coords.): <i>El retorno a la sociedad civil. Democracia, ciudadanía y pluralismo en el siglo XII</i> , Instituto internacional de Sociología jurídica de Oñati-Dykinson, Madrid, 2011, 304 pp. (Helena Nadal Sánchez. Universidad de Burgos) .....	517
---	-----



	Pág.
CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco: <i>La crisis del Estado en la Edad Posmoderna</i> , Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, 306 pp. (José Justo Megías Quirós, Universidad de Cádiz) .....	524
CARRIO SAMPEDRO, Alberto: <i>Valor de ley. Un análisis de la validez de la ley en la democracia constitucional</i> , Congreso de los Diputados, Madrid, 2012, 208 pp. (Rafael Ramis Barceló. Universitat de les Illes Balears) .....	528
FERRAJOLI, Luigi, y RUIZ MANERO, Juan: <i>Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación</i> , Trotta, Madrid, 2012, 160 pp. (José A. García Sáez. Universitat de València) .....	531
LÓPEZ HERNÁNDEZ, José: <i>Lenguaje, normas y sistema jurídico</i> , Tecnos, Madrid, 2012, 307 pp. (Fernando Navarro Aznar. Universidad de Murcia) .....	537
MARCOS DEL CANO, Ana María (Coordinadora): <i>Bioética y derechos humanos</i> , Universidad Nacional de Educación a Distancia, Ciencias sociales y jurídicas, Madrid, 2011, 387 pp. (Ana Ylenia Guerra Vaquero. UNED) .....	540
PÉREZ TRIVIÑO, José Luis: <i>Ética y deporte</i> . Desclee de Brouwer, Colección Ética aplicada, Bilbao, Año 2011, 212 pp. (Raúl Sebastián. Universitat de València) .....	545
STOLLEIS, Michael: <i>Sozialistische Gesetzlichkeit. Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in der DDR</i> , C. H. Beck, 2009, 173 pp. (Federico Fernández-Crehuet López, Universidad de Granada) .....	547
WENDEL, Bradley: <i>Lawyers and Fidelity to Law</i> , Princeton University Press, Princeton, 2010, 286 pp. (César Arjona Sebastián. Universitat Ramon Llull) .....	551

#### IV. NOTICIAS

Congreso Internacional III Centenario de Jean-Jacques Rousseau (1712-2012) Murcia, 17, 18 y 19 de octubre de 2012. (José López Hernández. Universidad de Murcia) .....	561
--	-----

#### V. NECROLÓGICAS

Sobre Gregorio Peces-Barba. (Rafael de Asis Roig. Universidad Carlos III de Madrid) .....	565
Nicolás María López Calera. (Andrés Ollero Tassara. Universidad Rey Juan Carlos) .....	569



**I**

**MONOGRÁFICO:  
CONGRESO «PRINCIPIA IURIS»  
DE LUIGI FERRAJOLI**

(Universitat de València, 25 al 26 de abril de 2012)



# Jurisdicción y Estado Constitucional en Luigi Ferrajoli

Por PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ  
Magistrado del Tribunal Supremo

## RESUMEN

*A partir de la peripecia biográfica de Luigi Ferrajoli como jurista, se indaga sobre su modo de entender la jurisdicción en el estado constitucional. Una aproximación al tema nutrida de la rica experiencia del autor (magistrado durante ocho años e implicado en Magistratura Democrática durante más de cuarenta), y de su reflexión como teórico del derecho. El fruto es una concepción que combina la demanda de atribución a aquella instancia de todo el espacio que realmente le corresponde en un desarrollo coherente de ese modelo de estado, con la apuesta por un exigente tipo de juez, ética, jurídica y culturalmente a la altura de ese relevante papel.*

Palabras clave: *Magistratura Democrática, Derechos fundamentales, Instituciones de garantía, Juez, Garantía jurisdiccional.*

## ABSTRACT

*From Luigi's Ferrajoli biography as a jurist, the article asks about his understanding of the jurisdiction in a Constitutional state. It is an approach to this issue nurtured for the rich experience of the author (judge for eight years and involved in Democratic Judiciary for over forty years), and about its reflection as legal theorist. The result is a design that combines the demand for that instance allocation to all the space (that really belongs) in a coherent development of the state model, with the ethical, legal and cultural commitment of the judge for that relevant paper.*

Key words: *Democratic Judiciary, Fundamental Rights, guarantee institutions, judge, court Guarantee.*

**SUMARIO:** 1. «COCINERO ANTES QUE FRAILE».—2. UNA MIRADA INTERNA/EXTERNA.—3. INSTITUCIÓN DE GARANTÍA.—4. INDEPENDENCIA PARA.—5. UN MODELO EXIGENTE...—6. ...Y PRACTICABLE.—7. UNA GARANTÍA INSUFICIENTE CUANDO LA ILEGALIDAD ES UN DATO ESTRUCTURAL.

## 1. «COCINERO ANTES QUE FRAILE»

Tratándose de Luigi Ferrajoli y de su relación con los asuntos de la jurisdicción, puede muy bien decirse, en uso de la conocida expresión coloquial, que «ha sido cocinero antes que fraile». Ya que, en efecto, previamente a decantarse por la docencia universitaria y la investigación iusfilosófica, y aun sin desligarse del todo de los temas propios de esta que ya le ocupaban desde el final de la licenciatura, ejerció durante años como profesional de la administración de justicia, en calidad de pretore, en la ciudad toscana de Prato<sup>1</sup>. Pero, apurando la metáfora y sin traicionar su sentido, cabe afirmar que, en su caso, el hecho colgar la toga no supuso nunca perder de vista o dar la espalda a las cuestiones, siempre de alta densidad problemática, tópicamente simbolizados por este indumento. Así, lo cierto es que persistió en ambas dedicaciones, de modo que, es posible decir, Ferrajoli, aun «siendo fraile», no ha dejado nunca de «practicar la cocina» con una cierta asiduidad y notable fortuna. De ello dan fe sus primeros espléndidos trabajos críticos sobre el modelo judicial here-

---

<sup>1</sup> Luigi Ferrajoli fue *pretore* en Prato desde 1967 a 1975. De lo que supuso para él la dedicación de esos años, ha dicho: «Creo que esa experiencia judicial fue decisiva en mi formación: porque me condujo, desde los cielos de la lógica y de la teoría, a poner los pies en la tierra, y porque me hizo experimentar los caracteres clasistas de nuestra justicia y la distancia, por ausencia o debilidad de las adecuadas garantías, entre el deber ser constitucional del derecho y su ser efectivo, todavía infectado por la vieja legislación fascista» (en L. FERRAJOLI y J. RUIZ MANERO, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Trotta, Madrid, 2012, pp. 15-16). Para algunas referencias a esta etapa de nuestro autor, cfr. P. ANDRÉS IBÁÑEZ, «Luigi Ferrajoli. Los derechos rigurosamente en serio», en *Nexos*, junio de 2008, pp. 39 ss.; ahora en P. ANDRÉS IBÁÑEZ, *Cultura constitucional de la jurisdicción*, con prólogo de G. M. GALLEGU GARCÍA, Siglo del Hombre-EAFIT, Bogotá, 2011, pp. 135 ss.

dado<sup>2</sup> y sobre el papel del juez en la interpretación<sup>3</sup>; los muchos otros producidos a lo largo de los años, con frecuencia al hilo de la reflexión estimulada por Magistratura Democrática<sup>4</sup>; la excepcional teoría crítica de la jurisdicción contenida en *Derecho y razón*<sup>5</sup>; y la, ciertamente, rica e innovadora caracterización de la misma, como articulación esencial del estado constitucional, alumbrada ahora en *Principia iuris*<sup>6</sup>.

Lo apuntado hace patente que, en la materia que nos ocupa, el primer Luigi Ferrajoli fue ya autor de una obra de muy notable calidad y largo recorrido, hecha de la más rica reflexión teórica y también de experiencia, dos perspectivas que raramente coinciden. Una reflexión que enseguida ampliaría su objeto al campo del proceso penal como espacio de poder, en el marco del estado como aparato.

*Derecho y razón* ilustra muy bien sobre la calidad del desarrollo de semejante *iter*, que tuvo una primera interesantísima etapa en las voces redactadas por nuestro autor para el *Dizionario critico del diritto*<sup>7</sup>, reveladoras de la presencia inequívoca del ilustrado, que siguiendo en su proyección intelectual un itinerario con precursores tan preclaros como Beccaria, Filangieri y Pagano, siente la necesidad de hacer un primer *ajuste de cuentas* con el sistema penal. No en vano desasosegante lugar de encuentro del ciudadano de a pie con el poder estatal, producido de la forma más intensa y de mayor recurrencia estadística.

<sup>2</sup> Al respecto, pueden verse *Por una reforma democrática del ordenamiento judicial* (1973); *Posición institucional y función de la magistratura en el sistema político italiano* (1973); y con Salvatore SENESE y Vincenzo ACCATATIS, *Por una «Magistratura Democrática»*, ahora en P. ANDRÉS IBÁÑEZ (ed.), *Política y justicia en el estado capitalista*, Fontanella, Barcelona, 1978.

<sup>3</sup> Me refiero a *Magistratura Democrática e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, en P. Barcellona (ed.), *L'uso alternativo del diritto. I. Scienza giuridica e analisi marxista*, Laterza, Roma-Bari, 1973, pp. 105 ss. (también incluido en P. ANDRÉS IBÁÑEZ (ed.), *Política y justicia*, cit., pp. 197 ss.).

<sup>4</sup> De entre los múltiples trabajos que cabría citar, subrayo: *Per una storia delle idee di Magistratura Democrática*, en Nello ROSSI (ed.), *Giudici e democrazia. La magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, Franco Angeli, Milano, 1994, pp. 55 ss.; y «Giurisdizione e democrazia», en *Democrazia e diritto*, núm. 1/1997, pp. 285 ss.

<sup>5</sup> Cfr., L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. ANDRÉS IBÁÑEZ, J. C. BAYÓN, R. CANTARERO, A. RUIZ MIGUEL, J. TERRADILLOS BASOCO, Trotta, Madrid, 10.ª edición, 2012, en particular los capítulos dedicados al problema, los límites y la decidibilidad de la verdad procesal (pp. 45 ss.) y el titulado «¿Cómo juzgar? Las garantías procesales», pp. 603 ss. Más recientemente, también en *Costituzionalismo e giurisdizione*, en «Questione giustizia», núm. 3/2012, pp. 7 ss.

<sup>6</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. I. Teoría del derecho. II. Teoría de la democracia*, trad. de P. ANDRÉS IBÁÑEZ, J. C. BAYÓN, M. GASCÓN ABELLÁN, L. PRIETO SANCHÍS y A. RUIZ MIGUEL, Trotta, Madrid, 2011. Cfr., en particular, vol. I, pp. 816 ss., 824 ss. y 831 ss.; y vol. II, pp. 196 ss., 207 ss.

<sup>7</sup> C. DONATI (ed.), *Dizionario critico del diritto*, Savelli editore, Milano, 1980. Me refiero a las voces: «Misure cautelari di polizia», «Misure di prevenzione», «Misure di pubblica sicurezza», «Pena (principi teorici)», «Pena (profili reali)», «Processo penale (profili teorici)», «Processo penale (profili reali)», «Reato (principi teorici)», «Reato profili reali», «Sanzione», «Sospetto (reati di)».

El responsable de la desoladora historia de errores y horrores<sup>8</sup> que ha llegado hasta nosotros y que, en medida nada desdeñable, a pesar de esfuerzos tan granados como el de Ferrajoli, persiste en sus constantes. Tanto que, según he escrito en otra parte, no ha dejado de *dar trabajo* al autor del memorable «*libriccino*»<sup>9</sup>.

Si hubiera que caracterizar en pocas palabras la naturaleza del esfuerzo de Ferrajoli, en lo que aquí interesa, diría que se distingue, esencialmente, por un sólido y radical anclaje en los principios, de los que parte siempre con desarrollos de ejemplar coherencia, connotados regularmente por la audacia en el planteamiento. Esta última es una constante que ilustraré con dos ejemplos bien expresivos: tanto al tratar de la terrible institución que es la prisión provisional<sup>10</sup>, como cuando se ocupa del papel del juez como garante de los derechos frente a otras instancias de poder<sup>11</sup>, asuntos-test en los que los autores acostumbra a derrochar altas dosis, más o menos explícitas, de *realpolitik*, las propuestas de Ferrajoli se mueven, en cambio, de manera exclusiva conforme a esa orientación de transparente y esencial principialismo constitucional. De este modo, el recurso a la formalización lógica, que en otro podría responder a una evasión en la *taxonomía*, a un prurito clasificatorio sin más, en él expresa y traduce una tensión de doble vertiente, esto es, de rigor conceptual y de *impegno* ético y cívico.

---

<sup>8</sup> «Si la historia de las penas es una historia de horrores, la historia de los juicios es una historia de errores», ha escrito plásticamente Ferrajoli (en *Derecho y razón*, cit., p. 603).

<sup>9</sup> Es la expresión hecha famosa por A. MANZONI para referirse al libro de Beccaria (en *Storia della colonna infame*, ed. de C. RICCARDI, prólogo de G. VIGORELLI, en *Edizione Nazionale ed Europea delle Opere di Alessandro Manzoni*, XII, Centro Nazionale Studi Manzoni, Milano, 2002, p. 55; hay trad. esp. de E. GALLEGU, *Historia de la columna infame*, con nota de L. SCIASCIA, Alianza, Madrid, 1987; también de E. DI FIORI, Bruguera, Barcelona, 1984). Me he referido a ella en Introducción a C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, prefacio de P. Calamandrei, edición bilingüe al cuidado de P. ANDRÉS IBÁÑEZ, Trotta, Madrid, 2011, pp. 10.

<sup>10</sup> Según he escrito en otra parte («Presunción de inocencia y prisión sin condena», ahora en P. ANDRÉS IBÁÑEZ, *En torno a la jurisdicción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, p. 262), «Luigi Ferrajoli es el autor que ha llevado hasta sus últimas consecuencias la crítica de la prisión provisional, como resultado de una profundización de la inconsistencia lógica y también técnico-jurídica de los argumentos habitualmente empleados para su justificación». En efecto, pues frente al punto de vista más general en la doctrina, que se pronuncia por la asunción del problemático instituto por razones pragmáticas, en el mejor de los casos, al precio de alguna mala conciencia, Ferrajoli es de una claridad diamantina: «no solo el abuso, sino ya antes el uso de este instituto es radicalmente ilegítimo y además idóneo para provocar, como enseña la experiencia, el desvanecimiento de todas las demás garantías penales y procesales» (*Derecho y razón*, cit., p. 555).

<sup>11</sup> Para Ferrajoli, el judicial «se configura, respecto a los otros poderes del estado, como un *contra-poder*, en el doble sentido de que tiene encomendados el control de la legalidad, es decir, de validez de los actos legislativos tanto como el de los actos administrativos, y la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a las lesiones que pudieran provenir del estado» (*Derecho y razón*, cit., p. 580).



## 2. UNA MIRADA INTERNA/EXTERNA

Otro rasgo que debe destacarse en Ferrajoli es que su tratamiento de los problemas de la jurisdicción, a diferencia de lo que ocurre en las habituales aproximaciones en clave, por lo común, exclusivamente politológica, opera en una perspectiva dual externa/interna. Esto le permite dar cuenta, de una manera sumamente articulada, de la peculiar inserción del juez como titular de poder –que, siendo parte del estado, «no es propiamente un órgano del estado-aparato»<sup>12</sup>– en el marco de los otros poderes. Pero también, sin pérdida de esta relevante perspectiva, de la particular forma de integración del mismo en el propio contexto institucional; y, en fin, de su específico modo de operar con la legalidad por instrumento<sup>13</sup>, sujeto a un exigente deber ser<sup>14</sup>. De aquí también la eficacia del planteamiento, la productiva interlocución con los jueces que estimula, como consecuencia de que la interpelación les llega, no solo desde fuera, sino también del interior de su misma actividad de jurisdicentes y de parte de alguien que *conoce*, y, que, no solo plantea exigencias sino que brinda útiles *herramientas* de trabajo. Un modo de operar en el que se hace evidente otra productiva dualidad ya aludida, a saber la que consiste en la armónica y funcional combinación de práctica y teoría, aquí en su real unidad/distinción.

Con esta singular dimensión de las aportaciones de Ferrajoli tiene que ver su dilatada, generosa y persistente militancia en Magistratura Democrática<sup>15</sup>. La asociación de la izquierda de la judicatura italiana, nacida en 1964, a la que se debe una de las más ricas, si no la más rica reflexión en clave de cultura de la jurisdicción (en la que es patente la inspiración ferrajoliana); a la que, además, el grupo ha sabido atraer a lo mejor y más vivo del constitucionalismo italiano, a una fructífera interlocución de decenios.

Uno de los hitos más relevantes de esa ya larga historia, especialmente significativo por su carácter auroral, es el representado por la masiva y decisiva participación de Magistratura Democrática en el XII

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> Cfr. al respecto, L. FERRAJOLI, «Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1, 1966, pp. 290 ss.

<sup>14</sup> Que en el estado constitucional es también *deber ser en el derecho*, que asimismo atañe al juez, al que se dirige imperativamente el específico encargo de verificar, antes de aplicarla, la constitucionalidad de la ley misma, esto es, su adecuación al deber ser constitucional (cfr. L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., pp. 357 ss.; y *Principia iuris*, cit., I, pp. 13 ss. y 24 ss.).

<sup>15</sup> Sobre Magistratura Democrática pueden verse: S. PAPPALARDO, *Gli iconoclasti. Magistratura Democrática nel quadro della Associazione Nazionale Magistrati*, Franco Angeli, Milano, 1987; también G. PALOMBARINI y G. VIGLIETTA, *La Costituzione e i diritti. Una storia italiana*, con prólogo de S. RODOTÀ, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011.

Congreso de la Associazione Nazionale Magistrati Italiani<sup>16</sup>, celebrado en Gardone los días 25-28 de septiembre de 1965<sup>17</sup>, cuya primera conclusión fue suscribir el compromiso de incorporar la Constitución como norma al circuito interpretativo<sup>18</sup>; situar el texto fundamental (bloqueado por la magistratura transfascista<sup>19</sup>) en el vértice de la kelseniana pirámide. Tal es, en rigor, lo único denotado por el sintagma «jurisprudencia alternativa»<sup>20</sup>. Alternativa a la jurisprudencia conven-

<sup>16</sup> De esa época vale la pena destacar la apreciación de L. Violante sobre la naturaleza del clima asociativo en la magistratura: «El debate entre las corrientes de la ANM no tuvo por objeto cuestiones de poder. Versó sobre la crítica de la neutralidad del derecho; la contestación de la cultura tradicional de la magistratura; la reconstrucción del papel de esta en el sistema de los poderes constitucionales; la adecuación a la Constitución de los códigos penales y las leyes de policía, procedentes del Veintenio fascista; el reconocimiento de los derechos sociales de los ciudadanos económicamente más débiles; la defensa y el reforzamiento de los valores constitucionales» (en *Magistrati*, Einaudi, Torino, 2009, p. 42).

<sup>17</sup> Generalmente se le conoce y evoca por el nombre de esta ciudad. Sobre él puede verse la ponencia central de S. SENESE, en *Atti del seminario su La magistratura italiana nel sistema politico e nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1978, pp. 46-48; también S. PAPPALARDO, *Gli iconoclasti*, cit., pp. 177 ss.; y G. PALOMBARINI y G. VIGLIETTA, *La Costituzione e i diritti*, cit., pp. 59 ss.

<sup>18</sup> En Gardone se proclamaron como deberes del juez, los siguientes: «1. Aplicar directamente las normas de la Constitución al caso concreto controvertido, cuando ello sea técnicamente posible. 2. Remitir, incluso de oficio, a la Corte Constitucional, para su examen, las leyes que, en el momento interpretativo, no puedan ser reconducidas al dictado constitucional. 3. Interpretar todas las leyes de conformidad con los principios contenidos en la Constitución, que son los nuevos principios fundamentales del ordenamiento jurídico estatal» (cit. por S. SENESE, en *Atti*, cit., p. 47).

<sup>19</sup> Sobre la resistencia militante de la Corte de Casación italiana a aplicar la Constitución de 1948, puede verse ACHILLE BATTAGLIA, *I giudici e la politica*, Laterza, Bari, 1962. En particular el capítulo III, dedicado a «I giudici e la Costituzione», con apartados de título tan expresivos como los siguientes: «La reluctancia de la Casación a la abrogación de las normas legales que contradicen la Constitución: la fatal distinción entre normas programáticas y preceptivas», «El desconocimiento de fundamentales derechos constitucionalmente garantizados en las sentencias de la magistratura», «El complejo intento de sustraer a la Corte Constitucional el control de legitimidad de las leyes fascistas: problema jurídico y aspectos políticos» (pp. 124 ss.). En general, sobre las dificultades de implantación de la nueva legalidad constitucional, cfr., del mismo autor, *Giustizia e politica nella giurisprudenza*, en Varios autores, *Dieci anni dopo 1945-1955. Saggi sulla vita democratica italiana*, Laterza, Bari, 1955, pp. 319 ss. También, en ese volumen, de P. CALAMANDREI, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, en especial los capítulos segundo y tercero, pp. 225 ss. De este último texto existen diversas ediciones, entre ellas, Giuffrè, Milano 2000; y se encuentra en curso de publicación por Tecnos, la edición española, a cargo de P. ANDRÉS IBÁÑEZ.

<sup>20</sup> Aunque la fórmula más difundida es la de «uso alternativo del derecho», con la que Pietro Barcellona tituló la obra citada en nota 3; muy demagógicamente utilizada entre nosotros por la derecha judicial y no judicial y también, en ocasiones, por socialistas en el gobierno. Obviamente, sin ningún argumento serio de sustento, pues lo abstractamente demonizado fue siempre la existencia de supuestos usos instrumentales subversivos de la legalidad, de inspiración izquierdista y poco menos que revolucionaria, francamente imposibles en contextos normativos y jurisdiccionales como el español actual. De ahí lo inespecífico de la denuncia, carente de la más mínima concreción. Curiosamente, han pasado y siguen pasando sin reproche los, estos sí, *usos*

cional, promovida por la Corte de Casación, claro exponente de la aludida férrea resistencia a la aplicación del nuevo texto fundamental<sup>21</sup>. Pues lo cierto es que, como han escrito Palombarini y Viglietta, «nadie en Magistratura Democrática teorizó o practicó el derecho libre [... que] era el que se expresaba en la jurisprudencia tradicional, que [esta sí] prescindía de la ley fundamental de la república»<sup>22</sup>. Al respecto, ha escrito, también expresivamente, Ferrajoli: «Magistratura Democrática no contestó nunca, ni siquiera cuando habló de “jurisprudencia alternativa”, la legalidad positiva. Contestó solo el monopolio ideológico de la legitimidad jurídica hasta entonces detentado por la jurisprudencia conservadora, reivindicando la superioridad de las normas constitucionales sobre cualquier otra fuente y vertiendo por vez primera la acusación de ilegitimidad sobre el derecho vigente y sobre las prácticas judiciales dominantes»<sup>23</sup>.

La apuesta de Magistratura Democrática, que tuvo en Ferrajoli uno de sus más caracterizados exponentes es, precisamente esa: reconocer a la Constitución la plenitud de su papel normativo y a la jurisdicción todo lo que, dentro de la misma, es decir, en el modelo de estado que consagra, le corresponde<sup>24</sup>. Como instancia de garantía *erga omnes* desde el derecho, sí, pero frente a la que —en tanto que, a su vez, expresión de poder— el ciudadano debe estar efectivamente garantizado. De hecho, el «*garantismo*» no tardará en ser el lema bajo el que se inscribe y con el que se identifica la actuación del grupo y su proyección jurídico-cultural. Pero me parece necesario subrayar que, en Ferrajoli, el actual significado de esa etiqueta no es el mismo que la acompañó en su entrada en la escena, en *los años de plomo*, porque a lo largo de un cuar-

---

*retro*-alternativos del derecho, verdaderas relecturas a la baja, cuando no derogatorias, de la Constitución e incluso de la ley ordinaria. Con ejemplos paradigmáticos en alta jurisprudencia de estos años, como la que se expresa, por ejemplo, en la rehabilitación probatoria del atestado policial o en la llamada «doctrina Parot», recientemente descalificada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sobre esa actitud de un sector de la judicatura he discurrido en *¿Desmemoria o impostura? Un torpe uso del «uso alternativo del derecho»*, en «Jueces para la Democracia. Información y debate», núm. 55, marzo/2006, pp. 8 ss.; ahora en *Cultura constitucional de la jurisdicción*, cit., pp. 279 ss.

<sup>21</sup> En consonancia con la actitud sabotadora del mismo exhibida por el partido democristiano, que hasta la instauración, bien a su pesar, de la Corte Constitucional, pudo gobernar con las leyes liberticidas del fascismo.

<sup>22</sup> G. PALOMBARINI y G. VIGLIETTA, *La Costituzione e i diritti*, cit., p. 104.

<sup>23</sup> *Per una storia delle idee*, cit., p. 66.

<sup>24</sup> Lo expresó muy bien Marco Ramat, durante muchos años secretario general de Magistratura Democrática: «Los magistrados “revolucionarios” son precisamente los que más a menudo remiten las leyes a la Corte Constitucional y tratan de aplicarlas según el espíritu y los valores de la Constitución. [...] En Italia se necesita poco para ser revolucionarios. Basta criticar el orden jurídico *vigente en contradicción con la Constitución*. En este sentido somos revolucionarios, como lo es la Constitución» (en *Un fosso di quattrocento anni*, «Il Ponte», núm. 1, 1971; ahora en M. RAMAT (ed.), *Storia di un magistrato. Materiali per una storia di Magistratura Democrática*, Manifestolibri, Roma, 1986, pp. 117 ss., la cita corresponde a p. 122).

to de siglo, la adoptada, un tanto intuitivamente, como una especie de consigna movilizadora para la acción, ha pasado a dar nombre, en su obra, a toda una construcción teórica. En efecto, pues el término fue acogido, sobre todo, para denotar y promover el activo rechazo de la legislación de emergencia y de la atribución por esta a la magistratura de una extraordinaria discrecionalidad en el uso del proceso penal y, en particular, de la prisión provisional, frente al terrorismo<sup>25</sup>; mas lo cierto es que hoy evoca toda una teoría democrática del derecho y de la jurisdicción, que trasciende los límites del sistema penal, y tiene ya un desarrollo bien articulado en la última parte de *Derecho y razón*. Aquí el autor distingue tres proyecciones del concepto, que, en un primer significado «designa un *modelo normativo de derecho*: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de “estricta legalidad”, propio del *estado de derecho*». En la segunda acepción remite a «una *teoría jurídica* de la “validez” y de la “efectividad”, como categorías distintas no solo entre sí sino también respecto de la “existencia” o “vigencia” de las normas». Y en la tercera denota «una *filosofía política* que impone al derecho y al estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos»<sup>26</sup>.

### 3. INSTITUCIÓN DE GARANTÍA

Si hubiera que resumir el sentido de la implicación de Ferrajoli en el tratamiento de la jurisdicción, sobre el que ha vertido una parte relevante de su reflexión, yo hablaría del tránsito de una primera actitud *deconstructiva* y crítica del (anti)modelo heredado de estirpe napoleónica, a otra de *construcción* del modelo del poder judicial en el estado constitucional de derecho, como parte de esa teoría, ya global, del garantismo, que no es sino la elaboración teórica de tal modelo de estado. En efecto pues, en los primeros trabajos en la materia, nuestro autor, partiendo de una valoración incuestionablemente positiva del paso dado por el texto fundamental de 1948 –que «configuró el judicial como un poder constitucional, independiente y desvinculado de los demás poderes, en particular de la tradicional sumisión al ejecutivo; confirió a los magistrados una autonomía y una dignidad que no habían tenido nunca; estableció numerosas garantías para el ejercicio de la actividad judicial»<sup>27</sup>–, denunciaba con un rigor analítico y una

<sup>25</sup> «La expresión “garantismo”, en el sentido estricto de “garantismo penal” nació en la cultura jurídica italiana de los años setenta y ochenta como reacción teórica a la legislación y la jurisdicción de excepción que desde entonces han reducido de distintos modos el ya débil sistema de garantías del debido proceso» (*Principia iuris*, cit., I, p. 187).

<sup>26</sup> *Derecho y razón*, cit., pp. 851-853.

<sup>27</sup> *Posición institucional*, cit., p. 87.

penetración inusuales el marcado *décalage* existente entre esa avanzada línea de principios, y el *statu quo* orgánico de la judicatura italiana del momento, en aspectos significativos<sup>28</sup>. Luego, en especial en *Derecho y razón*, se abrirá paso de manera sistemática la *pars construens*, también merced a un ejercicio teórico de una calidad sin precedentes en el abordaje del asunto, al que luego me referiré.

El planteamiento-marco es impecable, y diría que difícil de objetar (como no sea desde posiciones de la estricta, confesada o, más bien, no, *realpolitik* aludida). Dicho brevemente: el carácter de norma positiva que corresponde a la Constitución, determina su posición de vértice en el ordenamiento, presidido ahora por esa su «dimensión sustancial» que integran los derechos fundamentales. De aquí se sigue la sujeción a la ley de todos los poderes, incluido el ejecutivo en el ejercicio de la política, que deberá también darse, no al margen, como tantas veces ocurre, sino en la rigurosa observancia de aquellos: pues ¿si no para qué? ¿Si no para quién? En ese contexto, el papel del poder judicial como jurisdicción viene impuesto por la necesidad de dotar a los derechos fundamentales, y, en general, al derecho, de una institución de garantía de su efectividad. Esta garantía, por la misma naturaleza del objeto, solo puede prestarse a partir de una posición de independencia respecto de los sujetos cuyo poder podría experimentar las extralimitaciones que se trata de conjurar o reprimir. Porque, en efecto, resulta –también por (las peores) razones de experiencia– inconcebible la sola idea de exclusiva sujeción del juez a la ley, de no concurrir la colocación institucional y el estatuto profesional adecuados que son sus condiciones de posibilidad.

Para referirse al universo de expectativas y de bienes e intereses cuya primera garantía resulta de la configuración constitucional de algunos derechos como fundamentales, Luigi Ferrajoli ha acuñado la categoría de «esfera de lo indecible». Esta puede recordar a la del «territorio inviolable», de Norberto Bobbio o a la del «coto vedado» de Ernesto Garzón Valdés, porque las tres remiten a la idea de limitación de los poderes públicos. Aunque lo cierto es que la construcción de Ferrajoli ofrece algunas diferencias. Porque no es solo una categoría política, sino también jurídica, como propia de la teoría del derecho. Y porque demarca un terreno blindado, mediante prohibiciones, frente a ciertas intervenciones invasivas, también de los poderes privados; y un ámbito de deberes positivos, que se concretan en vínculos impuestos al legislador.

Netamente distinta de esa «esfera de lo indecible» es –en Ferrajoli– la «esfera de lo decible», que es la discrecional, de la política, la propia de las «instituciones de gobierno», frente a la primera que lo es de las «de garantía». Tal distinción de planos, vista con este prisma, lleva al autor a un repensamiento del clásico

---

<sup>28</sup> En el trabajo citado en la nota anterior, y en *Por una reforma democrática*, cit., *passim*.

esquema de Montesquieu, que, en realidad, es un replanteamiento de la esfera pública en su totalidad. En particular, del modo de entender la separación de poderes, para dar cuenta de la complejidad del orden institucional del vigente Estado constitucional en lo relativo a los mecanismos de garantía de todos los órdenes de derechos fundamentales. Algo que no sucedía con la versión histórica del concepto, tributaria de un modelo de Estado mucho más simple, sin apenas otras funciones que las policiales, de orden público y las militares, de defensa.

La concepción de Montesquieu tenía y tiene un indiscutible valor positivo: asegurar la primacía del parlamento y garantizar la independencia judicial. Pero –vista desde hoy– también un aspecto negativo, pues todo lo relativo a la dimensión prestacional del Estado social (por no ser materia legislativa ni judicial) queda en manos de la administración pública, como mera gestión. Sin considerar, escribe Luigi Ferrajoli, que una parte esencial de esas competencias (como las relacionadas con la sanidad, la previsión social y la educación), aun siendo administrativas, tienen que configurarse como funciones de garantía de los correspondientes derechos fundamentales. Porque su ejercicio, al igual que sucede con el de la jurisdicción, consiste en verificar con tendencial objetividad, con imparcialidad, por tanto, la existencia de ciertos datos fácticos, legalmente previstos como presupuesto de aplicación de una norma<sup>29</sup>.

Partiendo de la indicada diversidad de esferas «de lo no decidible» y «de lo decidible», Ferrajoli propone un nuevo diseño del marco de los poderes públicos, conforme a un criterio que es el de la consiguiente diversidad de las fuentes de legitimación de los respectivos cometidos; que lleva a que, a su entender, la separación hoy tenga que ser de las ya aludidas funciones e instituciones de gobierno y funciones e instituciones de garantía, comprendidas las de carácter administrativo, que comparten con la jurisdicción la indicada afinidad de naturaleza.

Las funciones de garantía están fuertemente vinculadas a la ley y a la tutela de los derechos fundamentales. Tanto que, específicamente, la garantía judicial –en la línea de un planteamiento que es el de Kelsen<sup>30</sup>, seguido por Häberle<sup>31</sup>, y que Ferrajoli<sup>32</sup> ha cuestionado

<sup>29</sup> Cfr. *Principia iuris*, cit., I, pp. 822 ss.

<sup>30</sup> Para KELSEN, precisamente, el «concepto de derecho subjetivo es un mero reflejo de una obligación jurídica» (*Teoría pura del derecho*, trad. de R. J. VERNENGO, UNAM, México, 1979, p. 141).

<sup>31</sup> Cfr. *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, pp. 203-204: «La afirmación de la tutela de un derecho fundamental pertenece a su “esencia”». «El aspecto procesal de los derechos fundamentales hace efectivos sus componentes esenciales “de una forma básica”, no como una mera garantía conexas o complementaria [...] el contenido esencial de un derecho fundamental contiene su *status activus processualis*».

<sup>32</sup> Según Ferrajoli, en los sistemas nomodinámicos cada norma debe ser concretamente producida, de tal manera que la proclamación constitucional o legal del derecho lo constituye normativamente como tal, le dota de existencia, le crea como derecho; mas *solo* como derecho, si es que no se produce mediante otro acto norma-

con implacable rigor y con eficacia– ha sido considerada parte integrante del mismo núcleo esencial de aquellos. Las funciones de garantía se distinguen también por ser «antimayoritarias», en el sentido de que han sido instituidas para asegurar los derechos fundamentales de todos, mediante la aplicación sustancial de las normas, una vez constatada la concurrencia efectiva de los presupuestos, conforme a un criterio de veracidad y sin atender a ninguna otra consideración, de oportunidad, por ejemplo. Esto las hace también democráticas, si bien de un modo distinto del convencional en sentido político, pues lo son por referirse «al pueblo entero, no ya como representación de su mayoría, sino como conjunto de todas las personas que lo componen»<sup>33</sup>.

La judicial es la función de garantía de derechos por antonomasia, en cuanto su cometido institucional se concreta en la identificación de supuestos de hecho legalmente previstos, para la aplicación sustancial a los mismos de normas sustantivas. De aquí la sujeción *solo* a la ley. Como poder, sí, pero *poder de garantía*, que debe estar, a su vez, *rigurosamente garantizado* –ser limpiamente e intensamente legal– en su ejercicio, que, de otro modo, podría experimentar desviaciones prevaricadoras. De aquí el específico régimen constitucional de garantías del poder judicial, y la disciplina asimismo constitucional del proceso: del penal en particular, por la calidad y sensibilidad de los valores en juego. Y *en riesgo*. A lo que se debe que el principio de legalidad, el genérico imperativo de sometimiento al imperio de la ley, lo sea aquí de taxatividad o «estricta legalidad»<sup>34</sup>; con coherente prolongación en el de «estricta jurisdiccionalidad»<sup>35</sup>. Lo que implica una fuerte exigencia de rigor técnico en la formulación de las previsiones legales y otra no menos constrictiva en el uso judicial de la semántica del lenguaje legal, a fin de asegurar la precisión en las denotaciones fácticas, y de evitar el siempre posible desbordamiento en sede judicial de los límites marcados por el lenguaje del legislador.

---

tivo el establecimiento del correspondiente mecanismo de garantía. Pero la decisión al respecto no queda librada al arbitrio del legislador, pues la de dotar de efectividad a los derechos proclamados como fundamentales, es para él una obligación constitucional, cuyo incumplimiento –*que ya no compromete la existencia del derecho fundamental*– se traducirá en una laguna. (Cfr. *Derechos y garantías La ley del más débil*, pp. 44 y 59 ss.; *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, pp. 45 ss.; *Principia iuris*, I, p.190 y *passim*).

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 829.

<sup>34</sup> Cfr. *Derecho y razón*, cit., pp. 120 ss. y 375 ss.; y *Principia iuris*, cit., I, pp. 411 ss.

<sup>35</sup> Cfr. *Derecho y razón*, cit., pp. 124-126;

#### 4. INDEPENDENCIA PARA

El principio de legalidad, y consecuentemente el de jurisdiccionalidad, que es su implicación<sup>36</sup>, tienen su institucional piedra angular en el de independencia. Al discurrir sobre él Ferrajoli subraya dos aspectos centrales, dejados de lado con frecuencia en el tratamiento convencional y más bien político de la materia. El primero es su estrecha funcionalidad al principio de imparcialidad<sup>37</sup>. Para evitar que el juez se inscriba e incida como una suerte de *parte política* en las relaciones en que interviene<sup>38</sup>; y hacer que pueda operar en ellas como el hobbesiano «tercero»<sup>39</sup>, como el beccariano «investigador indiferente de la verdad»<sup>40</sup>. Algo demandado por su condición de sujeto de ese peculiar poder de cognición, que es el de enjuiciar, que por ello debe estar sustentado por una dimensión de saber<sup>41</sup>, de la que depende, con la calidad del resultado, su legitimidad. Es lo que hace que el proceso, y muy en particular el penal, sea, antes que otra cosa, instrumento o curso de adquisición de conocimiento; en cada caso, del buen conocimiento necesario de las situaciones de hecho sobre las que será preciso decidir conforme a derecho. Con esto aludo a una dimensión, la epistémica, del proceso que, no obstante su esencialidad radical, ha pasado desapercibida o permanecido en un segundo plano<sup>42</sup>, en la

---

<sup>36</sup> Lo expresa muy bien Ferrajoli: «Gracias al paradigma constitucional el principio de legalidad asume una nueva complejidad. Conforme a él, dondequiera que haya un poder, sea público o privado, normativo o ejecutivo, estatal, extra o supraestatal, deben existir normas primarias, no solo formales sino también sustanciales, que regulen su ejercicio». Mientras «el principio de jurisdiccionalidad [...] impone que dondequiera que existan normas y garantías primarias, frente a sus posibles violaciones, deben existir también normas secundarias que prevean la intervención de *garantías secundarias* o jurisdiccionales. [...] En efecto, pues sin el control de jurisdiccionalidad sobre el derecho ilegítimo, el mismo principio de legalidad resultaría de hecho reducido a la ineficacia». (En *El constitucionalismo garantista*, en preparación para Editorial Trotta, aunque el mismo planteamiento puede verse ya en *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista* y en *El constitucionalismo garantista. Entre páleo positivismo y neoiusnaturalismo*, en «Doxa. Cuadernos de Filosofía de Derecho», núm. 34/2011, pp. 13 ss y 311 ss.).

<sup>37</sup> *Ibidem*, pp. 578 ss.

<sup>38</sup> «Para garantizar la imparcialidad del juez es preciso que este no tenga en la causa ni siquiera un interés *público* o *institucional*. En particular, es necesario que no tenga un interés acusatorio» (*Derecho y razón*, cit., p. 582). Por eso, la imagen del juez *en lucha*, recurso retórico de cierta recurrencia en el discurso de (y sobre) algunos jueces estrella, es un verdadero oxímoron.

<sup>39</sup> Cfr. T. HOBBS, *Tratado sobre el ciudadano*, ed. de J. Rodríguez Feo, Trotta, Madrid, 1999, p. 38.

<sup>40</sup> C. BECCARIA, *De los delitos*, cit., p. 175.

<sup>41</sup> «El juicio penal –como por lo demás toda actividad judicial– es un “saber-poder”, es decir, una combinación de conocimiento (*veritas*) y de decisión (*auctoritas*)» (*Derecho y razón*, cit., pp. 45-47).

<sup>42</sup> He tratado del asunto con cierto pormenor en *La «cara oculta» de las garantías procesales*, trabajo en curso de publicación en el Libro-homenaje al profesor Gomez Canotilho, de la Universidad de Coimbra.



práctica y la cultura de los propios jueces, masivamente imbuidos de la nada inocente concepción «autocrática»<sup>43</sup> de la libre convicción, conforme a la cual el juez decidiría intuitivamente, como *por iluminación*, en la fijación de la *quaestio facti*. Esto es, no solo sin sujeción a reglas legales, que, en efecto, ya es bien sabido, no existen en la materia, sino sin sujeción a las de cualquier otro género<sup>44</sup>. Cuando sucede que, como ha advertido también Ferrajoli con agudeza: «la fórmula de la “libre convicción”, que por sí misma expresa solo un trivial principio negativo [de la inexistencia de reglas jurídicas de valoración probatoria] que debe ser integrado con la indicación de las condiciones no legales sino epistemológicas de la prueba, en realidad fue acriticamente entendida como un criterio discrecional de valoración sustitutivo de las pruebas legales»<sup>45</sup>.

El segundo aspecto del principio de independencia que hay que subrayar, se expresa en la observación de nuestro autor de que «la independencia es un hecho cultural más que institucional»<sup>46</sup>. Un rasgo del principio muy bien captado por Borrè en esta fundamental vertiente, cuando escribió que el mismo reclama «más aún que la fidelidad a la ley [...] la desobediencia a lo que no es la ley. Desobediencia al pasoliniano “palacio”, desobediencia a los potentados económicos»<sup>47</sup>. Y es que, a mi juicio, si resulta verdaderamente importante organizar la sujeción del juez a la ley, dotándole de un estatuto idóneo a tal efecto; no menos necesario es *organizar*, en este caso *culturalmente*, la desobediencia a todo lo que no es aquella. Algo bastante más difícil y que explica que, cuando, como ocurre, en general, en nuestros países, las magistraturas están dotadas de razonables garantías estatutarias de independencia, las formas de degradación de esta, más insidiosas y más difícilmente contrastables, hallen en el terreno ideológico la vía de penetración más y mejor transitable hacia el interior *del palacio de justicia*. Históricamente, este fenómeno ha estado *confiado* a la articulación de los jueces *en carrera*, merced al poderoso instrumento de control de las expectativas profesionales de los mismos que esta brinda. Es cierto que hoy, por ejemplo, en el caso de España, aquella se ha flexibilizado sensiblemente, con la pérdida por la Casación de sus atribuciones guber-

<sup>43</sup> La expresión es de F. Carrara, que distingue ese recusable modo de decidir según «la mera inspiración del sentimiento» del fundado en la «convicción razonada» (*Programa de derecho criminal*, trad. cast. de J. J. ORTEGA TORRES y J. GUERRERO LECONTE, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1957, vol. II, p. 233).

<sup>44</sup> «El principio de libre valoración de la prueba [...] supone su apreciación sin sujeción a tasa, pauta o regla de ninguna clase [...] sin más freno o cortapisa que la de obrar recta e imparcialmente», se lee, por ejemplo, en una sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 1993.

<sup>45</sup> *Derecho y razón*, p. 139.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 589.

<sup>47</sup> L. PEPINO (ed.), *L'eresia di Magistratura Democratica. Viaggio negli scritti di Giuseppe Borrè*, Franco Angeli, Milano, 2001, p. 235.

nativas; pero, dado que el esquema del *cursus honorum* sigue vigente, lo está también en gran medida esa misma potente palanca de inducción de la subalternidad y el conformismo, que, de forma inevitable, se filtra también en la propia actividad jurisdiccional a través del sistema de instancias. Porque «es inevitable –como escribió tempranamente Ferrajoli– que [...] la independencia del magistrado, si no está apoyada en una sólida conciencia, result[e] fuertemente comprometida por la más o menos consciente tendencia a prevenir los eventuales juicios negativos de los magistrados superiores»<sup>48</sup>. Hoy, en rigor, no cabría hablar de «magistrados superiores» en el viejo sentido, es decir, jurídico-formal o administrativo; pero, con todo, el sistema orgánico y la cultura del rol *tiran* del juez hacia *arriba* (que es donde está el prestigio profesional y social y la mejora económica) y quien controla esos momentos y mecanismos *de paso* continúa ejerciendo, se quiera o no, un control sobre los jueces. Evitable por estos, porque hay recursos estatutarios para ello, pero a un precio que no todos están dispuestos a pagar.

Ferrajoli ha protagonizado un intenso esfuerzo teórico en la defensa de la independencia judicial y sus garantías, tanto en el plano externo (denunciando tempranamente los riesgos del heterogobierno, pero también de autogobierno corporativo), como en el plano interno (rechazando cualquier forma de gobierno político de unos jueces sobre otros). Y ha discurrido con especial incisividad sobre el modo en que los distintos niveles de garantía señalados mantienen una estrecha relación de interimplicación, que, en el caso de la justicia criminal, incluye asimismo –en el punto de partida– las garantías penales<sup>49</sup>. Y, por ello, sobre la necesidad de una rigurosa consagración de las garantías orgánicas, que son precondition de eficacia de las garantías procesales, a través de las cuales la independencia se hace imparcialidad en la fijación de los hechos y la aplicación del derecho en el caso concreto.

## 5. UN MODELO EXIGENTE...

La jurisdicción en nuestro autor es función de garantía secundaria de los derechos, a la que corresponde la anulación de los actos inválidos y la condena de los actos ilícitos, mediante un juicio dirigido a constatar los presupuestos de la aplicación de la norma invocada como pertinente al caso, y que se dice inobservada por quien tendría a su cargo el deber representado por la obligación de prestación o la prohibición de no lesión, en que consiste la garantía primaria<sup>50</sup>. Pero, al

<sup>48</sup> *Posición institucional* cit., p. 91.

<sup>49</sup> Cfr. *Derecho y razón*, cit., pp. 537-539.

<sup>50</sup> Cfr. *Principia iuris*, cit., I, pp. 630 ss.

mismo tiempo, la obligación constitucional que pesa sobre el estado, de proporcionar el debido proceso (en el que se materializaría, en su caso, la aludida garantía secundaria del derecho sustancial), es garantía primaria del derecho constitucional del ciudadano a la tutela judicial efectiva. Si esta, garantía –primaria, como he dicho, en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial– fuera denegada o prestada de un modo ilegítimo (en el caso, por ejemplo, de una prueba de cargo ilícitamente obtenida), surgiría, en este plano jurisdiccional, la garantía secundaria del derecho a la reparación, por la misma vía<sup>51</sup>.

En definitiva, la jurisdicción se caracteriza por ser función instrumental de tutela de los derechos vulnerados, mediante la aplicación de otros, las garantías procesales constitucionalmente consagradas, a su vez, como derechos fundamentales. Una función que se ejerce bajo la exclusiva sumisión a la ley y sin sujeción a dirección política alguna; sin ningún interés preconstituido<sup>52</sup> que no sea el de la imparcial comprobación de lo verdadero y la verificación de los requisitos o presupuestos normativos; mediante decisiones emitidas caso por caso y siempre justificadas en todos sus extremos.

Se ha reprochado a Ferrajoli un supuesto exceso de judicialismo. En broma/en serio, se ha dicho alguna vez que en su planteamiento habría una cierta «*entrega* del estado de derecho a los jueces». Pero nada más incierto. En efecto, el modelo de poder judicial de Ferrajoli –cuya constitucional lógica interna es difícilmente objetable– resulta ser extraordinariamente exigente en todos sus momentos y, en particular, con la jurisdicción y con el juez. En él se encuentra, según se ha visto, un radical cuestionamiento del juicio judicial fundado en la tópica concepción de la *intime conviction* asociada a una muy arraigada mística de la inmediación<sup>53</sup>, hasta hace poco de extendida e incondicionada vigencia. El cambio de paradigma se encauza por la extracción del tratamiento de la *quaestio facti* del terreno de lo inefable; y la reconducción del discurso probatorio sobre la misma al campo de lo racionalmente practicable y susceptible de traducirse en decisiones

<sup>51</sup> De este asunto se ha ocupado ELENA MARTÍNEZ GARCÍA, en *El derecho al proceso celebrado con todas las garantías y la regla de exclusión probatoria como garantía primaria ex artículo 11,1 LOPJ*, comunicación al seminario-debate sobre *Principia iuris* con Luigi Ferrajoli, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, los días 26-27 de abril de 2012.

<sup>52</sup> «La actividad jurisdiccional, como todas las actividades cognoscitivas, no está dirigida a la satisfacción de intereses preconstituidos. Los demás órganos del estado –las instituciones legislativas, el gobierno, los entes públicos, la administración pública–, aun operando con las forma y dentro de los límites establecidos por las leyes, fijan o siguen líneas o finalidades políticas más o menos contingentes, según su colocación institucional y su ámbito de autonomía. [...] Los jueces, por el contrario, no persiguen ningún interés prejudicial sino solo la averiguación de la verdad en cada causa de que conocen, después de un juicio contradictorio entre sujetos portadores de intereses en conflicto» (*Derecho y razón*, cit., p. 579).

<sup>53</sup> Me he ocupado de este asunto en *Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica)*; ahora en P. ANDRÉS IBÁÑEZ, *En torno a la jurisdicción* cit., pp. 153 ss.

dotadas de justificación expresa. Así, se pone fin al decisionismo inmotivado, de tanto arraigo en la subcultura del juez heredado, administrador de una discrecionalidad políticamente *confiable*, dada su condición de *funcionario del poder* en acto. Lo decidible y lo motivable son ahora espacios coextensivos, y la legitimidad de la decisión depende, no de la investidura o del carisma del sujeto que la emite, sino de la calidad de la resolución en un doble plano: el epistémico y el jurídico-normativo<sup>54</sup>.

De ahí el cuestionamiento, también, del esquema subsuntivo tradicional; que en el más tópico modo de concebir la función de juzgar, atribuía a esta una dinámica lineal y elementalmente silogística y a la decisión resultante el sustrato de un conocimiento supuestamente deductivo en lo tocante a la *quaestio facti*. Ahora es bien claro que en tal consideración se prescinde del dato de que esta propuesta interpretativa no es capaz de dar cuenta de la formación de las premisas del fallo. Muy en especial de la *menor*, en la que el saber-producto del juicio versa sobre hechos particulares y se obtiene a partir, asimismo, de datos de idéntica naturaleza y siempre por inferencia inductiva y en la aplicación de máximas de experiencia, y no de alguna ley general universal en la que ya estuviera previamente incluido el conocimiento relevante relativo a aquella conclusión. El modelo silogístico, tan caro al pensamiento ilustrado, servirá para caracterizar el perfil lógico de la sentencia en su estática, es decir, una vez articulada como texto, en el que, efectivamente, los hechos deberán *funcionar* como la premisa menor, de modo que, subsumida en la mayor, de derecho, conduzcan deductivamente al fallo como conclusión.

Ferrajoli identifica en el trabajo decisonal del juez tres inferencias. La primera inductiva, en la que todos sus elementos se mueven en el plano fáctico. Sus premisas están formadas por el resultado de la prueba, esto es, los datos probatorios de cargo y descargo aportados por los distintos medios; y la conclusión, en su caso, serán unos hechos declarados probados: por ejemplo, mediante el aserto de que Fulano ha realizado tal conducta (arrebato de un bien a su titular, quitado la vida, etc.). La segunda deductiva, producida por la confluencia de ese primer plano fáctico con otro que ahora es ya de naturaleza normativa: probado que Fulano ha sustraído un bien, quitado la

---

<sup>54</sup> Precisamente, cabe afirmar que, en este plano, Ferrajoli ha dado una auténtica *vuelta de tuerca* en el tratamiento de la exigencia de sujeción del trabajo legislativo a la Constitución y del judicial a esta y a la ley. Ahora en su cuestionamiento del *topos* neoconstitucionalista de la ponderación, que él entiende no puede ser referida a, ni tener por objeto las normas, que no están sujetas —dice— a las opciones ponderadas de los legisladores y de los jueces, porque son límites y vínculos impuestos a unos y otros. A su juicio, la sola valoración equitativa posible en un marco de legalidad y separación de poderes es la relativa a los rasgos caracterizadores de las situaciones de hecho, con el fin de fijarlas como tales, a los efectos de la subsunción (cfr. *El constitucionalismo garantista*, cit., en preparación; y también en *Constitucionalismo principialista* y en *El constitucionalismo garantista*, citados).

vida, etc., deberá aplicarse a esa acción el precepto legal pertinente, para, en su virtud, concluir que Fulano ha cometido un hurto, un robo, un homicidio, etc. Esto es, ha ejecutado efectivamente un acto de una específica relevancia jurídica, aquí jurídico-penal. En fin, la tercera inferencia tiene en nuestro autor la consideración de un silogismo práctico. Ahora las premisas en presencia son solo normativas: Fulano es autor de un determinado delito, para el que la ley prevé una pena, que, consecuentemente, se le impone.

Tal proceso discursivo debe tener cumplida expresión en la sentencia. Y así, esta, como texto, al dar cuenta en la motivación de la dinámica del *iter* decisional, cubrirá la doble exigencia de justificación tanto en el plano externo (es decir, de la formación de las premisas) como en el plano interno (del fallo)<sup>55</sup>.

## 6. ... Y PRACTICABLE

Parece claro, pues, que Ferrajoli no *da* nada (y menos gratuitamente) a los jueces<sup>56</sup>. Por el contrario, toma en cuenta –en su integridad– el modelo normativo de jurisdicción y de juez del estado constitucional de derecho<sup>57</sup>; en lugar de fraccionarlo o demediarlo subrepticia e interesadamente. Y, es cierto, en este modelo, tiene razón Prieto Sanchís, «la justicia constitucional verdaderamente indispensable [...] es la de la jurisdicción ordinaria»<sup>58</sup>; porque sobre ella pesa el deber incancelable de leer el ordenamiento jurídico en su totalidad en clave constitucional. Y de aplicarlo operando en idéntica clave de sujeción a la disciplina constitucional del proceso. Pero en

<sup>55</sup> En el sentido de J. WRÓBLESKI, en *Justificación de las decisiones judiciales*, en id. «Sentido» y «hecho» en *el derecho*, ed. de F. J. CABALLERO HARRIET, con prólogo de J. Igartua Salaverría, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989, pp. 35 ss.

<sup>56</sup> Tanto es así que él mismo ha prevenido frente a una forma de exceso de poder que se da aun contando con una razonable vigencia del régimen de garantías previsto para la actividad jurisdiccional. Esto debido a que tanto en la interpretación jurídica como en la verificación probatoria concurren márgenes de discrecionalidad ineliminables, que pueden verse reforzados cuando el referente legislativo no responde a las exigencias del principio de legalidad estricta. Cfr. al respecto *Derecho y razón*, cit., pp. 38-40.

<sup>57</sup> En esta perspectiva incide su preocupación por el insatisfactorio tratamiento legal y gestión de la responsabilidad jurídica de los jueces, en particular, la disciplinaria; que, a su juicio, tendría que reforzarse, cierto que dotando a su exacción del régimen de garantías imprescindible para evitar usos de la misma atentatorios contra la independencia (cfr. *Derecho y razón*, cit., pp. 600-601).

<sup>58</sup> L. PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 170. M. Luciani, en el caso de Italia, ha hablado de «un control paradifuso de constitucionalidad» [(«Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)», en *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, núm. 3/2012, p. 8] como efecto, en última instancia, de la preeminencia normativa de la Constitución y de la dinámica que induce en el propio sistema de fuentes y en la aplicación judicial del derecho.

esto no cabe ver una expresión de voluntarismo judicialista, sino, en toda su extensión y profundidad, la realidad del modelo; que, consecuentemente, demanda un juez con un bagaje cultural y jurídico que lo sitúe a la altura de su papel. Se trata de una opción que viene ya dada desde el momento constituyente y que, hasta la fecha, ha suscitado franca resistencia<sup>59</sup> –incluso en presencia de gravísimos ilegalidades debida a sujetos públicos, que *la política* ha demostrado no estar en condiciones de prevenir ni de sancionar con eficacia– lo que tendría que hacer bien patente el profundo sentido de ese modo de concebir la jurisdicción y su papel de garantía-límite *erga omnes*.

En la propuesta de Ferrajoli, corresponde a la jurisdicción como instancia asumir en plenitud el rol constitucionalmente asignado; presupuesto imprescindible para que el juez pueda, como es debido, hacer, ya en concreto, lo propio con el suyo, que consiste en decidir casos mediante la comprobación de la verdad de lo sucedido y la estricta aplicación de la ley frente a todos.

La exclusividad de la sujeción a esta reclama un tipo de inserción de la magistratura en el marco del estado, que anticipe ya en ese mismo modo de articulación institucional los rasgos que deben presidir la ulterior colocación del juez en su propio contexto orgánico. Aquel deberá responder fielmente al principio de separación, impuesto, como ya se anticipó, por la especificidad del criterio de legitimación y por la especificidad también del cometido que se trata de garantizar.

En el vigente constitucionalismo cabe registrar, es cierto, distintas modalidades de respuesta a tales exigencias de principio, de las que, sin duda, la que les da satisfacción más cumplida es la acogida por la Constitución italiana de 1948: mediante la puesta en pie del *Consiglio Superiore della Magistratura*<sup>60</sup> (art. 104); y al proclamar que «los magistrados se distinguen entre sí solamente por la diversidad de funciones» (art. 107,2.º), excluyendo con ello cualquier diferencia por razón de grado. Ambas previsiones llevaron consigo la drástica ruptura con el sistema precedente de integración de la judicatura en el ámbito del ejecutivo, a través de la organización jerarquizada de los jueces y por la inserción subordinada del vértice de la misma en un ministerio, materializándose con ellas, sin duda, la opción más avanzada en la materia. Es algo que puede afirmarse con rotundidad ya que es la primera vez que en la historia de las instituciones judiciales se dota al principio de independencia, en sus vertientes externa e interna –que, cabe decir, emergen con claridad, también por primera vez, como tales– del adecuado soporte institucional. Con ello, se alcanza

---

<sup>59</sup> Por cierto, en términos de un consenso tan universal que permitiría hablar de un verdadero *partido* transversal en la materia.

<sup>60</sup> El asunto ha suscitado una enorme bibliografía, pero para una ágil y a la vez completa aproximación al complejo fenómeno, en las sucesivas fases de su desarrollo, véase E. BRUTI LIBERATI- L. PEPINO, *Autogoverno o controllo della magistratura? Il modello italiano di Consiglio superiore*, Feltrinelli, Milano, 1998.

un óptimo grado de separación y de autonomía del poder judicial como instancia. Y de independencia del juez como sujeto jurisdicente. En el caso de Italia, la independencia se extiende constitucionalmente a los magistrados del ministerio fiscal. En el que es el más coherente y adecuado desarrollo del principio; porque hay los mejores motivos, de (mala) experiencia, sobre todo, para afirmar que, en el proceso penal, la vigencia efectiva de la independencia judicial comienza por el ejercicio independiente de la acción pública<sup>61</sup>. Sobre todo, aunque no solo, en aquellos casos, casos-test, de especial gravedad representados por los delitos cometidos en los ámbitos del poder y de la política, a cuya impunidad se han orientado, regularmente, las habituales inacciones u omisiones de persecución del actor público, en la generalidad de los países de nuestro ámbito<sup>62</sup>.

No cabe, no es el lugar para entrar en el examen del desarrollo de la opción italiana en materia de diseño del poder judicial. Pero sí me parece necesario decir que sus vicisitudes han servido para demostrar que es posible articular la jurisdicción conforme a una exigente línea de principios, y con razonables resultados en punto a la garantía de la independencia. Lo que sugiere que la propuesta de Ferrajoli en la materia, si radical (porque aborda el asunto desde la raíz), dista de ser irrealizable<sup>63</sup>. Lo acredita la calidad de la respuesta de la magistratura, desde la jurisdicción ordinaria y en el respeto del principio del juez natural, a casos de degradación de las otras instancias de poder tan masivos como el representado por el fenómeno sin precedentes de la Logia Propaganda 2 o el régimen de las *tangenti*, por no hablar de las diversas mafias y su penetración, por la vía política, en las instituciones<sup>64</sup>. Y eso que, es obvio, el *décalage* entre el paradigma ideal y el constitucionalmente consagrado, por no hablar del existente entre este y sus realizaciones prácticas, son datos con los que –como también Ferrajoli ha reiterado en múltiples lugares de su obra– hay que contar,

<sup>61</sup> Una bien gráfica constatación, en negativo, de esta afirmación puede verse en E. ALT, «Lo stato di coma irreversibile del pubblico ministero francese», en *Questione giustizia*, 1, 2012, pp. 185 ss.; hay trad. al español de C. Casado Navarro, en «Jueces para la Democracia. Información y debate», núm. 74, 2012.

<sup>62</sup> Me he ocupado de este asunto en «Por un ministerio público “dentro de la legalidad”», ahora en P. ANDRÉS IBÁÑEZ, *Justicia penal, derechos y garantías*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2007, pp. 43 ss. También en «El fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal», en *Teoría&Derecho*, 1/2007, pp. 10 ss., ahora en *Cultura constitucional de la jurisdicción*, cit., pp. 247 ss.

<sup>63</sup> Cfr. las consideraciones al respecto en L. FERRAJOLI y J. RUIZ MANERO, *Dos modelos*, pp. 154-155.

<sup>64</sup> Lo acredita también el hecho de que Berlusconi –que con sus prácticas ilustra a la perfección la tesis ferrajoliana de que los poderes políticos, incluso *democráticamente* constituidos, se hacen «salvajes» en ausencia o en la inobservancia de las reglas constitucionales del juego (cfr. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, pp. 43 ss.)– solo halló un verdadero obstáculo a su gansteril estrategia de demolición del estado de derecho en la actuación de la magistratura. (Me he referido a este asunto en *Desviaciones criminales en la política, Constitución y jurisdicción*, pp. 89 ss.).

porque corresponden a la propia lógica y dinámica de los modelos, inevitablemente condenados a soportar, incluso en el mejor de los casos, algún déficit de fidelidad en sus plasmaciones empíricas. Por eso hay algo en lo que no cabe engañarse: los obstáculos son políticos, y tienen que ver con el hecho de que el sistema en acto precisa un alto coeficiente de ilegalidad (y de injusticia) para permanecer y reproducirse en sus constantes. Y por lo mismo también de una administración de justicia, unos jueces y unas prácticas judiciales de bajo perfil constitucional.

## 7. UNA GARANTÍA INSUFICIENTE CUANDO LA ILEGALIDAD ES UN DATO ESTRUCTURAL

En el planteamiento sobre el que he discurrido, es patente que Ferrajoli no confía cándidamente a los jueces (cual supuesto poder bueno<sup>65</sup> *per se*) la unilateral y más que *hercúlea* reconversión constitucional del estado mediante el ejercicio de la jurisdicción. Esto es algo de lo que no hay el menor atisbo y que sería incluso inconcebible en un autor de tan acreditada lucidez. No. La jurisdicción en Ferrajoli, como en el propio estado constitucional de derecho, tiene, en relación con los sujetos del poder político y de la *política*, un papel relevante, pero subsidiario, de última instancia, consistente en hacerse cargo de los casos en que aquellos, con sus actuaciones, pudieran haber incurrido en desviaciones ilegales de los respectivos roles institucionales, sobre todo de las más graves. Es obvio que, dentro de la lógica, de la fisiología del modelo como tal, los supuestos de ese género –y con ello las intervenciones judiciales en la materia, las de la justicia penal especialmente– deberían tener una incidencia del todo marginal, por el exigible eficaz funcionamiento del régimen de controles de legalidad preventivos, parlamentario y político-administrativo destinados a evitar esa clase de fenómenos. El problema (el problema por antonomasia) es que la *política*, en la real proyección de las instituciones de la democracia representativa –en particular allí donde colinda con la economía– ha acreditado una alarmante predisposición a eludir esas formas de fiscalización y, con ello, las reglas constitucionales del juego<sup>66</sup>. Así resulta que no es que la magistratura (que, obviamente, ni hace siempre todo lo que debiera ni todo lo hace bien) haya desbordado sus márgenes, sino que una parte de notable significación de las prácticas de las otras instan-

<sup>65</sup> Precisamente, Ferrajoli ha puesto buen cuidado en subrayar que, en general, la previsión de las garantías, y, por tanto, en el caso de la jurisdicción, de las procesales, que se dan frente al juez, es «una suerte de desconfianza [...] en el ejercicio espontáneamente legítimo del poder». Que es por lo que «“garantismo” se opone a cualquier concepción [...] basada en la idea de “un poder bueno”». (*Principia iuris*, I, p. 187).

<sup>66</sup> Me he ocupado de este asunto en *Desviaciones criminales en la política*, cit. *passim*.



cias de poder, tras la desactivación de todas las cautelas legalmente previstas en sus ámbitos propios, se precipita con alarmante regularidad *en el juzgado*. Naturalmente, cuando esto sucede, la respuesta judicial no es que sea legítima, es que ostenta la máxima, en el momento, la única legitimidad frente a semejantes usos prevaricadores del poder. Aquí no cabe engañarse, como no se engaña Ferrajoli: la adecuada plasmación empírica del modelo de estado constitucional de derecho requiere, ciertamente, una jurisdicción independiente y con capacidad de actuación *erga omnes* desde la legalidad constitucional. Pero, antes y en especial, necesita que esta impere regularmente con eficacia en todos los planos institucionales, de tal manera que la jurisdicción quede, exclusivamente, como auténtico remedio-límite, reservado para ocasiones (que tendrían que ser) verdaderamente excepcionales. Mas, por desgracia, no es esto lo que sucede, pues, en democracias como la nuestra, la ilegalidad es un fenómeno difuso que parece tener asignado un rol de alcance verdaderamente estructural en el estado de cosas, diría que como parte de su constitución material. Por eso, sin duda, las dificultades de aceptación que en ámbitos políticos encuentra el ejercicio independiente de la jurisdicción. Por eso también la ostensible falta de voluntad política, la resistencia incluso a llevar a cabo desarrollos constitucionales coherentes en relación con la misma, para su fortalecimiento imprescindible.

Fecha de recepción: 30/06/2012. Fecha de aceptación: 8/11/2012



# Los derechos fundamentales en *Principia Iuris* (o los límites de la Teoría del Derecho)

Por FCO. JAVIER ANSUATEGUI ROIG\*  
Universidad Carlos III de Madrid

## RESUMEN

*Este trabajo aborda de manera problemática las consecuencias de la caracterización formal y estructural del concepto de «derecho fundamental» presentado por L. Ferrajoli en Principia Iuris. Para ello, se discute la posibilidad y utilidad de una definición axiológicamente neutral de los derechos; pero también se analiza si la caracterización de los derechos fundamentales que nos ofrece Ferrajoli es tan neutral como en principio se dice. En definitiva, si los rasgos de la definición de «derechos fundamentales» son una exigencia derivada de la perspectiva propia de la Teoría del Derecho, posiblemente podamos preguntarnos hasta qué punto esta perspectiva es útil a la hora de mostrar el significado y la función de los derechos en la democracia constitucional.*

Palabras clave: *derechos fundamentales, definición formal y estructural, neutralidad, Teoría del Derecho.*

---

\* Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Departamento de Derecho Internacional Público, Derecho Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Miembro del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 «El tiempo de los derechos». CSD2008-00007. Este trabajo ha sido desarrollado en el marco del Proyecto de Investigación «Los Derechos Humanos en el S. XXI. Retos y desafíos del Estado de derecho global» (DER 2011-25114), Plan Nacional de I+D+I, Ministerio de Ciencia e Innovación. E-mail: fcojavier.ansuategui@uc3m.es.

Agradezco a Cristina García Pascual la amable invitación para participar en el Congreso «Ferrajoli. Principia Iuris», *Institut de Drets Humans*, Universidad de Valencia, 26 de abril de 2012.

## ABSTRACT

*This paper deals with problematic consequences of formal and structural characterization of the concept of «fundamental right» presented by L. Ferrajoli in Principia Juris. The possibility and usefulness of a value-free definition of rights is discussed, but also it is analyzed whether the characterization of fundamental rights offered by Ferrajoli is as neutral as originally stated. In short, if the features of the definition of «fundamental rights» are a requirement stemming from the perspectives of the Theory of Law, we may ask whether this approach is useful in showing the meaning and function of the rights in constitutional democracy.*

*Key words: fundamental rights, formal and structural definition, neutrality, Theory of Law.*

**SUMARIO:** 1. PREMISA.—2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO COLUMNA VERTEBRAL DEL MODELO JURÍDICO POLÍTICO.—3. CARACTERIZACIÓN DE UNA CONCEPCIÓN FORMAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—4. UNA PERSPECTIVA CRÍTICA: a) *Una definición descontextualizada.* b) *Una definición formal e ideológicamente neutral.*

### 1. PREMISA

Analizar la posición de los derechos fundamentales en la propuesta contenida en *Principia Iuris* es complejo debido no a que Ferrajoli exponga de manera confusa su posición (en realidad la axiomatización y la formalización son una reivindicación de la claridad), sino al hecho de que los derechos ocupan una posición nuclear en la construcción de Ferrajoli, con implicaciones que van mucho más allá de la mera caracterización del concepto.

Sin embargo, contamos con la ventaja de que la propuesta de Ferrajoli en relación con los derechos fundamentales, ciertamente no constituye una auténtica novedad en *Principia Iuris*; al contrario, es una propuesta adelantada en avances anteriores y que ha constituido el objeto de debates académicos previos<sup>1</sup>. Posiblemente, ello haya sido una exigencia derivada de la posición principal que tienen los derechos en su propuesta. En otras palabras, Ferrajoli no podía dejar el desarrollo de un elemento nuclear de su discurso —los derechos funda-

---

<sup>1</sup> *Vid.*, en relación con los derechos, FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid, 1999; ID., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edic. de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2001.

mentales— para *Principia Iuris*, que se presenta como una obra que condensa y sistematiza una teoría desarrollada a lo largo de varios decenios, desde su *Teoria assiomaticizzata del diritto*<sup>2</sup>. El hecho de que la propuesta de Ferrajoli en relación con los derechos sea de alguna manera previa a *Principia Iuris* dificulta singularizar o aislar lo contenido en dicha obra y nos invita a tener bien presentes referencias anteriores. Ello, asumiendo el riesgo de extender nuestro ámbito de atención a partes de la obra de Ferrajoli que van más allá de *Principia Iuris*. En todo caso, no creo que ello sea desorientador desde el momento en que este es un de los aspectos de la propuesta en donde podemos encontrar una continuidad bien definida.

Pues bien, me gustaría estructurar esta contribución en tres momentos. En primer lugar, intentaré mostrar cómo los derechos fundamentales, una determinada comprensión de los mismos, podrían considerarse la columna vertebral del modelo jurídico-político propuesto por Ferrajoli; en sus términos, estamos frente al «rasgo empírico más importante de los modernos estados constitucionales de derecho: la imputación a las personas físicas o *naturales*, llevada a cabo por los estatutos de las instituciones estatales que son las Constituciones, de una especial categoría de situaciones jurídicas —los *derechos fundamentales*— a cuya tutela está dirigida, en tanto que su específica razón social, aquella particular persona *artificial* que es el Estado»<sup>3</sup>; en segundo lugar, intentaré mostrar los rasgos básicos de la definición que Ferrajoli ofrece de los derechos fundamentales; en tercer lugar y último lugar resaltaré, en perspectiva crítica, algunos problemas que en mi opinión podrían derivarse de esa caracterización, no sólo en lo que se refiere a la caracterización en sí, sino también en lo que afecta al alcance de la teoría del Derecho presentada en *Principia Iuris*.

## 2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO COLUMNA VERTEBRAL DEL MODELO JURÍDICO POLÍTICO

Sin pretender una exposición completa, podemos señalar algunas dimensiones que nos permiten observar la posición que los derechos fundamentales ocupan en la obra de Ferrajoli. En todo caso, el marco es el de la reivindicación de las relaciones entre el Derecho y la democracia; entre ambos existe un nexo racional (teórico, metateórico y práctico) de acuerdo con el cual, si bien el Derecho no implica la democracia, la democracia implica necesariamente el Derecho. La democracia es «un conjunto de reglas sobre el ejercicio válido del poder»<sup>4</sup> que imponen vínculos formales y materiales o sustanciales en

<sup>2</sup> Vid. FERRAJOLI, L., *Teoria assiomaticizzata del diritto*, Giuffré, Milano, 1970.

<sup>3</sup> FERRAJOLI, L., *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Bari, 2007, I, p. 724.

<sup>4</sup> FERRAJOLI, L., *Principia Iuris, cit.*, II, p. 14

relación con el ejercicio del Poder, lo cual permitiría hablar de un constitucionalismo «rematerializado o de los derechos»<sup>5</sup>. Los derechos fundamentales constituyen, en definitiva, los «fundamentos constitucionales de la democracia»<sup>6</sup>.

Pues bien, ese carácter central de los derechos fundamentales tiene determinadas manifestaciones, entre las que podemos señalar las siguientes:

a) Los derechos, en función de la distinción entre derechos políticos, civiles, de libertad y sociales, constituyen un criterio distintivo a la hora de construir un «modelo cuatridimensional» de la democracia constitucional en el que se puede hablar de democracia política y democracia civil (como especies de la democracia formal) y de democracia liberal y democracia social (especies de la democracia sustancial)<sup>7</sup>. En relación con la democracia, los derechos no sólo son su fundamento, sino también su garantía.

b) Los derechos fundamentales, a partir de su naturaleza constitucional, son normas que condicionan la producción de las restantes normas del ordenamiento. Así, frente a la «esfera de lo decidible», en el sistema constitucional identificamos otros dos ámbitos que forman parte de «la esfera de lo indecidible»: el referido a lo «indecidible que», y el referido a lo «indecidible que no»<sup>8</sup>. Estamos frente a un aspecto nuclear del constitucionalismo democrático, que nos permite comprender la importancia y las implicaciones de la afirmación de acuerdo con la cual los derechos son un límite frente al Poder. Y que, como señala el propio Ferrajoli, están en la base de una transformación de las relaciones entre el Derecho y la política: «el derecho ya no puede ser concebido como instrumento de la política, sino la política es la que debe ser asumida como instrumento para la actuación del derecho y específicamente de los derechos fundamentales, en cuya garantía reside la razón social del pacto constitucional»<sup>9</sup>. Entendida la esfera de lo indecidible como la esfera pública de los intereses de todos que está protegida por la garantía constitucional, los derechos se presentan como «la ley del más débil», manifestación de la dimensión garantista del Derecho. Y al mismo tiempo, constituyen el elemento sobre el que se basa la estructura del Estado constitucional de Derecho y la democracia moderna pues materializan la idea de

---

<sup>5</sup> Vid. PRIETO SANCHÍS, L., «*Principia Iuris: una teoría del Derecho (neo) constitucionalista para el Estado constitucional*», *Doxa*, núm. 31, 2008, p. 327.

<sup>6</sup> FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., II, p. 24.

<sup>7</sup> Vid. FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., II, pp. 18 y ss.

<sup>8</sup> M. BOVERO ha analizado las razones por las que la propuesta de Ferrajoli puede considerarse un progreso respecto a las de Bobbio («territorio inviolable») y Garzón Valdés («coto vedado») en «Qué no es decidible. Cinco regiones del coto vedado», *Doxa*, núm. 31, 2008, pp. 217-226.

<sup>9</sup> FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., II, p. 44. También FERRAJOLI, L., *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, prólogo y traducción de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2011, p. 35.

límite desde el momento en que están sustraídos tanto a las decisiones políticas de la mayoría como al intercambio en el ámbito de las relaciones privadas<sup>10</sup>.

c) Los derechos fundamentales son un elemento definitorio del concepto de Constitución, entendida como «el derecho sobre el derecho»<sup>11</sup>. En efecto, constituyen, de un lado, su dimensión sustancial; de otro la razón de su rigidez: «los derechos fundamentales, y por tanto las normas constitucionales en que consisten, precisamente porque son de todos y de cada uno, no son suprimibles ni reducibles por la mayoría, que no puede disponer de lo que no le pertenece»<sup>12</sup>.

d) Nos permiten distinguir entre funciones de garantía (aquellas que se ejercen en el marco de la vinculación a la ley) y funciones de gobierno (las que son ejercidas en el ámbito de la discrecionalidad política)<sup>13</sup>.

e) En fin, los derechos fundamentales, junto al valor de la paz, constituyen el centro del proyecto cosmopolita al que se encamina la teoría de Ferrajoli<sup>14</sup>.

### 3. CARACTERIZACIÓN DE UNA CONCEPCIÓN FORMAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

A la hora de presentar la definición de derecho fundamental propuesta por Ferrajoli, creo que es necesario recordar la constante reivindicación de la diferencia entre cuatro niveles discursivos: el teórico, el dogmático, el axiológico, y el histórico-sociológico. La perspectiva dogmática nos permite saber cuáles son los derechos fundamentales, mientras que la de filosofía de la justicia nos permite responder a la pregunta de cuáles deben ser aquellos. Por su parte, la perspectiva propia de la sociología jurídica ofrece respuesta a la cuestión de qué derechos son de hecho protegidos. No obstante, para responder a las anteriores cuestiones parece necesario plantear una cuestión previa, que sólo se puede abordar desde la teoría del Derecho: qué son los derechos fundamentales<sup>15</sup>. Para Ferrajoli, esta distinción es básica, y el no tenerla en cuenta es la causa de algunas críticas a su propuesta, derivadas de dos confusiones: la confusión entre conceptos

<sup>10</sup> Vid. FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., I, p. 821.

<sup>11</sup> Vid. FERRAJOLI, L., *Poderes salvajes*, cit., p. 33.

<sup>12</sup> FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., II, p. 47.

<sup>13</sup> Vid. FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., II, pp. 200-224; ID., «La esfera de lo indecible y la división de poderes», (trad. de M. Carbonell), *Estudios Constitucionales*, año 6, núm. 1, 2008, pp. 337-343.

<sup>14</sup> Vid. FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., II, pp. 609 y ss.

<sup>15</sup> Vid. FERRAJOLI, L., «Los fundamentos de los derechos fundamentales» en ID., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. de A. de Cabo y G. Pisarello, Trota, Madrid, 2001, pp. 287 y ss.

teóricos y conceptos dogmáticos, y la confusión entre tesis teóricas, dogmáticas y axiológicas<sup>16</sup>. Por otra parte, conviene adelantar que la definición de los derechos fundamentales que nos propone Ferrajoli le va a permitir fundamentar cuatro tesis sin las cuales no podría construir su teoría de la democracia constitucional: la diferencia estructural entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales, la naturaleza supranacional de los derechos fundamentales, la identificación de los derechos con el fundamento y parámetro de la igualdad jurídica y de la dimensión sustancial de la democracia –desde el momento en que se corresponden con intereses y expectativas de todos–, y las relaciones entre los derechos y sus garantías<sup>17</sup>.

Pues bien, para Ferrajoli los derechos fundamentales son «todos aquellos derechos que corresponden universalmente a «todos» o en cuanto «personas naturales», o en cuanto «ciudadanos» o en cuanto personas naturales «capaces de obrar» o en cuanto «ciudadanos capaces de obrar»<sup>18</sup>. Para él, esta definición se caracteriza por ser *formal* y *estructural*, siendo éste un rasgo compartido por todas las definiciones ofrecidas en sede teórica, que, como hemos visto, no nos dicen ni cuáles son los derechos en un ordenamiento concreto, ni cuáles, de hecho, son protegidos o garantizados, ni cuáles deben serlo, sino qué son los derechos fundamentales.

Así, una definición formal y estructural de derechos fundamentales se encarga de identificar «los rasgos formales y estructurales gracias a los cuales son (o es justo que lo sean) tutelados, por el derecho positivo, aquellas expectativas y aquellos intereses reconocidos por él y establecidos como derechos fundamentales»<sup>19</sup>. Estos rasgos son los siguientes: 1) En primer lugar, Ferrajoli se refiere al carácter universal de la imputación de tales derechos. Estamos frente a una universalidad lógica y avalorativa, referida a la cuantificación universal de la clase de sujetos que son titulares de derechos. Para Ferrajoli, la universalidad así concebida está en la base de la igualdad jurídica entendida como igualdad en derechos. Es importante subrayar que aquí, universalidad e igualdad tienen un carácter puramente lógico, no dependen de la naturaleza de las necesidades, bienes o intereses protegidos, tampoco del correspondiente fundamento axiológico; 2) en segundo lugar, su referencia extensional a los estatus personales que forman su presupuesto y que denotan otras tantas clases de personas de las que es predicable la universalidad de todos y cada uno de los tipos de derechos fundamentales. Para Ferrajoli, estos status, cuya identificación deriva de nuestra experiencia jurídica, son tres: la personalidad, como estatus de las personas naturales o

<sup>16</sup> Vid. FERRAJOLI, L., «Los derechos fundamentales en la teoría del Derecho», cit., p. 137. Vid., también, FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., I, n. 58, p. 80.

<sup>17</sup> Vid. FERRAJOLI, L., «Derechos fundamentales», cit., pp. 25 y ss.

<sup>18</sup> FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., I, p. 726. También, ID., «Derechos fundamentales», en ID., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 19.

<sup>19</sup> FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., I, p. 726.



físicas, la ciudadanía, como status de la persona-ciudadano, y la capacidad de obrar como status de la persona capaz de obrar.

Estamos frente a una definición de derechos fundamentales que los identifica como derechos subjetivos reconocidos exclusivamente a las personas naturales y no a las artificiales. Ferrajoli, en este punto, se distancia explícitamente del iusnaturalismo desde el momento en que niega que las personas naturales sean, en cuanto tales, titulares de derechos fundamentales, ya que éstos derivan en todo caso de fuentes normativas (lo cual no le impide negar las ascendencias teóricas iusnaturalistas de los derechos fundamentales en el marco del paradigma del Estado constitucional)<sup>20</sup>.

En definitiva la definición es formal en un doble sentido: «en el sentido en que no dice nada sobre los contenidos de tales derechos, es decir sobre la naturaleza de los comportamientos que son objeto de las expectativas positivas o negativas en las que consisten; y en el sentido de que no dice nada sobre la extensión concreta de las clases de sujetos identificados, en los diferentes ordenamientos jurídicos, por el status de persona, de ciudadano o de capaz de obrar, como titulares de los correspondientes tipos de derechos»<sup>21</sup>.

A partir de aquí, Ferrajoli presenta una tipología de los derechos fundamentales de acuerdo con determinados criterios: *a*) los sujetos titulares (derechos de la persona/derechos del ciudadano, derechos primarios/derechos secundarios, derechos humanos/derechos públicos/derechos civiles/ derechos políticos); *b*) su contenido o el tipo de expectativas que constituyen su significado prescriptivo (sociales/individuales [que a su vez se pueden distinguir en libertades de, libertades para, potestades de o derechos de autonomía; *c*) la conjugación de los dos criterios anteriores (derechos políticos/derechos civiles/ derechos de libertad y derechos sociales). Sabido es, además, que Ferrajoli desarrolla su tipología de los derechos fundamentales a partir de una distinción radical que es la que existe entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales<sup>22</sup>: universalidad e indisponibilidad de los primeros, frente a singularidad y disponibilidad de los segundos; los primeros consisten en normas tético-deónticas, son *ex lege*, y los segundos en normas hipotético-deónticas, son *ex contractu*; los derechos fundamentales operan en el marco de relaciones verticales, de Derecho público, mientras que los derechos patrimoniales lo hacen en relaciones horizontales, de Derecho privado.

No voy a entrar aquí en el desarrollo de las particularidades de la tipología de los derechos en la obra de Ferrajoli y en especial en *Principia Iuris*. Me limitaré en esta ocasión a recordar algunos puntos necesarios para proceder al examen de las consecuencias de su definición formal y estructural de derechos fundamentales. En primer lugar, Ferrajoli

<sup>20</sup> Vid. FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., I, p. 823.

<sup>21</sup> FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., I, p. 729.

<sup>22</sup> Vid. FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., I, p. 759 y ss.

señala que las definiciones y las tipologías ofrecidas «tienen un valor teórico –gracias a su carácter formal– del todo independiente de la actual fase de desarrollo de tales derechos e incluso de la experiencia jurídica moderna»<sup>23</sup>, lo cual le lleva a afirmar que en Occidente, al menos desde el Derecho Romano, siempre han existido derechos fundamentales, si bien en muchas ocasiones limitados a categorías restringidas de sujetos<sup>24</sup>. En segundo lugar, Ferrajoli expone las ventajas de su definición, derivadas de su carácter teórico, formal y estructural. En efecto, en un escrito anterior a *Principia Iuris* señalaba que, de un lado, es válida para cualquier ordenamiento, «con independencia de los derechos fundamentales previstos o no previstos en él, incluso los ordenamientos totalitarios y los premodernos»; de otro, al ser independiente de los bienes protegidos, es ideológicamente neutral: «es válida cualquiera que sea la filosofía jurídica o política que se profese: positivista o iusnaturalista, liberal o socialista e incluso antiliberal y antidemocrática»<sup>25</sup>.

En definitiva, Ferrajoli nos propone una definición de los derechos que se caracteriza por ser: *a*) estipulativa: «ni verdadera ni falsa como tal, sino solamente más o menos adecuada a la finalidad explicativa de la teoría en relación con cualquier ordenamiento jurídico, cualesquiera que sean los derechos (e incluso si no hubiera derechos) allí tutelados como fundamentales»<sup>26</sup>; *b*) formal: «dirigida a identificar los rasgos estructurales que, en función de dicha finalidad (explicativa), convenimos en asociar a esta expresión, y que determinan la extensión de la clase de derechos identificados por ella, cualesquiera que sean (o nos parezca justo que sean) sus contenidos»<sup>27</sup>; *c*) pero también, en mi opinión, descontextualizada: en efecto, a partir de lo anterior, podríamos considerar que un tercer rasgo de la definición propuesta por Ferrajoli es su carácter descontextualizado, en el sentido de que no considera la relevancia de la experiencia histórica y de la realidad jurídica a la hora de proponer la definición de derecho fundamental. Así, la descontextualización no es manifestación de una equivocación en la identificación del contexto, sino de una falta de reconocimiento de la relevancia del mismo. El carácter teórico de la definición implica que la misma «prescinde de la circunstancia de hecho de que tales derechos se encuentren formulados en cartas constitucionales o leyes fundamentales, e incluso del hecho de que aparezcan enunciados en normas de derecho positivo»<sup>28</sup>; en definitiva, su definición tiene un valor teórico «del todo independiente de los sistemas jurídicos concretos e incluso de la experiencia constitucional moderna»<sup>29</sup>.

<sup>23</sup> FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., I, p. 736.

<sup>24</sup> *Vid.* también FERRAJOLI, L., «Derechos fundamentales», cit., pp. 23-24.

<sup>25</sup> FERRAJOLI, L., «Derechos fundamentales», cit., p. 20

<sup>26</sup> FERRAJOLI, L., «Los fundamentos de los derechos fundamentales», en ID., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 290.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> FERRAJOLI, L., «Derechos fundamentales», cit., p. 20

<sup>29</sup> FERRAJOLI, L., «Derechos fundamentales», cit., p. 23.

#### 4. UNA PERSPECTIVA CRÍTICA

El análisis crítico de la definición de derechos fundamentales propuesta por Ferrajoli y de sus implicaciones está condicionado por dos razones básicas: en primer lugar, la definición está basada en una distinción analítica, esto es verdadera por definición, que es la distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales<sup>30</sup>; en segundo lugar, Ferrajoli nos dice que lo que nos está ofreciendo es una definición estipulativa que, en tanto tal, escapa al juicio de verdad o falsedad (a diferencia de las definiciones léxicas), por lo cual debe ser admitida en función de su mayor o menor adecuación a la finalidad explicativa. Es evidente que la opción metodológica y epistemológica de Ferrajoli es perfectamente legítima. Y, además, de alguna manera marca las condiciones y posibilidades del análisis crítico. La estrategia de Ferrajoli consiste, en el marco de una determinada metateoría del Derecho –que nos muestra en la Introducción a *Principia Iuris*–, en establecer unos criterios epistemológicos y metodológicos que condicionan los desarrollos a través de los cuales nos presenta la teoría del Derecho y de la democracia del constitucionalismo contemporáneo. El método axiomático certifica la validez interna de las sucesivas tesis. Desde este punto de vista, la definición de derecho fundamental presentada por Ferrajoli adquiere sentido dentro de su universo conceptual y metodológico. Por eso, creo que lo más productivo, en su caso, ha de ser cuestionar no los desarrollos internos de la teoría sino dirigir, por elevación, el análisis a la consideración de si, en el caso de los derechos fundamentales, las exigencias de la aproximación teórica, tal y como ésta nos es presentada por Ferrajoli (es decir circunscrita «al análisis de los conceptos técnico-jurídicos y de sus relaciones sintácticas»<sup>31</sup>), derivan en una presentación limitada del objeto de análisis. En palabras de Danilo Zolo, de lo que se trataría es de preguntarnos «si no sería preferible un uso epistemológicamente más débil, pero no por ello menos plausible desde el punto de vista semántico» de la noción de derecho fundamental<sup>32</sup>.

Desde el momento en que lo que nos ofrece Ferrajoli es una estipulación, es lógico plantear, por una parte, que seguramente esa definición –esa forma de comprender qué son los derechos fundamentales– no va a ser la única posible. El propio Ferrajoli, con ocasión de los debates en torno a su concepto de derecho fundamental, ha reconocido que la diversidad de enfoques y de disciplinas desde las que se

<sup>30</sup> Vid. FERRAJOLI, L., «Los fundamentos de los derechos fundamentales», cit., p. 331.

<sup>31</sup> FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., I, p. 19.

<sup>32</sup> Vid. ZOLO, D., «Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los «derechos fundamentales». A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli», en FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 80.

pueden abordar los derechos está en muchas ocasiones tras las divergencias al respecto<sup>33</sup>; por otra parte, y dado que una propuesta estipulativa debe ser valorada en función del mayor o menor éxito a la hora de «satisfacer las finalidades explicativas que se persiguen con ella», es posible analizar si otras alternativas son preferibles a la hora de explicar qué son los derechos fundamentales. Evidentemente aquí nos podemos encontrar con el problema de que, en virtud del carácter de esas alternativas, estaremos forzando el marco establecido por la perspectiva teórica, tal y como nos la presenta Ferrajoli. Pero posiblemente sea una buena ocasión para plantear entonces lo que podrían ser los límites de la teoría. En definitiva, nos estaríamos planteando si la complejidad de los derechos fundamentales puede reconducirse a un esquema totalmente formal o estructural; en otros términos si esta estrategia es capaz de recoger las diversas vertientes de la realidad de los derechos: es decir, si la definición formal es la más útil a la hora de saber qué se está diciendo cuando se habla de derechos fundamentales. La utilidad de una definición va a depender de su capacidad para reflejar, en la medida de lo posible, las dimensiones de la realidad que se pretenden explicar; pero también va a depender de su carácter reconocible por la comunidad de hablantes<sup>34</sup> y de su capacidad orientadora en un ámbito problemático<sup>35</sup>.

De acuerdo con lo anterior, voy a defender la tesis según la cual la definición de derechos fundamentales propuesta por Ferrajoli, aun adquiriendo pleno sentido en el marco de su teoría y siendo respetuosa con las exigencias de la misma, no alcanzaría completamente las finalidades explicativas a la hora de explicar qué son los derechos fundamentales debido precisamente a su condición descontextualizada y a su carácter formal. Como se verá, las dos cuestiones están relacionadas de alguna manera.

#### a) **Una definición descontextualizada**

En mi opinión, la definición es descontextualizada por dos razones. En primer lugar, porque prescinde de la experiencia histórica a la hora de explicar qué son los derechos fundamentales hoy. En segundo lugar, porque nos ofrece una idea de derecho fundamental que establece distancias entre el concepto mismo y su posición constitucional (o, en términos generales, jurídica).

La consideración de la historia a la hora de explicar el surgimiento y evolución de conceptos y métodos no es algo extraño para la ciencia

---

<sup>33</sup> Vid. FERRAJOLI, L., «Los fundamentos de los derechos fundamentales», cit., p. 287.

<sup>34</sup> Vid. JORI, M., «Ferrajoli sobre los derechos», en FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 131.

<sup>35</sup> Vid. ZOLO, D., «Libertad, propiedad e igualdad en al teoría de los «derechos fundamentales». A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli», cit., p. 80.

jurídica. Conocemos, por aportar algunas referencias españolas, que Felipe González Vicén desarrolló una visión de la Filosofía del Derecho en clave de concepto histórico<sup>36</sup>, de la misma manera que Gregorio Peces-Barba ha basado su teoría de los derechos fundamentales en el carácter histórico del concepto mismo y en la relevancia del análisis histórico a la hora de comprender no sólo cómo es que los derechos han llegado a significar lo que significan hoy, sino a la hora de desentrañar precisamente ese significado<sup>37</sup>. Por su parte, Antonio Pérez Luño ha propuesto una visión de la Filosofía del Derecho en la que historia y sistema se exigen mutuamente<sup>38</sup>. En relación con los derechos fundamentales, la historia nos sirve para entender el surgimiento, en un determinado contexto cultural, social y político, de la idea de acuerdo con la cual el individuo es titular de determinadas pretensiones morales cuyo reconocimiento y garantía deben constituir la razón de ser del Estado. La historia nos sirve también para entender el surgimiento y el significado del moderno concepto de Constitución, que incluye el reconocimiento y garantía de los derechos (art. 16 de la Declaración de 1789). Y nos permite comprender también cómo la garantía de la paz y de los derechos constitucionalmente estipulados han llegado a ser la *razón social* de la democracia constitucional<sup>39</sup>. Pues bien, posiblemente el concepto de «razón social» es difícilmente comprensible en su significado y consecuencias excluyendo la experiencia histórica. De la misma manera que los contenidos de la democracia constitucional, que nos permiten identificar su dimensión liberal y su dimensión social, no son fijados de una vez por todas en el marco de un discurso estrictamente teórico, sino que tienen mucho que ver con conquistas sociales, movimientos políticos o dimensiones económicas, el constitucionalismo, entendido como una segunda revolución en la modernidad jurídica (tras aquella que significó la aceptación del principio de legalidad como criterio de reconocimiento de lo jurídico), también es el resultado de un proceso histórico que Ferrajoli identifica al señalar que el contractualismo y el iusnaturalismo forman parte del proyecto político e intelectual que da sentido a esa progresiva ampliación de la esfera pública de los derechos y de sus garantías cuya historia no es sino la del constitucionalismo<sup>40</sup>. En realidad, Ferrajoli reconoce que la historia del constitucionalismo no es teórica, «sino social y política, dado que ninguno de estos derechos

---

<sup>36</sup> Vid. GONZÁLEZ VICÉN, F., «La filosofía del Derecho como concepto histórico», en ID., *Estudios de Filosofía del Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1979.

<sup>37</sup> Vid. PECES-BARBA, G., «Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales», ID., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1998.

<sup>38</sup> Vid. PÉREZ LUÑO, A.-E., *La Filosofía del Derecho en perspectiva histórica*, Universidad de Sevilla, 2009, «Introducción», p. 21.

<sup>39</sup> Vid. FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., II, pp. 305 y ss.

<sup>40</sup> Vid. FERRAJOLI, L., «Derechos fundamentales», cit., p. 40.

cayó del cielo sino que todos fueron conquistados mediante rupturas institucionales: las grandes revoluciones americana y francesa, los movimientos decimonónicos por los estatutos, y, en fin, las luchas obreras, feministas, pacifistas y ecologistas de este siglo»<sup>41</sup>.

En definitiva, el estudio de la propuesta de Ferrajoli nos permite observar que para analizar uno de los conceptos nucleares de una propuesta que forma parte de un proceso histórico (el del constitucionalismo y el Estado constitucional), se excluye la consideración de la historia del análisis del concepto.

Pero la «descontextualización» a la que estoy haciendo referencia también tendría que ver con el discurso que Ferrajoli desarrolla en relación con la naturaleza constitucional de los derechos. Asistimos a una explícita desvinculación entre la definición de derecho fundamental y la experiencia constitucional moderna<sup>42</sup>; a una reivindicación de la independencia entre la definición y la fase de desarrollo de los derechos fundamentales en el Derecho constitucional<sup>43</sup>. Podemos plantearnos algunos ejemplos que posiblemente nos muestran las dificultades que una definición estrictamente estipulativa y descontextualizada puede tener a la hora de su aplicabilidad a la realidad jurídica. Pensemos en los derechos fundamentales de las personas jurídicas. Si bien es cierto que hay algunas constituciones que no aluden a esta cuestión (la española entre ellas), también lo es que otras sí lo hacen. La Ley Fundamental de Bonn, en su art. 19.3, señala que «los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida en que, según su esencia, les sean aplicables». Otro ejemplo es el de los derechos colectivos que, si bien es una categoría discutida<sup>44</sup>, ha recibido reconocimiento expreso en textos nacionales e internacionales. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007), reconoce y reafirma «que los indígenas tienen sin discriminación todos los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional, y que los pueblos indígenas poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos». Un tercer ejemplo es el de los derechos de los discapacitados, en relación con los cuales el art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006) obliga a los Estados parte a reconocer que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Estos ejemplos nos llaman la atención sobre el hecho de que las categorías a las que Ferrajoli reconduce su definición de derechos fundamentales (personas naturales, ciudadanos, capacidad

---

<sup>41</sup> FERRAJOLI, L., «Derechos fundamentales», cit., p. 40.

<sup>42</sup> Vid. FERRAJOLI, L., «Derechos fundamentales», cit., p. 23.

<sup>43</sup> Vid. FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., I, p. 736.

<sup>44</sup> Vid. ANSUATEGUI ROIG, F. J., (ed.) *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001.

de obrar) nos podrían plantear problemas a la hora de entender la realidad constitucional y jurídica de los derechos.

En este sentido, creo que es interesante plantear hasta qué punto podemos entender la actualidad y la operatividad jurídica de los derechos en los sistemas constitucionales excluyendo la alusión a una determinada forma de entender la Constitución, que no sería sino el resultado del desarrollo del concepto de Constitución y manifestación de la experiencia constitucional moderna. En otros términos, lo que se plantea es si podemos entender hoy tanto el sentido de los derechos fundamentales como del concepto de Constitución sin el marco constituido por el constitucionalismo moderno<sup>45</sup>.

Para Ferrajoli el rasgo distintivo de los derechos fundamentales respecto a los otros derechos subjetivos, y en particular respecto a los derechos patrimoniales es su forma universal, «y no ya el valor de las necesidades y de los intereses protegidos por ellos, que son su fundamento axiológico, y tampoco el eventual rango constitucional, que es solamente una técnica de protección»<sup>46</sup>. Ciertamente, el lugar secundario que ocupa el carácter constitucional de los derechos en la propuesta de Ferrajoli nos sitúa frente al problema del origen de la fuerza limitadora de los derechos frente al poder (o los poderes). Lo cual en el caso de Ferrajoli es especialmente desafiante, ya que una definición formal como la suya excluye explícitamente cualquier referencia a un sistema normativo suprapositivo del que pudiera derivar la imperatividad de las normas de derechos, siendo tajante al negar la existencia de derechos naturales o pre-jurídicos<sup>47</sup>.

No parece demasiado arriesgado afirmar que en las democracias constitucionales la obligatoriedad jurídica del respeto a la esfera de lo indecible deriva de la inclusión en la Constitución de esos contenidos que se quieren sustraer a la disponibilidad de las mayorías o de los mercados. Precisamente es de su naturaleza constitucional de donde deriva la resistencia de los derechos frente a la voluntad del poder<sup>48</sup>. Pero lo cierto es que en *Principia Iuris*, pareciera existir una cierta «oscilación» entre la afirmación de que la garantía de los derechos se deriva de su forma universal, y la de que el carácter «preordenado» a cualquier poder decisonal por parte de los derechos fundamentales es una consecuencia de «su estipulación como derechos fundamentales en normas normalmente constitucionales»<sup>49</sup>. Ferrajoli en su caracterización de los límites entre la teoría y la dogmática, se cuida de no definir los derechos a partir de los datos suministrados por la expe-

<sup>45</sup> Vid. FIORAVANTI, M., *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, trad. de M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 1996; ID., *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, trad. de M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2001.

<sup>46</sup> FERRAJOLI, L., «Derechos fundamentales», cit., p. 40

<sup>47</sup> Vid. FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., I, p. 727.

<sup>48</sup> Vid. PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 97.

<sup>49</sup> FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., I, p. 731.

riencia constitucional, pero lo cierto es que en ocasiones los elementos de acuerdo con los cuales se justifican las elecciones conceptuales vienen determinados por la experiencia constitucional. En este sentido, parecería que la justificación de la elección de la identidad de persona, ciudadano o capaz de obrar como las categorías definitorias de los derechos, radicaría en que estas tres identidades siempre han sido los parámetros tanto de la inclusión como de la exclusión jurídica de los seres humanos<sup>50</sup>. Y cuando se habla aquí de inclusión o exclusión jurídica se está tomando como referencia una determinada realidad jurídica. Por otra parte, en un escrito anterior a *Principia Iuris*, había señalado que «la teoría del derecho y de los derechos a la que trato de contribuir tiene, de hecho, como referencia empírica a los ordenamientos jurídicos de las democracias modernas que son, justamente, todos capitalistas»<sup>51</sup>.

En definitiva, parece que Ferrajoli si bien se propone prescindir de la experiencia jurídica a la hora de explicar que es un derecho fundamental, no logra del todo prescindir de esa experiencia, y en particular de la experiencia constitucional.

## b) Una definición formal e ideológicamente neutral

Como hemos visto, una de las ventajas de la definición de derechos fundamentales es, en opinión del autor, la neutralidad ideológica derivada de su carácter formal y estructural, de manera que no está vinculada a la protección de ciertas necesidades e intereses y es aplicable a todos los ordenamientos jurídicos. Creo que puede ser interesante, en este punto, plantear dos cuestiones. En primer lugar podemos preguntarnos si es posible y útil una definición axiológicamente neutral de los derechos. En segundo lugar, si la caracterización de los derechos fundamentales que nos ofrece Ferrajoli es tan neutral como en principio se dice.

En relación con la posibilidad y la utilidad de la neutralidad axiológica en este ámbito, parecería que estamos planteando dos cuestiones distintas. Pero en realidad podemos considerar ciertas vinculaciones. Se trataría de analizar por una parte si cabe una definición de derechos fundamentales que renuncie a cualquier referencia axiológica, y si, de ser esto así, esta presentación de los derechos fundamenta-

---

<sup>50</sup> Vid. FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., I, p. 736. Anteriormente, había señalado que «personalidad, capacidad de obrar y ciudadanía son conceptos vacíos cuyo valor teórico reside precisamente en el hecho de que (...) tanto la igualdad como la desigualdad en los derechos fundamentales, tanto la inclusión como la exclusión de los seres humanos de las clases de sus titulares, se han decidido siempre conforme a ellas», «Los derechos fundamentales en la teoría del Derecho», cit., p. 157.

<sup>51</sup> FERRAJOLI, L., «Los derechos fundamentales en la teoría del Derecho», cit., p. 166.



les permitiría entender su significado y rol en los sistemas jurídicos de las democracias constitucionales.

La neutralidad axiológica de la definición de derechos propuesta por Ferrajoli deriva del hecho de que el elemento básico que permite identificarlos no está constituido por la referencia a un conjunto de valores, principios, a una propuesta axiológica en definitiva, sino más bien por el carácter universal de su imputación. Aquí la universalidad viene determinada por «la cuantificación universal de los sujetos que son titulares de los mismos [de los derechos]»<sup>52</sup>. Ello le lleva a afirmar que, de la misma manera que determinados derechos que intuimos como fundamentales, como la libertad de pensamiento o los derechos políticos, en aquellos ordenamientos en los que no fueran universales, dejarían de ser fundamentales, «a la inversa, si fuera establecido como universal u derecho absolutamente fútil, como por ejemplo el derecho a ser saludados por la calle por los propios conocidos o el derecho a fumar, el mismo sería un derecho fundamental»<sup>53</sup>.

Creo que en este punto es interesante centrar la cuestión en la compatibilidad entre la idea de neutralidad axiológica y los derechos fundamentales. Pero también entre la idea de neutralidad axiológica y la idea de Derecho. Me detengo brevemente en esta segunda posibilidad. Creo que aquí conviene diferenciar entre la neutralidad en la definición del Derecho, y la neutralidad de los contenidos del Derecho. En este sentido el Derecho no es neutro desde el momento en que contiene necesariamente un punto de vista sobre la justicia. El Derecho, como sistema normativo, regula las conductas de acuerdo con criterios que en última instancia son criterios sobre la corrección o incorrección de las mismas, lo cual implica una determinada concepción sobre lo bueno y lo malo. Ciertamente, esta es una exigencia de la naturaleza normativa del Derecho y por ello Ferrajoli considera que la alusión al contenido material que siempre tienen las normas jurídicas es «obvia y banal»<sup>54</sup>. Parece difícil imaginar un sistema normativo regulador de las conductas humanas que suspenda el juicio en el ámbito moral: o, mejor, dicho, posiblemente podríamos imaginarlo pero me parece que sería difícilmente reconocible como tal, ya que al suspender el juicio en el ámbito moral tendría dificultades para aceptar unas conductas y rechazar otras. Y todo ello, con independencia de que el punto de vista expresado en las normas sea aceptable o no.

Pero pensemos en concreto en los derechos fundamentales. Estos son una propuesta moral positivizada, juridificada. Si nos preguntáramos por el punto de vista sobre la justicia asumido por los sistemas jurídicos de las democracias constitucionales, necesariamente tendríamos que referirnos a la posición de los derechos en esos ordenamientos, a sus estrategias de reconocimiento y garantía. Lo que se positi-

---

<sup>52</sup> FERRAJOLI, L., «Derechos fundamentales», cit., p. 40

<sup>53</sup> FERRAJOLI, L., «Derechos fundamentales», cit., p. 21.

<sup>54</sup> FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., I, n. 23, p. 73.

viza es el contenido de un discurso moral que incluye la prioridad de determinados valores o principios (dignidad, libertad, igualdad) y una posición en relación con determinados aspectos a través de los cuales se articula ese proyecto moral, entre los que podríamos destacar una determinada idea del individuo, una cierta forma de entender las relaciones entre el individuo y la colectividad, y un discurso sobre el carácter instrumental de las instituciones, cuya existencia adquiere sentido desde el momento en que están encaminadas a satisfacer las exigencias de los principios y valores de referencia.

Es evidente que esta forma de entender los derechos fundamentales no tiene nada de axiológicamente neutro. Pero lo que me interesa plantear en este momento es si podemos entender su significado político, y moral, y las razones que están detrás de sus niveles de operatividad jurídica sin hacer referencia a esos contenidos de moralidad. Esos contenidos constituirían la razón de ser de los derechos, su fundamento. Soy consciente de que Ferrajoli diría que al hablar del fundamento hemos trascendido los límites de la teoría del Derecho y hemos ingresado en el ámbito de la filosofía de la justicia o de la filosofía moral. Es cierto. Pero la pregunta que permanece es si podemos renunciar al fundamento –o, si se prefiere, a la naturaleza de los intereses protegidos– a la hora de explicar qué son los derechos fundamentales, es decir, de qué hablamos a principios del siglo XXI cuando decimos que los individuos son titulares de derechos fundamentales<sup>55</sup>. Pienso que cuando Ferrajoli, en *Diritto e Ragione* se refiere a la estructura normativa del Estado de Derecho y alude a la transformación de los que tradicionalmente habían sido criterios de justificación externa en criterios de legitimación interna, y al proceso de positivación del derecho natural, no está renunciando a las dimensiones sustanciales de los derechos a la hora de explicar su significado y su función<sup>56</sup>. Implícitamente, en *Diritto e Ragione*, Ferrajoli estaría asumiendo que no cualquier contenido puede formar parte de un derecho fundamental, por muy universalizado en lo que a su titularidad e inalienable en cuanto a su ejercicio sea, ya que estaría acotando los contenidos de los derechos fundamentales –al menos en su origen, a la hora de explicar la aparición de los derechos en los ordenamientos– cuando hace referencia a la tradición del iusnaturalismo racionalista. El proceso de constitucionalización del Derecho natural nos permite identificar los derechos fundamentales cuando centramos la atención en las constituciones a partir de la segunda mitad del siglo XX. Sin esa constitucionalización no podemos hablar de derechos fundamentales. Pero lo que se constitucionaliza no es cualquier contenido, sino sólo

---

<sup>55</sup> Sobre la relevancia de la conexión entre el problema conceptual y el problema justificatorio en los derechos, *vid.* DE ASÍS ROIG, R., *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Dykinson, Madrid, 2001.

<sup>56</sup> *Vid.* FERRAJOLI, L., *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, prefazione di N. Bobbio, Laterza, Bari, 1990, pp. 347 y ss.

aquel vinculado con lo que podríamos considerar «el discurso de los derechos». Podría afirmarse –posiblemente Ferrajoli lo haría– que una cosa es el concepto de derecho fundamental y otra el proceso de positivación del Derecho natural. No obstante la necesidad de conceptualizar los derechos fundamentales surge a partir de la constatación de una realidad jurídica y política que hay que teorizar.

En definitiva, pienso que una presentación del concepto de derecho fundamental que renuncie a la referencia a su dimensión sustancial puede tener dificultades a la hora de justificar las razones de la esfera de lo indecible. Y también va a permitir, teóricamente, incluir contenidos que difícilmente tienen que ver con una determinada filosofía moral y política, que es la de los derechos entendidos como exigencia de la dignidad humana. Estas circunstancias deberían ser tenidas en cuenta a la hora de evaluar la utilidad explicativa de la definición.

Por otra parte, debemos ser conscientes de que la opción a favor o en contra de la neutralidad axiológica determina el tratamiento que se dé a la cuestión de la universalidad de los derechos. Como sabemos, la universalidad en la que piensa Ferrajoli a la hora de definir los derechos fundamentales es de tipo lógico. Es decir lo que se universalizan son status y no valores o contenidos. Esta es una posible forma de abordar el tema de la universalidad de los derechos, centrada en la cuestión de la universalidad jurídica (que, como sabemos, puede predicarse de titulares o de destinatarios de los derechos), pero que deja de lado la posibilidad de hablar de contenidos morales universales o universalizables que en su caso serían los de los derechos fundamentales. Ferrajoli ha señalado que suponer que los derechos fundamentales implican algún tipo de acuerdo moral es empíricamente falso y además antiliberal<sup>57</sup>. Es empíricamente falso (falacia ontológica) ya que no es cierto que los derechos humanos sean expresión de una ética compartida, y es antiliberal, ya que es contrario al principio de laicidad del Derecho y del Estado (falacia consensualista): «la teoría garantista del Estado constitucional de Derecho, precisamente porque está basada en la separación laica entre derecho y moral, no sólo no supone sino que ni siquiera exige, ni debe exigir, la adhesión a valores ético-políticos jurídicamente afirmados en él. No sólo no la impone, sino que impone no imponerla. Hasta el punto de que es lícito sostener que una razón moral no secundaria para adherir a la ética de los derechos fundamentales subyacente al Estado constitucional de derecho reside en el hecho de que ésta no requiere ninguna adhesión moral»<sup>58</sup>. Para Ferrajoli, la laicidad del Derecho consiste precisamente en el rechazo a que el Derecho «pueda ser utilizado como instrumento para

---

<sup>57</sup> Vid. FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., II, p. 61.

<sup>58</sup> *Ibidem*.

reforzar una determinada moral, una determinada ética o una determinada cultura, aunque sea la dominante»<sup>59</sup>.

Por tanto, según Ferrajoli, la ética de los derechos impide cualquier imposición de valores o contenidos morales. Pero, podríamos preguntarnos si es posible la articulación de un sistema basado en derechos sin ningún tipo de opción axiológica, por ejemplo, la afirmación de la primacía del individuo. Es cierto que un sistema de derechos implica que –en principio– no se puede limitar la construcción de planes de vida por parte de los individuos, pero –posiblemente– lo que también es cierto, es que para ello es necesario afirmar valores de acuerdo con los cuales la elección y construcción individual de los planes de vida deba ser garantizada. Creo que lo anterior nos permite plantear la cuestión de hasta qué punto podemos renunciar a un cierto objetivismo, si se quiere moderado, a la hora de fundamentar los derechos. Ese objetivismo moderado implicaría asumir tres afirmaciones: *a)* la afirmación de la igual consideración: toda persona vale lo mismo y que esta igualdad constituye la base del valor moral de cada uno y fundamento de la exigencia de que se deben darse las condiciones necesarias para que todos puedan, en igualdad de condiciones, tener la oportunidad de desarrollar una vida digna; *b)* la afirmación de la amenaza standard: hay comportamientos (acciones u omisiones) de los que las personas pueden ser sujetos pasivos y que comprometen seriamente sus oportunidades de vivir una vida digna; *3)* la afirmación referida a la respuesta institucional: hay instituciones y prácticas sociales, aceptables desde el punto de vista moral, que presentan una evidente capacidad para reducir las amenazas standard<sup>60</sup>.

Desde el momento en que el proyecto de los derechos es un proyecto moral parece difícil identificarlo sin asumir algún tipo de opción moral. Los derechos suponen un compromiso moral y por ello trabajamos con determinados valores o contenidos que nos permiten reconocer el discurso de los derechos como tal y diferenciarlo respecto a otros. La identificación del mínimo no implica la renuncia a la identificación del contenido de una propuesta moral. Es más, la misma tesis de Ferrajoli, implica también el reconocimiento de un valor moral que se impone desde el momento en que los ataques al mismo merecen una reacción desaprobatoria: la libertad de conciencia, la autonomía individual. Y eso ya supondría el compromiso del Derecho con un valor moral, y por lo tanto la puesta a disposición de ese valor de la capacidad coactiva del Derecho. Es decir, una concepción de los derechos que afirmara que lo protegido es la primacía de la decisión individual a la hora de elegir y materializar planes de vida, sería una con-

---

<sup>59</sup> FERRAJOLI, L., «Universalidad de los derechos fundamentales y multiculturalismo», en ID., *Democracia y garantismo*, ed. de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, p. 148. Vid. también ID., *Principia Iuris*, cit., II, p. 309 y ss.

<sup>60</sup> Vid. BUCHANAN, A., «Diritti umani: i limiti del ragionamento filosofico», *Ragion Pratica*, 32, giugno 2009, pp. 46 y ss.

cepción de los derechos que, aunque aparentemente suponga una «desmaterialización» de los derechos (se trata de que el individuo pueda elegir por sí mismo, no presupone ninguna concepción del bien, no dice qué elecciones deben tomar los agentes morales, no señala cómo deben organizar su vida), supone asumir un profundo compromiso moral: el compromiso con la autonomía individual.

En realidad, cabría plantearse hasta qué punto la definición de derecho fundamental propuesta por Ferrajoli es tan axiológicamente neutral como en teoría se presenta. Creo que no. Es posible encontrar algunas dimensiones en la caracterización de los derechos fundamentales por parte de Ferrajoli que nos permiten identificar aspectos que, antes de identificarse con una aproximación neutral, se distancian de ella.

En primer lugar, existen «elementos de identificación axiológica», que Ferrajoli sitúa en el ámbito del fundamento de los derechos<sup>61</sup> y que identifica con el nexo entre los derechos fundamentales y las ideas de igualdad, paz y democracia, y su función con ley del más débil. Así las cosas, de lo anterior podría deducirse que también el fundamento es importante la hora de identificar a los derechos, en su significado y en su función. Ferrajoli va a señalar que cuando pensamos en el fundamento de los derechos estamos situándonos en el ámbito de la teoría de la justicia y no en el de la teoría del Derecho. Pero, ¿hasta qué punto el fundamento de los derechos, y sus contenidos, no actúa como límite o condicionante en relación con el concepto? Considerar un determinado fundamento nos obliga a admitir que no todo puede formar parte del contenido de un derecho fundamental, contrariamente a lo que afirma Ferrajoli. Es decir, el fundamento de los derechos (que tiene determinados contenidos y se construye a partir de ciertos nexos en torno a los cuales se elabora el discurso de los derechos) nos impide, por ejemplo, afirmar la independencia entre la definición de los derechos y los bienes protegidos por éstos. Esos nexos ya implican una elección en relación con ciertos valores. Lo cual implica también, delimitar el terreno de juego en el que cabe hablar de derechos fundamentales con sentido, a no ser que estemos dispuestos a admitir que cualquier exigencia –siempre y cuando esté asegurada de manera universal– puede convertirse en un derecho universal. Pero entonces, podríamos distinguir entre derechos basados o fundados en buenas razones y otros que no lo son (parece que las razones en favor de la no discriminación por motivos ideológicos, por ejemplo, son más atendibles que aquellas otras en favor de la pretensión de ser saludado por la calle, si es que estamos hablando de derechos fundamentales). Si esta distinción no fuera posible, entonces podríamos dudar del grado de influencia de aquello que podríamos denominar el «discurso de los derechos» en la identificación de los mismos. Y podríamos tener algu-

---

<sup>61</sup> Vid. FERRAJOLI, L., «Los fundamentos de los derechos fundamentales», cit., p. 365.

na dificultad a la hora de justificar por qué la igualdad ante la ley, o la posición del más débil, merecen especial atención. Sólo si se asume alguna posición normativa, que implica de por sí una elección o una opción, podemos justificar por qué la igualdad ante la ley es preferible a la discriminación.

En segundo lugar, sólo si se asume una determinada opción pueden justificarse los límites operativos en la democracia constitucional. Teniendo en cuenta que los derechos son límites y que la Constitución es un Derecho sobre el Derecho, no va a ser irrelevante saber en nombre de qué se limita al poder. ¿Existen las mismas razones para limitar al poder en virtud de una expectativa vinculada a la libertad que con otra vinculada a la supremacía de una raza sobre otra?

En tercer y último lugar, podemos preguntarnos hasta qué punto la distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales no descansa, a su vez, también en una opción moral. Aunque la definición de derecho fundamental se presenta como neutral, los criterios de distinción entre ambos tipos de derechos pueden implicar no neutralidad. Y esta sospecha surge cuando nos preguntamos por los criterios a partir de los cuales se considera que determinados derechos son indisponibles e inalienables, y por tanto fundamentales. En estos casos, la fundamentalidad, ¿es un problema puramente lógico o por el contrario es una cuestión de preferencias por lo tanto expresión de un punto de vista moral?

En definitiva, estoy reivindicando la necesidad de trascender la definición axiológicamente neutral de derecho fundamental como requisito para entender no sólo su sentido, sino también su posición, función y significado dentro de la democracia constitucional. En realidad, el mismo Ferrajoli asumiría esto cuando establece que las elecciones que subyacen a la construcción del lenguaje formalizado de la teoría no son extrañas a consideraciones y opciones de carácter ético y político<sup>62</sup>. Pienso que en *Principia Iuris* hay un reconocimiento explícito cuando se afirma que «ciertamente la convención jurídica de la forma universal de lo derechos fundamentales es el producto histórico de una opción política y moral»<sup>63</sup>. La preferencia en favor de una definición formal o estructural y la reivindicación de una universalidad en sentido estrictamente lógico implica que, paradójicamente, las características formales de los derechos tienen connotaciones sustanciales<sup>64</sup>. La decisión de excluir contenidos del parecer de la mayoría y de la negociación que se desarrolla en el mercado no pueden dejar de tenerlas. A no ser que se afirme que cualquier contenido, siempre que se universalice, se va a convertir en derecho fundamental. Pero entonces, posiblemente, la dignidad de los derechos quedaría en entredicho y su fuerza emancipadora reducida ¿Podrían seguir siendo considera-

---

<sup>62</sup> Vid. FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., I, pp. 22-23.

<sup>63</sup> FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., II, p. 61.

<sup>64</sup> Vid. FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., I, p. 821.

dos como la ley del más débil? Las revoluciones, los movimientos sociales y las rupturas institucionales que han jalonado la sucesiva ampliación de la esfera pública de los derechos perderían relevancia.

Soy consciente de que hablar de dignidad de los derechos rebasa los límites de la teoría del Derecho, tal y como ésta es estipulada por Luigi Ferrajoli, ya que estamos recurriendo a un concepto difícilmente formalizable –el de dignidad– para expresar los rasgos de la posición de los derechos en el marco de la teoría y de su significado en el sistema constitucional. Pero posiblemente también excedemos esos límites cuando identificamos, con razón, a los derechos fundamentales con la ley del más débil y, a partir de ahí, manifestamos el sentido de su función. En definitiva, puede que la propuesta de Ferrajoli en relación con la definición de los derechos fundamentales sea una invitación a plantearnos los «límites de la teoría del Derecho». El acuerdo con Ferrajoli en lo que se refiere a su caracterización del punto de vista teórico y a su distinción con la dogmática, la filosofía de la justicia y la sociología del Derecho no impide interrogarnos sobre la disminución del potencial explicativo de una definición que, debido a exigencias metodológicas legítimas y estrictas, renuncia a la referencia a los intereses tutelados o a los contenidos ético-políticos de los derechos.

Fecha de recepción: 30/06/2012. Fecha de aceptación: 8/11/2012





# El constitucionalismo en la esfera pública global \*

Por JUAN CARLOS BAYÓN  
Universidad Autónoma de Madrid

## RESUMEN

*En el último capítulo de Principia iuris Ferrajoli sostiene la necesidad de extender el constitucionalismo más allá de los Estados y propone hacerlo mediante la articulación de lo que denomina un «federalismo global multinivel». En este artículo se intenta mostrar que un problema básico que afectaba ya a la concepción de la democracia constitucional mantenida por Ferrajoli en el nivel estatal (no prestar la atención debida a las cuestiones básicas de una teoría de la autoridad legítima, a saber, quién ha de decidir qué será o no indecidible y quién ha de concretar el contenido y alcance exactos de aquella decisión) aqueja de un modo todavía más severo a su propuesta de constitucionalismo multinivel. Por otra parte, su concepto de «pluralismo» no parece realmente adecuado para articular un modelo satisfactorio de constitucionalismo multinivel o «más allá del Estado».*

Palabras clave: *Constitucionalismo, democracia, soberanía, monismo y pluralismo jurídicos, subsidiariedad, tutela multinivel de los derechos.*

---

\* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación DER2009-08138/JURI «Las dificultades de la democracia: entre política y derecho».

## ABSTRACT

*In the closing chapter of Principia iuris Ferrajoli holds that constitutionalism must be extended beyond the State by setting up what he calls a «multi-level global federalism». In this paper I intend to show that what could be seen as a serious flaw in Ferrajoli's conception of constitutional democracy within the State (namely, that the key questions pertaining to a theory of legitimate authority –«who has to decide what may and what may not be decided?» and «who has to authoritatively decide the precise content and scope of that former decision?»– tend to be disregarded) turns out to be even more damaging to his proposal of multilevel constitutionalism. Besides, his concept of «pluralism» seems to be unfit to frame a suitable model of multilevel –or beyond the State– constitutionalism.*

*Key words: Constitutionalism, democracy, sovereignty, legal monism and pluralism, subsidiarity, multilevel protection of rights.*

**SUMARIO:** 1. EL CONSTITUCIONALISMO SEGÚN FERRAJOLI: UN PUNTO CIEGO.–2. LOS EQUÍVOCOS DEL PLURALISMO.–3. ¿HAY EN *PRINCIPIA IURIS* CRITERIOS PARA DEFINIR UN «PLURALISMO ORDENADO»? LOS PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD Y MAYOR NIVEL DE PROTECCIÓN COMO PAUTAS PARA LA ASIGNACIÓN DE LA AUTORIDAD LEGÍTIMA EN LA ESFERA PÚBLICA GLOBAL.

La transformación más patente y de mayor trascendencia que ahora mismo está experimentando nuestro derecho público es sin duda la que, difuminando en buena medida la divisoria clásica entre lo nacional y lo internacional, está ya modificando sustancialmente la idea moderna de constitución –que a duras penas puede seguir siendo concebida como norma que regula de manera suprema y omnicomprendiva el ejercicio del poder público sobre un territorio determinado– y convirtiendo en tópicos del momento las alusiones a la internacionalización del derecho constitucional y a la constitucionalización del derecho internacional (o de determinados ordenamientos supranacionales)<sup>1</sup>. Así que en una obra monumental como *Principia*

---

<sup>1</sup> Para obtener una panorámica actualizada de lo que se discute hoy bajo los rótulos «constitucionalización del derecho internacional» e «internacionalización del derecho constitucional» puede ser útil consultar, respectivamente, DE WET, 2012 y CHANG y YEH, 2012. Conviene subrayar que cada una de esas expresiones se maneja en la actualidad en varios sentidos no enteramente coincidentes. En primer lugar, quienes hablan de *constitucionalización del derecho internacional* [vid., entre muchas referencias posibles, FASSBENDER, 2005; DE WET, 2006; PETERS, 2006; NIJMAN y NOLLKAEMPER (eds.), 2007; o KLABBERS, PETERS y ULFSTEIN, 2009] aluden fundamentalmente a alguna(s) de las siguientes ideas: 1) a una serie de transformaciones que se afirma que el derecho internacional público contemporáneo ha experimentado (erosión del requisito del consentimiento para la asunción de obligaciones por parte de los Estados, habida cuenta del reconocimiento de normas de *ius cogens* y obligaciones *erga omnes*; diferenciación jerárquica entre las normas de derecho internacio-

*iuris*<sup>2</sup>, concebida y minuciosamente ejecutada con vocación manifiesta de resultar omnicomprensiva, no podía faltar una reflexión pormenorizada acerca de la extensión del paradigma del estado de derecho y

nal, de manera que algunas de ellas ocuparían una posición de supremacía respecto al resto, etc.); 2) a transformaciones que se propugna que debería experimentar (en el sentido de extender a las organizaciones supranacionales el tipo de mecanismos institucionales que en el constitucionalismo estatal posibilitan el imperio de la ley, la legitimidad democrática y la garantía de los derechos fundamentales); o 3) a la consideración como *autónomos* de determinados ordenamientos supranacionales –y, consiguientemente, a la consideración de sus tratados fundacionales como «cartas constitucionales»–, con las consecuencias que ello pueda tener respecto al modo de concebir sus relaciones con los ordenamientos estatales. Pero tampoco faltan quienes ponen en duda la fecundidad y el rigor teórico de hablar de «constitucionalización» en el caso de ordenamientos supraestatales, sosteniendo que el sentido originario y genuino de la idea de constitución –como norma suprema y omnicomprensiva que resulta de un acto de autodeterminación de una comunidad política– queda desnaturalizado cuando se proyecta al plano supranacional, en el que pura y simplemente no se darían sus condiciones de posibilidad (dos ejemplos particularmente enérgicos de este tipo de crítica son GRIMM, 2010, y WAHL, 2010; pueden verse buenas síntesis de la discusión al respecto en DIGGELMANN y ALTWICKER, 2008, o en BROWN, 2012).

A su vez, cuando se habla de *internacionalización del derecho constitucional* se tiene en mente sobre todo dos cuestiones. La primera –la de mayor trascendencia y que vendría a ser el correlato de alguno de los sentidos en que se habla de «constitucionalización del derecho internacional»– tendría que ver con la conversión de las constituciones de los Estados involucrados en procesos de integración supranacional en «constituciones compuestas» (CRUZ VILLALÓN, 2004: 9) o «constituciones-red» (BUSTOS GISBERT, 2005: especialmente cap. 5), habida cuenta de que las constituciones estatales habrían dejado de ser «constituciones totales», dando paso a una situación en la que las normas materialmente constitucionales válidas en el territorio de un Estado provendrían de fuentes diversas, internas y externas, en un *continuum* de varios niveles articulados en términos que escaparían a la idea de ordenación jerárquica (aunque, naturalmente, para dar por buenas estas imágenes es preciso concebir las relaciones entre ordenamientos de un modo que no deja de ser polémico y sobre el que volveré con mayor detalle más adelante). Además, en un segundo sentido que aquí interesa menos, a veces se habla también de «internacionalización del derecho constitucional» para hacer referencia a la práctica, cada vez más extendida, consistente en que a la hora de interpretar las normas de derechos fundamentales de su propia constitución los tribunales de un Estado tomen en cuenta, aunque no sean vinculantes para ellos, las soluciones a las que han llegado los tribunales de Estados diferentes o de regímenes supranacionales de los que no forman parte cuando se han enfrentado a problemas similares. Con ello tendría lugar una suerte de comunicación horizontal entre sistemas constitucionales –siempre que se dé entre ellos un alto nivel de convergencia material o valorativa– de la que supuestamente habría de resultar –como se ha dicho alguna vez, creo que con cierta exageración– una «comunidad global de tribunales» y hasta una «jurisprudencia global» (cfr. ACKERMAN, 1997; MCCRUDDEN, 2000; SLAUGHTER, 2003; SLAUGHTER, 2004: cap. 2; o HALMAI, 2012). La oportunidad e incluso legitimidad de esta práctica se ha puesto a veces en tela de juicio, con diversos fundamentos y desde diferentes posiciones ideológicas: *vid.* por ejemplo, ROSENKRANTZ, 2003; la discusión entre los jueces Breyer y Scalia, del Tribunal Supremo de Estados Unidos, en DORSEN (ed.), 2005; GOLDSWORTHY, 2006; o POSNER, 2008: cap. 12. Un intento equilibrado y cuidadosamente elaborado de discernir bajo qué condiciones puede considerarse justificada es el de JACKSON, 2010.

<sup>2</sup> FERRAJOLI [2007] 2011. En lo sucesivo, todas las referencias a *Principia iuris* aparecen como «PI», seguido del número de volumen (en romanos) y el número de página correspondiente a la traducción castellana.

la democracia constitucional al plano supranacional. Y por supuesto no falta: al análisis de esta transformación está dedicado el capítulo decimosexto y último de *Principia iuris*, en el que Ferrajoli propone una reconstrucción teórica de las mutaciones que está sufriendo el estado constitucional de derecho «en la época de la globalización» y aboga decididamente por un modo de construir la esfera pública mundial que se sustancia en lo que denomina «el paradigma de un constitucionalismo y un federalismo global multinivel».

Aunque una mirada superficial pudiera llevar a la conclusión de que, dentro del imponente edificio de *Principia iuris*, un tema como este no pasaría de ser secundario o relativamente accesorio, el propio Ferrajoli ha subrayado enfáticamente que no es así en modo alguno. Por el contrario, ha llegado a calificar la necesidad de esta expansión del constitucionalismo en sentido vertical como «el gran problema que hoy se plantea a la reflexión teórica y al planeamiento jurídico y político»<sup>3</sup>. El diagnóstico sobre el panorama actual de la esfera internacional que lleva a Ferrajoli a defender esa conclusión puede resumirse en pocas palabras. Los procesos de globalización estarían generando una crisis profunda de las estructuras del Estado constitucional de derecho, dado que la toma de muchas de las decisiones más relevantes se escapa de las manos de los Estados y se desplaza hacia actores extraestatales sustraídos al control (ya sean simplemente otros Estados más fuertes, poderes políticos supranacionales de naturaleza formal o informal o poderes puramente privados). Así, a medida que van haciéndose más marginales los procesos de decisión efectivamente sometidos a restricciones constitucionales, van expandiéndose y cobrando mayor importancia los que no lo están. Todo lo cual estaría produciendo una involución hacia una suerte de estado de naturaleza global en el que ya no se trata sólo de que pueda no estar asegurada la tutela de cada persona frente a su propio Estado, sino que tampoco lo estaría la de los Estados más débiles frente a los más fuertes ni, en general, la de la humanidad en su conjunto frente a poderes transnacionales no sujetos a límites y capaces de producir las más serias amenazas a la paz y a los derechos fundamentales<sup>4</sup>.

Y si ese es el diagnóstico, también debería estar claro el remedio. Si hoy el mal es el vacío de derecho público en el plano internacional, o, para ser más exactos, la inefectividad sistemática y estructural de ese «constitucionalismo global embrionario» que serían las actuales normas internacionales en materia de derechos humanos, lo que haría falta para remediarlo sería la construcción de una auténtica esfera pública mundial que desplegara en el plano supraestatal el conjunto de garantías idóneas para tutelar eficazmente los derechos fundamentales frente a cualquier poder, también contra los Estados o sin ellos<sup>5</sup>. Ahora

---

<sup>3</sup> *PI* vol. II: 475.

<sup>4</sup> Sobre todo ello, *vid. PI* vol. II: 76, 79-82, 515-516, 538-539.

<sup>5</sup> *PI* vol. II: 482-483, 511-512, 515, 531 ss., 538-539.

bien, lo que resulta crucial en el planteamiento de Ferrajoli es la idea de que la construcción de esa esfera pública global –o la «constitucionalización» efectiva del orden internacional– no debe realizarse de ninguna manera mediante la simple proyección, a una escala mayor, de las mismas estructuras en las que ha cristalizado la democracia constitucional en el marco estatal (lo que, en último término, habría de acabar dando lugar a alguna forma de Estado mundial, idea de la que Ferrajoli no puede estar más lejos<sup>6</sup>). Por el contrario, la construcción de la esfera pública mundial tendría que ser la ocasión para un auténtico cambio de paradigma en la evolución hacia la plena realización del ideal constitucionalista<sup>7</sup>, un cambio que de manera incipiente ya habría empezado a producirse pero que aún estaría por completar y que, guiado por la idea rectora de desvincular las nociones de «constitucionalismo» y «Estado» (cuya asociación habría sido una pura contingencia histórica), debería culminar en un «federalismo global multinivel» o «constitucionalismo multinivel más allá del Estado», como forma de «cosmopolitismo jurídico policéntrico y pluralista»<sup>8</sup>.

Lo que ocurre, como intentaré mostrar, es que un planteamiento de este tipo no está en modo alguno exento de dificultades, ni en el plano teórico ni como propuesta normativa. Si esas dificultades fuesen sólo la consecuencia de no haber llegado lo bastante lejos en la aplicación al plano supraestatal de las tesis auténticamente centrales de la obra, la discusión que cabría entablar aquí tendría probablemente poco recorrido. Ferrajoli podría zanjarla admitiendo tal vez que las ideas que nos presenta en el capítulo final de *Principia Iuris* son más bien tentativas o embrionarias y que la forma precisa en la que haya de articularse el constitucionalismo en la esfera pública global –una cuestión sumamente compleja, qué duda cabe– merece elaboraciones suplementarias. Y podría insinuar además, en su descargo, que tampoco era muy razonable esperar que estas cuestiones alcanzaran un cumplido desarrollo en una obra que, cuando llega por fin el momento en el que se dispone a abordarlas –tras haberse ocupado antes de prácticamente todo lo demás–, acumula ya a sus espaldas alrededor de un millar y medio de páginas.

Pero me parece que la dificultad tiene mayor calado y es bastante más seria que todo eso. Los problemas a los que me refiero tienen a mi juicio su raíz última en un defecto de planteamiento que aqueja al núcleo mismo de la concepción del constitucionalismo de Ferrajoli y que, como tal, se deja sentir tanto cuando esa concepción se proyecta al plano supraestatal como cuando se despliega sólo dentro del ámbito estatal o interno. El

---

<sup>6</sup> Cfr. *PI* vol. II: 83 («un improbable y ni siquiera deseable gobierno mundial», escribe Ferrajoli).

<sup>7</sup> El tercero, según Ferrajoli, tras los que representaron en primer lugar el paso del derecho jurisprudencial premoderno al Estado legislativo de derecho y, en segundo lugar, de éste al Estado constitucional de derecho: *vid. PI* vol. II: 31-37, 81, 471-472.

<sup>8</sup> *PI* vol. II: 535, 540.

defecto, eso sí, se agudiza si acaso y resulta aún más pernicioso en la esfera internacional o global. Pero, como digo, se trata de la manifestación de un problema de fondo en el modo de concebir el constitucionalismo que no es en absoluto específico de dicha esfera supraestatal, sino que tiene un alcance verdaderamente general. En lo que sigue, trataré en primer lugar de aclarar cuál es ese problema. A continuación me ocuparé del concepto central del que se sirve Ferrajoli para vertebrar su idea de un «constitucionalismo y federalismo global multinivel», el concepto de «pluralismo» como modo de concebir las relaciones entre ordenamientos, intentando poner de manifiesto ciertas ambigüedades y dificultades en las que a mi modo de ver incurre su análisis. Y finalmente sostendré que lo que hace falta en realidad para articular de un modo satisfactorio la idea de «pluralismo constitucional» –y para dotar de sentido, a partir de ella, a un modo plausible de entender el constitucionalismo en la esfera pública global– es precisamente superar aquel problema general del que adolece a mi juicio la concepción del constitucionalismo de Ferrajoli (para lo cual, me temo, no resultan suficientes algunas vías que él mismo apunta).

## 1. EL CONSTITUCIONALISMO SEGÚN FERRAJOLI: UN PUNTO CIEGO

Son bien conocidos los rasgos centrales que a juicio de Ferrajoli definirían la estructura básica del estado constitucional de derecho y de la moderna democracia constitucional. Lo esencial es que en el paradigma del estado constitucional de derecho se habría operado un cambio decisivo en la relación entre la política y el derecho, sustanciado en la sujeción de la producción del derecho en su totalidad a límites y vínculos establecidos por el derecho mismo. Los derechos fundamentales operarían entonces, precisamente, como límites y vínculos impuestos a cualquier clase de poderes, públicos o privados. Y para cumplir esa función de limitar y vincular a cualquier poder normativo, son establecidos por normas de grado supraordenado a cualquier otra norma del ordenamiento, es decir, por normas constitucionales (rígidas), trazando de ese modo una «esfera de lo indecible»<sup>9</sup>.

Esa imagen tan plástica de una esfera de lo indecible –al igual que otras de similar fuerza expresiva y que han gozado de un parecido éxito, como la de un «coto vedado» en el que los derechos fundamentales se hallarían a resguardo de las decisiones de la mayoría– suele traducirse en la afirmación, no muy matizada, de que en el estado constitucional los derechos fundamentales están sustraídos a cualquier clase de poder de decisión. Y digo que no muy matizada porque, tomada al pie de la letra, resulta en realidad insostenible<sup>10</sup>. Si se va a dejar trazada una esfe-

<sup>9</sup> *PI* vol. I: 774, 775, 803, 813, 843.

<sup>10</sup> Resumen aquí ideas que he desarrollado en BAYÓN, 2004: 87-92.

ra de lo indecible, habrá que aclarar en primer lugar quién y cómo debería trazarla, a quién habría de reconocerse poder de decisión (i.e., autoridad legítima) para determinar qué es lo que en el futuro no se va a permitir decidir a ningún poder normativo. En segundo lugar habrá que precisar si, una vez establecida, se debe admitir la modificación de su trazado, el cambio total o parcial de los contenidos que se hayan incluido en dicha esfera; y, en caso afirmativo, a quién y en qué términos habría de reconocerse poder de decisión para hacerlo. Y en tercer lugar, establecida la esfera de lo indecible, hay que aclarar quién y cómo habría de determinar el alcance exacto de sus confines, a quién y en qué términos habría de reconocerse el poder de concretar con precisión su contenido: porque en las constituciones contemporáneas, y con unas pocas excepciones que aparecen ya en forma de reglas muy específicas, ese contenido está formulado con un considerable nivel de abstracción, inevitable –no ya por la necesidad de propiciar consensos en el momento constituyente, sino por la relativa indeterminación de nuestras propias concepciones sobre el alcance de los derechos– y generador de desacuerdos razonables sobre su interpretación.

Creo que merece la pena recordar brevemente en qué términos contesta Ferrajoli a estas tres cuestiones esenciales. En cuanto a la primera, su respuesta es que el fundamento de la legitimidad de una constitución no reside en «la forma de su producción» sino en «su contenido o su sustancia», de manera que una constitución no será legítima porque exprese la voluntad de la mayoría (de una cierta comunidad política), sino porque, sea cual sea el modo de su adopción, imponga límites y vínculos que operen «como garantía de cada uno y de todos»<sup>11</sup>. En cuanto a la segunda, y tras sugerir que «está en la lógica del constitucionalismo» el que, una vez establecidos constitucionalmente, los derechos fundamentales sean irreformables, concluye, más matizadamente, que debería aceptarse un poder de revisión constitucional para ampliarlos o reforzarlos, pero en ningún caso para reducirlos y menos aún para suprimirlos<sup>12</sup>. Por fin, en cuanto a la tercera, bien podría decirse que la contestación de Ferrajoli pasa en realidad por negar la mayor. A la pregunta de a quién ha de atribuirse el poder de determinación o concreción de los contenidos de la esfera de lo indecible, su respuesta vendría a ser que, una vez establecida ésta por la constitución, lo único que en realidad hace falta encomendar a alguien es su garantía: y que el ejercicio de las funciones de garantía –a diferencia de lo que ocurre con el de las funciones de gobierno– no implica en sentido estricto genuinos poderes de decisión<sup>13</sup> (ergo la pregunta misma de a quién habría de encomendar-

<sup>11</sup> *PI* vol. II: 55 (las cursivas son del original). *Vid.* también *PI* vol. II: 545.

<sup>12</sup> *PI* vol. II: 47; en el mismo sentido, *PI* vol. II: 90.

<sup>13</sup> Para Ferrajoli lo que legitima las funciones de garantía en general y la jurisdicción en particular es el hecho de consistir en una aplicación sustancialmente *correcta* de normas preestablecidas, así que su ejercicio implicaría esencialmente –a diferencia de lo que ocurre con las funciones de gobierno– actos de conocimiento o comproba-

se un poder de decisión al respecto estaría mal planteada y sería fruto de una incompreensión profunda de la estructura básica del estado constitucional de derecho<sup>14</sup>).

Las tres respuestas de Ferrajoli me parecen insatisfactorias. Y lo que es más importante, creo que la raíz de los problemas resulta ser la misma en los tres casos. A la pregunta de a quién debe reconocerse autoridad legítima para trazar la esfera de lo indecidible no se puede contestar sin más que lo relevante no es quién y cómo la traza, sino qué contenido se incluye en ella. Porque son dos preguntas distintas y las dos son pertinentes, así que la respuesta a una de ellas no sirve al mismo tiempo como respuesta a la otra. Por supuesto que puede aprobarse democráticamente una constitución antidemocrática en cuanto a su contenido<sup>15</sup>, así que la pregunta por la legitimidad o justificación de una constitución ciertamente no puede cerrar los ojos a las consideraciones sustantivas. Pero tampoco puede ser ciega a las consideraciones procedimentales. En realidad, la pregunta por la legitimidad se responde tanto con un criterio normativo que especifique cuáles serían –y cuáles no– los con-

---

ción y no de voluntad, de constatación y conservación y no de disposición e innovación (*PI* vol. I: 824-825).

Es verdad que en múltiples lugares Ferrajoli matiza esas afirmaciones, diciendo, por ejemplo, que la distinción entre funciones de gobierno y funciones de garantía tiene confines «ínciertos» (*PI* vol. I: 828) y que existen entre ambas «figuras intermedias» (*PI* vol. II: 200); que la naturaleza de las funciones de garantía es sólo «tendencialmente» cognoscitiva (*PI* vol. II: 33, 75, 133 n. 89, 192, 208); que su carácter cognoscitivo no se realiza nunca plenamente, sino sólo de manera imperfecta y aproximativa (*PI* vol. II: 212); e incluso que la jurisdicción comporta siempre «espacios inevitablemente abiertos a la discrecionalidad interpretativa» que hacen que exista «una específica esfera de lo decidible» dentro de la propia esfera de lo indecidible (*PI* vol. II: 73; la cursiva es del original), de manera que el ejercicio del poder judicial consistiría «siempre en una actividad decisional además de cognoscitiva» (*PI* vol. II: 74).

Lo llamativo –como destaca, por ejemplo, Chiara Tripodina: *vid. TRIPODINA*, 2010: 9-10– es que Ferrajoli no parece creer que todas esas concesiones le fueren a replantear o matizar de algún modo unas conclusiones en materia de diseño institucional (recíproca independencia entre poderes basados en fuentes de legitimación distintas, traducida en su estricta separación orgánica y funcional) que se diría que sólo se pueden mantener si se postula una distinción cualitativa nítida entre funciones e instituciones de gobierno y de garantía: cfr. *PI* vol. I: 824-825; *PI* vol. II: 196, 207-208.

<sup>14</sup> Que es en sustancia, me parece, lo que viene a responder Ferrajoli –en *PI* vol. II: 133 n. 89– a las críticas que le habían formulado Pablo de Lora y Andrea Greppi preguntándole por qué los desacuerdos razonables acerca del significado y alcance de las normas constitucionales deben ser resueltos con carácter final precisamente por jueces constitucionales y no de alguna otra manera. La respuesta –dice Ferrajoli– es muy simple: porque no se trata de ejercer un genuino poder de decisión, esto es, de tomar opciones en un espacio de discrecionalidad como el que corresponde a la política (en cuyo caso sería cierto que se necesitaría un tipo de legitimación como la que presta la representación democrática), sino que se trata meramente de llevar a cabo una aplicación sustancialmente correcta de normas preestablecidas, esto es, de operar –desarrollando la función de preservarlo o garantizarlo– en el espacio estrictamente vinculado que «toda la tradición teórica y práctica del estado de derecho» reconoce como «el espacio propio de la jurisdicción» (*ibid.*).

<sup>15</sup> Como apunta con razón Ferrajoli: *PI* vol. I: 812.



tenidos de las decisiones colectivas de la comunidad que habría que considerar justificados (qué se debe decidir), como –habida cuenta del desacuerdo reinante acerca de esta primera cuestión– con un criterio normativo relativo a cuál sería el procedimiento justificado para producir decisiones colectivas (quién y cómo debe hacerlo). Es cierto que «auctoritas, non veritas facit legem», la máxima hobbesiana que Ferrajoli tantas veces recuerda<sup>16</sup>. Y también lo es que la teoría del derecho puede contentarse, al menos en situaciones ordinarias, con decir que quién tiene o no auctoritas es una pura y simple cuestión de hecho (de eficacia de un acto constituyente, si se quiere decir de un modo más preciso)<sup>17</sup>. Pero todo eso no resta un ápice de su pertinencia a una pregunta distinta: a quién se debe reconocer –con carácter final o último– auctoritas para «hacer el derecho»<sup>18</sup>, que es la pregunta de la filosofía política, pero también, como se verá después, la que inevitablemente tiene que hacerse el aplicador del derecho que se encuentra ante una pluralidad de pretensiones de autoridad última en conflicto.

No creo que haga falta extenderse mucho para mostrar que algo parecido ocurre con la forma en la que Ferrajoli responde a la cuestión de a quién y de qué modo habría de reconocerse poder de decisión para reformar los contenidos incluidos en la esfera de lo indecible: decir que la decisión originaria al respecto debe poder modificarse para ampliar los derechos pero no para restringirlos, en circunstancias en las que precisamente no hay un perfecto acuerdo acerca de qué cuenta exactamente como ampliación y qué como restricción, deja en pie sin remedio la pregunta de a quién debería reconocerse a fin de cuentas poder de decisión para determinar tal cosa autoritativamente. De nuevo, a la pregunta por el quién y el cómo no se puede responder sin más –como me temo que hace Ferrajoli– con el qué.

El derecho, como ha explicado de manera sumamente esclarecedora Bruno Celano, es precisamente una institución que tiende a transformar todas las cuestiones sustantivas en cuestiones procedimentales: «todo problema del tipo “¿Qué exige la justicia en la situación S?”», apunta Celano, quedaría transformado por el derecho «en un problema del tipo “¿Quién es competente para decidir, y en ejecución de qué procedi-

<sup>16</sup> Vid. *PI* vol. I: 15, 111, 463, 468, 828.

<sup>17</sup> *PI* vol. II: 470

<sup>18</sup> Nótese bien que Ferrajoli plantea con claridad y responde inequívocamente a la pregunta de a quién ha de atribuirse autoridad legítima para «hacer la ley», esto es, para tomar decisiones de rango infraconstitucional dentro de la «esfera de lo decidible» (tal y como haya quedado delimitada por la constitución): la fuente de legitimación de la actividad legislativa y de gobierno –nos dice Ferrajoli– es «la voluntad popular, tal y como se expresa mediante la elección política de los representantes y el principio de la mayoría» (*PI* vol. I: 828; *vid.* también, por ejemplo, *PI* vol. I: 824, 830; *PI* vol. II: 29, 207-208). A lo que me refiero en el texto, por consiguiente, es a su manera de afrontar la cuestión claramente distinta de a quién ha de reconocerse autoridad legítima para dejar trazadas las esferas de lo decidible y lo indecible (autoridad, por tanto, *final* o *última*).

mientos, qué cosa es debida a cada uno en S?»<sup>19</sup>. Y aunque a primera vista alguien pudiera pensar lo contrario, esa tendencia a transformar toda cuestión sustantiva en una cuestión procedimental vale también para el estado constitucional de derecho. Podemos aceptar –como sostiene Ferrajoli– que es un rasgo definitorio del mismo que sea el propio derecho el que sujeta la producción del derecho en su totalidad a límites y vínculos no sólo relativos a la forma de las decisiones (al quién y al cómo), sino también a su sustancia o contenido. Pero es que cuando se establece alguna clase de límite o vínculo sustantivo hay que atribuir a alguien, indefectiblemente, el poder de tomar una decisión autoritativa acerca de cuándo ha sido transgredido<sup>20</sup>. Y sin duda es cierto que «veritas, non auctoritas facit iudicium»<sup>21</sup>, si lo que se quiere decir con ello es que cualquier decisión que se tome al respecto podrá reputarse materialmente correcta sólo cuando su contenido verdaderamente se ajuste a derecho. Pero es en cambio la auctoritas, y no la veritas, la que determinará finalmente qué iudicium –esto es, el iudicium de quién y adoptado de qué modo– ha de contar como válido. No es ninguna novedad recordar el dato elemental de que cuando hablamos de decisiones jurisdiccionales su posible carácter final no implica de ninguna manera infalibilidad: una sentencia definitiva o firme puede perfectamente ser errónea (e incluso haber anulado otra de un órgano inferior que era correcta). Así que ni cabe decir que una decisión constituye una sentencia válida sólo porque sea materialmente correcta –con independencia de quién y cómo la haya adoptado–, ni sólo porque se considere materialmente incorrecta habrá de ser necesariamente reputada inválida. Y por tanto, en definitiva, a la pregunta de quién y cómo debe decidir qué cuenta o no como transgresión del contenido de la esfera de lo indecible no se puede responder sin más que dicha determinación no es sino un acto de conocimiento o «constatación» y que, como tal, no incluye en sentido estricto un verdadero poder de decisión. Cuando puede haber desacuerdos razonables acerca de qué constituye una transgresión de los límites y vínculos que la constitución establece (y por tanto divergencias de opinión acerca de cuál es la veritas), la decisión última al respecto ha de ser puesta inexorablemente en las manos de alguien: y la pregunta de a quién debe conferirse esa auctoritas no queda respondida apuntando tan sólo que, una vez que la pongamos en manos de quien sea, el contenido de su decisión –siempre falible– deberá guiarse exclusivamente por la veritas<sup>22</sup>. Una vez más, se está pretendiendo dar respuesta con el qué (se

<sup>19</sup> CELANO, 2001: 408.

<sup>20</sup> Como nos recuerda Celano, «en el ámbito jurídico, al interrogante “¿X es o no un caso de R?” se añade constantemente el interrogante ulterior: “¿Quién y según qué modalidades es competente para juzgar si X es o no un caso de R?”» (CELANO, 2001: 412).

<sup>21</sup> Vid. *PI* vol. I: 828; *PI* vol. II: 33.

<sup>22</sup> Interesa subrayar que el problema no deriva de poner en duda que haya una *veritas* respecto a qué es lo que dispone el derecho para un caso. Incluso si la hubiese siempre (lo que, por cierto, me parece dudoso), el problema deriva de la falta de acuerdo perfecto acerca de cuál sería dicha *veritas*. En suma, no es la presuposición de la ausencia sistemá-

debe decidir) a la pregunta por el quién y el cómo (debe hacerlo): con el resultado de que una de las preguntas usurpa el lugar que corresponde en realidad a la otra, de manera que ésta queda, por así decirlo, hurtada a nuestro campo de visión. En ese sentido bien podría decirse que la perspectiva desde la que Ferrajoli nos propone mirar el constitucionalismo tiene un punto ciego: no en el sentido de que siendo capaz de mostrarnos la pertinencia e importancia de una pregunta la deje al final sin respuesta clara, sino en el sentido –que puede ser más perturbador– de que no permite ver lo pertinente e importante que es la pregunta misma. En suma, en la concepción del constitucionalismo de Ferrajoli hay a mi juicio un punto ciego porque tiende a dejar fuera de nuestra vista, en la sombra, las preguntas procedimentales esenciales de a quién y en qué términos se debe reconocer autoridad para trazar la esfera de lo indecible, para modificarla y para determinar y concretar el alcance exacto de su contenido.

Traer esas preguntas a primer plano implica mirar el constitucionalismo desde un punto de vista parcialmente distinto del de Ferrajoli. Mirarlo de una manera en la que, para empezar, ocuparía un lugar central la idea de desacuerdos razonables acerca de nuestros derechos, que llamativamente parece no tener cabida en su construcción. Claro que el constitucionalismo establece límites y vínculos al poder, no hace falta recordarlo. Pero la cuestión –al menos si nos estamos refiriendo a democracias constitucionales mínimamente asentadas– es más bien de qué forma hemos de entender que lo hace. A mi modo de ver, lo hace creando una cultura muy exigente de deliberación pública, instaurando una práctica muy compleja de pedir y dar razones para todos los actos del poder: un pedir y dar razones en el que lo que se fija constitucionalmente no es tanto –salvo en unos pocos extremos– qué es lo que, de manera perfectamente precisa y concreta, no cabrá decidir, sino más bien dentro de qué parámetros debe quedar canalizada la discusión acerca de qué es admisible o no que se decida y, por consiguiente, en qué términos de razón pública debe estar construida la justificación que de todo acto de autoridad cabe reclamar y ha de poder darse<sup>23</sup>. E implica también mirar el constitucionalismo asumiendo, en segundo lugar, que las respuestas a las preguntas por el quién y el cómo debe decidirlo habrá que construir las articulando una teoría compleja de la legitimidad, esto es, una que conjugue una pluralidad de valores: la especial dignidad moral de las decisiones que se toman a través del autogobierno colectivo de la comunidad, el mayor o menor valor instrumental de cada procedimiento de decisión posible (esto es, su mayor o menor tendencia a producir el tipo de decisiones

---

tica de *veritas* (que implicaría una implausible visión del derecho como radicalmente indeterminado), sino la evidencia de la falta de acuerdo sobre cuál, caso de haberla, es la *veritas*, lo que nos obliga a conferir *auctoritas* al juicio al respecto de alguien (por más que, como el de cualquier otro, nos conste que es falible).

<sup>23</sup> Vid. KUMM, 2010a.

que estimamos sustantivamente correctas) y el enriquecimiento de la deliberación pública (de manera que resulte más inclusiva y de mayor calidad y profundidad).

Si creemos que para dar respuesta a aquellas preguntas procedimentales ineludibles y esenciales –a quién y en qué términos se debe reconocer autoridad para trazar la esfera de lo indecible, para modificarla y para determinar y concretar el alcance exacto de su contenido– hay que construir una teoría normativa compleja que integre todos esos ingredientes valorativos, ello nos lleva de inmediato al debate acerca de qué clase de diseño institucional conseguiría un ajuste óptimo entre los mismos. Y se abren entonces ámbitos de discusión perfectamente familiares y vivos en la teoría constitucional contemporánea de los que, sin embargo, no hay rastro en la construcción de Ferrajoli porque sencillamente no encajan en ella. Pensemos, para empezar, en la discusión misma acerca de si en democracias constitucionales como las nuestras se justifica un tipo de «constitucionalismo fuerte» como el que tenemos o si, más bien, deberíamos tener alguna clase de «constitucionalismo débil»<sup>24</sup>, una discusión que desde el punto de vista de Ferrajoli parece que ni siquiera puede llegar a plantearse, ya que para él, se diría que por razones puramente conceptuales, el constitucionalismo o es del primer tipo o no es verdaderamente tal. O en el debate acerca del modo en el que han de ser seleccionados los jueces constitucionales y el papel que en su caso habrían de tener en ello los órganos representativos, que, de nuevo, para Ferrajoli parece que se resuelve poco menos que automáticamente con sólo traer a colación la distinción entre funciones e instituciones de gobierno y funciones e instituciones de garantía y el principio de separación orgánica entre una esfera y otra<sup>25</sup>. O, si pasamos ahora del diseño de las instituciones a las directrices generales en materia de interpretación

---

<sup>24</sup> Sin entrar ahora en pormenores que aquí estarían de más, entiendo por «constitucionalismo fuerte» cualquier clase de diseño institucional que combina el control jurisdiccional de constitucionalidad con alguna forma de rigidez contramayoritaria de la constitución y con supremacía judicial (en el sentido de que, salvo que se activen gravosos mecanismos de reforma de la constitución, los jueces tienen frente al legislador la última palabra en materia constitucional); y por «constitucionalismo débil» cualquier clase de diseño institucional en el que, existiendo el primero de aquellos tres elementos, falta o bien el segundo (porque la reforma de la constitución requiere procedimientos más complejos y exigentes que los de la legislación ordinaria, pero no supermayorías) o bien el tercero (ya sea porque la declaración de inconstitucionalidad de la ley no la invalida ni permite inaplicarla, ya porque el legislador ordinario dispone de un procedimiento de respuesta a dicha declaración –que puede tener que ser renovado cada cierto tiempo– que, no obstante la declaración de inconstitucionalidad recaída, obliga a seguir aplicando la ley en cuestión).

<sup>25</sup> Salvo que me haya pasado por alto, no hay ningún lugar en *Principia iuris* en el que Ferrajoli diga expresamente quién y de qué forma debería seleccionar a los integrantes de un tribunal constitucional. Pero a la luz de lo que sostiene en general sobre la separación orgánica entre funciones e instituciones de gobierno y de garantía (*vid.*, por ejemplo, *PI* vol. I: 820-822; *PI* vol. II: 196, 201-202), parece que en su opinión el parlamento no debería intervenir de ningún modo ni en su elección ni en la de

que debería seguir aquél al que encomendemos el proceso de determinación y concreción del contenido de la esfera de lo indecible, pensemos también en la discusión acerca de si los jueces constitucionales deben o no guiarse en sus decisiones por un principio de autocontención o deferencia hacia el legislador y, en caso afirmativo, exactamente en qué términos habrían de hacerlo. Una teoría de la deferencia presupone, por supuesto, un trasfondo valorativo, un trasfondo de razones –o, si se quiere, consideraciones de legitimidad institucional– por las que se supone que en ciertos ámbitos o cuando concurren determinados factores una autoridad debería dar por buena la decisión que haya tomado otra, aun teniendo formalmente la capacidad de no hacerlo y por más que pueda dudar de la corrección de dicha decisión o incluso discrepar abiertamente de ella. Una teoría de la deferencia, en suma, tiene que ver con la existencia de posibles razones de legitimidad institucional por las que alguien debería dejar en suspenso su propio punto de vista frente al de otro. Y si ese trasfondo de razones está compuesto por ingredientes de diversos tipos, las distintas formas en que estos se articulen o conjuguen deberían dar lugar a otras tantas teorías complejas o refinadas de la deferencia, esto es, a diferentes propuestas normativas que detallen en qué circunstancias precisas debe entrar en juego, con qué fuerza –mayor en un tipo de casos, menor en otros– y también, por supuesto, cuándo esa autocontención no procede en absoluto<sup>26</sup>. Pero, una vez más, una discusión de este tipo queda fuera del horizonte de Ferrajoli. El lenguaje de la deferencia sencillamente chirría si intentamos introducirlo en su concepción de las funciones y órganos de garantía. Y chirría por una razón muy simple: no hay forma de hacer visibles las posibles razones para la deferencia cuando ya para empezar se han perdido de vista las preguntas básicas por el quién y el cómo debe decidir.

Pero lo que más me interesa resaltar aquí es cómo se agrava el problema cuando pasamos del ámbito interno o estatal a la esfera pública global. Porque tengo la impresión de que, con ese punto ciego al que estoy refiriéndome, una perspectiva como la de Ferrajoli nos priva precisamente de aquello que más falta nos haría cuando nos enfrentamos al tipo de dificultades que son características del constitucionalismo proyectado más allá del Estado. Hoy en día, cuáles son nuestros derechos fundamentales no es algo que se decida en exclusiva en el ámbito estatal. Lo que un legislador como el italiano o el español «no

---

aquellos llamados a elegirlos. Creo que una buena pregunta para Ferrajoli sería la de qué método concreto de selección le parecería entonces preferible.

<sup>26</sup> Estoy pensando en un tipo de teoría de la deferencia hacia el legislador por parte de los jueces constitucionales como la que propone, por ejemplo, Víctor Ferreres (*vid.* FERRERES COMELLA, 1997: caps. 4, 5 y 6), en la que, de manera sumamente elaborada y cuidadosa, se detalla qué justificaría la presunción de constitucionalidad de la ley, qué consideraciones deberían tomarse en cuenta para graduar su fuerza y también bajo qué circunstancias se debería llegar a invertir el sentido de dicha presunción.

puede decidir o dejar de decidir», el contenido de lo que constituye la «esfera de lo indecible» para él, no viene determinado solamente por la respectiva constitución nacional (y por la interpretación que haga de ella el tribunal constitucional correspondiente), sino que está definido también, como es notorio, por una pluralidad de regímenes supranacionales de reconocimiento y protección de los derechos, dotados con frecuencia de órganos jurisdiccionales propios que interpretan autónomamente los correspondientes textos normativos de referencia (y que por lo tanto precisan y concretan de modos potencialmente diversos el contenido y alcance de los derechos que se reconocen en ellos, incluso aunque su formulación en las constituciones nacionales y en distintos textos supranacionales pueda ser muy similar). Y lo que sucede es que esa concurrencia en la configuración de la esfera de lo indecible está llamada inevitablemente a producir fricciones. Por una parte, el establecimiento de sistemas supranacionales de protección de los derechos se basa naturalmente en la idea de que estos deben ser asegurados o tutelados no sólo por los Estados sino también, si hace falta, frente a ellos, así que desde esos sistemas supranacionales se esgrime una pretensión de primacía sobre el derecho interno de los Estados. Por otra parte, sin embargo, esa pretensión no es tan fácil de asumir sin reserva alguna desde el punto de vista de estos. Podría serlo si desde el punto de vista estatal todas las obligaciones dimanantes de esos regímenes supranacionales pudieran ser vistas en último término como obligaciones autoimpuestas: después de todo, para cada Estado dichos sistemas supranacionales son el producto de tratados internacionales que él ha suscrito de la única forma en que jurídicamente puede hacerlo, esto es, con arreglo a su propia constitución. Pero si esos tratados han instituido órganos con competencia para crear normas directamente aplicables en cada Estado –y no sujetas en cuanto a su adopción al posible veto de cada uno de ellos– o, sobre todo, han instituido órganos jurisdiccionales que interpretan autoritativamente el contenido y alcance precisos de las obligaciones asumidas en los tratados, entonces un Estado puede encontrarse con que desde los regímenes supranacionales en cuestión se le demanda el cumplimiento de obligaciones a las que no sólo no ha consentido, sino a las que con arreglo a su propia constitución no podría consentir (o para ser más exacto: a las que no podría consentir con arreglo a la interpretación de su constitución que pueda haber hecho quien ésta determine que es su intérprete supremo). La coexistencia de niveles nacionales y supranacionales de protección de los derechos fundamentales se puede intentar armonizar recurriendo a una pluralidad de técnicas<sup>27</sup>, pero la posibilidad de que surjan fricciones entre ellos, que se materializará con mayor o menor frecuencia, nunca desaparece por completo.

---

<sup>27</sup> Un elenco muy completo de las técnicas posibles puede verse en NEUMAN, 2003.

El problema fundamental del constitucionalismo en la esfera global es precisamente este: el de las relaciones entre ordenamientos que se superponen o concurren sin que haya una regla suficientemente clara acerca del modo en que habría de desenvolverse la interacción entre ellos y que además sea aceptada exactamente en los mismos términos desde todos los puntos de vista concurrentes. Y lo que sucede es que justamente en una situación así resulta más crucial que nunca preguntarnos a quién se debe reconocer autoridad para trazar la esfera de lo indecible y, muy especialmente, para determinar y concretar el alcance exacto de su contenido. Voy a sostener que eso es inevitablemente lo que en último término tendrá que preguntarse el juez que opera en alguno de los planos de lo que hoy se suele llamar un «sistema de tutela multinivel de los derechos» cada vez que surja la fricción entre diferentes niveles<sup>28</sup>, porque lo que va a tener ante sí en esos casos, en sustancia, es una pluralidad de pretensiones de autoridad última en conflicto. Y en circunstancias como esas creo que no sirve de mucho decir –como nos dice Ferrajoli– que la legitimidad de las instituciones de garantía depende exclusivamente de que su actuación no consista en otra cosa que en la aplicación del derecho<sup>29</sup>, porque aquí la pregunta de fondo que se está planteando, precisamente, es qué derecho se ha de aplicar con preferencia entre los distintos ordenamientos concurrentes. Así que para enjuiciar la legitimidad de la decisión de dar prioridad a uno o a otro inexorablemente hace falta algo más. Lo que nos hace falta es una teoría normativa acerca de cómo debería estar distribuida en el espacio público global la autoridad para decidir qué derechos tenemos –de nuevo, el quién y el cómo debe decidir–, no sólo en cuanto a su formulación, claro está, sino muy especialmente en cuanto a la determinación por vía interpretativa de su contenido y alcance precisos<sup>30</sup>. Una teoría que habría de ser lo bastante rica como para aclarar en qué casos y en qué términos se debería mostrar deferencia desde un nivel hacia lo decidido por otro –ya sea desde el supranacional hacia el estatal o a la inversa; o desde un sistema supranacional hacia otro– y en qué casos no. La articulación de una teoría semejante desde luego dista de ser sencilla. Pero en cualquier caso, insisto, es exactamente lo que nos hace falta. Y también, me temo, justamente lo que un enfoque como el de Ferrajoli deja fuera de nuestra consideración.

---

<sup>28</sup> Esas fricciones pueden tener distintos tipos de protagonistas y pueden ser también no sólo bilaterales sino multilaterales: esto es, pueden surgir no sólo entre un ordenamiento supranacional y un ordenamiento estatal, sino también a tres (o más) bandas, como sucede cuando desde un ordenamiento supranacional se controlan actos estatales de ejecución de normas de otro ordenamiento supranacional distinto. Más adelante, al hilo de la exposición, iré haciendo referencia a algunos casos emblemáticos de esas diferentes clases de conflicto.

<sup>29</sup> *PI* vol. II: 202, 208.

<sup>30</sup> Insisten en la necesidad de articular con detalle una teoría normativa de ese tipo HESSLER, 2005; BUCHANAN Y POWELL, 2008; o VON STADEN, 2012.

Pero para fundamentar y articular adecuadamente la idea que acabo de sugerir habría que empezar por despejar algunos obstáculos conceptuales. Porque hay quien considera que reclamar criterios precisos acerca de la distribución de la autoridad para decidir sobre los derechos en la esfera pública mundial (esto es, criterios clara y uniformemente definidos acerca de quién habría de tener en cada caso «la última palabra» al respecto) supone o no haber entendido cómo se relacionan hoy ordenamientos de distintos niveles dentro de la esfera pública global, o propugnar un modelo indefendible –nostálgico del viejo paradigma estatalista westphaliano, obsesionado por la unidad e incapaz de concebir otras relaciones entre ordenamientos que las jerárquicas– acerca del modo en que deberían relacionarse. Hoy en día prolifera una literatura en torno a la idea de «pluralismo constitucional» –entendida por cierto de maneras bastante diferentes, a veces confusas y cuyas pretensiones no siempre queda claro si son puramente descriptivas o también normativas– que, a través de un lenguaje metafórico característico (el «paso de la pirámide a la red», la armonización de los ordenamientos a través del «diálogo entre tribunales»...), vendría en efecto a poner en tela de juicio la idea aquí adelantada de que no podemos eludir la pregunta por la distribución de la autoridad legítima para decidir sobre los derechos en la esfera pública mundial. Y la idea de pluralismo, como ya dije, resulta ser el eje sobre el que Ferrajoli vertebra su posición acerca de la extensión del constitucionalismo al plano supranacional<sup>31</sup>. Pero, como intentaré mostrar, hay al

---

<sup>31</sup> Aunque me parece, como se irá viendo, que no con toda la claridad que hubiera sido deseable. En ocasiones parece que Ferrajoli utiliza el vocabulario pluralista con pretensiones puramente descriptivas, es decir, simplemente para reflejar cómo está estructurada hoy en día la esfera pública mundial (o alguna parte especialmente importante de la misma, como la que compondrían el derecho de la Unión Europea y los derechos nacionales de los Estados miembros de la misma), como cuando nos dice que se trata de una estructura «no piramidal, sino “puntiforme y reticular”» (*PI* vol II: 474) y que «el ordenamiento internacional puede concebirse como un ordenamiento pluralista, compuesto de varios ordenamientos conectados entre sí por diversos grados de integración» (*PI* vol II: 475); o incluso cuando afirma que la estructura de la esfera pública global está formada en la actualidad «por una miríada de instituciones [...], en gran parte desconectadas y desarrolladas por acumulación, sin un claro diseño constitucional» y que «guardan entre sí una relación de codistribución, subsidiariedad o separación de las competencias» (*PI* vol II: 533).

Pero a veces la descripción de ese estado de cosas parece ir ya claramente acompañada de una valoración negativa, como sucede cuando califica esa estructura reticular como «intrincada y confusa», «un complicado laberinto formado por sucesivas acumulaciones y estratificaciones en el que sólo saben orientarse [...] las grandes empresas que disponen de aguerridos equipos de abogados» (*PI* vol II: 538); o cuando afirma que el hecho de que hoy «convivan y se superpongan confusamente varias instituciones originarias» sería propio de una «fase de transición» (*PI* vol I: 848-849), dando a entender por tanto que no se trata en absoluto de una situación ideal y que sería deseable superarla. De hecho, llega a afirmar sin ambages que «[e]l pluralismo de los ordenamientos» –esto es, «su concurrencia, la confusión y la anarquía de las fuentes que caracterizan el actual orden de relaciones entre Estados, instituciones supranacionales e instituciones internacionales»– supone «una regresión del derecho



menos tres maneras sustancialmente distintas de entender el concepto de «pluralismo» en tanto que forma de relación entre ordenamientos. Entre ellas, creo que una es confusa como reconstrucción conceptual, inexacta como descripción de los fenómenos de los que intenta dar cuenta y carente de todo atractivo como propuesta normativa. Las otras dos son en cambio bastante más interesantes desde el punto de vista conceptual y descriptivo y cada una de ellas, además, puede defenderse y ha sido defendida en el plano normativo. Pero una de las dos me parece sencillamente incompatible con el núcleo mismo del ideal constitucionalista e inasumible por tanto para Ferrajoli. Y la otra presupone y no puede articularse sin aquello sobre lo que, precisamente, la construcción de Ferrajoli guarda silencio: una teoría normativa acerca de cómo debería estar distribuida entre los distintos niveles del espacio público global la autoridad para decidir sobre el contenido y alcance de nuestros derechos. Creo que merece la pena explorar estas distintas formas de entender la idea de «pluralismo» con algún detenimiento.

## 2. LOS EQUÍVOCOS DEL PLURALISMO

Desde hace más de un siglo la relación entre el derecho interno de los Estados y el derecho internacional se discute a partir de la contraposición entre «monismo» y «dualismo», en unos términos, por cierto, que suelen resultar confusos porque con frecuencia mezclan dos cuestiones completamente diferentes<sup>32</sup>; por un lado, qué es lo que determina la unidad de un sistema jurídico y cuáles son los criterios que permiten individualizar sistemas jurídicos e identificarlos como distintos e independientes unos de otros, que es un problema de teoría

---

a sus formas premodernas» (*PI* vol II: 538); o que «el pluralismo de ordenamientos no integrados unos en otros por relaciones de grado claramente determinadas» —lo que supone que las relaciones entre los mismos «estén completamente desreguladas»— no sólo «no constituye un *modelo* [...] sino más bien [...] un *problema* teórico y político, cuya falta de solución representa una constante amenaza al papel del derecho y de la razón jurídica» (*PI* vol. I: 436; las cursivas son del original).

Por todo ello no deja de sorprender —y desde luego no se entiende bien, a no ser que inadvertidamente se nos esté hablando de «pluralismo» en varios sentidos diferentes— que al mismo tiempo Ferrajoli propugne como ideal para la construcción de la esfera pública global «el reconocimiento del pluralismo de los ordenamientos» (*PI* vol II: 540) y califique como «única alternativa racional» a la situación actual su «transformación gradual [...] en un modelo federal» (*PI* vol II: 536). Es importante destacar que lo que Ferrajoli entiende por tal no es un Estado federal, sino una federación concebida como «red de relaciones entre ordenamientos federados» que se caracterizaría precisamente por la «ausencia de poderes supremos» (*PI* vol II: 543), dado que en su concepto de «federación» tanto las instituciones federales como las instituciones federadas serían igualmente «originarias» (*PI* vol. I: 887); y eso implica, según sus propias definiciones, que sus respectivos ordenamientos no estarían «integrados unos en otros por relaciones de grado [de supraordenación y subordinación] claramente determinadas». De manera que, aparentemente, lo que se defiende como ideal no es fácilmente distinguible de lo que se ha considerado como un problema que habría que superar.

<sup>32</sup> Lo apunta con claridad GUASTINI, 2006: 193.

general del derecho; por otro, si las normas internacionales son o no directamente aplicables por los jueces nacionales sin alguna clase de acto normativo interno de recepción y cuál es su posición en la jerarquía interna de fuentes, que es algo que dependerá de lo que determine al respecto el derecho positivo (y sobre lo que, por cierto, la correspondiente constitución nacional puede disponer un régimen distinto del que eventualmente pueda disponer sobre esa misma cuestión el derecho internacional).

Pero hoy en día, y especialmente cuando se trata de caracterizar las relaciones entre un ordenamiento supranacional como el de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales de los Estados miembros, mucho más que sobre el par monismo/dualismo la discusión gira en torno al concepto de «pluralismo constitucional». La idea fue introducida en el debate contemporáneo por Neil MacCormick a raíz de la célebre –y discutida– «sentencia Maastricht» del Tribunal Constitucional Federal alemán, con la pretensión de que permitía reconstruir conceptualmente los términos en los que se desenvolvía la integración europea tras una decisión como aquella<sup>33</sup>. Y aunque limitada en origen al ámbito europeo, no mucho después se entendió que cabía extender su alcance y generalizarla como idea apta para caracterizar las transformaciones actuales del constitucionalismo y del derecho supranacional o internacional en un mundo «post-soberano» o «post-westphaliano»<sup>34</sup>.

Aunque ya desde su puesta en circulación se asociaron diversos significados al término<sup>35</sup>, el modo más habitual de entenderlo es el que consiste en sostener que hay una situación de «pluralismo constitucional» cuando coexisten un conjunto de ordenamientos que por una parte son independientes o autónomos, en el sentido de que la constitución de cada uno de ellos no deriva su validez de la de alguno de los demás y por tanto no hay entre los mismos relaciones de supraordenación y subordinación, pero que al mismo tiempo son en algún sentido (no siempre especificado con la precisión deseable) interdependientes, de manera que de un modo u otro «interactúan» o «están interconectados» o «integrados», queriéndose decir con ello que, sin haber una instancia final o suprema de solución de controversias para todo el conjunto, sino tantas como ordenamientos, desde cada uno de ellos se reconoce de algún

---

<sup>33</sup> Vid. MACCORMICK 1993, 1995 y 1999 (especialmente, cap. 7). Esta idea de «pluralismo constitucional» tiene poco que ver con las discusiones tradicionales sobre el «pluralismo jurídico», que versaban en realidad sobre la cuestión de qué sistemas normativos eficaces merecían ser considerados como «derecho» (esto es, lo que discutían era el concepto de derecho). La idea contemporánea de «pluralismo constitucional», en cambio, tiene que ver con un problema distinto: qué clase de relación existe entre ordenamientos estatales y ordenamientos supranacionales.

<sup>34</sup> Cfr. WALKER, 2002.

<sup>35</sup> Para empezar, por parte del propio MacCormick, como señala KRISCH, 2011: 388. El contraste entre los distintos modos en los que se entiende hoy la idea de pluralismo constitucional queda muy bien ilustrado en AVBELJ y KOMÁREK (eds.), 2008.

modo en su propia esfera la pretensión de autoridad de los demás (existiendo por tanto entre los mismos –se dice– una relación no jerárquica, sino «heterárquica» o de complementariedad)<sup>36</sup>.

Pero si se formula en términos como estos<sup>37</sup>, no está claro –habida cuenta, además, de la dosis de imprecisión que arrastra– que se trate de una idea coherente. Ni, en la medida en que lo sea, está tampoco claro que resulte descriptivamente adecuada. Y menos aún que desde el punto de vista normativo pueda considerarse un ideal deseable o justificable. Concentrémonos en el ámbito en relación al cual se originó la idea de pluralismo constitucional, el de las relaciones entre el derecho de la Unión Europea y los derechos nacionales de los Estados miembros. Aquí hay, desde el punto de vista de la teoría del derecho, dos preguntas clave y estrechamente relacionadas entre sí: la primera, no tanto qué tipo de relación media entre esos ordenamientos, sino más bien qué es lo que determina cuál sea esa relación; la segunda, si los ordenamientos que coexisten son derivados u originarios.

En cuanto a la primera, los términos en que un ordenamiento que se considera autónomo (en el sentido de que reclama para sí la última palabra en cuanto a la «competencia-para-decidir-quié- tiene-competencia») haya de relacionarse con otros ordenamientos son, cuando la cuestión se considera desde el punto de vista interno de aquel ordenamiento, los que él mismo haya establecido. Esto es, cada ordenamiento que se pretende autónomo sienta reglas de colisión que establecen en qué condiciones han de ser aplicadas por sus órganos las normas de ordenamientos distintos; y desde su punto de vista es irrelevante que éstos puedan establecer para esos mismos supuestos de conflicto una regla de colisión diferente. Por cierto, cabe la posibilidad de que un ordenamiento que se pretende autónomo establezca como regla de colisión el que las normas de otro ordenamiento prevalezcan en caso de conflicto sobre las propias, incluso sobre su propia constitución<sup>38</sup>. Eso no le privaría de su consideración como ordenamiento originario, no le convertiría sin más en un ordenamiento derivado (y subordinado como tal al ordenamiento al que se reconoce primacía) en tanto en cuanto se siga aceptando que la primacía de las normas del otro ordenamiento se establece desde el ordenamiento propio y desde éste podría retirarse. Porque lo decisivo, insisto, es que adoptar el punto de vista interno en relación con un ordenamiento implica aceptar que la

---

<sup>36</sup> *Vid.*, por ejemplo, TORRES PÉREZ, 2009: 69; o GARCÍA ROCA, 2012: 192. Esta forma de entender el concepto de pluralismo constitucional se ajusta en lo esencial a la definición del mismo que puede encontrarse en MACCORMICK, 1999: 104.

<sup>37</sup> No muy distintos, me parece, de los que suscribe Ferrajoli. Cfr. *PI* vol. II: 473, donde las razones para preferir el «pluralismo de los ordenamientos» a los tradicionales enfoques monista o dualista tienen que ver, a juicio de Ferrajoli, con la concurrencia de dos factores: por un lado, que los ordenamientos que coexisten son «no derivados sino originarios»; por otro, que entre ellos median «diversos tipos de relaciones [que] dan lugar a grados diversos de integración».

<sup>38</sup> *Vid.* ALÁEZ CORRAL, 2012: 370.

regla de colisión relevante es en todo caso la que establezca éste, cualquiera que resulte ser su contenido.

Y ello enlaza con la cuestión de qué quiere decir que un ordenamiento «es» originario (y por tanto autónomo) o derivado (y, como tal, subordinado a otro). O quizá mejor, que se considera y es aceptado como originario o autónomo. Y digo que quizá mejor porque la consideración como autónomo que haga de sí mismo un ordenamiento no tiene por qué ser reconocida por otros. Dado que el carácter autónomo o no de un ordenamiento jurídico depende de la clase de relación que mantenga con otros y que ésta se define necesariamente desde algún punto de vista (i. e., desde el punto de vista de algún ordenamiento), más que decir simplemente que un ordenamiento «es» o «no es» originario o autónomo resulta más apropiado decir que «es visto –o reconocido– como» autónomo desde un cierto punto de vista, lo que es perfectamente compatible con que tal vez sea considerado como derivado o no autónomo desde otro diferente.

Creo que este punto queda algo oscurecido en el análisis de Ferrajoli, que el origen del problema está en la forma en que entiende y utiliza la idea de «norma(s) de reconocimiento» y que la dificultad se pone claramente de manifiesto en su afirmación de que tanto el ordenamiento comunitario como los ordenamientos nacionales de los Estados miembros son, por igual, autónomos u originarios<sup>39</sup>. Según

---

<sup>39</sup> Ferrajoli sostiene que la Unión Europea constituye una federación (*PI* vol II: 474); y entiende por «federación» –como se dijo anteriormente: *vid. supra*, nota 31– algo sustancialmente distinto de un Estado federal: una «red de relaciones entre ordenamientos federados» en la que no hay poderes supremos (es decir, entre ellos no habría relaciones de supraordenación y subordinación), dado que tanto las instituciones federales como las instituciones federadas serían igualmente *originarias* (*PI* vol I: 887; *PI* vol II: 543). Esa tesis ha sido criticada por Stefano Anastasia, señalando que dado que Ferrajoli define las instituciones originarias como aquellas que son producidas por un acto constituyente y este a su vez como un acto institutivo de grado no subordinado a ningún otro (y que por lo tanto es producido por sujetos naturales, no por sujetos institucionales), no está en absoluto claro en qué sentido podrían considerarse «originarias» las instituciones europeas, que parecen ser el producto de acciones jurídicamente reguladas como son los actos de ratificación de tratados (ANASTASIA, 2011: especialmente 87-88). La respuesta de Ferrajoli (en FERRAJOLI, 2011: 207-208) me resulta un tanto desconcertante. Aceptando que Anastasia tiene razón, no cree que ello represente un problema serio para su teoría, dado que cree que podría salvarse reformulándola de una de estas dos maneras: o bien admitiendo que en realidad las federaciones son instituciones derivadas, o bien admitiendo que los actos constituyentes pueden ser realizados también por sujetos artificiales o institucionales. Pero en mi opinión lo segundo contradice sin más su definición de acto constituyente (cfr. *PI* vol. I: 804-807); y lo primero priva de fundamento a la afirmación de que entre instituciones federales e instituciones federadas no hay relaciones de supraordenación y subordinación y, con ello, a la idea misma de que una relación como la que media entre el derecho comunitario y los derechos nacionales de los Estados miembros debe ser entendida en los términos del «pluralismo de los ordenamientos». Creo, como se verá, que la salida de la aporía pasa en realidad por admitir que, más que decir que un acto «es» o no constituyente, puede suceder que el acto que se considera constituyente desde un punto

Ferrajoli, una constitución es «el estatuto de una institución política que tiene como acto institutivo [un] acto constituyente», lo que implica, en virtud de la definición de «acto constituyente», que la constitución no está sometida a ninguna norma supraordenada (y a su vez es de grado supraordenado a cualquier otra norma del ordenamiento)<sup>40</sup>; y únicamente los ordenamientos originarios estarían dotados de constituciones en el sentido definido<sup>41</sup>. Todo esto –añade– no excluye la posibilidad de que «existan varios ordenamientos dentro de un mismo ordenamiento», esto es, que quepa hablar de «subordenamientos» u «ordenamientos subordinados» y el concepto decisivo para diferenciar un ordenamiento originario de un ordenamiento subordinado sería el de las «relaciones de grado»: en el caso del ordenamiento subordinado, su «estatuto» habría sido producido no por un acto constituyente, sino por actos regulados a su vez por normas (del ordenamiento originario al que se subordina), respecto a las cuales, por consiguiente, sería de grado subordinado<sup>42</sup>.

Ahora bien, creo que toda esta construcción no toma en cuenta adecuadamente una idea decisiva, que fue puesta de manifiesto por Hart en su crítica a la explicación kelseniana de la unidad del derecho<sup>43</sup>. Para concluir que dos normas forman parte de un mismo sistema jurídico, decía Hart, no es suficiente con que una de ellas establezca qué requisitos harían válido el acto de producción de la otra y ésta haya sido producida efectivamente por un acto que los satisface (en términos de Ferrajoli: no sería suficiente con que medie entre ellas una «relación de grado»). Sólo con eso, insistía Hart, no basta para decir que la segunda «deriva su validez» de la primera o que ésta es «la razón de la validez» de aquella. Porque para poder decirlo haría falta algo más que tiene que ver con la práctica de reconocimiento que desarrollen de hecho quienes en un territorio determinado tengan la capacidad de ver sus decisiones impuestas por un aparato que monopoliza el uso institucionalizado de la coacción: y ese «algo más» consiste precisamente, en que, «los jueces del sistema» reconozcan a la primera de aquellas dos normas como la razón de la validez de la segunda<sup>44</sup>. Y, como subraya Hart, podría no ser así incluso en el caso de que cupiera afirmar, fijándonos sólo en el contenido de la primera norma, que media entre ellas –por decirlo al modo de Ferrajoli– la relación de grado apuntada. Podría haber sucedido, por ejemplo, que la práctica de reconocimiento hubiese cambiado: que en un momento dado sí se hubiese reconocido a la primera como «razón de la validez»

---

de vista sea considerado constituido desde otro punto de vista distinto; y que, más que decir que un ordenamiento «es» o no originario o autónomo, puede suceder que se considere originario desde un punto de vista y derivado desde otro.

<sup>40</sup> *PI* vol I: 842-843.

<sup>41</sup> *PI* vol I: 434-435.

<sup>42</sup> *PI* vol I: 435-436.

<sup>43</sup> *Vid.* HART, [1968] 1983.

<sup>44</sup> HART [1968] 1983: 313, 318-321.

de la segunda y que después se hubiese aceptado el acto productor de ésta como «acto constituyente», lo que sería tanto como entender que su validez ya no se haría depender de la regularidad de su producción en los términos establecidos por la primera (y, por tanto, que se la seguiría reconociendo como válida por mucho que se concluyese después que su producción fue en realidad irregular a la luz de la ésta<sup>45</sup>). En este sentido, la construcción de Ferrajoli sería demasiado kelseniana o, si se prefiere decir así, no lo bastante hartiana. De hecho, aunque Ferrajoli emplea en su teoría el concepto de «norma(s) de reconocimiento»<sup>46</sup>, lo cierto es que lo hace en un sentido que se distancia claramente del de Hart: para Ferrajoli las normas de reconocimiento son normas que forman parte de la constitución de un ordenamiento<sup>47</sup>, no, como para Hart, una norma que existe sólo en tanto que aceptada y compartida (esto es, practicada) y que consiste en el reconocimiento de algo como derecho válido por referencia a ciertos criterios. De manera que si la identificación de la fuente suprema del sistema depende siempre de una práctica de reconocimiento, cabe que una norma deje de ser reconocida como «la constitución» del sistema o pase en un momento dado a ser reconocida como tal, cabe que el acto que la produjo deje de ser reconocido como acto constituido y pase en cierto momento a ser reconocido como acto constituyente, todo ello en la medida en que cambie la práctica de reconocimiento. El cambio de esa práctica es siempre una cuestión de hecho (no un cambio normativo producido intrasistemáticamente); y en ciertas situaciones –como las que tienen que ver con la independencia de una colonia respecto a su metrópoli, o con los procesos de formación o desintegración de Estados federales– puede darse el caso de que lo que desde un punto de vista se reconoce como constitución, como fuente suprema de un ordenamiento originario o autónomo, desde otro se considere «norma de grado subordi-

---

<sup>45</sup> El propio Ferrajoli apunta en un momento dado que la Constitución italiana, si bien fue aprobada mediante un acto formal regulado por los decretos que dieron *vid.* a la Asamblea constituyente, ha de considerarse el producto de un acto constituyente, de manera que «ningún hipotético vicio de forma de tales decretos habría podido comportar la invalidez del acto constituyente», porque en realidad éste es tal sólo por «el efecto producido» (*PI* vol. I: 811). Y consideradas las cosas de esta manera –nos dice– podemos entender que lo que «desde el punto de vista del ordenamiento constituido» es un acto jurídico institutivo y normativo, «observado desde fuera, es decir, desde el punto de vista del ordenamiento alterado o sustituido» se considerará «un hecho extrajurídico y algunas veces antijurídico» (*PI* vol. I: 810). En estos pasajes –y si se entiende que el «efecto producido» por un acto que hace de él un acto constituyente es el haber logrado el reconocimiento como tal– Ferrajoli está razonando en términos rigurosamente hartianos; pero creo que ello no se compadece bien con su reiterada caracterización en otros muchos lugares de las «normas de reconocimiento» como normas de competencia que forman parte del texto constitucional (*vid. infra*, nota 47).

<sup>46</sup> Y lo hace citando al propio Hart, o a Atienza y Ruiz Manero, que conciben la idea en términos estrictamente hartianos: *vid. PI* vol. I: 454 nota 26.

<sup>47</sup> *PI* vol. I: 433, 599, 842-843.

nado» a otras y, todo lo más, estatuto de un subordenamiento que sería entonces considerado como derivado respecto a otro (al que sí se reconocería como originario). En suma, si las relaciones entre ordenamientos se conciben a partir de la noción de relaciones de grado y esta, a su vez, se construye sólo a partir del contenido de las normas, sin tomar en cuenta el hecho de las prácticas de reconocimiento, se tiende a pensar que un acto «es» o no constituyente, que un ordenamiento «es» o no originario o autónomo, cuando más bien habría que decir que, desde un determinado punto de vista, es o no reconocido como tal.

Si se aceptan estas consideraciones, cabe concluir que un primer sentido en el que se maneja a veces la idea de «pluralismo» como forma de relación entre ordenamientos tiene que ver con un tipo de situación en la que, en rigor, no habría nada que mereciese ser llamado con propiedad «pluralista» desde el punto de vista interno de cada ordenamiento. Si coexisten dos (o más) ordenamientos que concurren en el sentido de que ambos son aplicables en un determinado conjunto de supuestos; cada uno de ellos se considera autónomo y, como tal, pretende contar con la última palabra respecto al modo en que deben resolverse sus colisiones con el otro; y las reglas de colisión que cada uno establece no son coincidentes, entonces puede decirse, pero meramente desde el punto de vista externo, que no hay entre esos ordenamientos relaciones de supraordenación y subordinación (ni siquiera entendida como primacía en cuanto a la aplicación) ni tiene nadie la última palabra. Pero insisto, esa sería una afirmación formulada desde el punto de vista externo, que sólo podría aceptarse como un modo de expresar que lo que sucede de hecho es que la primacía que desde el punto de vista interno cada ordenamiento no deja de reclamar para sí y la pretensión de contar con la última palabra en caso de colisión que cada uno de ellos no deja en ningún momento de esgrimir no son aceptadas en esos precisos términos por el otro<sup>48</sup>. Si llamamos a esto «pluralismo desde el punto de vista externo», creo que hemos de ser conscientes de que la idea se asienta sobre una mezcla de perspectivas o puntos de vista que puede producir confusión (sugiriendo, por ejemplo, que en esa clase de contextos es erróneo sin más afirmar que a un ordenamiento determinado le corresponde la última palabra, cuando puede ser una afirmación perfectamente correcta desde el punto de vista interno correspondiente). Y por otra parte, si en lo que consisten en realidad esa clase de situaciones de «pluralismo desde el punto de vista externo» es en una pluralidad irreductible de pretensiones de autoridad última en conflicto, tampoco parece sensato que desde el punto de vista normativo alguien pudiera considerarlas como un ideal,

---

<sup>48</sup> Cfr. BARBER, 2006: 323-329; BARENTS, 2009: 439; SOMEK, 2012: 357; BARENTS, 2012: 176-179.

como un estado de cosas valioso que habría que alcanzar o, si es que fuese ya de ese tipo la situación en la que nos encontramos, esforzarse en preservar.

Pero es que además –y refiriéndonos ahora a la situación actual de la tutela multinivel de los derechos fundamentales en Europa, que ciertamente es un ámbito más amplio que el de las relaciones entre el derecho de la Unión Europea y los derechos nacionales de los Estados miembros– ni siquiera podría decirse de semejante «pluralismo desde el punto de vista externo» que sea satisfactorio como descripción de la realidad en la que nos encontramos. Cuando coexisten ordenamientos que se conciben a sí mismos como autónomos y por tanto no subordinados a alguno de los demás, que son aplicables a un mismo conjunto de supuestos y cada uno de los cuales cuenta con un órgano jurisdiccional encargado de interpretar con carácter supremo las normas sobre derechos fundamentales contenidas en el instrumento normativo que considera su propia constitución, está claro que el riesgo de conflicto es inevitable. Es obvio que si cada uno de esos órganos últimos en cada sistema mantuviera incondicionalmente, sin concesión de ninguna clase, que el parámetro de enjuiciamiento que debe utilizar en todas las ocasiones no es otro que la interpretación que considera correcta de sus propias normas constitucionales, desde los distintos ordenamientos implicados podrían darse respuestas incompatibles a una misma situación en la que todos ellos son aplicables. Y para esa clase de conflicto entre ordenamientos no existiría, por definición, ninguna clase de instancia última (super partes) llamada a resolver la controversia en términos jerárquicos. Pero si se observa cómo funciona realmente la protección multinivel de los derechos en el ámbito europeo, se constata que esa clase de conflicto irresoluble, de choque frontal entre ordenamientos, es extraordinariamente infrecuente. Y lo es porque cada una de las instancias jurisdiccionales supremas concurrentes ha ido desarrollando prácticas interpretativas que, sin renunciar en teoría a la pretensión de contar con la última palabra ni dejar de afirmar la primacía de su propio ordenamiento, buscan precisamente modos de acomodar o hacer convivir los distintos puntos de vista implicados: y no, claro está, en el sentido –difícilmente alcanzable– de asegurar siempre una interpretación totalmente coincidente, sino en el más modesto de propiciar un conjunto de interpretaciones mutuamente compatibles, lo que puede implicar que se tolere un cierto grado de diversidad en las soluciones.

Hoy en día es un lugar común referirse a esas formas de autorrestricción y acomodación mutua como «diálogo entre tribunales», pero ese es un rótulo demasiado impreciso, ya que la metáfora del «diálogo» puede aplicarse a prácticas muy diversas<sup>49</sup>. Las que aquí interesan

---

<sup>49</sup> Llamen la atención sobre la ambigüedad e imprecisión de esa noción y tratan de distinguir, clarificar y evaluar formas diversas de entenderla CASSESE, 2009; TORRES PÉREZ, 2009 (caps. 5 y 6); DE VERGOTTINI, 2010; BUSTOS GISBERT, 2012; o



son del tipo que se ha puesto de manifiesto en algunas decisiones célebres de distintos tribunales europeos, nacionales y supranacionales, en materia de protección de derechos<sup>50</sup>. Por ejemplo, reafirmando la primacía de su propio ordenamiento y su competencia para pronunciar la última palabra sobre el contenido y alcance de los derechos, un tribunal puede renunciar a controlar las decisiones al respecto tomadas desde otro ordenamiento en tanto en cuanto éste asegure en términos generales (aunque no necesariamente en cada caso concreto) un nivel de protección equivalente (no necesariamente idéntico) de los derechos fundamentales<sup>51</sup>. Y puede decidir también que esa renuncia genérica, no obstante, quedaría suspendida si la decisión en cuestión, aun tomada desde un ordenamiento que en general asegura una protección equivalente de los derechos, es incompatible con algún elemento básico o esencial de la propia identidad constitucional (y no meramente con cualquier contenido de la constitución propia)<sup>52</sup>. O, sin renunciar genéricamente al control caso por caso, puede partir de la presunción de corrección de las decisiones provenientes de ordenamientos que en términos generales aseguren una protección equivalente de los derechos, si bien sosteniendo al mismo tiempo que esa presunción puede quedar desvirtuada si en un caso determinado la decisión de aquel ordenamiento entraña una protección manifiesta-

---

GARCÍA ROCA, 2012. En particular, no interesan aquí formas de supuesto «diálogo» como la mera toma en consideración, a los efectos de interpretar las normas propias en materia de derechos fundamentales, de la jurisprudencia de tribunales de otros Estados o supranacionales (*vid. supra*, nota 1).

<sup>50</sup> La bibliografía sobre cualquiera de ellas es notablemente extensa. Aquí sigo de cerca la muy esclarecedora presentación sintética de BUSTOS GIBERT, 2012: 49-51.

<sup>51</sup> Esta es, por supuesto, la que se suele llamar «doctrina *Solange*», fijada por el Tribunal Constitucional Federal alemán en su sentencia –conocida habitualmente como «*Solange II*»– de 22 de octubre de 1986, en la que éste decidió no revisar la conformidad con las normas de derechos fundamentales de la constitución alemana de las decisiones del entonces TJCE relativas a la interpretación y aplicación del derecho comunitario «en tanto en cuanto» (*solange*) desde el ordenamiento comunitario se garantizase en general un nivel de protección de los derechos equivalente al que asegura el ordenamiento alemán.

Se ha sugerido que este método o doctrina *Solange* debería presidir las relaciones entre los distintos tribunales internacionales o supranacionales (*vid. LAVRANOS*, 2008); y también, en dirección opuesta a la de su formulación original, que debería seguirla igualmente el TJUE en relación con los ordenamientos de los Estados miembros (*vid. VON BOGDANDY, KOTTMANN, ANTPÖHLER, DICKSCHEN, HENTREL y SMRKOLJ*, 2012), relativizando en consecuencia su clásica doctrina de primacía incondicional del derecho comunitario sobre cualquier norma –incluso constitucional– de derecho interno de los Estados.

<sup>52</sup> Como, en relación con el ordenamiento comunitario, sostuvo el Tribunal Constitucional Federal en su sentencia *Maastricht* de 12 de octubre de 1993. También es este el sentido de lo decidido por dicho Tribunal en su sentencia *Görgülü* de 14 de octubre de 2004, en la que mantuvo que los tribunales alemanes pueden apartarse de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos si esta resulta incompatible con elementos esenciales del orden constitucional alemán.

mente insuficiente<sup>53</sup>. También puede, incluso invirtiendo el sentido de sus propias normas de colisión, hacer valer su punto de vista en materia de derechos frente al de otro ordenamiento cuando se entienda que éste adolece de deficiencias estructurales profundas que impiden el reconocimiento genérico de sus decisiones<sup>54</sup>. O puede, finalmente, adoptar una posición de deferencia como la que muestra el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con su conocida doctrina del margen de apreciación, que puede llevar directamente a no entrar en el fondo del asunto por entender que el juez del ordenamiento que en principio es objeto de control está en mejor posición para decidir, o a conceder que desde el ordenamiento propio se trata sólo de asegurar ciertos mínimos, más allá de los cuales serían igualmente admisibles decisiones distintas adoptadas desde diferentes ordenamientos<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Es lo que sostuvo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Bosphorus* (STEDH *Bosphorus Hava Yollari Turzim ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda*, de 30 de junio de 2005) donde estaba en juego la conformidad o no con el Convenio Europeo de Derechos Humanos de medidas adoptadas por un Estado (Irlanda) en ejecución de una norma comunitaria, adoptada a su vez en ejecución de una resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

<sup>54</sup> Como hizo el Tribunal de Justicia europeo en el caso *Kadi* (asuntos acumulados C 402/05 P y C 415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión*, STJCE de 3 de septiembre de 2008), donde estaba en discusión la validez de medidas adoptadas por un Estado miembro en ejecución de un Reglamento comunitario que transponía resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y que cabía pensar que infringían derechos fundamentales garantizados por el ordenamiento jurídico comunitario. A diferencia del Tribunal de Primera Instancia (SSTPI de 21 de septiembre de 2005) que entendió que en aplicación no sólo del art 103 (en conjunción con el art. 25) de la Carta de Naciones Unidas, sino del propio derecho comunitario (art. 307 TCE), los tribunales comunitarios carecían de jurisdicción para controlar la validez de medidas comunitarias que constituyeran la implementación de obligaciones internacionales emanadas de Naciones Unidas, el Tribunal de Justicia llevó a cabo dicho control, manteniendo que no procedía adoptar una actitud deferente hacia las decisiones emanadas de Naciones Unidas dadas las deficiencias estructurales profundas en cuanto a la protección de derechos de las que adolece el sistema de la ONU.

<sup>55</sup> La literatura sobre la doctrina del «margen de apreciación nacional» seguida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es extensísima. Casi sin excepción viene a subrayar que se trata de un instrumento de contornos sumamente imprecisos del que el TEDH hace un uso notablemente discrecional, proponiéndose con frecuencia una serie de criterios que podrían disciplinar su uso y hacerlo más previsible. Entre las aportaciones más recientes, ofrecen una recapitulación prácticamente exhaustiva de esas discusiones GARCÍA ROCA, 2010 y LEGG, 2012.

Más allá de su uso por el TEDH, se ha sostenido que la doctrina del margen de apreciación –tal vez estructurada y definida de un modo más preciso– debería ser adoptada con carácter general por los tribunales internacionales o supranacionales en relación con los ordenamientos nacionales (SHANY, 2006); y, específicamente, que deberían emplearla los tribunales de la Unión Europea en relación con el derecho interno de los Estados miembros (GERARDS, 2011), lo que naturalmente implicaría renunciar a la total uniformidad en la aplicación del derecho comunitario, aspiración que como se sabe fue la razón en la que se sustentó desde *Costa c. Enel* su pretensión de primacía incondicional sobre los derechos nacionales. Como se verá más adelante –*vid. infra*, nota 80–, en aras del respeto a la identidad constitucional de los Estados el TJUE ha dejado ya de hacer valer esa pretensión de primacía incondicional en una

Cuando los órganos jurisdiccionales últimos de ordenamientos que se conciben a sí mismos como autónomos y son todos ellos aplicables a un mismo conjunto de supuestos desarrollan de hecho prácticas como estas, la situación es profundamente distinta de la que nos dibujaba lo que antes he llamado «pluralismo desde el punto de vista externo». Lo que tenemos ante nosotros no es ya una pluralidad irreductible de pretensiones incondicionales de autoridad última en conflicto: ahora, desde el punto de vista interno de cada ordenamiento se está relativizando de algún modo la autoridad propia para hacer posible su acomodación con la de los demás, y se está haciendo en términos sustancialmente distintos de la pura y simple supraordenación de unos y subordinación de otros. Y hay quien entiende que es precisamente en una situación semejante, y no en otras circunstancias, cuando procede hablar con propiedad de «pluralismo constitucional»<sup>56</sup>.

Ahora bien, para fijar con precisión el sentido de esta forma de «pluralismo» hay que aclarar de inmediato una cuestión clave: si las distintas «técnicas de diálogo» para buscar la avenencia o acomodación entre ordenamientos que han sido descritas se usan en la práctica siguiendo criterios claros, precisos y suficientemente predeterminados, de manera que pueda decirse que a través de ellas se adoptan genuinas decisiones de principio; o si, por el contrario, se trata de doctrinas tan imprecisas y de formulación tan vaga que no sientan en absoluto parámetros bien definidos para guiar las decisiones, de manera que en realidad estas se adoptan ad hoc, meramente sobre la base de consideraciones estratégicas, ejerciendo sin concesiones la propia jurisdicción cuando se estima que se dan las condiciones favorables para hacerlo y adoptando en cambio la actitud deferente cuando ocurre lo contrario y se trata sobre todo de evitar el choque frontal entre jurisdicciones. Algunos piensan que lo que sucede de hecho es lo segundo<sup>57</sup>. Y hay quien considera que el hecho de que las relaciones

---

serie de ocasiones, dando consiguientemente por buenas soluciones nacionales dispares que suponen otras tantas excepciones al principio de aplicación uniforme.

<sup>56</sup> *Vid.*, por ejemplo, TORRES PÉREZ, 2009: 66-69; BUSTOS GISBERT, 2012: 21-22; o GARCÍA ROCA, 2012: 192.

<sup>57</sup> Cfr. KRISCH, 2008: 196, 215. Piénsese, por ejemplo, en lo impreciso que resulta determinar si otro ordenamiento garantiza o no una protección «equivalente» de los derechos «en términos generales». O cuáles serían exactamente los «elementos básicos o esenciales de nuestra identidad constitucional» y qué estipulaciones de la constitución propia no alcanzarían en cambio dicha condición. O qué querría decir que la protección que otro ordenamiento dispensa a un derecho es no meramente inferior a la que garantiza el ordenamiento propio, sino «manifiestamente insuficiente». O cuándo las deficiencias estructurales de otro ordenamiento son de tal magnitud que impide el reconocimiento genérico de sus decisiones en materia de derechos (aunque ese reconocimiento venga en principio exigido por una norma del ordenamiento propio). Y en cuanto a la doctrina del «margen de apreciación» utilizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, son hasta tal punto erráticos, inconcretos y cambiantes los criterios que sigue el TEDH cuando decide qué es lo que cabe dentro de dicho margen y qué lo que queda fuera de él (a veces el criterio decisivo parece ser el grado de consenso al respecto entre los Estados; otras veces la naturaleza del derecho invo-

entre los ordenamientos de distintos niveles se desenvuelvan de ese modo es además, en las circunstancias del presente, defendible desde el punto de vista normativo.

Para referirse a una forma de relación entre ordenamientos que se desarrolle en términos como los que se acaban de describir se ha hablado de «pluralismo fuerte»<sup>58</sup> o «pluralismo radical»<sup>59</sup>. En condiciones de pluralismo radical muchos fallos clave adoptados en materia de derechos fundamentales por tribunales de distintos niveles deberían considerarse más bien decisiones salomónicas, orientadas en realidad por criterios de pura negociación, por consideraciones pragmáticas o, si se quiere decir de ese modo, de *realpolitik*<sup>60</sup>. En condiciones ideales, difícilmente cabría considerar intrínsecamente deseables las prácticas del pluralismo radical. Pero sus defensores<sup>61</sup> insisten en que las condiciones en que tenemos que desenvolvernos no son las ideales. Su tesis vendría a ser que en el mundo no ideal de la política global actual, donde por un lado se necesitan decisiones que exceden del marco de los Estados nacionales, pero por otro hay demasiada diversidad y fragmentación como para recomponer a escala global el tipo de estructura de autoridad unitaria y jerárquicamente bien definida que el ideal constitucionalista inspiró en el plano nacional, la flexibilidad, apertura y adaptabilidad que ofrece el pluralismo radical puede ser lo mejor que tengamos a nuestra disposición. Dejar de algún modo abiertas ciertas cuestiones de principio y relativamente indefinida la cuestión de dónde reside la autoridad última –se nos dice– ayudaría a limitar y a sortear los antagonismos; y, con el tiempo, el «diálogo» podría a fin de cuentas ir cristalizando puntos de acuerdo, soluciones que todos pudieran llegar a considerar aceptables.

Por este pluralismo radical, con independencia de que tal vez pueda ofrecernos una descripción fidedigna de lo que realmente está ocurriendo en el ámbito de la protección multinivel de los derechos fundamentales en Europa, no creo que pueda ser el tipo de «pluralismo de los ordenamientos» que Ferrajoli nos propone como ideal. Si acaso será más bien la clase de pluralismo que deplora y del que afirma que no sólo no constituye un modelo, sino a decir verdad «un problema teórico y político, cuya falta de solución representa una cons-

---

lucrado, aunque no haya un alto grado de consenso; en ocasiones la tendencia en la que parece ir evolucionando la posición de los Estados, aunque todavía no se haya alcanzado un consenso suficiente...) que se ha llegado a decir que es «una doctrina tan resbaladiza y elusiva como una anguila» (en palabras de Lord Lester of Herne Hill, citado en GARCÍA ROCA, 2010: 119; y también en LEGG, 2012: 1).

<sup>58</sup> COHEN, 2012: 63.

<sup>59</sup> KRISCH, 2011.

<sup>60</sup> KRISCH, 2008: 202-210 analiza con detalle qué clase de incentivos (relacionados con la consolidación de su posición institucional) han podido mover en cada caso a distintos tribunales para adoptar formas de autorrestricción y mostrar deferencia hacia las decisiones de otras jurisdicciones.

<sup>61</sup> Especialmente Nico Krisch: *vid.* KRISCH, 2008, 2010, 2011 y 2012.

tante amenaza al papel del derecho y de la razón jurídica»<sup>62</sup>. En efecto, la crítica habitual al pluralismo radical<sup>63</sup> consiste en subrayar que si las relaciones entre los sistemas se van definiendo mediante ajustes ad hoc guiados por consideraciones de tipo pragmático y no de una forma estructurada por razones de principio reconocibles, si en definitiva los choques entre jurisdicciones se van resolviendo —o sorteando— a través de la política y no del derecho, entonces no habrá regla cierta para la solución de los conflictos (lo que obviamente comprometerá la coherencia y la seguridad jurídicas) y la decisión de qué derecho aplicar en tales casos quedará librada en último término al criterio de oportunidad del juez, que podrá llegar a dar por bueno un nivel de protección de los derechos que no considera correcto en aras de mantener relaciones relativamente armoniosas —o al menos no abiertamente conflictivas— con otros sistemas. Todo lo cual —no creo que haga falta extenderse en ello— choca frontalmente con los principios más básicos que inspiran el ideal constitucionalista, que es incuestionablemente lo que Ferrajoli quiere defender en la esfera pública global. En suma, si el concepto de «pluralismo» se entendiera de este modo, como pluralismo radical, habría que concluir que no representa en absoluto la forma actual del constitucionalismo —y menos aún su futuro— sino más bien su desintegración.

Pero en los debates actuales la idea de pluralismo constitucional se entiende también en un tercer sentido, sustancialmente diferente de los dos anteriores (el «pluralismo desde el punto de vista externo» y el «pluralismo radical»). Para aludir a esta tercera forma de entender el pluralismo se ha hablado a veces de «pluralismo interno», de «pluralismo interpretativo» o de «pluralismo ordenado»<sup>64</sup>, aunque también hay quien simplemente considera que este es el único sentido en el que cabe hablar con propiedad de «pluralismo constitucional» y reserva este rótulo para él<sup>65</sup>. Para entender correctamente la idea, habría que partir de algunas consideraciones acerca de las prácticas de reconocimiento de las que depende la identificación del derecho. Aceptar una regla de reconocimiento (entendida al modo de Hart, esto es, como regla que existe sólo en tanto que aceptada y practicada) equivale a adoptar un punto de vista interno desde el cual se afirma qué

<sup>62</sup> *PI* vol. I: 436. Sobre los diversos modos en los que Ferrajoli se refiere a la idea de pluralismo, *vid. supra*, nota 31.

<sup>63</sup> *Vid.* BAQUERO CRUZ, 2008: 414-415, 418; DAVIES, 2012: 276; ZUCCA, 2012: 340-342; ALÁEZ CORRAL, 2012: 384.

<sup>64</sup> De pluralismo «interno» hablan, por ejemplo, COHEN, 2012: 301; o DAVIES, 2012: 272. Utiliza el término «pluralismo interpretativo» para aludir a la misma idea HALBERSTAM, 2012: 168. La expresión «pluralismo ordenado», que me parece que refleja de un modo particularmente adecuado el contraste con lo que aquí se ha llamado «pluralismo radical», proviene de DELMAS-MARTY, 2006.

<sup>65</sup> Es el caso de quienes a mi juicio han articulado la idea en términos más precisos y esclarecedores, Mattias Kumm (que también habla a veces de «constitucionalismo cosmopolita») y Miguel Poiares Maduro: *vid.* KUMM, 1999, 2005, 2009, 2010b y 2012; y POIARES MADURO, 2003a, 2003b y 2012.

cuenta como derecho válido. Pero por ello mismo no hay razones jurídicas (esto es, razones que deriven del derecho válido, que sólo cabe identificar, precisamente, una vez que hayamos adoptado un punto de vista interno) para aceptar una u otra regla de reconocimiento, o para aceptarla en unos términos concretos. Cuál sea en cada momento la regla de reconocimiento que efectivamente se acepta es, por supuesto, una cuestión de hecho. Y cuál sea el derecho que un juez debe aplicar, si formulamos la pregunta en relación con los criterios de identificación sentados por la regla de reconocimiento efectivamente aceptada (es decir, adoptando el punto de vista interno correspondiente), también lo es. Pero qué regla de reconocimiento se debe aceptar es algo que, por definición, el derecho no determina ni puede determinar, porque es, por así decirlo, una cuestión necesariamente pre-jurídica. Y como tal, sólo puede responderse a la luz de principios de moralidad política. Aceptar una regla de reconocimiento según la cual la constitución del Estado es la norma suprema del ordenamiento podrá basarse, por ejemplo, en el valor que se atribuye al autogobierno de la correspondiente comunidad. O aceptar –como hace el TJUE– una regla de reconocimiento según la cual los tratados constitutivos («el derecho comunitario originario») son la norma suprema del ordenamiento (y en ese sentido, «su constitución»), podrá basarse, por ejemplo, en el valor que se atribuye a la provisión de ciertos bienes colectivos cuya consecución se supone que quedaría comprometida en caso contrario. Pero, sea como fuere, la pregunta acerca de qué regla de reconocimiento se debe aceptar, y en qué términos, nos remite siempre de forma inevitable a principios de moralidad política.

Pues bien, la idea de pluralismo interno o pluralismo ordenado se refiere a la aceptación de una regla de reconocimiento compleja –justificada por un conjunto igualmente complejo de principios de moralidad política relativos al modo en que debería estar distribuida la autoridad legítima en la esfera pública global– que implicaría, caso de ser aceptada por el juez que deriva su competencia de un ordenamiento determinado, una forma característica de apertura por su parte hacia otros ordenamientos concurrentes. De apertura, en el sentido de que implicaría aceptar como «regla de colisión» un balance de principios que determinarían en cada caso si se debe hacer prevalecer la solución que deriva del ordenamiento propio o se debe mostrar deferencia hacia la que resulta de otro. Y donde lo decisivo, nótese bien, sería que esa opción no se resolvería ad hoc, en los términos pragmáticos, estratégicos o, si se quiere, oportunistas del pluralismo radical, sino a la luz de un esquema coherente de principios generales<sup>66</sup>. Las razones para aceptar semejante clase de regla de reconocimiento compleja, y no una más simple a tenor de la cual, por ejemplo, habría de contar como norma suprema la constitución nacional y la pretensión de autoridad

---

<sup>66</sup> Vid. LA TORRE, 1999: 194; VON BOGDANDY, 2008: 398, 403-404; KUMM, 2010b: 214-215; MADURO, 2012: 76-77, 82-83.

de ésta debería hacerse valer en todo caso incondicionalmente, tendrían que ver con la admisión de que la distribución de la autoridad legítima en la esfera global debe atender a una pluralidad de ingredientes: por una parte el valor del autogobierno democrático (que hoy por hoy sólo se ejerce en términos que merezcan ese nombre en el plano nacional), pero también la admisión de que hay una forma específica de déficit democrático consistente en tomar desde una comunidad política decisiones que afectan a personas que no forman parte de ella y no pueden intervenir en su adopción, o el reconocimiento del valor de bienes colectivos cuya provisión y aseguramiento no es posible sino por parte de niveles institucionales supraestatales en los que no se desarrolla el autogobierno democrático, etc. Cuál haya de ser el modo preciso en que se articulen todos esos ingredientes en un esquema de principios coherente es una cuestión ciertamente difícil que, por fortuna, aquí no es necesario abordar<sup>67</sup>. Lo único que en este momento hay que subrayar es que la aceptación de esta clase de regla de reconocimiento compleja a la que se refiere la idea de pluralismo interno u ordenado exige conceptualmente haberlo articulado de algún modo, esto es, exige –y no es concebible sin ella– partir como presupuesto de una teoría normativa compleja acerca de la distribución de la autoridad legítima en la esfera global.

Aunque hay quien lo sostiene, es discutible que ya hoy –al menos en un ámbito como el europeo– quepa decir que esta forma de pluralismo interno u ordenado sea acertada como descripción de las prácticas de reconocimiento que se desarrollan de hecho desde los distintos ordenamientos concurrentes<sup>68</sup>. Tal vez, como pura descripción de la realidad, la imagen más fidedigna sea la que nos brinda el pluralismo radical (o quizá en la realidad podamos encontrar, según los actores en los que concentremos nuestra atención, elementos de ambos). Aquí no es esto lo que más importa. Si desde todas las instancias jurisdiccionales supremas de los ordenamientos concurrentes se adoptara una misma forma de pluralismo interno u ordenado, esto es, se aceptase la misma regla de colisión compleja (lo que implicaría que todos estarían razonando desde la misma teoría normativa de fondo acerca de la distribución de la autoridad legítima en la esfera global), se conseguiría, como desde el principio se pretendió con la idea de pluralismo constitucional, una forma de «armonización coherente en ausencia de jerarquía»<sup>69</sup>. Represente o no, al día de hoy, una descripción correcta de la realidad, la idea es clara y desde el punto de vista normativo resulta plausible. Pero si esta es la forma de «pluralismo» que Ferrajoli tiene en mente para construir un «constitucionalismo global multini-

---

<sup>67</sup> Véase, por ejemplo, la forma concreta y detallada en la que lo hace KUMM, 2009: 290-310.

<sup>68</sup> Lo sostiene KUMM, 2012: 55-56; lo pone en duda SOMEK, 2012: 368.

<sup>69</sup> *Vid.* KUMM, 2010b: 203-204; FOSSUM y MENÉNDEZ, 2011: 50-53; COHEN, 2012: 302; MADURO, 2012: 82-83.

vel», hay que insistir en que no hay «pluralismo ordenado» sin respuestas a la pregunta acerca de a quién –y por qué– ha de reconocérsele en cada caso la autoridad última para decidir. En suma, sin respuestas a la pregunta que Ferrajoli no parece contemplar.

3. ¿HAY EN *PRINCIPIA IURIS* CRITERIOS PARA DEFINIR UN «PLURALISMO ORDENADO»? LOS PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD Y MAYOR NIVEL DE PROTECCIÓN COMO PAUTAS PARA LA ASIGNACIÓN DE LA AUTORIDAD LEGÍTIMA EN LA ESFERA PÚBLICA GLOBAL

Podría objetarse a lo que se acaba de afirmar que simplemente no es cierto que Ferrajoli no proponga principios para la distribución en la esfera global de la autoridad para decidir sobre el contenido y alcance de los derechos. De hecho nos propone dos, el de subsidiariedad y el del mayor nivel de protección. Lo que ocurre es que como intentaré mostrar, ya para concluir, ninguno de los dos está en realidad en condiciones de ofrecernos las respuestas que necesitamos para articular un «pluralismo ordenado».

Consideremos en primer lugar el principio de subsidiariedad. Ferrajoli sostiene en efecto que la idea de subsidiariedad debería presidir la distribución de funciones entre los distintos ordenamientos y niveles institucionales que compondrían la esfera pública global, de manera que en principio toda función habría de confiarse a los niveles inferiores (estatales o infraestatales: en todo caso, al nivel «más próximo a los ciudadanos») y «sólo subsidiariamente, es decir, en caso de su inactividad, inadecuación o insuficiencia» a los niveles superiores en los que se situarían las instituciones supranacionales<sup>70</sup>. Este es, sin duda, un punto de vista muy extendido en la actualidad. La pretensión de las comunidades nacionales de que no se interfiera indebidamente su capacidad de gobernarse a sí mismas, que tradicionalmente se planteaba en el lenguaje cerrado e innegociable de la soberanía, puede formularse ahora en términos que parecen más aceptables a través de la idea de subsidiariedad. Esta nos proporcionaría un principio constructivo para distribuir y delimitar la autoridad legítima entre las esferas nacional y supranacional, partiendo de una presunción a favor de la esfera nacional y reclamando por consiguiente una razón que justifique toda asunción de funciones por parte de un nivel supranacional, en términos que muestren con claridad qué es exactamente lo que se perdería o frustraría si la decisión de que se trate quedara confiada al nivel inferior.

El problema es que, tal y como se formula, el principio de subsidiariedad puede resultar vacío. El principio se apoya, naturalmente, en la intuición de que hay un nivel óptimo para la toma de cada tipo de decisión. Pero, sin criterios normativos adicionales que especifiquen

<sup>70</sup> *PI* vol. II: 194, 539.



cuál y por qué sería en cada caso ese nivel óptimo, la mera idea de subsidiariedad no va más allá de una pura tautología: nos dice tan solo que cada decisión debe ser adoptada en el nivel apropiado y que el nivel más apropiado es el inferior en todos los casos en los que no sea más apropiado el superior. Como dice Christoph Möllers, esto «deja todas las preguntas relevantes sin responder» y nos ayuda si acaso a describir el problema, pero no a resolverlo<sup>71</sup>.

Creo que sólo hay un ámbito en el que el principio de subsidiariedad ofrece una guía precisa para la asignación a un nivel institucional u otro de la toma de decisiones, y aun así con ciertas reservas. Es el de aquellos casos en los que, partiendo del acuerdo entre los distintos niveles implicados acerca de qué es valioso y qué bienes deben ser garantizados, confiar la toma de las decisiones correspondientes a los niveles inferiores resultaría ineficiente (i.e., permitiría alcanzar esos bienes en menor medida o no alcanzarlos en absoluto) porque ello desencadenaría problemas de acción colectiva: es decir, generaría externalidades, dejaría sin resolver problemas de coordinación, propiciaría comportamientos estratégicos que irían a la postre en perjuicio de todos, como la no provisión de bienes públicos (en el sentido de la teoría económica) o el desencadenamiento de fenómenos de «competición a la baja» (*race-to-the-bottom*), etc.<sup>72</sup>. Y digo que con ciertas reservas, porque a veces la provisión de bienes públicos comporta también efectos distributivos (aunque todos ganan con la provisión del bien respecto a la situación en la que el bien no se produce, unos ganan más y otros ganan menos) y a alguien debe incumbirle la decisión acerca del modo de distribuirlos. Y para la toma de esa decisión, como para la de todas aquellas en las que el problema no consista en cómo alcanzar de forma óptima lo que hay acuerdo en considerar un objetivo valioso, sino en el desacuerdo de partida acerca de qué es valioso, el principio de subsidiariedad, por sí solo, no parece estar en condiciones de ofrecer una guía para la asignación de esferas de autoridad legítima<sup>73</sup>.

Me parece por todo ello que el mero principio de subsidiariedad no está en condiciones de indicarnos en qué nivel, nacional o supranacional, deben adoptarse las decisiones acerca del contenido y alcance de nuestros derechos. Ferrajoli sostiene que, en aplicación de la idea de

---

<sup>71</sup> Cfr. MÖLLERS, 2011: 257. Un planteamiento similar puede encontrarse en KLABBERS, PETERS y ULFSTEIN, 2009: 32-33; o en FØLLESDAL, 2011: 31. Por el contrario, no comparte este punto de vista Paolo Carozza, que aun reconociendo que la idea de subsidiariedad «no puede generar respuestas mecánicas», dado que se trata de «un principio general, y no una regla clara» cuya concreción requeriría «la fluidez y flexibilidad de la *phronesis*», no cree que pueda llegar a calificarse de vacía (*vid.* CAROZZA, 2003: 63, 78-79).

<sup>72</sup> *Vid.* KUMM, 2009: 294-295. En este sentido es muy ilustrativo COOTER, 2000: cap. 5, que sustancia la idea en el siguiente principio: «[a]signa el poder sobre los bienes públicos a la unidad de gobierno más pequeña que internalice todos los efectos de su ejercicio» (*ibid.*, 107).

<sup>73</sup> *Vid.* DAVIES, 2006: 78.

subsidiariedad, cuando los Estados violen los derechos fundamentales o sean «estructuralmente impotentes para garantizarlos» su garantía debe quedar confiada a instituciones supranacionales<sup>74</sup>. Pero el problema, claro está, es que cuando hay desacuerdo acerca del contenido y alcance de nuestros derechos es controvertido qué cuenta o no como violación de los mismos. Si ello es así, aplicado a las decisiones en materia de derechos fundamentales el principio de subsidiariedad no parece ir mucho más allá de la idea de que correspondería a las jurisdicciones supranacionales asegurar la tutela de un cierto mínimo y reconocer más allá de ese mínimo un «margen de apreciación» a las jurisdicciones nacionales<sup>75</sup>. En cuyo caso, el criterio acaba confundiendo con la idea del «nivel de protección más alto», el segundo de los principios que propone Ferrajoli como guía para la distribución en la esfera pública global del poder de decisión en materia de derechos fundamentales.

A juicio de Ferrajoli, en efecto, para «asegurar algún grado de coherencia y unidad a una democracia constitucional multinivel» habría que generalizar el principio en virtud del cual «en cada ordenamiento, prevalece siempre el nivel de protección constitucional más garantista»<sup>76</sup>. Este principio, que como nos recuerda Ferrajoli se encuentra ya formulado en diferentes textos normativos supranacionales en materia de derechos<sup>77</sup>, vendría a ser la plasmación de la idea intuitiva de que la protección internacional de los derechos debe añadirse a la que pueda existir en el plano doméstico sin restar nada de esta, complementarla cubriendo sus carencias –como se supone, precisamente, que exigiría la idea de subsidiariedad– pero sin disminuir nunca los niveles de protección que se puedan haber alcanzado por parte de los ordenamientos nacionales. Y si en los supuestos de concurrencia entre ordenamientos todos ellos operaran tomando este principio como regla de colisión, el resultado –se dice– sería el aseguramiento de la mejor protección para las personas en todos los casos.

Pero la idea, me temo, tropieza con serios problemas. Para empezar, no todos los ordenamientos supranacionales pretenden meramente fijar un mínimo («un suelo y no un techo») en materia de derechos<sup>78</sup>. Sí lo hace, por ejemplo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, pero no el ordenamiento comunitario, que si realmente reconociera plena libertad a los Estados para inaplicar normas europeas invocando su contrariedad con estándares de «protección más alta» establecidos por sus respectivas constituciones nacionales esta-

---

<sup>74</sup> *PI* vol. II: 539.

<sup>75</sup> Que es a fin de cuentas lo que acaba proponiendo CAROZZA, 2003: 39 nota 7 y 70.

<sup>76</sup> *PI* vol. II: 541.

<sup>77</sup> Por ejemplo –y por limitarnos al ámbito europeo–, en el art. 53 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; o en el art. 53 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

<sup>78</sup> Lo subraya y explica con claridad TORRES PÉREZ, 2009: 60-61.

ría permitiendo que se socavase la uniformidad en la aplicación del derecho comunitario, en aras de la cual, precisamente, justificó –desde la temprana y celeberrima sentencia *Costa c. Enel*– su pretensión de primacía incondicional sobre el derecho interno. Generalizando la idea: en la esfera pública global no sólo necesitamos normas e instituciones supranacionales para la protección de los derechos, sino también para la provisión y aseguramiento de ciertos bienes colectivos (que pueden ser a su vez condición de posibilidad de la efectividad de los derechos); el aseguramiento de esos bienes colectivos no es posible sino por medio de normas e instituciones supranacionales y a condición, muchas veces, de que dichas normas se apliquen de manera uniforme; pero esa uniformidad puede quedar comprometida si frente a esas normas supranacionales se esgrimen y hacen prevalecer en algunos casos –en virtud del principio de «protección más alta»– normas internas en materia de derechos que además difieren entre sí<sup>79</sup>. Por supuesto, desde un ordenamiento supranacional cuya razón de ser va ligada a la provisión de ciertos bienes colectivos en condiciones como las indicadas, se pueden aceptar excepciones a la uniformidad en su aplicación cuando se entienda que en cierto tipo de supuestos las razones para admitir la diversidad son de más peso que las razones que justifican la exigencia de uniformidad<sup>80</sup>. Pero una de dos: o bien esto se hace sin seguir en realidad criterios de principio reconocibles, de manera puramente ad hoc y al modo de lo que aquí he llamado «pluralismo radical»; o bien, por el contrario, requiere la articulación de principios bien definidos para la distribución de la autoridad legítima en la esfera pública global que han de ser necesariamente más complejos que el mero principio del «nivel de protección más alto».

Y todo ello, por supuesto, a condición de que estuviese suficientemente claro qué quiere decir «nivel de protección más alto». Pero es que me parece que ni siquiera lo está. Se ha señalado con alguna fre-

---

<sup>79</sup> Se ha sugerido que en el ámbito comunitario el problema se podría resolver de una forma relativamente sencilla: bastaría –se ha dicho– con que el Tribunal de Justicia europeo identificara el estándar de protección más alto entre los sostenidos por los distintos Estados miembros y lo adoptara para su interpretación de los derechos garantizados por el ordenamiento comunitario, con lo que conseguiría a la vez la mayor protección de los derechos y la aplicación uniforme de las normas comunitarias (vid. BESSELINK, 1998: 670-671). La propuesta fue criticada de inmediato por varias razones, entre las cuales la más decisiva pasaba por poner en duda que la idea misma de «nivel de protección más alto» fuese tan clara como se estaba presuponiendo: vid. WEILER, 1999: 109-112. Me referiré enseguida a este tipo de crítica.

<sup>80</sup> El Tribunal de Justicia europeo, por cierto, ha aceptado ya en una serie de ocasiones quebras de la aplicación uniforme del derecho comunitario por respeto a la identidad constitucional de un Estado: vid. por ejemplo, las sentencias *Familiapress*, asunto C-368/95, de 26 de junio de 1997; *Omega*, asunto C-36/02, de 14 de octubre de 2004; *Liga Portuguesa*, asunto C-42/07, de 8 de septiembre de 2009; o *Comisión c. Polonia*, asunto C-165/08, de 16 de julio de 2009. En casos como esos se supone que el Tribunal ha entendido que las razones para respetar la diversidad prevalecían sobre las razones para asegurar la uniformidad: otra cosa es que tras decisiones como estas puedan discernirse o no criterios de principio verdaderamente coherentes.

cuencia que, para empezar, no está de ninguna manera claro qué sistema asegura «una mayor protección» en supuestos de colisión de derechos, en los que brindar una protección mayor a uno de ellos implica naturalmente una protección menor del otro<sup>81</sup>. Pero hay quien, aun admitiendo esto, sostiene todavía que ello no hace del todo inoperante el criterio del nivel de protección más alto. Porque aun resultando inservible en supuestos de colisión del derecho de una persona con el derecho de otra, sí que nos ofrecería una guía clara para decidir qué ordenamiento ha de prevalecer cuando lo que esté en juego sean exigencias del individuo frente al poder público (de que éste no intervenga en su esfera de actuación o de que emprenda acciones positivas en su favor): en esos supuestos –se dice– habría que considerar siempre que el sistema que asegura el «nivel de protección más alta» es «el que mayor grado de exigencias presente a favor precisamente del individuo y no del poder público»<sup>82</sup>.

Pero ni siquiera con esta restricción me parece que el principio del «nivel de protección más alto» esté en condiciones de operar como el tipo de regla de colisión que necesita un pluralismo ordenado. Creo que hay que evitar la falacia de dar por supuesto que es más protector el sistema que reconoce «más derechos», que les da «mayor extensión» o, por decirlo gráficamente, aquel que emplace más cosas dentro de la esfera de lo indecible. Si hay razones para sostener que algo no debería estar incluido en dicha esfera (supuestos derechos que en realidad no deberían reconocerse a los individuos, derechos a los que se da una extensión que en realidad no debería darse), incluirlo no hace al sistema más protector, sino indebidamente protector. No hay que pensar sólo en los casos de conflictos de derechos para decir que todo derecho tiene un alcance justificado y que extenderlo más allá de ese punto no representa una protección mayor, sino una protección indebida. Basta con asumir que la idea de «reconocer un derecho» implica afirmar que cierto interés de una persona es tan importante como para justificar la imposición de deberes sobre otros: pero no de cualesquiera deberes –y mucho menos, claro está, de deberes ilimitados–, sino precisamente de los que justifique la importancia y valor de aquel interés<sup>83</sup>. Esto quiere decir, me parece, que la protección de los

<sup>81</sup> Lo señalan WEILER, 1999: 111; NEUMAN, 2003: 1886; LUCIANI, 2006: 1660-1661; TORRES PÉREZ, 2009: 62; o ALONSO GARCÍA, 2012: 390-391. Por acudir a un ejemplo socorrido pero creo que representativo, no estaría en absoluto claro si con su sentencia *Von Hannover c. Alemania*, de 24 de junio de 2004 («caso Carolina de Mónaco»), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estaba ofreciendo «un nivel de protección más alto» de los derechos que el que habían brindado los tribunales alemanes: el TEDH entendió que estos habían dado una protección *excesiva* a la libertad de información e *insuficiente* al derecho a la intimidad; los tribunales alemanes, por supuesto, sostenían exactamente lo contrario.

<sup>82</sup> ALONSO GARCÍA, 2012: 390.

<sup>83</sup> Un planteamiento que sintetiza de manera muy esclarecedora Andrei Marmor diciendo que la idea de *límites* de los derechos no tiene que ser relacionada necesariamente con la posibilidad de conflictos de derechos, porque cada derecho tendría su

derechos no es nunca verdaderamente mayor si es indebidamente extensa, lo que es tanto como decir que no será realmente mayor si no es la protección correcta<sup>84</sup>. Pero la fuente de nuestros problemas es la existencia de desacuerdos entre los distintos niveles de decisión acerca de cuál es la protección correcta de los derechos: y por eso, justamente, la adopción como regla de colisión entre ordenamientos concurrentes del principio del nivel de protección más alto no está en condiciones de asegurar, por sí sola, el grado de coherencia y unidad que requiere un pluralismo ordenado como forma de articular una democracia constitucional multinivel.

Así que, en suma, ni el principio de subsidiariedad ni el del nivel de protección más alto nos dan en realidad lo que verdaderamente necesitamos: criterios para la distribución en la esfera pública global de la autoridad legítima para decidir acerca del contenido y alcance de los derechos. Y reclamar esos criterios no es sino formular una vez más la recurrente pregunta por el quién debe decidir,

---

propio límite *interno*: *vid.* MARMOR, 1997: 10. Y por supuesto habría intereses que no justificarían en absoluto la imposición de deberes sobre otros, lo que implica que no deberían dar lugar al reconocimiento de un derecho.

<sup>84</sup> Un ejemplo puede resultar útil. En su Auto 86/2011, de 9 de junio, el Tribunal Constitucional español ha planteado, por primera vez en su historia, una cuestión prejudicial ante el TJUE. El problema tiene su origen en la solicitud, a través de una orden europea de detención y entrega, de que se entregue a Italia a un ciudadano italiano para el cumplimiento de la pena a la que había sido condenado por un tribunal de Ferrara en su ausencia (siendo relevante destacar que su falta de presencia en el juicio fue voluntaria, que aunque no estuvo presente pudo designar abogados libremente, estos recibieron todas las notificaciones procesales y pudieron ejercer plenamente la defensa). La cuestión que se plantea es qué estándar de protección es aplicable en relación al derecho a un proceso justo. Desde el punto de vista del ordenamiento español (STC 91/2000, de 30 de marzo, con voto particular del magistrado Cruz Villalón), *toda* entrega para el cumplimiento de una pena consecuencia de un juicio en ausencia vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías si el reclamado ya no tiene posibilidad de recurrir la condena. Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH *Sejdovic c. Italia*, de 1 de marzo de 2006), por el contrario, no hay vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, incluso no existiendo ya posibilidad de recurrir la condena tras la entrega, si la ausencia en el juicio del reclamado fue voluntaria y fue defendido en juicio de manera efectiva por un abogado designado por él. Y en el ámbito comunitario, a tenor de la Decisión Marco 2009/299/JAI, de 26 de febrero, no cabe denegar la entrega si el condenado tuvo conocimiento del proceso, fue informado de que podría dictarse una sentencia condenatoria en caso de incomparecencia y su ausencia fue voluntaria, aunque no fuese representado por abogado porque no lo designó. Ante semejante situación de disparidad de criterios, hay quien da por supuesto que el ordenamiento que presta un «nivel de protección más alto» es el español (*vid.* por ejemplo, PÉREZ MANZANO, 2012: 314, 323, 328), pero no me parece tan obvio que sea así: ciertamente es el que conducirá a denegar la entrega en *más* supuestos, pero no veo por qué no podría decirse que el estándar español da una protección *indebidamente amplia* al derecho y que son, por ejemplo, el estándar italiano y el del TEDH los que le aseguran la protección que debe tener (que es, por cierto, lo que en la propia sentencia 91/2000 del Tribunal Constitucional español, recaída en un supuesto en el que también estaba involucrado un condenado en ausencia en Italia, sostuvo el magistrado que suscribió el voto particular discrepante).

que la perspectiva de Ferrajoli deja obstinadamente en la sombra. Un balance de la imponente construcción de Ferrajoli en *Principia iuris* debe reconocer como mérito indiscutible el haber tomado en serio la importancia que para el presente y el futuro del constitucionalismo reviste el progresivo desvanecimiento de la divisoria entre el derecho interno y los ordenamientos supranacionales y el haber subrayado la urgencia de diseñar una estructuración adecuada para la esfera pública global. Pero también debe señalar, me parece, que el obstáculo más importante que le ha impedido llevar el empeño a buen puerto anida en realidad en las bases mismas de su modo de concebir el constitucionalismo.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACKERMAN, B., 1997: «The Rise of World Constitutionalism», *Virginia Law Review*, 83: 771-797.
- ALÁEZ CORRAL, B., 2012: «Soberanía estatal, supremacía constitucional e integración europea a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán», *Teoría y realidad constitucional*, 30: 359-385.
- ALONSO GARCÍA, R., 2012: *Sistema jurídico de la Unión Europea*, 3.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor, Aranzadi.
- ANASTASIA, S., 2011: «Pluralità e pluralismo degli ordinamenti nella teoria del diritto e della democrazia di Luigi Ferrajoli», en ANASTASIA (ed.), 2011: 79-91.
- ANASTASIA, S. (ed.), 2011: *Diritto e democrazia nel pensiero di Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli.
- AVBELJ, M. y J. KOMÁREK (eds.), 2008: «Four visions of Constitutional Pluralism-Symposium Transcript», *European Journal of Legal Studies*, 2: 325-370.
- 2012: *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford-Portland, Hart.
- BAQUERO CRUZ, J., 2008: «The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement», *European Law Journal*, 14: 389-422.
- BARBER, N., 2006: «Legal Pluralism and the European Union», *European Law Journal*, 12: 306-329.
- BARENTS, R., 2009: «The Precedence of EU Law from the Perspective of Constitutional Pluralism», *European Constitutional Law Review*, 5: 421-446.
- 2012: «The Fallacy of European Multilevel Constitutionalism», en AVBELJ y KOMÁREK (eds.), 2012: 153-183.
- BAYÓN, J.C., 2004: «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», en J. Betegón *et al.* (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: 67-138.
- BESSELINK, L., 1998: «Entrapped by the Maximum Standard: On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union», *Common Market Law Review*, 35: 629-680.

- BOGDANDY, A. VON, 2008: «Pluralism, Direct Effect and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law», *International Journal of Constitutional Law*, 6: 397-413.
- BOGDANDY, A. VON, M. KOTTMANN, C. ANTPÖHLER, J. DICKSCHEN, S. HENTREL y M. SMRKOLJ, 2012: «Reverse Solange: Protecting the Essence of Fundamental Right Against EU Member States», *Common Market Law Review*, 49: 489-520.
- BROWN, G.W., 2012: «The Constitutionalization of What?», *Global Constitutionalism*, 1: 201-228.
- BUCHANAN, A. y R. POWELL, 2008: «Constitutional Democracy and the Rule of International Law: Are They Compatible?», *Journal of Political Philosophy*, 16: 326-349.
- BÚRCA, G. DE y J.H.H. WEILER (eds.), 2012: *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge-New York, Cambridge University Press.
- BUSTOS GISBERT, R., 2005: *La constitución red: Un estudio sobre supraestatalidad y constitución*, Oñati, IVAP.
- 2012: «XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 95: 13-63.
- CAROZZA, P., 2003: «Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law», *American Journal of International Law*, 97: 38-79.
- CASSESE, S., 2009: *I tribunali di Babele: I nuovi giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donzelli.
- CELANO, B., 2001: «Justicia procedimental pura y teoría del derecho», *Doxa*, 24: 407-427.
- CHANG, W.-C. y J.-R. YEH, 2012: «Internationalization of Constitutional Law», en ROSENFELD y SAJÓ (eds.) 2012: 1165-1184.
- COHEN, J., 2012: *Globalization and Sovereignty. Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism*, Cambridge-New York, Cambridge University Press.
- COOTER, R., 2000: *The Strategic Constitution*, Princeton, Princeton University Press.
- CRUZ VILLALÓN, P., 2004: *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Madrid, Trotta.
- DAVIES, G., 2006: «Subsidiarity: The Wrong Idea, in the Wrong Place, at the Wrong Time», *Common Market Law Review*, 43: 63-84.
- 2012: «Constitutional Disagreement in Europe and the Search for Pluralism», en AVBELJ y KOMÁREK (eds.), 2012: 269-283.
- DELMAS-MARTY, M., 2006: *Un pluralisme ordonné (Les forces imaginantes du droit: volume 2)*, Paris, Éd. du Seuil.
- DIGGELMANN, O. y T. ALTWICKER, 2008: «Is There Something Like a Constitution of International Law? A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism», *Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht*, 68: 623-650.
- DOBNER, P. y M. LOUGHLIN (eds.), 2010: *The Twilight of Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press.
- DORSEN, N. (ed.), 2005: «The Relevance of Foreign Legal Materials in U.S. Constitutional Cases: A Conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer», *International Journal of Constitutional Law*, 3: 519-541.
- FASSBENDER, B., 2005: «The Meaning of International Constitutional Law», en R. St.J. Macdonald y D.M. Johnston (eds.), *Towards World Constitu-*

- tionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff: 837-851.
- FERRAJOLI, L. [2007] 2011: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Roma-Bari, Laterza, 2007; hay t. cast. de P. Andrés Ibáñez, J.C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto Sanchís y A. Ruiz Miguel, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011, por donde se cita.
- 2011: «Dodici questioni intorno a *Principia iuris*», en ANASTASIA (ed.), 2011: 173-213.
- FERRERES COMELLA, V., 1997: *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- FØLLESDAL, A., 2011: «The Principle of Subsidiarity as a Constitutional Principle in International Law», *Jean Monnet Working Paper 12/11*, disponible en <<http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/11/111201.html>>.
- FOSSUM, J. E. y A. J. MENÉNDEZ, 2011: *The Constitution's Gift. A Constitutional Theory for a Democratic European Union*, Lanham-Plymouth, Rowman & Littlefield.
- GARCÍA ROCA, J., 2010: *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e integración*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters.
- 2012: «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo», *Teoría y realidad constitucional*, 30: 183-224.
- GERARDS, J., 2011: «Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine», *European Law Journal*, 17: 80-120.
- GOLDSWORTHY, J., 2006: «Questioning the Migration of Constitutional Ideas: Rights, Constitutionalism and the Limits of Convergence», en S. Choudhry (ed.), *Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge-New York, Cambridge University Press: 115-141.
- GRIMM, D., 2010: «The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World», en DOBNER y LOUGHLIN (eds.), 2010: 3-22.
- GUASTINI, R., 2006: *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, Torino, Giappichelli.
- HALBERSTAM, D., 2012: «Local, Global and Plural Constitutionalism: Europe Meets the World», en DE BÚRCA y WEILER (eds.), 2012: 150-202.
- HALMAI, G., 2012: «The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation», en ROSENFELD y SAJÓ (eds.) 2012: 1328-1348.
- HART, H.L.A., [1968] 1983: «Kelsen's Doctrine of the Unity of Law», en H.E. Kiefer y M.K. Munitz, eds., *Ethics and Social Justice*, Albany, State University of New York Press; ahora en Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 309-342, por donde se cita.
- HESSLER, K., 2005: «Resolving Interpretive Conflicts in International Human Rights Law», *Journal of Political Philosophy*, 13: 29-52.
- JACKSON, V., 2010: *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford-New York, Oxford University Press.
- KLABBERS, J., A. PETERS y G. ULFSTEIN, 2009: *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press.
- KRISCH, N., 2008: «The Open Architecture of European Human Rights Law», *Modern Law Review*, 71: 183-216.
- 2010: *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, Oxford University Press.



- 2011: «Who Is Afraid of Radical Pluralism? Legal Order and Political Stability in the Postnational Space», *Ratio Juris*, 24: 386-412.
- 2012: «The Case for Pluralism in Postnational Law», en DE BÚRCA y WEILER (eds.), 2012: 203-261.
- KUMM, M., 1999: «Who Is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe?: Three Conceptions of the Relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice», *Common Market Law Review* 36: 351-386.
- 2005: «The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty», *European Law Journal*, 11: 262-307.
- 2009: «The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State», en J. Dunoff y J. Trachtman (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge-New York, Cambridge University Press: 258-324.
- 2010a: «The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review», *Law & Ethics of Human Rights*, 4: 141-175.
- 2010b: «The Best of Times and the Worst of Times: Between Constitutional Triumphalism and Nostalgia», en DOBNER y LOUGHLIN (eds.), 2010: 201-219.
- 2012: «Rethinking Constitutional Authority: On the Structure and Limits of Constitutional Pluralism», en AVBELJ y KOMÁREK (eds.), 2012: 39-65.
- LA TORRE, M., 1999: «Legal Pluralism as Evolutionary Achievement of Community Law», *Ratio Juris*, 12: 182-195.
- LAVRANOS, N., 2008: «Towards a *Solange*-Method between International Courts and Tribunals?», en Y. Shany y T. Broude (eds.), *The Shifting Allocation of Authority in International Law: Considering Sovereignty, Supremacy and Subsidiarity. Essays in Honour of Prof. Ruth Lapidoth*, Oxford-Portland, Hart: 217-235.
- LEGG, A., 2012: *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford, Oxford University Press.
- LUCIANI, M., 2006: «Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico», *Giurisprudenza costituzionale*, 51/2: 1643-1668.
- MACCORMICK, N. 1993: «Beyond the Sovereign State», *Modern Law Review*, 56: 1-18.
- 1995: «The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now», *European Law Journal*, 1: 255-266.
- 1999: *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press.
- MARMOR, A., 1997: «On the Limits of Rights», *Law & Philosophy*, 16: 1-18.
- MCCRUDDEN, 2000: «A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights», *Oxford Journal of Legal Studies*, 20: 499-532.
- MÖLLERS, C., 2011: «Multi-Level Democracy», *Ratio Juris*, 24: 247-266.
- NEUMAN, G., 2003: «Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance», *Stanford Law Review*, 55: 1863-1900.
- NIJMAN, J. y A. NOLLKAEMPER (eds.), 2007: *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford, Oxford University Press.

- PÉREZ MANZANO, M., 2012: «El Tribunal Constitucional español ante la tutela multinivel de derechos fundamentales en Europa. Sobre el ATC 86/2011, de 9 de junio», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 95: 311-345.
- PETERS, A., 2006: «Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures», *Leiden Journal of International Law*, 19: 579-610.
- POIARES MADURO, M., 2003a: «Europe and the Constitution: What if This Is as Good as It Gets?», en J.H.H. Weiler y M. Wind (eds.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press: 74-102.
- 2003b: «Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action», en N. Walker (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart Publishing: 501-537 [hay t. cast. de Álvaro de Elera, con el título «Las formas del poder constitucional de la Unión Europea», *Revista de Estudios Políticos* 119, 2003: 11-55].
- 2012: «Three Claims of Constitutional Pluralism», en AVBELJ y KOMÁREK (eds.), 2012: 67-84.
- POSNER, R., 2008: *How Judges Think*, Cambridge, Mass., Harvard University Press [hay t. cast. de Victoria Roca, *Cómo deciden los jueces*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2011].
- ROSENFELD, M. y A. SAJÓ (eds.), 2012: *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press.
- ROSENKRANTZ, C., 2003: «Against Borrowings and Other Nonauthoritative Uses of Foreign Law», *International Journal of Constitutional Law*, 1: 269-295.
- SHANY, Y., 2006: «Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?», *European Journal of International Law*, 16: 907-940.
- SLAUGHTER, A.-M., 2003: «A Global Community of Courts», *Harvard International Law Journal*, 44: 191-219.
- 2004: *A New World Order*, Princeton, NJ, Princeton University Press.
- SOMEK, A., 2012: «Monism: A Tale of the Undead», en AVBELJ y KOMÁREK (eds.), 2012: 343-379.
- STADEN, A. VON, 2012: «The Democratic Legitimacy of Judicial Review Beyond the State: Normative Subsidiarity and Judicial Standards of Review», *International Journal of Constitutional Law*, 10: 1023-1049.
- TORRES PÉREZ, A., 2009: *Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford, Oxford University Press.
- TRIPODINA, C., 2010: «È la corte costituzionale l'unico potere buono? Una domanda a Luigi Ferrajoli. Ovvero, sui vincoli e sui limiti del giudice delle leggi», en *Costituzionalismo.it*, 2/2010, disponible en <<http://www.constituzionalismo.it/articoli/348>>.
- VERGOTTINI, G. DE, 2010: *Oltre il dialogo tra le Corti: Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, Il Mulino; hay t. cast. de P. J. Tenorio, con Prólogo de J. García Roca, *Más allá del diálogo entre tribunales: Comparación y relación entre jurisdicciones*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2010, por donde se cita.
- WAHL, R., 2010: «In Defence of 'Constitution'», en DOBNER y LOUGHLIN (eds.), 2010: 220-242.
- WALKER, N., 2002: «The Idea of Constitutional Pluralism», *Modern Law Review*, 65: 317-359.

- WEILER, J. H. H., 1999: *The Constitution of Europe: 'Do the New Clothes Have an Emperor?' and Other Essays on European Integration*, Cambridge, Cambridge University Press.
- WET, E. DE, 2006: «The International Constitutional Order», *International and Comparative Law Quarterly*, 55: 51-76.
- 2012: «The Constitutionalization of Public International Law», en ROSENFIELD y SAJÓ (eds.) 2012: 1209-1230.
- ZUCCA, L. 2012: «Monism and Fundamental Rights», en J. Dickson y P. Eleftheriadis (eds.), *Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford, Oxford University Press: 331-353.

Fecha de recepción: 30/06/2012. Fecha de aceptación: 8/11/2012.



Ciudadanía: concepto y contexto.  
Algunas observaciones desde *Principia Iuris*  
de L. Ferrajoli

Por JAVIER DE LUCAS MARTÍN  
Universitat de València

**RESUMEN**

*El planteamiento original de Ferrajoli invierte la tradicional vinculación entre las nociones de derechos, pueblo y ciudadanía y entre pueblo y constitución y da cabida a una concepción convencionalista y democrática no sólo de los pueblos, sino del Derecho mismo. Desde ahí, este trabajo propone vías para construir un modelo de ciudadanía inclusiva y plural que sirva para responder a los desafíos de una sociedad crecientemente multicultural y sin embargo aquejada por un déficit de lo que Sayad denominara «presencia ausente».*

Palabras clave: *ciudadanía, pueblo/demos, constitución, democracia multicultural, egalibertad.*

**ABSTRACT**

*The original Ferrajoli's approach reverses the traditional link between the notions of rights, citizenship and people and between people and constitution, and accommodates a conventionalist and democratic conception not only of people, but the law itself. This paper proposes some arguments in order to build a model of plural and inclusive citizenship that serves to meet the challenges of an increasingly multicultural society and yet suffering from a deficit of «absent presence» (Sayad).*

Key words: *citizenship, people/demos, Constitution, multicultural Democracy, egaliberté.*

**SUMARIO:** 1. EL PUNTO DE PARTIDA: CIUDADANÍA, PUEBLO Y CONSTITUCIÓN EN *PRINCIPIA IURIS*.—2. EL DÉFICIT DEL MONISMO ONTOLÓGICO, LASTRE DE LA CONDICIÓN DE CIUDADANÍA. NECESIDAD DE DESARRAIGAR LA CIUDADANÍA DE LA NACIONALIDAD.—3. EVOCANDO A BECK. UNA CATEGORÍA «ZOMBIE»: LA CIUDADANÍA APOLÍTICA, ABSTRACTA.—4. EL CAMPO DE JUEGO DE LA CIUDADANÍA.—5. EL CORAZÓN DE LA DISPUTA: LA *EGALIBERTAD*.—6. ANEXO: PISTAS PARA DESARROLLAR EL DEBATE.

## 1. EL PUNTO DE PARTIDA: CIUDADANÍA, PUEBLO Y CONSTITUCIÓN EN *PRINCIPIA IURIS*

Mi propósito en estas páginas no es tanto ofrecer una interpretación más acerca de las definiciones y tesis relativas a la ciudadanía, reformuladas por Luigi Ferrajoli en su *Principia Iuris* (PI), sino tratar de utilizarlas en el contexto de un debate que me parece de interés. Se trata de lo que muchos consideramos una de las necesidades más acuciantes en la filosofía política —pero también en la práctica democrática— hoy, la tarea descrita como *pushing the Boundaries of the (old) citizenship*, por retomar la expresión de Michèlle Riot-Sarcey (2009) y Danielle Juteau (2000), aunque ya Barbalet había puesto de manifiesto esa exigencia en su monumental trabajo sobre la ciudadanía<sup>1</sup>. Es evidente que, en el contexto de lo que por ejemplo Kymlicka y Norman (1997) denominaron el «retorno del ciudadano», los derechos de ciudadanía son hoy objeto de luchas cuyo objetivo es defenderlos, *pero sobre todo reinterpretarlos y ampliarlos* (Lister) habida cuenta de las limitaciones de la noción de ciudadanía ligada al Estado-nación y al presupuesto (e ideal) de homogeneidad, a lo que conocemos como monismo ontológico y deontológico, según el análisis de Cassirer que, como he sugerido en otras ocasiones, ilustra el mito de Babel. Esa jaula de hierro de la ciudadanía la inhabilita para dar respuestas satisfactorias en un orden político que, como consecuencia del impacto de la globalización y de la multiculturalidad como datos estructurales, exige otras respuestas pero que no debería abdicar del principio clave de *egalibertad*, por decirlo con Balibar. Unos déficit en nuestras categorías, en nuestra forma de pensar la política, la democracia, que se unen a lo que Rancière denomina el déficit constitutivo, el odio hacia la democracia como tal, hacia el poder del pueblo, de los ciudadanos. Una tarea que supone una comprensión del espacio

---

<sup>1</sup> La monografía de Barbalet 1998 es, junto a la de Marshall, uno de los puntos de partida más relevantes del análisis de Ferrajoli, que es quien utiliza ese calificativo para referirse a la obra del primero.

público o, por mejor decir, de lo político, como el que creo describió acertadamente Ricoeur antes que Walzer: «lo político parece constituir hoy una esfera de justicia entre otras, en tanto que el poder político es también un bien a distribuir y al mismo tiempo envuelve todas las demás esferas en su condición de guardián del espacio público en el interior del cual se enfrentan los bienes sociales constitutivos de las esferas de justicia».

Me parece que eso es precisamente lo que Ferrajoli subraya al rechazar la conocida definición de Marshall («La ciudadanía es el status que se concede a los miembros de pleno derecho de la comunidad»), poniendo el acento en el vínculo entre *pueblo*, *constitución* y *ciudadanía*, de donde la noción de *ciudadanos* que propone: «Ciudadanos son las personas naturales pertenecientes a un determinado pueblo en cuanto dotados de las mismas situaciones constituidas».

La clave reside en la definición de *pueblo* que propone Ferrajoli (PI, D7.16<sup>2</sup>), y que trata de recoger tanto la dimensión prejurídica («sujetos colectivos que reivindican con su independencia y liberación un papel constituyente») como la jurídica, a partir de la formulación ciceroniana de *populus* formulada en *De Republica* I,39 (... non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus). Pero Ferrajoli sustituye en esa definición D7.16 el *consensus iuris* por la noción de iguales derechos (*par condicio civium* y *iura paria*), que está también en otros dos pasajes de la misma obra de Cicerón (*De republica*, I.41y I.49), «a fin de incluir también a los pueblos que son constituyentes de entidades políticas», pues la esfera pública, es decir, la esfera de los intereses de todos (D 11.36), «se funda, en simultaneidad con el pueblo, en el momento en que viene estipulada por el pacto constitucional la *par condicio civium*» (§13.10, p.53).

Es decir, Ferrajoli invierte la tradicional vinculación entre las nociones de *derechos*, *pueblo* y *ciudadanía* (PI, D7.17, T.7.89 y T.17.91) que remonta a las tesis expuestas por Kant en *Los principios metafísicos de la doctrina del Derecho*, y entre *pueblo* y *constitución* para dar cabida a una concepción convencionalista y democrática no sólo de los pueblos, sino del Derecho mismo: «la constitución, con la igualdad en los derechos que establece, es precisamente la condición política y cultural del reconocimiento de los demás como “iguales” y, por ello, el principal factor de la esfera pública y de la identidad colectiva de un pueblo» (§13.10, p.53). «El pueblo cobra existencia tras la estipulación, normalmente por obra de una constitución, de los derechos fundamentales, que son justa-

---

<sup>2</sup> «Pueblo es el sujeto colectivo formado por sujetos que tienen intereses comunes y son titulares de las mismas modalidades constituyentes o bien, en virtud de reglas técnicas, de las mismas expectativas constituidas.»

mente los derechos concedidos a todos los que pertenecen a él». La unidad del pueblo radica, pues, en esa igualdad en los derechos. Aún más, «la legitimidad de una constitución no reside en la existencia de un mítico *demos*, sino en los principios de igualdad en los derechos fundamentales y de igual dignidad de las personas en ellos estipulados» (nota 146, p. 620). Una concepción en la que, al contrario del tópico, no es la homogeneidad, el consenso, el presupuesto de la constitución democrática, «ni en el plano histórico o fáctico, ni en el axiológico filosófico político», sino la diversidad y aun el conflicto (PI, §.13.10, p.51), de donde el acierto, a su juicio del lema de la Unión Europea, «unidos en la diversidad» por contraposición al de los EEUU: *e pluribus unum*.

Lo más interesante, a mi juicio, para la discusión que propondré sobre la ciudadanía, es lo que el propio Ferrajoli invoca como invención ciceroniana, esto es, que «todo pueblo viene constituido por su ciudadanía, esto es, por su institución política generada a su vez a partir de una deliberación colectiva» (PI 2, nota 47, p.189). El pueblo, insiste Cicerón y recoge Ferrajoli, más aún, la sociedad civil, *permanece unida por el vínculo de la ley igual para todos y más concretamente por la igualdad en los derechos*. Esa lucha, que tiene ecos del dictum de Heraclito «un pueblo debe luchar por sus leyes como por sus muros») es un compromiso a favor de lo que, con Balibar, llamaré *egalibertad* y es lo que me interesa comentar a la hora de proponer vías para la ciudadanía inclusiva.

Con esto quiero decir que, incluso si nos situamos en el marco de la discusión de la definición y tesis de ciudadanía en PI, no creo traicionar a Ferrajoli si subrayo que no podemos limitarnos a la definición del marco jurídico-institucional, porque eso sería tanto como olvidar el carácter decisivo de las prácticas sociales, movimientos y reivindicaciones que fuerzan esos confines, que contribuyen a recrudescer –o recuperar, si se quiere– el carácter conflictual, la configuración de la ciudadanía como espacio de conflicto Mezzadra (2006: 92). Y entre ellos, a mi juicio, son particularmente relevantes los movimientos migratorios en sentido amplio<sup>3</sup>, que lejos de constituir como siguen creyendo algunos un fenómeno sectorial (menor, en el discurso hoy imperante sobre la crisis), son no sólo un factor estructural de nuestra realidad, sino también y sobre todo, a mi juicio, el fenómeno que nos interpela más radicalmente sobre la inadecuación de los viejos conceptos de ciudadanía y soberanía, razón por la que me permito traerlo aquí, en esta discusión sobre los *Principia Iuris* de Luigi Ferrajoli. Y ciertamente el mismo

---

<sup>3</sup> No hablo sólo de los mal llamados «inmigrantes económicos» (laborales), que alcanzan los 214 millones de personas según el informe de 2011 de la Organización Internacional de las Migraciones (OIM), sino también de los desplazados internos, los refugiados, es decir, esa parte de la humanidad que la propia OIM cifra en más de 1.000 millones de habitantes del planeta.



Ferrajoli es quien señala esa función del fenómeno migratorio como el factor determinante de una de las aporías relevantes de la ciudadanía (PI, §16.3, p.481). Y es que contribuyen decisivamente a crear el fenómeno de transnacionalidad y así cuestionan, insisto, el marco jurídico-institucional de la ciudadanía, además de subrayar la complejidad de una cuestión que, indiscutiblemente, no puede obviar la discusión en términos de reconocimiento e identidad, claves de la pertenencia que, a su vez, es una dimensión constitutiva de la ciudadanía<sup>4</sup>.

Lo cierto es que, si su alcance va más allá, ello se corresponde con algunas de las tesis fuertes sobre las que ya venía insistiendo Ferrajoli mucho antes de sus *PI*, esto es, la antinomia entre soberanía y derechos humanos universales y el proyecto de democracia cosmopolita (que en su primera formulación es en gran parte coincidente con la propuesta de Held, 1999), al que correspondería la noción de *ciudadanía cosmopolita*. Por mi parte, estando de acuerdo básicamente con la definición de ciudadanía y las tesis de Ferrajoli acerca de su carácter de privilegio hoy, frente a lo que fuera su significado emancipatorio en el XVIII y XIX, coincido (aunque creo que por razones diferentes) con otras posiciones críticas, como las expuestas en diferentes ocasiones por Alfonso Ruiz Miguel, pues no comparto la apuesta por la democracia cosmopolita que es condición de viabilidad<sup>5</sup>, aunque me apresuro a añadir que tampoco la sujeción al estrecho marco estatal-nacional que confina la cuestión al viejo recurso a la nacionalización o a mecanismos de reciprocidad (tal y como lo interpreta nuestro Consejo de Estado y el propio Tribunal Constitucional). Propondré, en el campo de juego de esa lucha por ampliar los límites de la ciudadanía, la extensión de la ciudadanía estatal (y europea en el caso de los Estados miembros de la UE) a todos los sujetos con residencia estable en el territorio de soberanía del Estado en cuestión (en el espacio de «soberanía» de la UE) y con el solo requisito de la competencia lingüística.

---

<sup>4</sup> Aunque, por supuesto, la profundidad o radicalidad de esa interpelación puede ser relativizada en aras de una perspectiva puramente electoralista. Es lo que está sucediendo en la actualidad política más inmediata en el momento en que celebramos este coloquio, pues el reconocimiento de ciudadanía y/o derechos políticos a los extranjeros, y en particular a los inmigrantes está siendo invocado demagógicamente como el centro de la disputa política en las elecciones presidenciales francesas en 2012, por mor de la estrategia irresponsable del candidato-presidente Sarkozy.

<sup>5</sup> Tampoco con las propuestas de Beck (2004) que retoma Todorov (2008: 267) sobre un cosmopolitismo que presenta como modelo conceptual que integra diversas maneras de vivir la alteridad cultural, bajo el imperio de 3 condiciones (norma común a la que se someten todos los grupos; estatuto legal de las diferencias; igualdad de derechos para todos).

## 2. EL DÉFICIT DEL MONISMO ONTOLÓGICO, LASTRE DE LA CONDICIÓN DE CIUDADANÍA. NECESIDAD DE DESARRAIGAR LA CIUDADANÍA DE LA NACIONALIDAD

Y es que el problema al que hacemos frente –insuficientemente– en términos de la reconceptualización de la ciudadanía nace no sólo de la inadecuación de ese concepto a estructuras o comunidades políticas que desbordan los rígidos moldes del Estado-nación, sino sobre todo al hecho de que asistimos a una constante creación de nuevas categorías de sujetos para quienes rige una suerte de estado de excepción permanente (Lochak: 2007, 15 ss.), que los reduce a una condición más parecida a la lógica colonial (Cole, 2000: 192 ss., Philips, 1993: 5 ss.) que a la democracia liberal. Pero, como decía, es impensable que esa tarea sea sólo un esfuerzo de recategorización de la ciudadanía. Se trata, además, de hacer frente a ese pulso al que nos enfrenta una economía globalizada, *entre la mano invisible y la visible*, un pulso que se pierde si la mano visible no dispone de instrumentos globales. Porque hoy, además de la regulación nacional, es precisa la concertación internacional para luchar contra actuaciones que perjudican no sólo la estabilidad financiera sino, sobre todo, el mínimo de igualdad. Ahora, el reto es reforzar la mano visible en el plano internacional, hacer posible el control de las finanzas internacionales, lo que, en rigor, no es una novedad, sino un eslabón más en la pugna histórica entre un futuro en el que el orden internacional se basará en reglas más activas y un pasado donde todo estaba permitido, en primer lugar el enriquecimiento inmoral de algunos a costa de la lógica de la fragmentación social, de la exclusión de los más, o de la reinvención de la esclavitud en la nueva división internacional del trabajo impuesta por el mercado global (o no tan nueva, si leemos el poema de Pottier: «*Laissez faire, laissez passer (L’Economie Politique)*», fechado el 20 de junio de 1880<sup>6</sup>. Una lógica de fragmentación social que es una lógica política que lleva a la multiplicación de las fronteras interiores en nuestras democracias. De esta forma, en nuestra UE se ha multiplicado la tipología ideada por Hammar (Hammar 1990) para explicar los estatus públicos en relación con la ciudadanía: de los 3 estatus –ciudadanos/nacionales, extranjeros y *denizens*– hemos pasado hasta 8 estatus –nacionales, ciudadanos de la UE residentes, ciudadanos de la UE no residentes, no UE residentes (los sujetos de la directiva 2003), no UE temporales, demandantes de asilo, sin papeles no expulsables y sin papeles expulsables–, como recuerda Withol der Wenden en el *rapport Citoyenneté* que preparó

---

<sup>6</sup> Recordaré que Pottier es el autor de la letra de la Internacional –y de otros poemas y canciones revolucionarias como *Le grand Krack*, *En avant la classe ouvrière*, *Droits et devoirs*, *La Sainte Trinité*, *La guerre*, *Leur Bon Dieu*– que envié desde América a sus correligionarios.

para la Fundación Schumann en 2008. Ello sin tener en cuenta la estratificación entre trabajadores no-UE cualificados –los más deseables– y no cualificados; ni la pendiente resbaladiza, la vulnerabilidad que amenaza a todos los no-UE residentes. Por decirlo de una manera alegórica, se trata de invertir esa lógica del *mundo líquido* que –según Bauman (Baumann: 2005, 7 ss.)– propicia la aparición de los *parias de la modernidad*, los sujetos sustituibles, precarios, sometidos a caducidad.

Sin embargo, no creo que nuestra tarea sea, por parafrasear a Baumann en su *dictum* sobre la gestión de la diversidad, la de «convertir la polifonía en armonía y evitar que degeneren en cacofonía». Estoy convencido de que nuestro reto no es el de identificar las condiciones de la armonía de las identidades diferentes. Coincido con Zolo en su crítica del ideal cosmopolita. Una y otra (comunidad cosmopolita, ciudadanía cosmopolita), como su pretendido instrumento jurídico, el también mal llamado Derecho cosmopolita, me parecen –hoy por hoy– sobre todo coartadas, vías de escape aceptables desde el punto de vista del debate académico, de modelos, pero escasamente fructíferas desde el punto de vista del debate político que es –no puede ser otra cosa– realista, en cuanto debate acerca de lo posible. Eso no significa que la única perspectiva sea la del pragmatismo de la *real politik*, sino que, a mi juicio, estamos obligados más bien a priorizar el análisis del alcance de aquellas propuestas de articulación de la nueva ciudadanía que nos permitan salir del *impasse* que muestra la disyuntiva frecuente en este tipo de debate (generalizar la ciudadanía para extender los derechos efectivos/abandonar la ciudadanía para poder afirmar la extensión de los derechos). Y, al tiempo, justifica el interés de analizar propuestas como la que supuestamente ofrece la UE –la noción de ciudadanía europea y en su contexto, la de ciudadanía cívica– porque parece más útil, aunque el resultado tantas veces produzca frustración. Hay que hablar sobre todo de los retos de la ciudadanía en el sentido de las dificultades para poner en pie las garantías de igualdad efectiva para los sujetos que no pueden alcanzar ese estatus y también para aquellos a los que ese estatus no garantiza la igualdad.

Insisto: a mi juicio, si debemos analizar los cambios en ese modo de entender el juego, el territorio, el espacio de lo político (de lo público y de lo privado, en sus dimensiones complejas, también las que llevan de la escala íntima a la global mal llamada internacional), tal y como nos lo definen el Estado-nación y su concepto de ciudadanía, no es porque afrontemos un conflicto de civilizaciones. Por eso tampoco creo que la solución está en la alianza de civilizaciones, en las diferentes manifestaciones de la interculturalidad como fórmula mágica de gestión de lo diverso y, por tanto, como el ingrediente mágico con el que se cocina la nueva ciudadanía, el nuevo espacio político superador del Estado-nación. Evidentemente, no ignoro la necesidad de la perspectiva intercultural como superación del monismo ontológico y deontológico criticado por Cassirer como el error de la opción básica

de la tradición política occidental, que deviene en la tesis del monoculturalismo, que es el postulado del Estado nación y que aboca inevitablemente a los modelos de asimilación impuesta, o al de gueto. En ese sentido, acepto que el reconocimiento normativo (jurídico, político) de la diversidad de identidades es condición de la nueva ciudadanía, pero no es la clave exclusiva. Una vez más, no es eso.

Creo más bien que el reto es de otra clase y que las respuestas también son de otra índole. En realidad, la constancia de la diversidad cultural nos reenvía a una cuestión de justicia social y de distribución del poder. El reto que nos obliga a hacer frente a esas modificaciones, como señala W. Brown (Brown, 2003; 2006; 2010) (también P. Wagner o Ph. Cole), de un lado y Luigi Ferrajoli (pero también J. Rancière y E. Balibar) de otro, es una cuestión bien conocida: las consecuencias del modelo impuesto por la modernidad liberal restringida son hoy tan insoportables y, sobre todo, tan difíciles de gestionar eficazmente, que resulta evidente la necesidad de encontrar alternativas. La realidad del incremento de la diversidad social (uno de cuyos agentes, aunque no el único son las migraciones asentadas en terceros países) es un hecho difícilmente reversible y que muestra la necesidad de lo que con Bovero, Honneth o Habermas podríamos llamar una nueva *gramática de la democracia*. Es un desafío a la idea misma de política que aparece como caduca ante las transformaciones espectaculares que derivan del desarrollo de las nuevas tecnologías de la comunicación e información y del modelo de globalización que vivimos hoy. Porque es bien sabido que no disponemos ni de discurso ni de instituciones políticas a la altura de las condiciones y exigencias de un mundo como el nuestro, que vive una profunda transformación, hasta el punto de que hará época. Y la primera razón del desconcierto es que aún no sabemos en qué consiste ese cambio de época, e incluso no somos conscientes de que eso es lo que nos está pasando, por evocar el *motto* orteguiano.

Insisto. A mi juicio, lo que necesitamos hoy es precisamente esto, una *gramática social* (moral, jurídica y política) a la altura de los desafíos de esta etapa de la globalización, que llevan a su tensión máxima la relación entre cohesión social de un lado, justicia social (igualdad) y diversidad social (en todos los sentidos) de otro, sobre todo por el riesgo bien probado del incremento de la desigualdad. Una gramática en la que tiene un papel destacado la noción rescatada de dignidad, lejos de la retórica vacía y moralista que hace de ella una noción tautológica. Algo que ha apuntado Habermas, en el marco de su concepción de la emigración de la moral pública a la Constitución, núcleo de la idea de Estado constitucional que propone Ferrajoli. Escribe así Habermas (2010: 111): «la dignidad es así el portal a través del cual el contenido universal igualitario de la moral se importa al Derecho. La idea de la dignidad humana es la bisagra conceptual que ensambla la moral del respeto igualitario a cada sujeto, con el derecho positivo y la producción jurídica democrática».

Para tratar de ofrecer pistas sobre esa gramática moral, jurídica y política, me he apoyado en otros trabajos recientes (de Lucas, 2012: 21 ss.) sobre todo en las aportaciones Axel Honneth (Honneth, 1997, 2010, 2011), precisamente porque, a diferencia de otros teóricos de la lucha por el reconocimiento, una seña de identidad del proyecto de Honneth es la *reivindicación de la igualdad*. Es verdad que Honneth ha subrayado reiteradamente la insuficiencia de la clave de interpretación utilitarista, pragmática, que busca el interés como razón explicativa del conflicto, pero esa toma de posición no significa sumarse a quienes enfatizan la importancia de los conflictos *identitarios*, los propios de los representantes de la *politics of identity*, que enfatizan la *diferencia cultural*. Lo que singulariza sus propuestas respecto a Taylor y Fraser, es que expresamente Honneth insiste en tratar de mantener como clave *la igualdad*, por encima de la diferencia, y de la identidad. Y lo hace, en primer lugar, por razones históricas (la misma experiencia de los movimientos sociales, desde el XIX), pero también por razones conceptuales: el *reconocimiento* según Honneth, es una cuestión de igualdad, de derechos y no de diferencia, tesis que considera un «error categorial», sobre todo por lo que se refiere a las fuentes hegelianas de esa teoría del reconocimiento (Honneth, 2010: 52 y 55). Lo único que el reconocimiento añade respecto a la teoría de la redistribución es la noción de dignidad, que no está asegurada simplemente con la igualdad de derechos, aunque sin ella no puede existir. Y por eso la relevancia, como test, de los derechos sociales: como he apuntado en algún otro trabajo, de acuerdo con Añón y Pisarello (2007: 41), resulta evidente que es imposible abstraerse de la relevancia de la confluencia histórica en esta crisis de dos fenómenos, la extranjerización de la fuerza de trabajo y el recurso a la política precisamente «ciudadanista» en el sentido más clásico (aquel de la preferencia nacional «que se sirve de un trabajo degradado de la población extranjera y pobre, y condena a los no ciudadanos –sobre todo a aquellos que se encuentran en situación de irregularidad– a un apartheid jurídico, político y social»). Todo ello en el contexto de una reformulación de la cuestión social, el escenario de la política de redistribución de recursos que exige la degradación de los derechos sociales, una caída a la baja que admite escalas que terminan siempre en los inmigrantes como colectivo más vulnerable. Ahí es donde actúa el mensaje jurídico de la política de extranjerización que adquiere cada vez más una fuerte dimensión etnocultural que justifica a su vez la exclusión del reconocimiento y que, *quod erat demonstrandum*, afecta sobre todo a los que no pueden ser ciudadanos o, en todo caso, *denizens*, o ciudadanos de frontera (los dotados de una presencia ausente), los *inmigrantes*.

Insisto. De ese proyecto de *modernidad restringida*, cuyo instrumento es el Estado-nación concebido sobre ese molde *liberal restringido* y bajo el primado del mercado, forma parte una noción demediadamente emancipadora de ciudadanía. Ese sujeto político, el Estado,

secuestra y demedia a la nación, que no es *populus*, no es *demos* pleno, porque no son sujetos del mismo todos los que forman parte de él. Y lo mismo sucede con la ciudadanía que nos proponen las revoluciones de 1776 y 1789. Tanto una como la otra en realidad secuestran la democracia y la ciudadanía, porque secuestran los sujetos y el cometido de la política, restringiéndolos a un modelo que es monista: de género, etnia, clase. Por eso, uno y otro (Estado-nación, ciudadanía) son instrumentos de dominación, no de emancipación igualitaria, y por eso se puede concluir que ese estatus de ciudadanía (que, respecto al de súbdito del *ancien régime* es sin duda un progreso) constituye un privilegio: patriarcal, clasista, colonial. Es decir, que considero válidas y aun primordiales los argumentos de crítica que encontramos ya en MacPherson y su crítica de la teoría política del individualismo posesivo, en Étienne Balibar o Immanuel Wallerstein y en Luigi Ferrajoli, que denuncian asimismo las formulaciones tímidamente reformistas de ese modelo liberal restringido (como la de John Rawls, incluso cuando se lanza a la dimensión internacional redescubriendo el derecho de gentes a estas alturas).

Es decir, que el reto consiste en superar una ciudadanía que se ha convertido en buena medida en un instrumento de domesticación en lugar de emancipación (un título que justifica la condición preferente en el consumo de servicios), y, junto a ello, claro está, el reto de superar la condición creciente de pertenencia sin ciudadanía, ya denunciada por Sayad, y que persevera en la lógica colonial para con determinados colectivos (los trabajadores, las mujeres, hoy los inmigrantes), compatible con la excelencia ofrecida a los nacionales y, en particular, a las elites. Eso es lo que justifica el exabrupto de Cole sobre la esquizofrenia democrática que estaría instalada en la democracia liberal, hoy.

Por eso creo que antes de formular propuestas de cambio hay que tener en cuenta las razones del incremento vertiginoso de la crisis de la visión liberal restringida, de ese universalismo abstracto, de sustitución (por utilizar los términos de Seyla Benhabib) que es el cáncer del discurso políticamente correcto del universalismo de los derechos humanos que constituye hoy el postulado insuperable, acriticamente aceptado en su formulación liberal, que, sin embargo, es a todas luces contradictoria con la aspiración universalista. Ciertamente, desde 1989, los movimientos sociales (de los trabajadores, las mujeres, la descolonización) las luchas sociales que han protagonizado, han conseguido relativizar ensanchar— esas restricciones, pero las nuevas condiciones contextuales que han marcado el fin del siglo corto nos dan de bruces ante el hecho indiscutible de la permanente ilegitimidad y aun más la inadecuación de una y otra categoría, las de Estado-nación y ciudadanía en un mundo que no ha cesado de cambiar y que nos muestra nuevas formas de precariedad y de desafiliación que hacen cada vez más frágil el vínculo social y político al que tratan de dar respuesta —cada vez más patéticamente impotente— las viejas categorías del Estado-nación y de la ciudadanía, en particular,

como vengo recordando, el fenómeno de la transnacionalidad, de las redes y de los sujetos transnacionales, y por eso la importancia de los movimientos migratorios como síntoma, como campo de juego; por otro, la generalización de la condición de multiculturalidad a la que no escapa ninguna sociedad contemporánea y que ha propiciado un debate confuso en el que no pocas veces se llega a camuflar las profundas líneas de quiebra del vínculo social tras los árboles del conflicto cultural o de identidades.

En realidad, como se acepta ya en la discusión, la pregunta que debemos plantearnos no es por qué no hemos avanzado en la construcción cosmopolita, sino ¿por qué no se ha producido el cambio institucional adecuado al fenómeno social de la transnacionalidad? Esto es, ¿por qué no hemos sido capaces de desnacionalizar o al menos transnacionalizar la ciudadanía? Para responder, hay que examinar la dificultad de las respuestas que permitirían ciudadanizar –si se me permite el barbarismo– es decir, ampliar la ciudadanía de forma plural e inclusiva, sin romper la autonomía de sociedades más plurales que nunca: cómo romper esa jaula de hierro que atrapa en el vínculo «nacionalidad-trabajoformal-homogeneidad cultural», una jaula que reitera otras como la que reducían la ciudadanía al espacio público definido desde el género.

Creo que las pistas para vencer esas dificultades se encuentran más bien en la recuperación de la ciudadanía como «derecho a la ciudad», que por definición es derecho a una presencia visible desde la condición de residencia estable, que no definitiva, ni impuesta con el sacrificio de la aculturación. Y al mismo tiempo, es preciso superar la miopía del culturalismo en el debate de la ciudadanía, que, paradójicamente, es funcional al mantenimiento del debate en clave de seguridad y orden público –frente al otro diverso, al inmigrante extraño– y a la perspectiva instrumental según la cual no debe hablarse una «nueva fábrica de ciudadanos», sino sólo de reconocer derechos (no de ciudadanía) a los trabajadores necesarios mientras no sean costosos, es decir, siempre que su presencia no genere más costes (por ejemplo, en términos de acceso a servicios, de ejercicio de derechos) que los beneficios que producen.

### 3. EVOCANDO A BECK. UNA CATEGORÍA «ZOMBIE»: LA CIUDADANÍA APOLÍTICA, ABSTRACTA

Porque quizá el problema radique en la profunda pero mal digerida transformación de la noción de ciudadanía, que ha llevado a imponer hoy, en el occidente rico en el que viven los ciudadanos del nuevo orden global, una visión plana (conservadora), de la ciudadanía, que, como insiste Ferrajoli, desactiva su capacidad de transformación, su dimensión de factor de emancipación. La ciudadanía hoy se nos mues-

tra como un proceso histórico que puede comportar retrocesos, no como un derecho irreversible y de contenido acumulativo (primero derechos civiles, luego políticos, sociales económicos y culturales finalmente) que se extiende inexorablemente con aspiración universal: esa noción es válida sólo en aquellos estados-nación desde los que el mercado impone su ley y, sobre todo, sólo para aquellos que son sujetos del nuevo espacio transnacional de la globalización. Por eso pierde su capacidad de factor de emancipación que había de contribuir a liberar a los seres humanos, para convertirse en la prueba del doble rasero, de los privilegios de los que gozan los sujetos del primer mundo.

Quizá es que cabe entenderla como una de las que Ulrich Beck ha denominado categorías *zombies*, que parecen gozar de buena salud pero que *de facto* son muertos vivientes. Cualquier reflexión atenta demuestra que la ciudadanía como estatus ofrece una realidad mucho más tenue y débil de lo que pensamos. Y no faltan quienes, ante la confusión de nuevas propuestas tan a menudo delicuescentes, cuando no contraproducentes, pues provocan justamente lo que se quería impedir, ya que protegen cada vez menos a los nacionales/ciudadanos y excluyen *per se* y *sine die* a los no ciudadanos/extranjeros<sup>7</sup>, tienen nostalgia por las viejas nociones fuertes de ciudadanía y de Estado, que garantizaban la igualdad de todos los titulares del estatus, también un mínimo para los más vulnerables.

Esa denuncia del carácter conservador que adquiere la ciudadanía es la que subraya Balibar: «la gran ecuación establecida por los estados modernos entre *ciudadanía* y *nacionalidad* (que precisamente da su contenido a la idea de “soberanía del pueblo”) comienza a funcionar entonces en contra de su significado democrático: no para hacer de la nacionalidad la forma histórica en la que se construyan una libertad y una igualdad colectivas, sino para hacer de ella la esencia de la ciudadanía, la comunidad absoluta que todas las comunidades deben reflejar». Ese proceso de abstracción, de tecnificación de la ciudadanía, omite hechos y realidades y genera ficciones y desigualdades. En efecto, hoy asistimos a un proceso de desagregación de los tres elementos clásicos de la ciudadanía como categoría política propia de las comunidades políticas que son los estados nacionales, es decir, como *vínculo de pertenencia e identidad* (la condición de miembro de una comunidad nacional, portador de una cultura homogénea), como *título de soberanía* (la condición de sujeto de los derechos políticos, el núcleo duro de la condición de ciudadano) y como *título de beneficios sociales* (la condición de ciudadanía social).

Sin duda, la *destrucción del trabajo formal y estable* como elemento básico del vínculo social, consecuencia del modelo de globalización del mercado, unida a la *implosión de la homogeneidad cultural*

---

<sup>7</sup> Ese es el riesgo de la ciudadanía cosmopolita, que puede propiciar más discriminación y subordinación en lugar de igualdad y autonomía.



(que es condición implícita de la cohesión social en el modelo de Estado-nación y por ello en su noción de ciudadanía) como consecuencia a su vez de la creciente multiculturalidad, uno de cuyos factores sería precisamente la presencia estable de inmigrantes ajenos a nuestra comunidad cultural, transforman radicalmente esos viejos supuestos. Y con ello transforman también la razón de ser de la distinción entre ciudadano y el que no lo es. Alteran el dogma de que el que viene de fuera no sólo no es, sino que muy raramente puede pretender llegar a ser ciudadano, porque su interés y sus necesidades lo sitúan como ajeno a nuestra comunidad política. La caducidad del dogma arranca de la falsedad de la identificación de la comunidad política con la comunidad cultural, del *demos* con el *ethnos* sobre la que reposa la identidad nacional de los estados modernos impuso la negación del pluralismo cultural *ya existente* en el interior de los estados y la correlativa asimilación o eliminación (en el menos duro de los supuestos, segregación) de poblaciones con peculiaridades culturales y lingüísticas, las minorías. En suma, consagra un modelo en el que la plena ciudadanía sólo está al alcance de quienes se identifican con el sujeto político *tout court*, que, aunque pretendidamente abstracto, tiene todos los rasgos de la identidad nacional fundacional o hegemónica. Y eso, por ejemplo, altera la tesis de que esa dimensión de la integración le sería ajena por completo, sería extraña a su naturaleza de otro, que es la de inmigrante, el caso por antonomasia de extranjero, hoy.

Eso es lo que permite que algunos como Bauböck enfatizen la distinción entre dos tipos de ciudadanía: ciudadanía formal y ciudadanía sustantiva (Bauböck, 1994). La ciudadanía formal significa ser miembro legal de un Estado con un estatus de ciudadano. La ciudadanía sustantiva conlleva el contenido práctico de la misma, esto es: la capacidad de acceder y disfrutar de los derechos de ciudadanía, lo que supone ser aceptado y acogido como un conciudadano. Si nos detenemos en el contenido sustantivo de ciudadanía, cabe hablar de ciudadanos/integrados y no-ciudadanos/excluidos en términos de acceso práctico a los derechos y del trato que reciben por parte de sus vecinos y funcionarios públicos. En otras palabras, si definimos al ciudadano como un integrado y al no-ciudadano como un excluido, podremos desarrollar una matriz «dos por dos» que esclarezca el estatus y práctica de ciudadanía. La matriz nos da cuatro categorías de ciudadanos y no-ciudadanos definidas en términos de aceptación como miembros de pleno derecho de la comunidad nacional o de exclusión hasta cierto punto. Estas cuatro categorías son, en primer lugar, integrados aceptados como tales; integrados no aceptados y tratados como excluidos; excluidos tratados como integrados y excluidos tratados y excluidos como tales. En realidad, la constatación de la caducidad de la vieja noción de ciudadanía lleva a tratar de encontrar sustitutos que combinen el modelo liberal y el comunitario. El modelo liberal es contractual y enfatiza la dimensión técnico-jurídica, da una enorme importancia al individualismo y los derechos individuales. La ciudadanía se

vincula al disfrute de los derechos civiles, políticos y sociales. El enfoque liberal hace hincapié en los derechos individuales y en las oportunidades; en la autonomía personal, el derecho a la participación política y el trato igualitario bajo la ley. Los deberes de la ciudadanía se relegan a un segundo plano al ser concebidos como intolerantes, restringiendo la libertad de acción del individuo. El comunitarista subraya que los individuos se unen en sociedad para perseguir metas comunes, tienen una identidad común y su deber es participar en los asuntos públicos.

En realidad, las tradiciones occidentales de ciudadanía no sólo se asocian, por tanto, con formas liberales, voluntarias y contractuales de ciudadanía sino con el ser miembros de una comunidad y más específicamente miembros de una comunidad nacional. La ciudadanía del Estado se construye en términos de ser miembro de un supuesto Estado-nación figurado (Anderson, 1983). El ser miembro de un Estado tiene su origen en una exclusividad de doble sentido: un acceso limitado desde fuera y una homogeneidad sociocultural dentro. El atributo de ciudadanía, por consiguiente, no sólo otorga seguridad legal y la titularidad y garantía de derechos civiles, políticos y sociales, sino que significa también que el reconocimiento como miembro igual, de pleno derecho, de una sociedad y de una comunidad nacional. La persona a la que se le atribuye ciudadanía es un integrado y no un excluido.

De ahí la necesidad de encontrar otras formas de ciudadanía. Alternativas como, por ejemplo, la *ciudadanía multicultural*, entendida como medio de justificar y promover los derechos de las minorías territoriales, culturales y étnicas, así como de justificar la garantía de sus derechos de grupo además de proteger sus derechos individuales (Kymlicka, 1995). Se han propuesto otros conceptos como *ciudadanía transnacional* (Bauböck, 1994) y *ciudadanía posnacional* (Soysal, 1994) con el fin de reflexionar y defender desarrollos en un mundo de migraciones internacionales y otras formas de globalización. Y obviamente, el de *ciudadanía cosmopolita* que, sin perjuicio de otras formulaciones (así, Heater, 2002) está en el núcleo de *PI*.

#### 4. EL CAMPO DE JUEGO DE LA CIUDADANÍA

Pero hoy es posible constatar que, en lugar de avanzar en esa revisión, nuestras democracias se limitan a privilegiar la dimensión jurídico-abstracta de la ciudadanía, su función estática y adscriptiva, que no puede no subrayar la barrera entre los que son sujetos plenos *qua* ciudadanos (*qua* nacionales), haciendo así visible como señala Ferrajoli en el núcleo de su tesis, la condición creciente de *privilegio* que adquiere la ciudadanía en el contexto de este mundo globalizado. Haciendo visible, además, el contraste con otra dimensión, la política,

dinámica, activa, que remite a un proceso, a una *praxis* orientada a definir y regular la convivencia colectiva a través del ejercicio de los derechos que le son propios, los derechos políticos y muy concretamente los de participación y comunicación. En suma, despolitizando la ciudadanía, privándola de su capacidad política radical. Entiéndase: cuando hablo de despolitización de la ciudadanía no me refiero a que no se utilice en el juego político. Al contrario. Hoy asistimos a su constante invocación como herramienta en la contienda partidista, como cabe comprobar con el discurso de preferencia nacional que los partidos ofrecen a los ciudadanos para asegurarles su preocupación por ellos, para defender sus intereses y su estatus amenazado por los de fuera, pero también en el discurso pretendidamente progresista de quienes hablan ahora de conciudadanos para referirse a los otros (a los inmigrantes) y proponen extenderles una ciudadanía que se revela vacía, porque se le priva de su contenido genuino, el de la capacidad de agencia, es decir, de decisión política. No. Creo que el problema es la desactivación de la ciudadanía como arma de emancipación para los de dentro os que son ciudadanos *qua* nacionales pero están reducidos a su dimensión de consumidores abstractos, haciendo omisión de la condición concreta que les *desciudadaniza*: género, edad, clase– y *a fortiori* para los de fuera, para los que pugnan por entrar en el campo de juego.

Esto es lo que trato de recordar: el debate sobre la ciudadanía no puede reducirse a una cuestión teórica, a un concepto que juega fuera del ámbito de las tensiones sociales y las relaciones de poder. Hoy necesitamos un nuevo modelo de ciudadanía que vuelva a la raíz, como movimiento por la inclusión, que se ejerce dentro y fuera de las fronteras, exigiendo una extensión interna y otra externa, la más novedosa y polémica. En el caso de la extensión *externa* de la ciudadanía, la más controvertida, pues supone difuminar los límites antaño precisos que distinguían al ciudadano (que lo es *qua* nacional) del extranjero (el no ciudadano *qua* no nacional), el movimiento de reinterpretación y ampliación de la ciudadanía trata de reivindicar la inclusión de todos aquellos que, pese a habitar incluso establemente– en el territorio de soberanía nacional de un Estado son considerados habitantes *extramuros* (inmigrantes, asilantes) y por ello ajenos a la condición de ciudadanos. Los factores que influyen en ese proceso son todos aquellos que afectan a la especificidad de sus intereses materiales e ideales (condiciones de admisión en el país, institucionalización de los derechos sociales para los no nacionales, acceso a la naturalización y al derecho de voto, reconocimiento de derechos culturales, medidas antidiscriminatorias y de *empowerment*) y cabe resumirlos en una vieja fórmula, la igualdad efectiva.

Como han apuntado, entre otros, Solé y Parella (2003), lo decisivo aquí es la capacidad de negociación y de explicitación de necesidades e intereses, previa al establecimiento de intereses comunes. Estas autoras defienden una noción supranacional y pluricultural de ciuda-

danía que implica explicitar las condiciones de pertenencia y los intereses objetivos de los inmigrantes, de los autóctonos y de los actuales estados-naciones. Los inmigrantes residentes en diversos países de la UE, entre ellos España, perseguirán el objetivo común de mejorar sus condiciones de vida. Desarrollarán intereses comunes por el hecho de compartir circunstancias y hechos, como su situación de precariedad y discriminación en el mercado de trabajo, la marginación social y la no participación política. Estos hechos y circunstancias marcan la interacción (relación) entre ellos y con los autóctonos. Intentar superar la situación objetiva de desventaja respecto a los autóctonos induce a los inmigrantes a desear alcanzar la condición de ciudadanos. Los autóctonos, por su parte, admitirán esta posibilidad en la medida que sus intereses económicos (substitución en el desempeño de las tareas socialmente menos valoradas aunque imprescindibles para el proceso de producción) y políticos (ampliación potencial del electorado) se cubran. En este proceso, unos y otros, inmigrantes y autóctonos, cederán parte de sus anteriores haberes o, incluso, privilegios con el fin de lograr la conjunción y convergencia de intereses, compartir una identidad y perseguir y optar por unos beneficios materiales y simbólicos, como es el bien social de la ciudadanía, una nueva ciudadanía, inclusiva de los inmigrantes.

En mi opinión, lo que resulta más urgente es la recuperación de la tercera dimensión de la ciudadanía, como estatus jurídico, y ello a su vez nos obliga a clarificar su cada vez más confusa relación con las otras dos dimensiones, la de pertenencia/identidad y la de titularidad de la acción política, de la soberanía que exige a su vez la redefinición de lo público y de las cuestiones que lo constituyen, que cada vez son más comunes, en el sentido de que superan las fronteras estatales-nacionales: bienes como la energía o el agua, retos como la lucha contra el hambre y la enfermedad, el logro de un desarrollo sostenible, la protección del patrimonio cultural. Ahí es donde se juega la recuperación o la recreación del espacio de lo político, de lo público, que exigen otros espacios infra y supraestatales y otras dimensiones de la ciudadanía adecuadas a ellos.

Por eso, creo que el ejemplo que mejor describe esa dimensión de ciudadanía activa es el debate acerca del reconocimiento de los inmigrantes como sujetos, esto es, de la inmigración como cuestión política estructural, y por ello como *frontera* –nunca mejor dicho– de nuestras democracias, una tesis que se encuentra repetida entre otros en Balibar, Sayad, Cahrens, etc. Lo es, desde luego, por lo que se refiere al ámbito clásico de las democracias, el estatal. En efecto, la inmigración es un test respecto a los dos desafíos más importantes que afronta hoy la democracia en el marco estatal. Esos son, a mi juicio, el *desafío de la democracia plural*, esto es, la conjugación de cohesión, pluralidad e inclusión; y el *desafío de la recuperación de lo público*, que es el reto de la participación, porque, como advirtiera Tocqueville, esa es la clave de la calidad democrática: si los hombres han de seguir siendo

civilizados o llegar a serlo, el arte de asociarse unos con otros debe crecer y mejorarse en la misma proporción en que se incrementa la igualdad de condiciones. Una y otra empresa nos proponen la necesidad de redefinir la democracia en términos de inclusión política de la pluralidad y en sentido activo.

Pero la inmigración constituye también el test en el ámbito más novedoso de la democracia, el propio de la sociedad internacional, en términos de lo que podemos llamar la *democracia global*, como lo pone de manifiesto crecientemente el proceso de globalización. Los movimientos migratorios están vinculados a la desigualdad planetaria, a la asimetría en la oportunidad de acceder a la libertad y las riquezas, que es el efecto llamada del que hablaba *avant la lettre* Montesquieu. Pero también lo están a las reglas que imponen una libre circulación asimétrica: total libertad de circulación –incluida la deslocalización– cuando así conviene a los intereses del centro (o del norte, si se prefiere). Y cuando esos intereses lo exigen, se cierran las barreras y se alzan las fronteras, para las mercancías y para los seres humanos. Ese doble rasero y esas causas de expulsión y de atracción es lo que algunos escritores y algunos directores de cine han sabido explicar mejor que muchos expertos. Mientras no existan reglas que universalicen las exigencias de la democracia y los derechos humanos, la negación de la visibilidad y presencia activa de los inmigrantes será el espejo del déficit democrático, de las insuficiencias de la ciudadanía.

## 5. EL CORAZÓN DE LA DISPUTA: LA *EGALIBERTAD*

La posición de Ferrajoli, insisto, a mi juicio, da de lleno en la diana en su diagnóstico al identificar la actual condición de ciudadanía como un obstáculo para la exigencia de la lógica del Estado de Derecho y de la universalidad de los derechos. Lo que sucede es que quienes subrayan el déficit de reconocimiento de pluralismo (en términos de inclusión política) en un modelo de ciudadanía abstracta –*blind-coloured*– como es el del liberalismo restringido, no siempre entienden el rigor de la exigencia de igualdad: «tengo la impresión de que la mayor parte de las críticas dirigidas estos años a la idea de igualdad por el pensamiento de la diferencia parten de una contraposición entre “igualdad” y “diferencia” que se apoya en la ambigüedad del término “igualdad”; y que, además, lo que contesta no es el *valor* de la igualdad, sino el *concepto* de “igualdad jurídica” tal y como fue construido por la tradición liberal en los orígenes del Estado moderno. Es tan cierto, que estas críticas, por lo general, no proponen el abandono o la descalificación del “principio de igualdad” y del “universalismo” de los derechos, sino una refundación y una redefinición de uno y otro que no hagan abstracción de la diferencia sexual». En el fondo, ese malentendido de uno y otro lado (los que critican el exceso del propó-

sito de ciudadanía en detrimento de la prioridad de la igualdad efectiva en derechos, con particular insistencia en los económicos, sociales y culturales y los que, por su parte, insisten en la ceguera ante el pluralismo de identidades), no debe hacernos perder de vista que el verdadero desafío proviene del fundamentalismo de mercado, de la ideología y la práctica neoliberales, que entronizan la desigualdad y el privilegio. En definitiva, la cuestión de la igualdad compleja, uno de cuyos primeros obstáculos es el lenguaje jurídico heredado, o, mejor, el uso de términos jurídicos que se crean para diferenciar primero y para justificar la discriminación y la subordinación/dominación: extranjero, inmigrante. Como ha escrito Martinello, «la clave no está en el principio de que se reconoce dicha diversidad, sino más bien en el reconocimiento concreto mediante el presupuesto público. El multiculturalismo es una cuestión de recursos públicos y redistribución, y, por lo tanto, de justicia social».

Así, la prioridad en la agenda de la discusión sobre derechos políticos y ciudadanía se enfrenta a los argumentos de la desagregación de la ciudadanía como consecuencia de la globalización, tal y como nos propone el análisis del fenómeno de la transnacionalización, y de la irrelevancia de la ciudadanía del debate de la inmigración (Mezadra) como crítica a la ideología cómodamente progresista que ve en la dimensión política de la ciudadanía la solución áurea para la gestión democrática de la inmigración. La crítica señala, con razón, que sólo se habla de integración (cultural y política) pero no social y económica, olvidando que no es casual que se comience a diseñar políticas de inmigración precisamente en el contexto de la desaparición del Estado del bienestar, uno de cuyos resultados es la desagregación social y la precarización, la vulnerabilidad de los trabajadores. Como señalan Bauman, Marini, Castel, Gil, hay una analogía en la nueva construcción social y política de la cuestión de la pobreza y de la inmigración (ambas en el contexto del desmoronamiento de la sociedad salarial) como cuestiones a criminalizar, que se sitúan ahora preferencialmente en el ámbito del control, del orden y de la intervención de orden público, incluso penal.

En todo caso, me parece obvio el papel crucial como test que desempeñan los derechos sociales: en primer lugar, porque resulta insostenible la distinción liberal entre derechos de verdad y aspiraciones o directrices políticas para caracterizar la diferencia entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales. Es ocioso insistir en la continuidad axiológica y la indivisibilidad estructural de los derechos, pero es que, además, la jurisprudencia y la doctrina han ido mostrando la posibilidad de otorgar mecanismos de protección equivalentes, también en materia de exigibilidad judicial (Abramovich, Curtis).

Y es que resulta evidente, a propósito de la inmigración y como han señalado por ejemplo Añón o Pisarello, la confluencia de dos fenómenos que son particularmente interesantes a nuestro propósito,

la extranjerización de la fuerza de trabajo y el de la política precisamente «ciudadanista» en el sentido más clásico, el de la preferencia nacional, que se sirve de un trabajo degradado de la población extranjera y pobre y condena a los no-ciudadanos, sobre todo a aquellos que se encuentran en situación de irregularidad, a un apartheid jurídico, político y social (Pisarello, 2007: 41). Todo ello en el contexto de una reformulación de la cuestión social, el escenario de la política de redistribución de recursos que exige la degradación de los derechos sociales, una caída a la baja que admite escalas que terminan siempre en los inmigrantes como colectivo más vulnerable. Ahí es donde actúa el mensaje jurídico de la política de extranjerización que adquiere cada vez más una fuerte dimensión etnocultural que justifica a su vez la exclusión del reconocimiento y que, *quod erat demonstrandum*, afecta sobre todo a los que no pueden ser ciudadanos o, en todo caso, denizens, o ciudadanos de frontera (los dotados de una presencia ausente). No le falta razón a Mezzadra cuando señala que los inmigrantes son ciudadanos de la frontera, con una esquizofrenia, una doble conciencia: la de vivir en un doble espacio cultural y político que les hace irrelevante la naturalización, aunque no la legalización. Es la esquizofrenia (Ph. Cole) entre la lógica liberal para sus ciudadanos y la lógica colonial para los no-ciudadanos que están dentro. La crisis de las *banlieues*, la aparición del fenómeno de desagregación en el modelo multicultural del UK son índices de este fenómeno. El déficit de las 3 R, *reconocimiento, respeto y representación*, que evidencia que –como se descubre en el acto fallido del lenguaje de las 3 generaciones de inmigrantes– la ciudadanía republicana es una burbuja.

Pero precisamente todo esto subraya la fuerza de interpelación política que entraña el fenómeno migratorio, en los términos de Sayad/Bourdieu, en los de Favell: la presencia del inmigrante cuestiona profundamente el fundamento de la unidad nacional (del Estado nacional o de los procesos de formación de estados nacionales, una tendencia hoy muy relevante en Europa y en España) y a la vez, el fundamento del vínculo social en un contexto de desagregación y fragmentación del mismo, de debilitamiento del estatuto del trabajador, de vulnerabilidad/debilidad de todas las formas de agregación, pertenencia y vinculación. Dicho de otra forma, el no lugar la presencia ausente– de los derechos políticos y de la ciudadanía en las políticas de inmigración son la muestra de la voluntad de taxonomía y segmentación social: el rol del inmigrante, su función a partir de la tipología jurídica que se establece (en el eje legal/ilegal, ciudadano/extranjero, asimilable/incompatible), que se basa en el eje útil y poco costoso. Por mi parte, me parece evidente que la imposibilidad del acceso de los inmigrantes a alguno de los elementos distintivos de la ciudadanía y, a fortiori, a la ciudadanía misma, es un dogma que envenena la posibilidad misma de transformarnos en democracias inclusivas y plurales.

Creo que estamos asistiendo en cierto modo a un *déjà vu*: el de la tensión, costosamente construida y hoy en entredicho, entre ciudada-

no y trabajador, en su dimensión social (ciudadanía social) y también en la política. Y por eso no estoy de acuerdo con quienes critican un exceso de atención a la *dimensión política* de la ciudadanía, porque creo que lo hacen desde una perspectiva reductiva de la ciudadanía: la clásica. La que entiende ante todo la ciudadanía como el vínculo entre el individuo y la nación-Estado. Es cierto que esa es la forma reductiva de entender el vínculo político el contrato de ciudadanía en el marco del Estado-nación y del nacionalismo como ideología política. Por supuesto que hay una relación entre lo que Rose denomina muerte de lo social (o metamorfosis de lo social), la vuelta a la comunidad y las políticas de integración como estrategia tramposa. Pero la dimensión política de la ciudadanía y de los derechos es algo más.

Esto se hace evidente en muchos ámbitos, pero particularmente agudo hoy a propósito de los retos que plantea la gestión de la inmigración. Ciertamente la presencia del inmigrante cuestiona el fundamento de la unidad nacional y del vínculo social en un contexto de desagregación y fragmentación de todas las formas de agregación, pertenencia y vinculación. Por eso, seguir insistiendo en el imposible acceso de las personas inmigrantes a alguno de los elementos distintivos de la ciudadanía, condiciona la posibilidad misma de transformarnos en democracias inclusivas y plurales.

Plantear el objetivo de la plena ciudadanía, más allá de las miopes miradas que la circunscriben a una estricta idea de pertenencia e identidad, sigue siendo necesario en la medida en que son inseparables las tres dimensiones que dicha categoría aglutina: ser titular de la soberanía es el resultado de la pertenencia al cuerpo social y al contrato político que permite el reconocimiento de la titularidad en derechos. La plena ciudadanía ha de incluir la total igualdad en derechos políticos, sin renunciar a la misma en el ámbito de los derechos sociales y civiles.

En esta línea, los derechos políticos han de ser concebidos desde una noción amplia que aglutina derechos de participación, de intervención en la vida pública. Dentro de los mismos se ubican, entre otros, los derechos políticos en sentido estricto (principalmente el sufragio activo y pasivo); los derechos relativos a la libre expresión e información, las medidas promocionales orientadas a facilitar el acceso de las personas inmigrantes a los medios de comunicación y la creación de plataformas propias de expresión; y las facultades de intervención en órganos, foros, consejos consultivos u otros dispositivos de participación y consulta. La clave está en aceptar que la igualdad no es una concesión, sino un proceso de conquista que siempre supone conflicto social y político. Así no podrá hablarse de igualdad mientras no haya reconocimiento de la plena condición de sujeto del espacio público que al inmigrante le corresponde.

Para conseguir este objetivo de ciudadanía inclusiva, el camino de la ciudadanía cívica no parece el más adecuado, puesto que retarda el reconocimiento de la plena igualdad en los derechos políticos y pone



en evidencia que la primera es retórica si no se acompaña de la segunda. No hay igualdad si nos limitamos a la lucha contra la discriminación, sin incidir en la integración política, que no es más que reconocimiento como sujetos, respeto y participación. Ciudadanía es igualdad, pero no sólo igualdad jurídica (isonomía), ni igualdad de palabra (isegoría), sino también isocracia. Por eso me parece que la condición de la ciudadanía inclusiva es la egalibertad, y su test el reconocimiento y garantía efectivos de los derechos sociales a todos los que residen en el mismo espacio de soberanía. Sólo en esas condiciones es posible que la atribución extensiva del estatuto pleno de ciudadanía tenga garantías y sea algo más que un desiderátum.

## 6. ANEXO: PISTAS PARA DESARROLLAR EL DEBATE

1) Territorializar y desterritorializar la ciudadanía: La desvinculación entre ciudadanía y nacionalidad reterritorializa la ciudadanía, pero en otro ámbito.

2) La clave, la noción de residencia o vecindad, que puede propiciar una ciudadanía plural (múltiple, bi/multilateral), progresiva o gradual, y al mismo tiempo inclusiva, conforme al principio de *egalibertad* formulado por Balibar.

3) El énfasis debería situarse en los mecanismos de participación y en el ámbito territorial infraestatal (municipal y regional) y supraestatal (transnacional). Hacer de las «dos presencias» y «pertenencias» un activo, y no un obstáculo. Eso supone ampliar la noción de derechos políticos.

4) Utilizar como test la igualdad, entendida como igualdad compleja, y centrada en la igualdad en la titularidad y garantía de los derechos económicos, sociales y también culturales.

5) La desvinculación o superación del viejo nexo entre ciudadanía y derechos debiera realizarse en la línea propuesta por Ferrajoli: desvincular los derechos de la ciudadanía significa reconocer el carácter supraestatal –en los dos sentidos de su doble garantía constitucional e internacional– y, por tanto, tutelarlos no sólo dentro sino también fuera y frente a los Estados, poniendo fin a ese gran apartheid que excluye de su disfrute a la gran mayoría del género humano contradiciendo su proclamado universalismo.

6) De ahí el acierto de Ferrajoli al señalar que se trata, en concreto, transformar en derechos de la persona los dos únicos derechos que (junto a la ciudadanía) han quedado hasta hoy reservados a los ciudadanos: el *derecho de residencia* y el *derecho de circulación* en nuestros privilegiados países.

7) Es bien cierto que el problema de la pobreza en los países subdesarrollados del Sur del planeta no se resuelve abriendo las fronteras, sino dando soluciones en aquellos mismos países a los problemas de

su desarrollo. Pero es igualmente cierto que Occidente nunca afrontará seriamente estos problemas si no llega a sentirlos como propios.

8) Las propuestas han de tener en cuenta las respuestas impulsadas por el miedo (las políticas de cierre, de incompatibilidad asociada a la diferencia y que justifican la desigualdad y la dominación como políticas realistas de ciudadanía) pero eso no debe orientar el debate exclusivamente al terreno del reconocimiento de identidades.

9) El miedo es también y, sobre todo, miedo a la pérdida de nuestro bienestar, de nuestro trabajo, del standard de *welfare*, y eso impulsa las políticas restrictivas de ciudadanía que tratan a los otros sólo como trabajadores, no como ciudadanos.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAMOVICH, V., COURTIS, CH. (2006), *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- AÑÓN, M. J. (2000), *El test de la inclusión: los derechos sociales*, in Antón, A. (coord.), *Trabajo, derechos sociales y globalización: algunos retos para el siglo XXI*, Madrid, Talasa, 148-191.
- BALIBAR, É. (1989), «La proposition de l'égaliberté», *Les Conférences du Perroquet*, núm. 22.
- (1992), *Les frontières de la Démocratie*, Paris, Le Decouverte.
- (2002), *Politics and the Other Scene*, Londres, Verso.
- (2010), *La proposition de l'égaliberté: essais politiques 1989-2009*, Paris, Presses Universitaires de France.
- BARBALET, J. (1988), *Citizenship: Rights, Struggle and Class Inequality*, London, Open University Press.
- BARRÈRE, M. (1997), *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, Civitas.
- BARRÈRE, M.A. y MORONDO, D. (2011), *Subordinación y discriminación interseccional. Elementos para una teoría de derecho antidiscriminatorio*, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45, 15-42.
- BAUBÖCK, R. (1994), «Changin the boundaries of citizenship. The Inclusion of Immigrants in Democratic Polities» en *From Aliens to Citizens: Redefining the Status of Migrants in Europe*, Aldershot, Avebury Press.
- (1995), *Transnational Citizenship, Membership and Rights in International Migration*, Northampton, Edward Elgar Pub.
- (2010), «Cold constellations and hot identities: Political theory questions about transnationalism and diaspora», en Bauböck and Faist (eds), *Diaspora and Transnationalism: Concepts, Theories and Methods*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2010.
- BAUMANN, Z. (2001), *La sociedad individualizada*, Madrid, Cátedra.
- BECK, U. (2002), *Individualization*, London, Sage.
- BENHABIB, S. (2004), *The Right of Others. Aliens, Residents, Citizens*, Connecticut, Yale U. Press.
- BOVERO, M. (2003), *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, Madrid, Trotta.

- BROWN, W. (2003), *Neo-liberalism and the End of Liberal Democracy*, «Theory & Event», 7, 1.
- (2006), *Regulating Aversion: Tolerance in the Age of Identity and Empire*, Princeton, Princeton University Press.
- (2010), *Walled States, Waning Sovereignty*, New York, Zone Books.
- CASSIRER, E. (1942), «The Influence of Language upon the Development of Scientific Thought», *Journal of Philosophy*, 39/12, 309-327.
- CASTEL, R. (2010) *El ascenso de las incertidumbres. Trabajo, protecciones y estatuto del individuo*, Buenos Aires, Fondo de cultura Económica, traducción V. Goldstein.
- COLE, PH. (2000), *Philosophies of Exclusion. Liberal Political Theory and Immigration*, Edinburgh, Edinburgh University Press.
- DE LUCAS, J. (2003), *Globalización e identidades. Claves políticas y jurídicas*, Barcelona, Icaria.
- (2006), *La integración de los inmigrantes: la integración política condición del modelo de integración*, in De Lucas, J., Díez, L. *La integración de los inmigrantes*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 11-44.
- (2012), *Inmigración e integración: dos desafíos para Europa en el siglo xx. Sobre los fundamentos de la igualdad y del reconocimiento (Un análisis crítico de las condiciones de las políticas europeas de integración ante la inmigración)*, Eurobask, Bilbao.
- DE SOUSA SANTOS, B. (2009), *Pensar el Estado y la sociedad: desafíos actuales*, Buenos Aires, CLACSO-Waldhuter Editores.
- (2010a), *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, Montevideo, Ediciones Trilce.
- (2010b), *Para descolonizar el Occidente. Más allá del pensamiento abismal*, Buenos Aires, CLACSO.
- FERRAJOLI, L. (2003), *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta. Prólogo P. Andrés Ibáñez, trad. A. Greppi.
- (2011), *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, vol. II, *Teoría de la democracia*, Madrid, Trotta. Traducción A. Ruiz Miguel y P. Andrés Ibáñez.
- HABERMAS, J. (2010), *La idea de la dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*, «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», 44, 105-122.
- HAMMAR, TH. (1990), *Democracy and the Nation-State: Aliens, Denizens and Citizens in a World of International Migration*, London. Avebury.
- HELD, D. (1995), *Democracy and the New International Order*, en Held, D., Archibugi, D., *Cosmopolitan Democracy: An Agenda for a New World Order*, Londres, J. Wiley and Sons.
- (2002), «Cosmopolitanism. Ideas, Realities and Deficits», en Held, D., McGrew, A. (eds.), *Governing Globalization. Power, Authority and Global Governance*, Cambridge, Polity.
- HELD, D., MCGREW, A. (2003), *Globalización/Antiglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial (2002)*, Barcelona, Paidós.
- HONNETH, A. (1997), *La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos sociales*, Barcelona, Crítica.
- (2010), *Reconocimiento y menosprecio. Sobre la fundamentación normativa de una teoría social (2009)*, Buenos Aires, Katz/CCCB.
- (2011), *Das Recht der Freiheit-Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit*, Frankfurt, Suhrkamp.

- JUTEAU, D. (dir.) (2003). *La différenciation sociale: modèles et processus*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal.
- KYMLICKA, W., NORMAN, W. (1994), *Return of the Citizen: A Survey of Recent Work on Citizenship Theory*, «Ethics», 104, 257-289.
- LOCHACK, D. (1985), *Etranger: de quel droit?*, Paris, PUF.
- (2007), *Face aux migrants, Etat de Droit ou état de siège (conversation avec Bertrand Richard)*, Paris, Textuel.
- MARSHALL, T.H. (1998), *Ciudadanía y Clase social (1950)*, Madrid, Alianza.
- MARTINIELLO, M. (1994), *Citizenship of the European Union. A Critical view in Bauböck From Aliens to Citizens: Redefining the Status of Migrants in Europe*, Aldershot, Avebury Press, 29-47.
- (2007), *Integración y diversidad en una Europa multicultural*, «Vanguardia Dossier», 22, enero-marzo, 78-83.
- MEZZADRA, S. (2005), *Derecho de fuga. Migraciones, ciudadanía y globalización*, Madrid, Traficantes de sueños.
- PISARELLO, G. (2007), *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta.
- RANCIÈRE, J. (2005), *La haine de la Démocratie*, Paris, La Fabroque Editions.
- (2007), *El maestro ignorante. Cinco lecciones para la emancipación intelectual*, Buenos Aires, Libros del Zorzal.
- (2011), *Momentos políticos (2005)*, Madrid, Clave Intelectual.
- RICOEUR, P. (1999), *Lo Justo*, Madrid, Caparrós.
- RIOT-SARCEY, M., MOATTI, C. (2009), *La République dans tous ses états*, Montréal, Payot.
- RUBIO, A. (2002), *Art.14. Igualdad y no discriminación*, in *Comentarios a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares.
- SASSEN, S. (2003), *Contra geografías de la globalización. Género y ciudadanía en los circuitos transfronterizos*, Madrid, Editorial Traficantes de Sueños.
- SAYAD, A. (1991), *L'inmigration ou les paradoxes de l'alterité*, Bruxelles, De Boeck-Weshael. Reimpreso en 2006 en dos volúmenes: *L'inmigration ou les paradoxes de l'alterité. 1. L'illusion du provisoire. 2. Les enfants illégitimes*, Paris, Editions Raisons d'Agir.
- SOLANES, A. (2009), *La apertura selectiva: nacionalidad y mercado frente a la movilidad humana*, in De Lucas, J., Solanes, A. (eds). *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, Madrid, Dykinson, 67-95.
- SOLÉ, C. (2011), *Inmigración, Mercado de Trabajo y Género*, Centra, Documento de Trabajo S2003/1. <http://cdd.emakumeak.org/recursos/1345>.
- SOLÉ, C., PARELLA, S., CAVALCANTI, L. (eds.) (2010), *Nuevos retos del transnacionalismo en el estudio de las migraciones*, «Papers. Revista de Sociología», 95, 231-236.
- SOYSAL, Y., BAUBÖCK, R., BOSNIAK, L. (2010), *Ciudadanía sin nación*, Bogotá, Siglo del Hombre.

Fecha de recepción: 30/06/2012. Fecha de aceptación: 8/11/2012.

## ¿Para qué sirve la teoría?

Por MARINA GASCÓN ABELLÁN  
Universidad de Castilla-La Mancha

### RESUMEN

*Este trabajo se ocupa de responder a la pregunta ¿para qué sirve la grandiosa construcción teórica de Principia Iuris?, ¿cuáles son sus fines? Se expone así cómo esta teoría, que atendiendo a su dimensión semántica puede ser caracterizada como elástica, formal y constructiva, sirve a un fin teórico ambicioso: la minuciosa reconstrucción del paradigma del estado constitucional de derecho en todas sus dimensiones. Pero en segundo lugar, y atendiendo a su dimensión pragmática y normativa que se proyecta sobre el derecho, está movida también (y de manera prioritaria) por un importantísimo fin ético-político: hacer bien visibles los aspectos de ilegitimidad de las actuales democracias constitucionales y facilitar así su crítica y superación. Incluso la axiomatización, que es el rasgo más novedoso e inédito de la teoría, está al servicio de ese fin. La teoría, en pocas palabras, su construcción hiperracional, se vincula a un programa más amplio de lucha por la justicia que descansa en la filosofía política del garantismo. Aquí reside su singularidad y su enorme valor. Es ese fuerte compromiso filosófico político lo que aproxima la teoría al positivismo pero, al mismo tiempo, la separa del mismo.*

Palabras clave: *Teoría del Derecho, Constitucionalismo, Hiperracionalismo, Garantismo, lucha por la justicia.*

## ABSTRACT

*This paper addresses the question of what the purposes of the impressive theoretical construction of Principia Iuris are. Firstly, it is stated that this theory (when considered under its semantic aspect) serves an ambitious theoretical purpose: the reconstruction of the constitutional rule of law paradigm in all its dimensions. Secondly, and most importantly, the theory (when considered under its pragmatic aspect) is also driven by a very important ethical and political purpose: making the illegitimate aspects of the current constitutional democracies highly conspicuous, thus making them easier to criticize and overcome. Even the axiomatization, which is the most novel and unprecedented feature of the theory, allows to that purpose. Briefly, the hyper-rational construction of the theory linked to a wider program of struggle for justice which relies on the political philosophy of garantism. Herein lies its uniqueness and enormous value. Moreover, it is such strong philosophical-political commitment that approximates the theory to positivism but at the same time separates it therefrom.*

Key words: *Theory of Law, Constitutionalism, Hyper-rationalism, garantism, struggle for justice.*

**SUMARIO:** 1. *PRINCIPIA IURIS: CARACTERIZACIÓN DE LA TEORÍA.* 1.1 *La semántica de la teoría.* 1.1.1 La extensión de la teoría: su elasticidad. 1.1.2 La intensión de la teoría: su carácter integrativo. 1.1.3 La distinción de la teoría frente a la dogmática, la sociología jurídica y la filosofía de la justicia: su carácter formal y constructivo. 1.2 *La pragmática de la teoría: su papel normativo y no meramente descriptivo. El rol crítico y proyectivo de la teoría.* 1.3 *La sintáctica de la teoría: su axiomatización.*-2. ¿PARA QUÉ SIRVE LA TEORÍA?

Si *Derecho y Razón* representa una defensa del paradigma teórico del constitucionalismo como la expresión más completa y acabada del proyecto garantista, *Principia Iuris* constituye ahora la grandiosa construcción teórica de ese paradigma. De lo que me voy a ocupar aquí es de responder a la pregunta ¿para qué sirve esta teoría?, ¿cuáles son sus fines? Para responder articuladamente a esta pregunta me serviré de la caracterización de la teoría que hace el propio Ferrajoli desde las perspectivas metateóricas semántica, pragmática y sintáctica. Intentaré exponer a partir de ahí cómo esta teoría, que atendiendo a su dimensión *semántica* puede ser caracterizada como universal y elástica, integrativa, formal y constructiva, sirve a un *fin teórico* ambicioso: la minuciosa reconstrucción del derecho del paradigma constitucional en todas sus dimensiones. Pero en segundo lugar, y atendiendo a su importante dimensión pragmática y normativa que se proyecta

sobre el derecho, sirve sobre todo a un importantísimo *fin crítico y proyectivo* de carácter ético-político: crítica de las divergencias entre el ser y deber ser del derecho y promoción de su superación. La teoría, en pocas palabras, se presenta vinculada a un programa más amplio de lucha por la justicia que descansa en la filosofía política del garantismo. La axiomatización de la teoría, por último, se vincula también a este fin, en la medida en que sirve (o esta es su pretensión) para hacer más claras las divergencias y facilitar los controles.

## 1. PRINCIPIA IURIS: CARACTERIZACIÓN DE LA TEORÍA

La teoría del derecho que Luigi Ferrajoli nos presenta en *Principia Iuris* puede ser caracterizada –como hace el autor en el Prefacio– por tres rasgos: por el *objeto* sobre el que versa (o sea, por su dimensión *semántica*); por su *finalidad u objetivo* (o sea, por su dimensión *pragmática*); y por el *método* que utiliza para su construcción (esto es, por su dimensión *sintáctica*). Muy resumidamente, puede caracterizarse por el modo en que responde a estas tres preguntas: ¿de qué habla la teoría?; ¿a qué fin sirve la teoría o cómo se justifica?; y ¿cómo se construye? La configuración de la teoría del derecho que deriva de estas tres posiciones metateóricas muestra cuáles son sus fines, o si se quiere, qué es lo que le confiere sentido y la justifica.

### 1.1 La semántica de la teoría

Si se atiende al *objeto* de la teoría, es decir, a aquello de lo que la teoría habla, ésta puede ser caracterizada, en primer lugar, como *amplia* y *elástica*, atendiendo a su extensión, y como integrativa, atendiendo a su intensión. Pero también puede ser caracterizada, en segundo lugar, y como una teoría *formal* y *constructiva*.

#### 1.1.1 LA EXTENSIÓN DE LA TEORÍA: SU ELASTICIDAD

El anhelo de toda teoría jurídica mínimamente ambiciosa –y la de Ferrajoli sin duda lo es– es poder dar cuenta no de uno sino de muchos (o de todos los) sistemas jurídicos, y ello, naturalmente, sin restarle capacidad explicativa de los fenómenos más característicos y complejos de los sistemas jurídicos más evolucionados. Es evidente, sin embargo, que la aspiración teórica a la máxima extensión plantea un problema: una teoría cuyos conceptos estén dotados de una gran extensión será aplicable a un mayor número de sistemas jurídicos pero su capacidad explicativa de los sistemas jurídicos más complejos será menor; y a la inversa, una teoría cuyos conceptos sean complejos y/o estén dotados de una gran intensión tendrá una gran capacidad explicativa de los sistemas jurídicos muy evolucionados, pero será aplica-

ble a menos sistemas jurídicos. Para superar este escollo Ferrajoli proporciona una solución talentosa: opta por una teoría que comienza introduciendo conceptos elementales, dotados de poca intensidad (como permiso, obligación, prohibición, norma jurídica, etc.) y que permitirían reconstruir los sistemas jurídicos primitivos e incluso sistemas normativos no jurídicos; y continúa introduciendo conceptos complejos, dotados cada vez de mayor intensidad (como derechos fundamentales, acto constituyente, constitución, separación de poderes, garantías, etc.), que permitirían reconstruir, sucesivamente, los sistemas jurídicos positivos y los sistemas jurídicos del estado legal de derecho y del estado constitucional de derecho<sup>1</sup>. Por eso no tiene demasiado sentido hablar del alcance empírico *global* de esta teoría del derecho sino que habría que hablar más bien del alcance más o menos *amplio* de sus particulares conceptos, tesis y subteorías<sup>2</sup>. Y por eso la teoría del derecho de *Principia Iuris* puede calificarse, a mi juicio, no sólo como amplia sino también y sobre todo como *elástica*, pues permite reconstruir e interpretar, a medida de las necesidades, sistemas jurídicos en distinto grado de evolución y complejidad, desde los más primitivos hasta el Estado constitucional de derecho, que es la manifestación más compleja y evolucionada del derecho y desde luego el objeto preferente de la teoría.

### 1.1.2 LA INTENSIÓN DE LA TEORÍA: SU CARÁCTER *INTEGRATIVO*

Por otro lado, desde el punto de vista de la intensidad de la teoría se plantea la cuestión (metateórica) de si el objeto de la misma es la dimensión normativa del derecho o su dimensión fáctica. Ferrajoli resuelve esta cuestión imponiendo la «integración» de las dos dimensiones del derecho mencionadas: si la teoría ha de ser apta para reconstruir también (y sobre todo) el estado de derecho constitucional, entonces es necesario que dé cuenta de la eventual e inevitable divergencia entre el ser y el deber ser *en el* derecho que constituye la

---

<sup>1</sup> *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (2007), trad. esp. de Perfecto Andrés, Juan Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Trotta, 2011, vol. I, *Teoría del derecho*, pp. 6 y 18-19. La teoría del derecho elaborada aquí –precisa FERRAJOLI– «pretende ser una teoría del derecho positivo moderno y, al mismo tiempo, de las formas jurídicas de la democracia. Su tercera parte está dedicada al “estado de derecho” (...) Su cuarta parte se dedica finalmente a la explicación de las complejas formas y garantías de la “democracia constitucional” (...) La primera parte de la teoría, dedicada a la deontica, y una parte de la segunda tienen no obstante un alcance empírico bastante más extenso, pudiendo valer también para sistemas jurídicos premodernos y hasta para sistemas normativos de carácter no jurídico» (pp. 6-7).

<sup>2</sup> «Una teoría del permiso y de la obligación, por ejemplo, pudiendo valer para todos los ordenamientos jurídicos posibles, tiene un alcance empírico más amplio que una teoría de los derechos subjetivos, que histórica y espacialmente resulta bastante más circunscrita; y ésta, a su vez, tendrá un alcance más extenso que una teoría de los derechos fundamentales o sólo de los derechos sociales» (*Principia Iuris*, I, p. 6).



columna de ese paradigma, y por consiguiente es necesario que dé cuenta tanto de la dimensión normativa del derecho como de su dimensión fáctica. Si puede decirse así, la teoría es *integrativa* de las dos dimensiones. La divergencia entre el «ser» y el «deber ser», que la teoría del garantismo (o del estado constitucional) había llevado hasta la esfera misma del derecho<sup>3</sup>, es llevada ahora también a la teoría del derecho, superándose de este modo la aproximación al derecho puramente normativista y la puramente realista.

En los sistemas complejos que la teoría debe poder explicar, como son los estados constitucionales de derecho, no basta con una aproximación al derecho puramente normativista o puramente realista, porque ambas aproximaciones ofrecen una representación del derecho que resulta parcial y en esta medida falaz. La aproximación normativista es parcial o incompleta porque da cuenta del derecho que (normativamente) «debe ser» pero ignora el derecho que es; o sea, su práctica efectiva. Ignora por tanto las posibles lagunas jurídicas que expresan los márgenes de inefectividad de las normas de nivel superior. La aproximación realista, por su parte, es también parcial o incompleta porque da cuenta del derecho que (efectivamente) «es» pero ignora el derecho que debe ser. Ignora por tanto las posibles antinomias jurídicas que expresan los márgenes de ilegitimidad de las normas de nivel inferior. En otras palabras, en el estado constitucional de derecho siempre subsiste una virtual divergencia entre el «deber ser» constitucional del derecho y su «ser» legislativo, y la teoría del derecho debe estar en condiciones de dar cuenta de las antinomias y de las lagunas expresadas por esa virtual divergencia.

En el planteamiento de la metateoría semántica del derecho de *Principia Iuris*, la divergencia entre el ser y el deber ser *en el* derecho ha de ser, pues, explicitada y tematizada por la teoría del derecho. Es más, esta divergencia es el «objeto privilegiado de la teoría»<sup>4</sup>. Por eso la teoría del derecho integra estas aproximaciones sólo parciales al derecho (la normativista y la realista) y para ello introduce, junto a la distinción entre los conceptos de vigencia o existencia y efectividad (*del* derecho), también la distinción entre los conceptos de vigencia y validez (*en el* derecho).

La distinción entre *vigencia* y *efectividad* es la que media entre derecho y realidad, entre normas y hechos, entre el deber ser jurídico o *de* derecho y el ser no jurídico o de hecho. Se manifiesta en la inefectividad del derecho y traduce, por consiguiente, la diferencia entre la perspectiva normativista y la realista. Por su parte, la distinción entre *vigencia* y *validez* es la que media entre el «ser» y el «deber ser» de las normas *en el* derecho, y se vincula al constitucionalismo por cuan-

---

<sup>3</sup> Me refiero a la teoría del garantismo desarrollada por L. FERRAJOLI en *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, trad. cast. de P. Andrés, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel, J. Terradillos, Madrid, Trotta, 1995.

<sup>4</sup> *Principia Iuris*, I, p. 14.

to sistema que incluye límites y vínculos (formales y sustanciales) a la producción legislativa. Se manifiesta en la invalidez del derecho, o sea en la inefectividad de las normas que imponen tales límites. Por eso la validez (o invalidez) de las normas de nivel inferior equivale a la efectividad (o inefectividad) de las normas de nivel superior, y por lo tanto a la conformidad (o disconformidad) –en cuanto a la forma– o a la coherencia (o incoherencia) –en cuanto al significado– de las primeras respecto a las segundas.

Resulta claro, pues, que una teoría del derecho construida conforme a estas categorías (vigencia o existencia, validez y efectividad) es al mismo tiempo normativista y realista, pues está en condiciones de explicar la doble naturaleza, normativa y fáctica, de los fenómenos jurídicos. Se supera así la tradicional identificación kelseniana y hartiana entre validez y existencia jurídica de las normas, que se muestra incapaz de dar cuenta del fenómeno de la *existencia* de normas *inválidas*. En el caso de Kelsen porque las normas se asumen como válidas (mientras no sean declaradas inválidas por un procedimiento de anulación) sólo porque son existentes. En el caso de Hart porque, al identificar igualmente la validez de las normas con su existencia y hacerla depender del respeto por los límites a la competencia normativa, las normas se asumen como inexistentes sólo porque son inválidas. En ambos casos se descuida la doble vinculación, formal pero también sustancial, de los poderes normativos en el estado constitucional de derecho, y en consecuencia se impiden la comprensión y la crítica de ese fenómeno central en este modelo de estado que es el derecho inválido o ilegítimo<sup>5</sup>. La distinción entre existencia o vigencia y validez permite tal comprensión y tal crítica, y ofrece así una imagen más completa y compleja del fenómeno jurídico.

### 1.1.3 LA DISTINCIÓN DE LA TEORÍA FRENTE A LA DOGMÁTICA, LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA Y LA FILOSOFÍA DE LA JUSTICIA: SU CARÁCTER *FORMAL* Y *CONSTRUCTIVO*

Es evidente que la duplicidad de puntos de vista que asume la teoría del derecho (el normativista y el realista) constituye su rasgo específico frente a la dogmática jurídica y a la sociología del derecho<sup>6</sup>, la primera de las cuales sólo adopta la perspectiva normativista que asume como referente empírico las normas mientras que la segunda sólo adopta la perspectiva realista que asume como referente empírico los hechos. Pero existe otra diferencia esencial entre el discurso de la teoría del derecho y los discursos de la dogmática y la sociología jurídicas; una diferencia que se da también frente al discurso de la filosofía política y que puede resumirse así: mientras que la teoría del dere-

<sup>5</sup> *Principia Iuris*, I, pp. 498-499.

<sup>6</sup> *Principia Iuris*, I, p. 11.

cho tiene carácter puramente *formal* los otros tres discursos tienen carácter *crítico*.

Aunque todos estos discursos comparten un mismo objeto (el derecho) y gran parte del aparato conceptual teórico, hay en efecto una diferencia entre la teoría del derecho, por un lado, y la dogmática jurídica, la sociología del derecho y la filosofía política, por otro. Estas tres últimas son discursos que desempeñan un papel *crítico* en relación con el derecho: crítica de los eventuales perfiles de *injusticia* del derecho en su conjunto, en el caso de la filosofía política; crítica de los eventuales perfiles de *invalidéz* de las normas jurídicas, en el caso de la dogmática jurídica; y crítica de los perfiles de *inefectividad* del derecho, en el caso de la sociología jurídica. Frente a estos discursos críticos, la teoría del derecho se presenta como una «teoría formal que se limita al análisis de los conceptos teórico-jurídicos y de sus relaciones sintácticas», o si se quiere, al «análisis de las formas y estructuras del derecho positivo»<sup>7</sup>. Sus tesis y definiciones, por tanto, nos dicen *qué son* las normas, las prohibiciones, la validez, las obligaciones, la nulidad, etc., pero no nos dicen *cuáles son* en cada sistema concreto, ni *cuáles deben ser*, ni *cómo son (o no son) de hecho* realizadas. Son tesis y conceptos, en este sentido, ideológicamente neutrales, independientes de cualquier sistema de valores<sup>8</sup>.

Esta caracterización de la teoría del derecho –discutible en lo que se refiere a su neutralidad<sup>9</sup>– tiene la indudable virtud de configurarla como un sistema de conceptos y de aserciones teóricas interpretable, bien por el discurso de la dogmática jurídica (si se toman como referencias empíricas de tales conceptos y aserciones las normas jurídicas que regulan los comportamientos humanos), bien por la sociología del derecho (si se toman como referencias empíricas de la teoría del dere-

---

<sup>7</sup> *Principia Iuris*, I, pp. 18 y 4.

<sup>8</sup> *Principia Iuris*, I, p. 19.

<sup>9</sup> Algunos de sus conceptos, en efecto, parecen «construidos» o «reconstruidos» con el propósito de poder derivar a partir de ellos tesis valorativas concretas. Considérese, por ejemplo, la definición de «acto ilícito» como «acto informal prohibido» a la que nos referiremos en el siguiente epígrafe. Qué duda cabe que el «pragmatismo» de esa redefinición no depende sólo de su mayor capacidad explicativa y reconstructiva del fenómeno jurídico, sino también (y diría que sobre todo) de su mayor aptitud para realizar ciertos ideales. Tal opción es la única que permite afirmar el carácter prescriptivo (y en este sentido la relevancia) de muchas obligaciones y prohibiciones constitucionales e internacionales para las que no se han previsto sanciones para su incumplimiento e identificar la falta de las normas sancionatorias como un vicio (una laguna indebida) del ordenamiento. El propio Ferrajoli confirma la dimensión valorativa de estas «elecciones» conceptuales: calificar como ilícitos la guerra y las violaciones de derechos fundamentales cometidas por los estados «es el presupuesto jurídico de la construcción de una democracia internacional; del mismo modo que la configuración de las sanciones para tales ilícitos (...) como técnicas de garantía de los principios violados por ellos permite concebir su ausencia como “lagunas” que la comunidad internacional tiene la obligación de colmar». Y aún más explícitamente: a veces, en tales elecciones, están presentes «opciones de carácter ético-político» (*Principia Iuris*, I, pp. 477 y p. 22).

cho los comportamientos humanos regulados por las normas), o bien por el discurso filosófico político (si se valora y/o proyecta el derecho desde el punto de vista de un sistema axiológico dado). La «indudable virtud», pues de este modo Ferrajoli ofrece un *modelo integrado de ciencia jurídica* en el que la teoría del derecho representa la columna vertebral. En palabras del autor: la teoría del derecho tiene carácter *formal*, pero, en el plano intensional, «es susceptible de una interpretación semántica de tipo realista, esto es, desde el punto de vista descriptivo externo de la *efectividad*, llevada a cabo por la sociología del derecho; de una interpretación semántica de tipo normativista, es decir, desde el punto de vista jurídico interno de la *validez*, llevada a cabo por la dogmática jurídica; y finalmente de una interpretación semántica de tipo axiológico, o sea, desde el punto de vista prescriptivo externo de la *justicia*, llevada a cabo por la filosofía política»<sup>10</sup>. La teoría del derecho, en suma, es el lugar de encuentro de las diversas aproximaciones al estudio del derecho, a las que ofrece un aparato conceptual en gran medida común. La teoría, además, al dejar bien claros los diferentes niveles de discurso y las relaciones entre ellos, ayuda a evitar las confusiones que están en la base de la comisión de falacias: la *iusnaturalista*, que impide reconocer la existencia de normas válidas, aunque injustas; la *legalista*, que impide reconocer la existencia de normas injustas, aunque válidas; la *normativista*, que impide reconocer la existencia de normas vigentes, aunque inválidas; y la *realista*, que impide reconocer la existencia de normas válidas o vigentes pero inefectivas.

Por lo demás, además de formal, la teoría de *Principia Iuris* es en sentido estricto *constructiva* de su objeto, al modo del iusnaturalismo racionalista: aspira a la reconstrucción del derecho como un orden racional dotado de una lógica interna. Por eso su singularidad frente a los otros discursos jurídicos reside en la *elaboración artificial de un lenguaje propio* (el lenguaje de la teoría) que permita esa reconstrucción racional del universo jurídico. Y también por eso, la singularidad de esta teoría, frente a las teorías jurídicas del positivismo que han aspirado a la neutral descripción de las formas y relaciones jurídicas, reside en su importantísima *dimensión pragmática y normativa*. Este es sin duda su rasgo más característico.

## 1.2 La pragmática de la teoría: su papel *normativo* y no meramente *descriptivo*. El rol *crítico* y *proyectivo* de la teoría

Hasta aquí se ha dicho que la *finalidad u objetivo* central de la teoría (que es elástica, integrativa, formal y constructiva) es reconstruir minuciosamente el paradigma teórico y normativo del Estado constitucional de derecho. Ahora bien, como ya se adelantó esa reconstruc-

---

<sup>10</sup> *Principia Iuris*, I, p. 19. Vid. también pp. 36-40.

ción no está movida sólo por un fin *teorético* y *explicativo*, sino también –y de manera prioritaria– por el objetivo (de carácter *ético-político*) de hacer más visibles los aspectos de ilegitimidad de las actuales democracias constitucionales y facilitar así la crítica y superación de los mismos. Ese rol *crítico* o *proyectivo* de la teoría es lo que la dota de sentido, y se vincula a su carácter pragmático y normativo y no puramente formal.

La teoría formal del derecho, en efecto, elaborada como una disciplina autónoma y sistemática sobre todo a raíz de la obra de Kelsen, se asentaba sobre una serie de presupuestos metateóricos que hasta hace poco han coincidido con las características estructurales del derecho positivo moderno (el principio de legalidad como norma de reconocimiento y fuente de legitimación del derecho vigente; el monopolio estatal y legal de la producción jurídica; la separación de los poderes públicos, etc.). En los últimos tiempos, sin embargo, tales presupuestos han cambiado. Por muchos factores: por la ruptura del viejo nexo entre derecho y Estado, que ha destruido la unidad e incrementado la incoherencia de los sistemas; por la ampliación de los asuntos en los que el derecho interviene; por el surgimiento de nuevas desigualdades ligadas a la nacionalidad y ciudadanía; por la crisis de la razón jurídica y política y de la capacidad regulativa del derecho, etc. Pero que los presupuestos de la teoría del derecho hayan cambiado no significa que ésta haya dejado de tener sentido. Más bien al contrario: ha aumentado su necesidad como espacio autónomo para repensar y redefinir las categorías jurídicas teniendo en cuenta las nuevas formas del poder y las nuevas funciones del derecho<sup>11</sup>. *Principia Iuris*, precisamente, pretende reconstruir el modelo teórico y normativo del estado constitucional de derecho a fin de que resulten muy claros sus principios y bien visibles las divergencias entre las prácticas jurídicas y dichos principios. En cumplir este papel cifra la teoría su principal justificación.

La oportunidad de la teoría del derecho se muestra, por otra parte, en su dimensión pragmática o normativa. En efecto, aunque la teoría del derecho es *pura o formal*, en el sentido de que no dice nada sobre lo que los concretos sistemas jurídicos dicen o es justo que digan, esto no significa que no tenga un valor normativo y pragmático que se vincula al *carácter artificial* o convencional del derecho. Este es uno de los presupuestos metateóricos centrales de *Principia Iuris*: el derecho no es un objeto natural del que quepa dar cuenta con un discurso meramente descriptivo y avalorativo. Es un universo simbólico de creación humana, y en su *construcción* o «*recreación*» juegan un papel importante la teoría y la reflexión filosófica. El horizonte del jurista –dice Ferrajoli– «no es el del mero espectador. Formamos parte del universo que describimos y contribuimos a producirlo con nues-

---

<sup>11</sup> Precisamente con un repaso de todos estos fenómenos de crisis que acentúan hoy la necesidad de una nueva teoría del derecho se abre la Introducción de *Principia Iuris* (vid. pp. 3 y 4).

tras propias teorías»<sup>12</sup>. Esta dimensión pragmática de la teoría constituye una de las claves de su razón de ser.

La dimensión pragmática de la teoría se refleja en varios aspectos:

a) En primer término, los conceptos y tesis primitivas de la teoría son estipulados y asumidos por el teórico, en definitiva «elegidos» o «decididos», en función de criterios pragmáticos: naturalmente en función de su capacidad para explicar y reconstruir el derecho de las democracias constitucionales, pero también en función de su fecundidad crítica y proyectiva.

Tomemos un ejemplo que resulta bien expresivo de lo que se acaba de decir. La definición de «acto ilícito» como «acto informal prohibido», como alternativa a la definición kelseniana que entiende por ilícito el acto al que se conecta una sanción, no es gratuita sino que obedece a las diferentes implicaciones sobre el plano teórico y a los diferentes efectos sobre el plano práctico que tienen ambos conceptos. Si se opta por definir «acto ilícito» como «acto informal prohibido» es porque tal opción es la única que permite configurar como ilícitos las violaciones por parte de los Estados de los derechos humanos establecidos por las cartas internacionales y desde luego la guerra, que no puede ser configurada como ilícito según la definición kelseniana si no es sosteniendo la extraña tesis de que «el *bellum iustum*, esto es la guerra como respuesta a una violación previa del derecho internacional, constituye ella misma una sanción»<sup>13</sup>. Como también permite identificar la falta de las normas sancionatorias para esas acciones como una laguna indebida del ordenamiento que la comunidad internacional tiene la obligación de colmar. En este sentido, pues, la reformulación de los términos primitivos de la teoría no es totalmente neutral, sino que está guiada por criterios pragmáticos. Y más exactamente por criterios que, en el fondo, están al servicio de la afirmación del paradigma constitucional y de la filosofía política que le sirve de base.

b) El valor pragmático de la teoría (y por tanto no puramente descriptivo) se muestra, en segundo término, en el papel *normativo* de los principios teóricos desarrollados por ella. La lógica de la teoría se impone sobre su objeto. La teoría explícita y reconstruye los principios lógicos que reflejan la estructura normativa del derecho (unidad, coherencia y plenitud) y en esta medida *imponen* al derecho la satisfacción de tales principios<sup>14</sup>. Más exactamente, estos principios permiten (e imponen) a la dogmática denunciar las antinomias y lagunas e instar su superación, y de este modo la teoría desempeña un papel garan-

<sup>12</sup> *Principia Iuris*, I, p. 36.

<sup>13</sup> *Principia Iuris*, I, pp. 476 y 22.

<sup>14</sup> Son principios «descriptivos del modelo teórico, pero al mismo tiempo normativos, en el mismo sentido en que lo son los principios de la lógica o de las matemáticas respecto a los discursos que hacen uso de ellos», *Principia Iuris*, I, p. 27.

tista en relación con el derecho. Puede decirse en este sentido que las relaciones lógicas elaboradas por la teoría la hacen normativa en relación con el derecho<sup>15</sup>, aunque ese carácter normativo no comporta un compromiso ideológico o valorativo.

c) Por lo demás, los paradigmas jurídicos son en gran parte el producto de las teorías y, en general, de las doctrinas jurídicas y políticas. Es decir, precisamente porque el derecho es esencialmente un universo simbólico, la teoría *produce imágenes* y concepciones globales del derecho como «es», pero también, y sobre todo, del derecho como «debe ser». En este sentido la teoría desempeña un papel por así decir *constituyente o constructivo*.

La teoría del derecho de *Principia Iuris*, en suma, no es una teoría descriptiva que pretenda dar cuenta del derecho realmente existente. Si esta fuera su pretensión sería –al menos en algunos aspectos– manifiestamente falsa. Es una teoría formal que pretende reconstruir, redefinir o recrear ese constructo artificial que es el derecho positivo, y fundamentalmente el derecho positivo de las actuales democracias constitucionales. Bajo este aspecto *reconstructivo de su propio objeto* (no simplemente descriptivo) la teoría tiene una incuestionable dimensión pragmática que se proyecta en la elección apropiada de sus conceptos y tesis primitivas y en el papel normativo o proyectivo que desempeñan sus principios teóricos en relación con el derecho.

### 1.3 La sintáctica de la teoría: su axiomatización

«Este libro contiene una teoría del derecho construida con el método axiomático». Con esta clara y contundente afirmación se abre el Prefacio de *Principia Iuris*.

La utilización del método axiomático constituye sin duda la novedad radical de *Principia Iuris*. Axiomatizar la teoría supone reelaborar todo el lenguaje jurídico y fundamentar sus aserciones. Más precisamente, supone, primero, *asumir* conceptos primitivos y tesis primitivas (postulados o definiciones) que –como se ha dicho– deben ser justificados en función de criterios pragmáticos; y, después, *definir* todos los demás conceptos a partir de otros conceptos teóricos y mediante reglas de formación previamente establecidas, y *demostrar* todas las demás tesis a partir de otras tesis teóricas y mediante reglas de transformación también preestablecidas<sup>16</sup>. La teoría, por consiguiente, estará justificada desde el punto de vista sintáctico si puede demostrarse, mediante operaciones lógicas controlables, que todas las tesis derivadas (teoremas) se deducen de las tesis primitivas (postulados o definiciones) o de otras tesis a su vez derivadas.

<sup>15</sup> *Principia Iuris*, I, p. 32.

<sup>16</sup> *Principia Iuris*, Prefacio, p. VIII.

Que el libro se abra con una afirmación como la más arriba transcrita sobre la sintaxis de la teoría no es baladí. Al contrario, pone de relieve que la axiomatización de la teoría es uno de sus rasgos centrales, si no incluso el más importante. Ello es así porque el método axiomático, el cálculo, hace el discurso prolijo y farragoso, pero tiene la virtud de que permite una mayor transparencia o control lógico de las tesis que contiene; y no se olvide que la transparencia y el control están al servicio del rol crítico y proyectivo de la teoría. Es más, la teoría –como dice su autor– es justamente (y sólo) la expresada por las fórmulas, por el cálculo. El resto es traducción y comentario<sup>17</sup>.

Este trabajo de axiomatización ha supuesto un esfuerzo admirable y titánico que expresa el afán de Ferrajoli por construir una ciencia jurídica *more geometrico demonstrata*. Obviamente podrá discutirse el mayor o menor rendimiento de este esfuerzo. Por ejemplo, cabría cuestionar la función práctica que el autor atribuye a la axiomatización, y en particular se podría poner seriamente en duda –en contra de lo que se afirma<sup>18</sup>– que la axiomatización mediante la reconstrucción de todo el lenguaje teórico haga que la teoría también resulte accesible a los no expertos en derecho. De lo que no cabe duda, sin embargo, es de que tras este esfuerzo se vislumbra el compromiso con la herencia ilustrada, que se muestra en la aspiración –como afirma el autor en el Prefacio– a «la simplificación del lenguaje teórico; la claridad y univocidad de los conceptos y las tesis asumidas; la exposición de todas las deducciones al control lógico y de todas las asunciones a la valoración y a la crítica extra-lógica; la coherencia interna y la sistematicidad del conjunto; y, en fin, la superación de las ambigüedades y de las muchas aporías y paralogismos que resultan inevitables en cualquier discurso formulado en lenguaje ordinario»<sup>19</sup>. Estas son las virtudes teóricas de la formalización de la teoría, y desde luego no parece que puedan ser seriamente cuestionadas.

Naturalmente toda teoría del derecho, y también por tanto la de *Principia Iuris*, puede ser construida sin recurrir a su formalización. De hecho –como el mismo autor reconoce– el empleo del método axiomático es el aspecto más llamativo e insólito de la teoría que desarrolla. Por eso, y dado que el propio Ferrajoli confiesa que –desde el punto de vista metateórico– la teoría formalizada refleja una aspiración de la filosofía de la ciencia del neopositivismo lógico presente aún en los años Sesenta del pasado siglo, que es cuando *Principia Iuris* fue proyectado, cabría preguntarse si el autor, en el caso de tener que proyectar hoy esa teoría, la hubiese concebido también como una teoría axiomatizada o formalizada.

<sup>17</sup> *Principia Iuris*, I, Prefacio, pp. IX-X.

<sup>18</sup> *Principia Iuris*, I, Prefacio, p. IX.

<sup>19</sup> *Principia Iuris*, I, Prefacio, pp. VIII-IX.



## 2. ¿PARA QUÉ SIRVE LA TEORÍA?

Tras esta caracterización de la teoría volvemos ahora a la pregunta inicial: ¿Para qué sirve la teoría? ¿Qué objetivo persigue o a qué fines sirve? La respuesta a estas preguntas me parece que está implícita en la afirmación con la que abría esta presentación: *Principia Iuris* representa en cierto modo la continuación lógica de *Derecho y Razón* y está por ello al servicio de la misma filosofía política que anima el proyecto garantista.

La filosofía política del garantismo contempla el Estado y las instituciones como artificios humanos que sólo se justifican en la medida en que se ponen al servicio de los naturales derechos. En conexión con ello, y frente a algunas teorizaciones de gran predicamento en los últimos tiempos que ven en el Derecho una obra colectiva y cooperativa y que parecen asumir implícitamente una gran confianza en la bondad del poder o de la anomía, la teoría general del garantismo arranca de la idea –presente ya en Locke y en Montesquieu– de que del poder hay que esperar siempre un potencial abuso<sup>20</sup> que es preciso neutralizar haciendo del Derecho un sistema de garantías, de límites y vínculos al poder para la tutela de los derechos. Por eso el garantismo se opone al autoritarismo en política y al decisionismo en derecho, propugnando, frente al primero, la democracia sustancial y, frente al segundo, el principio de legalidad; y también por eso el estado constitucional de derecho es visto como el producto de la mejor ingeniería jurídica<sup>21</sup>. *Principia Iuris* es ahora la argamasa teórica que cimenta esa visión, y su reconstrucción racional del estado constitucional de derecho está comprometida con esa potente filosofía política.

Con este compromiso como telón de fondo, la teoría, pese a su carácter formal y a su inédita presentación axiomatizada, está guiada por un doble fin. Desde luego por un fin *teórico* consistente en proporcionar la reconstrucción y explicación más ajustada del paradigma constitucional, para lo cual debe *dar cuenta* de la teoría de la divergencia que constituye el nervio de ese paradigma. Pero está guiada también, y muy principalmente, por un fin *ético-político* que se vincula a la comentada filosofía política y que consiste en facilitar la *crítica* de las eventuales divergencias entre el ser y el deber ser en los distintos niveles y *las propuestas de superación* de las mismas.

<sup>20</sup> «La libertad política... –escribía MONTESQUIEU– aparece... solo cuando no se abusa del poder. Pero es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él», *Del espíritu de las leyes* (1748), trad. de M. Blázquez y P. de Vega, Madrid, Tecnos, 1972, Libro XI, cap. IV, p. 150.

<sup>21</sup> He analizado con más detalle la filosofía política del garantismo en «La Teoría General del Garantismo. Rasgos Principales», M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el Pensamiento Jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005.

Precisamente porque ha de servir a ese fin ético-político, la teoría no puede ser neutral o descriptiva sino ideológica y normativa. La pragmática de la teoría, su rol crítico y proyectivo, es lo que le confiere todo su sentido.

Incluso la axiomatización, que es el rasgo más novedoso e inédito de la teoría, está al servicio de esa potente filosofía política. Esto es así porque la formalización de la teoría no sólo permite una *mayor transparencia y control* lógico de las tesis que contiene, sino que además, y como consecuencia de ello, contribuye también a *hacer más visibles las divergencias entre ser y deber ser*, entre efectividad y normatividad, que como se ha dicho constituyen el objeto privilegiado de la teoría y se conectan a esa visión negativa del poder, que ha de ser siempre controlado y sus desviaciones eventualmente denunciadas. La desconfianza hacia el poder, en otras palabras, es lo que justifica la apuesta por el modelo del estado constitucional de derecho, como ya quedaba claro en *Derecho y Razón*. La teoría del derecho expresada en *Principia Iuris* reconstruye ahora ese modelo de modo hiperracionalista no sólo por las virtudes teoréticas que ello supone sino también para poder medir mejor la distancia que separa la realidad del modelo e instar –en su caso– a la transformación de la misma.

Por lo demás, es también el compromiso de Ferrajoli con la filosofía política del garantismo lo que aproxima su teoría al positivismo pero, al mismo tiempo, la separa del mismo.

Por una parte, la teoría es *positivista* (y se aparta del neoconstitucionalismo) en dos aspectos básicos. En primer lugar, su obsesión por la *separación entre derecho y moral*, que es lo que permite la permanente crítica al poder: ninguna concesión en este sentido al legalismo ético pero tampoco al constitucionalismo ético. En segundo lugar, y al servicio también de esa separación entre derecho y moral, su débil confianza en la aplicación directa de los principios constitucionales y en las virtudes de la argumentación jurídica, y el consiguiente empeño por defender una *visión cognoscitivista de la interpretación*<sup>22</sup>.

Es verdad que este es uno de los aspectos más criticados no sólo desde el no-positivismo sino también desde las filas del propio positivismo, que hoy sostiene predominantemente la tesis de la discrecionalidad interpretativa. Pero también es verdad que Ferrajoli no es un ingenuo que ignore la insuprimible discrecionalidad o subjetividad que entraña todo juicio interpretativo, en particular cuando de interpretar los imprecisos y abiertos preceptos constitucionales se trata. No participa de la tesis (teórica y descriptiva) del juez como «boca muda» de la ley tal y como fue consagrada en el paleopositi-

---

<sup>22</sup> Estos dos aspectos que separan a la teoría jurídica de *Principia Iuris* de las construcciones más frecuentes del neoconstitucionalismo han sido destacados por Luis PRIETO en «*Principia Iuris*: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional», en *DOXA*, 31 (2008), pp. 325 ss.

vismo, pero sí recoge el significado primigenio de la misma: la acoge como tesis (ideológica o prescriptiva) que reconstruye cómo debe ser la actividad interpretativa. Muy simplemente, el Juez de *Principia Iuris* es un operador que *debe constatar*, y raramente valorar o decidir. Y para mantener esto Ferrajoli –sobre los pasos también del programa ilustrado– formula una *denuncia* y plantea una *exigencia al Legislador*: la culpa de los márgenes de irracionalidad y con ello de ilegitimidad de la acción judicial es, en la mayoría de los casos, consecuencia de una mala legislación; una legislación clara, coherente y precisa estrecha los márgenes de discrecionalidad judicial y permite mantener la interpretación en sus estrictos términos de actividad de constatación. La teoría jurídica de *Principia Iuris* exige, si puede decirse así, a cada uno lo suyo: al Juez, ejercer un poder cognitivo y de mera constatación (un no poder o, como dice Guastini, un poder en cierto modo nulo<sup>23</sup>); al Legislador, hacer que eso sea viable mediante una legislación que reduzca al mínimo la discrecionalidad y valoración judicial.

Pero por otro lado, la *dimensión pragmática o normativa* de la teoría, que se refleja fundamentalmente en la elección apropiada de sus conceptos y tesis primitivas (apropiada por su fecundidad explicativa pero también por su adecuación ético-política) y en el papel normativo o proyectivo que desempeñan sus principios teóricos en relación con el derecho, *la separa de las construcciones teóricas del positivismo*. No en vano este es uno de los aspectos más criticados. En este punto central, sin embargo, Ferrajoli tiene las ideas claras: el empeño de muchos positivistas de seguir fieles al método descriptivista y avalorativo del derecho obedece a la ilusión paracientífica de que el derecho puede ser estudiado como un objeto natural, autónomo frente a la política y a la reflexión teórica y filosófica. Superada esta ilusión aparece inevitablemente la aludida dimensión pragmática de la teoría y de la ciencia del derecho: el derecho –dice el autor– no es ajeno a nuestras reflexiones, «es como lo pensamos, teorizamos, proyectamos, producimos, interpretamos, defendemos y transformamos, de manera que todos tenemos una parte de responsabilidad en cómo es»<sup>24</sup>.

*Principia Iuris* representa, en suma, un titánico esfuerzo teórico que se vincula a un proyecto global de *lucha por la justicia*, un proyecto que se manifiesta incluso en la propia trayectoria personal de Ferrajoli, en su compromiso vital<sup>25</sup>. Es la hiperracionalización al servicio de un programa ideológico que hunde sus raíces en la Ilustración jurídica. Por eso se ha podido afirmar que esta teoría constituye «la

<sup>23</sup> Ricardo GUASTINI, «I fondamenti teorici e filosofici del garantismo», en L. GIANFORMAGIO (ed.), *Le ragioni del garantismo*, Turín, Giappichelli, 1993, p. 53.

<sup>24</sup> *Principia Iuris*, I, p. 36.

<sup>25</sup> Remito a la excelente entrevista de Juan RUIZ MANERO a FERRAJOLI en *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Madrid, Trotta, 2012.

expresión más ambiciosa y acabada que del racionalismo jurídico, formal, matematizante y constructivo se ha intentado en las últimas centurias». E igual que en el iusnaturalismo racionalista la razón especulativa se transformó en razón práctica y en «energía para la acción», también ahora la reconstrucción teórica de *Principia Iuris* se pone al servicio de la crítica y de la reforma<sup>26</sup>. Aquí reside a mi juicio su singularidad y desde luego enorme valor: Ferrajoli inserta la lucha por la justicia en el propio seno de la teoría.

Fecha de recepción: 30/06/2012. Fecha de aceptación: 8/11/2012.

---

<sup>26</sup> Luis PRIETO, «La teoría del derecho de Principia Iuris», en Gema MARCILLA (ed.) *Constitucionalismo y garantismo*, Bogotá, Universidad del Externado, 2009, esp. p. 44.

# Teoria del diritto e punto di vista interno-Sviluppi e ripensamenti\*

Por MASSIMO LA TORRE  
Università Magna Graecia di Catanzaro

## RESUMEN

*Lo scritto intende innanzitutto tematizzare la recezione del cosiddetto punto di vista interno nella teoria del diritto contemporanea. Introdotto fondamentalmente da H. L. A. Hart, l'approccio «interno» non ha riscosso tra i giusfilosofi quella fortuna che sembrava in un primo tempo dovergli arridere. Molti degli sviluppi post-hartiani gli sono francamente ostili, a partire da Joseph Raz e dalla sua scuola. Del resto, la prospettiva «interna» (che è quella del partecipe alla pratica giuridica e non dell'osservatore) sembra confliggere con l'impassibilità e neutralità che il giuspositivismo si attende dal teorico del diritto. In Italia tale movimento di ripensamento rispetto al punto di vista interno si manifesta nell'opera ambiziosa e imponente di Luigi Ferrajoli, la cui metodologia «assiomatica» risulta decisamente impraticabile al partecipante ed è solo assumibile dalla posizione di un algido e lontano osservatore e sistematizzatore. Su ciò l'articolo vuole infine soffermarsi.*

*Palabras clave: punto di vista interno, teoria del diritto, Herbert Hart, Ferrajoli, giurisprudencia assiomatica.*

---

\* Relazione presentata al Convegno sull'opera *Principia juris* di Luigi Ferrajoli, Università di Valencia, 26-27 aprile 2012.

## ABSTRACT

*The aim of this paper is to thematize the reception of the so-called internal point of view in contemporary legal theory. The «internal» approach (introduced by H. L. A. Hart) has been collected by legal theorists without the appropriate view in relation to the first analysis. In the post-Hart approach, many developments are frankly hostile, specially those given by Joseph Raz and his school. Moreover, the «internal» prospect (which is the legal practice of the participant and observer) seems to be in conflict with the impassivity and neutrality that for legal positivism is expected from the legal theorists. This movement of rethinking according to the internal point of view, in Italy is manifested by Luigi Ferrajoli in his ambitious and impressive work. His «axiomatic» methodology is quite impractical to the participant and only it can be assumed from the position of an icy and distant observer and systematizer; the article will linger on that later.*

Key words: *internal point of view, legal theory, Herbert Hart, Luigi Ferrajoli, axiomatic jurisprudence.*

## I

La consapevolezza e la tematizzazione del punto di vista interno è un'acquisizione relativamente recente degli studi giusfilosofici. Nella teoria del diritto, com'è noto, il punto di vista interno è la proposta metodologica avanzata nel libro maggiore di Herbert Hart, *Il concetto di diritto*. Questa scelta metodologica è ribadita poi nel *Poscritto* a tale volume, dove si sostiene ancora una volta che il teorico del diritto «deve comprendere ciò che è adottare il punto di vista interno e in questo senso limitato egli deve essere capace di mettersi al posto di un *insider*»<sup>1</sup>.

In questa prospettiva il punto di vista interno ha una duplice articolazione. (a) La prima è tematizzata da Hart come l'aspetto interno delle norme. Si tratta dell'atteggiamento riflessivo che il destinatario o l'utente di una norma può assumere rispetto a questa. Egli cioè può usarla come ragione per la propria e l'altrui condotta e come fondamento di una pretesa o di una critica. In questo senso la norma è inserita in un contesto di discorso e in una pratica nella quale, per essere efficace, per motivare cioè la condotta in questione, dev'essere riconosciuta come ragione valida. Ciò implica che tale validità possa essere contestata, e infine persino negata. La norma non esprime una regolarità, o una mera convergenza di condotte, né una relazione necessaria tra stati di cose; non è la causa o

---

<sup>1</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, a cura di P. BULLOCK e J. RAZ, Clarendon, Oxford 1994, 2nd ed., p. 242. Corsivo nel testo.

il motivo di una condotta, ne fornisce piuttosto la giustificazione, la *ragione*, proprio in assenza della cogenza del risultato o dell'effetto cui la norma mira.

(b) Il punto di vista interno poi –ed è questa sua seconda dimensione quella propriamente metodologica– è quello della teoria del diritto che per spiegare la pratica e la norma del diritto ripropone e per così dire simula la riflessività del destinatario e dell'utente del diritto. L'«essenza» del diritto in questa prospettiva rimane la sua pratica, la quale come tale, come pratica, dunque come insieme e pluralità di usi, viene ora resa esplicita dal teorico. Questo deve quindi esercitare una certa astinenza epistemica con riguardo al modo d'operare del destinatario o dell'utente delle norme giuridiche. Non può sostituire i concetti di questo con delle categorie che gli sono estranee. Semmai potrà procedere in maniera «trascendentale», rintracciando e riconcettualizzando le strutture o –se si vuole– la «mitologia» del discorso e dell'uso giuridico. Ma la categorizzazione di tali strutture e di tale mitologia dev'essere sempre ripresa dalla pratica e presentarsi in modo tale da permettere a questa di riconoscersi nella teoria e di continuare ad essere ciò che è, articolazione di ragioni a favore e di critiche, dunque serie di giustificazioni e di obiezioni, insomma argomentazione e controversia. L'univocità e l'assiomaticità non si prestano a tale compito.

Dal punto di vista interno –come prospettiva metodologia generale– la natura del diritto e la sua struttura devono essere ricostruite e concettualizzate in modo da poter dar conto della controversia e d'assumerla non come patologia della pratica giuridica, bensì come suo tratto definitorio. In particolare, dal punto di vista interno i concetti giuridici –per esempio la nozione di «diritto soggettivo» o quell'altra tanto densa di storia e valori di «costituzione»– non potranno essere svuotati del loro contenuto simbolico-normativo, e isolate dal loro sfondo culturale e valoriale (da ciò che ne costituisce in qualche modo la «precomprensione»), per essere rinchiuse o ritagliate in dispositivi logico-funzionali.

A questo proposito va sottolineato che il diritto si pratica in buona sostanza nella forma di una controversia su diritti contrapposti, la cui rivendicazione implica per ciascuna delle parti la pretesa di essere nel proprio diritto, nel giusto. «A dispetto d'ogni violazione del diritto e d'ogni delusione, ogni conflitto giuridico –ci ricorda Michael Stolleis, eminente storico del diritto tedesco– induce le parti coinvolte a dichiarare la loro posizione ogni volta di nuovo quella “giusta” e i loro avversari ad essere “nel torto”»<sup>2</sup>. Ciò è grosso modo quanto Alexy ci rappresenta con la tesi della pretesa di giustizia insita nel discorso giuridico<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> M. STOLLEIS, *The Eyes of Law*, Birkbeck Law Press, New York 2009 p. 70.

<sup>3</sup> VEDI R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Alber, München 1990.

Ciò fa del diritto una pratica controversa ma nello stesso tempo aperta e rivolta (necessariamente) al discorso morale. Questo è ciò che accade nel lato interno del diritto, dal punto di vista interno come aspetto fenomenologico di una pratica secondo norme di diritto. Orbene, una teoria del diritto che di tale aspetto interno si faccia carico non potrà disattivare –a pena di risultare intollerabilmente prescrittiva– la pretesa di giustizia di quella pratica che essa è chiamata a registrare e concettualizzare. La controversia nel lato interno si dà mediante argomenti e rinvii semantici e simbolici che sono strutturali alla pratica in questione. Tale rete di argomenti e rinvii non può essere neutralizzata o –er così dire– normalizzata mediante stipulazioni convenzionali e assiomatiche, decise dal teorico secondo schemi tutti suoi. La voce e i concetti del teorico –sia pure legittimi– non possono mettere a tacere la voce e i concetti della pratica, se non offrendone un’immagine anodina e fondamentalmente distorta.

Dice Stolleis: «Tanto il debole come il forte invocano il diritto. Ciò che questo significa è qualcosa che abbisogna d’essere costantemente ridefinito»<sup>4</sup>. Una tale circostanza –che Stolleis sembra interpretare come una situazione d’autoconvincimento psicologico e di autoaffermazione ideologica– è letta da Ronald Dworkin nei termini della sua «tesi dei diritti», la *rights thesis*<sup>5</sup>. «Una pretesa di diritto [*a claim of law*] [...] è equivalente allora alla pretesa che un principio o un altro [*one principle or another*] offra una migliore giustificazione di qualche parte della pratica giuridica»<sup>6</sup>. Questa tesi può considerarsi come un completamento ed un affinamento della descrizione fenomenologica del lato interno della norma giuridica e della pratica secondo norme di diritto.

Il diritto si usa eminentemente nella controversia su diritti—questo ci dice Dworkin. E la loro rivendicazione, la rivendicazione dei diritti, contiene o implica la pretesa d’aver ragione, una pretesa di giustizia. Qui il lato interno delle norme mette in moto un tipo di giustificazione che fuoriesce dal recinto semantico della norma o regola e che si propone nei termini di un diverso tipo di ragione, ancora più controvertibile e controverso, ma di una dignità normativa più alta della semplice norma. Il lato interno della norma cioè, manifestandosi mediante giustificazioni, obiezioni e critiche ricorre, per sostanzinarsi, a riferimenti normativi più forti e universali, e di carattere quindi tendenzialmente morale, i princìpi.

<sup>4</sup> M. STOLLEIS, *Op. cit.*, p. 74.

<sup>5</sup> VEDI R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London 1978, capitolo secondo.

<sup>6</sup> R. DWORKIN, *Justice in Robes*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 2006, p. 52.



## II

Come si è detto, tradizionalmente la teoria del diritto adotta il punto di vista esterno. Ciò è vero, per esempio, per John Austin, il quale pone al centro della sua ricostruzione del concetto di diritto l'idea di sanzione considerata «la chiave della scienza giuridica», «the key to the science of jurisprudence»<sup>7</sup>. D'altra parte, Austin è un fermo sostenitore della definizione *per genus et differentiam* e non esita ad operare sui concetti giuridici usati dal giurista pratico con un affilato –per così dire– bisturi analitico. Per cui i concetti –come nel caso esemplare del diritto soggettivo– sono sottoposti ad una manipolazione imperativistica e logicistica che ne riduce di molto il campo semantico e la forza normativa e simbolica. Del resto, per Austin programmaticamente i concetti usati nella dottrina e nella pratica del diritto non sono altro –anticipando Alf Ross e il suo «Tû-tû»<sup>8</sup>– che segni riassuntivi di lunghe serie di proposizioni normative, «short marks for long series of propositions»<sup>9</sup>.

Va inoltre ricordato a questo proposito uno dei punti sui quali con più energia Hans Kelsen si smarca dall' «analytical jurisprudence», e questo è la nozione di Stato. Quella infatti assunta da Austin sembra avere ben poco di giuridico o normativo, giacché dallo studioso britannico lo Stato è concepito essenzialmente come un fenomeno materiale, una situazione di potere di fatto. La sovranità giuridica per Austin si fonda infine e si manifesta nella capacità tutta fattuale di imporre il proprio comando, accompagnata da un abito di subordinazione in chi lo subisce, individuato nuovamente secondo tratti fondamentalmente materiali o comportamentistici<sup>10</sup>.

La teoria di Kelsen però anch'essa non potrebbe –senza perplessità– concepirsi come un contributo offerto dal punto di vista interno, cioè mediante l'assunzione di questo come propria privilegiata prospettiva metodologica. Kelsen, pur differenziando tra causalità e imputazione, sembra pensare quest'ultima spesso nei termini di un'attività stipulativa dell'osservatore o del fruitore della norma. Ciò è dovuto all'ambiguità tanto della sua concezione del *Rechtssatz*, della cosiddetta proposizione giuridica, che sembra talvolta essere al tempo stesso descrizione della norma e pure norma<sup>11</sup>, quanto della categoria

<sup>7</sup> J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, with an introduction by H. L. A. HART, Weidenfeld & Nicholson, London 1954, p. 13.

<sup>8</sup> Il riferimento ovviamente è a A. ROSS, *Tû-tû*, in «Harvard Law Review», Vol. 79, 1957.

<sup>9</sup> J. AUSTIN, *The Uses and the Study of Jurisprudence*, in J. Austin, *Op. cit.*, p. 371.

<sup>10</sup> Si veda H. KELSEN, *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*, in «Harvard Law Review», Vol. 55, 194 pp. 44-70.

<sup>11</sup> A questo proposito indicativo mi pare il seguente passaggio: «I principi logici possono esser applicati a norme giuridiche, se non direttamente, almeno indirettamente, nella misura in cui essi sono applicabili alle proposizioni giuridiche che des-

messa in campo di norma come «schema d'interpretazione» (*Deutungsschema*), là dove tale interpretazione sembra essere quella del teorico o dell'osservatore del fatto che soggiace alla relazione normativa.

Kelsen distingue bene ed accuratamente tra atto e significato dell'atto, da cui solo ha origine la norma<sup>12</sup>. Ma egli introduce anche un'altra distinzione, molto plausibile, tra il significato soggettivo e quello oggettivo di un atto. È solo il secondo a darci la norma, non l'ascrizione di senso meramente individuale di un qualche soggetto od organo. Ora però, il significato oggettivo dipende dallo *Stufenbau*, dal fatto che chi pone in essere l'atto è investito della competenza corrispondente da una norma di grado superiore. Questo sistema gerarchico culmina e si chiude –com'è noto– nella «norma fondamentale», la quale però –ci dice Kelsen– è una presupposizione «trascendentale» dell'osservatore dell'ordinamento in questione. Di maniera che il senso «oggettivo» della norma, cioè il suo senso proprio, finisce per dipendere dall'osservazione esterna e dal metodo di colui che reinterpreta teoricamente il sistema giuridico in cui si dà quella norma come un coerente costruito di norme disposte gerarchicamente. Questo è un punto di vista gnoseologico che non riflette il punto di vista pragmatico di colui che adopera la norma in questione. È sì per certi versi ermeneutico, giacché distingue tra fatto e senso del fatto; ma rimane ancora del tutto esterno alla pratica entro la quale si dà la norma cui si ascrive il significato «oggettivo», poiché il senso del fatto è qui affare di chi descrive il sistema, non di chi opera all'interno d'esso e con esso.

«La società è [...] –dice Kelsen– un oggetto completamente diverso dalla natura»<sup>13</sup>. Ed il diritto è riconosciuto come un «fenomeno sociale». Ciò che distingue la società dalla natura è il «significato» che si ascrive a certi atti empirici o psicologici, e tuttavia la sociologia del diritto che studia la società come proprio oggetto specifico d'indagine si occupa –dice Kelsen– di fatti naturali. «Questa sociologia del diritto non pone in relazione i fatti naturali che deve studiare con le norme valide, ma stabilisce un rapporto di causa ed effetto fra questi e altri fatti naturali»<sup>14</sup>; il che ha come conseguenza che la sociologia del diritto non si occupa invero del diritto, bensì di «certi fenomeni paralleli della natura»<sup>15</sup>. È la scienza giuridica la scienza propria

---

crivono queste norme giuridiche» (H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, a cura di M. G. LOSANO, Einaudi, Torino 1966, p. 91). Qui sembra che il criterio di verità o falsità che vige per la proposizione giuridica si possa (seppure indirettamente) trasmettere alle stesse norme giuridiche; suggerimento abbastanza ambiguo, ma rivelatore di una latente sovrapposizione della norma e della proposizione che verte su di essa.

<sup>12</sup> Si legga per esempio il capitolo primo della *Reine Rechtslehre*, I edizione, del 1934.

<sup>13</sup> H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. it. di R. Treves della I ed. della *Reine Rechtslehre*, Einaudi, Torino 1973, p. 48.

<sup>14</sup> Ivi, p. 54.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

del diritto, giacchè è essa –e solo essa– che verte e si intrattiene sul «significato» che costituisce il fenomeno del diritto.

Non pare riconosciuta la vigenza di norme che siano tali pur non essendo giuridiche. Solo queste ultime sembrerebbe che mantengano un significato «oggettivo» e dunque normativo in senso proprio. Le altre norme, quelle morali per esempio, –in assenza di una loro incardinazione nello *Stufenbau* e della corrispondente opera gnoseologica dello scienziato giuridico– rimarrebbero confinate alla sfera del significato «soggettivo», il quale però si mantiene come qualcosa di fondamentalmente psicologico, dunque permane un fatto naturale.

D'altra parte, per Kelsen –come per Austin– è la sanzione ciò che definisce la norma come giuridica e la sanzione è tale perché fatto materiale indipendente da una previa qualificazione normativa. Su questo punto, com'è noto, si esercitano la critica di Hart, e quella –mi piace ricordare– di Ota Weinberger<sup>16</sup>, che notano come la sanzione non possa distinguersi da altre conseguenze negative per gli interessi del consociati (per esempio il pagamento delle tasse) in assenza di una sua specifica qualificazione giuridica.

Inoltre per Kelsen il senso (o il dover essere) della norma è qualcosa di riconoscibile o imputabile –quando non lo sia (anche) al teorico– eminentemente al soggetto o all'organo *che pone la norma*, paradigmaticamente al legislatore (sia questo anche costituente o meno). Colui al quale la norma si dirige per regolarne la condotta è concettualizzato o in termini passivi come destinatario oppure come nuovo livello di produzione discrezionale di senso normativo. La teoria si fissa dunque sul momento e sulla fenomenologia della produzione della norma (sia pure a distinti livelli di generalità) intendendo la norma come attività fondamentalmente decisoria, imperativa. L'uso della norma secondo una diversa modalità –quello per esempio rivendicativo o argomentativo dell'avvocato o del semplice cittadino– non è tematizzato.

Da qui l'insufficiente e la generale implausibilità della sua teoria dell'interpretazione, per la quale questa dovrebbe limitarsi ad una lista aperta di possibili soluzioni ermeneutiche senza l'indicazione della risposta considerata corretta<sup>17</sup>. Concezione dell'interpretazione questa che non rispecchia la pratica effettiva del giurista in azione e nemmeno quella più comune del giurista cosiddetto dogmatico. Così come traducendo si offre del linguaggio tradotto una versione che si propone come quella migliore possibile (vale a dire la migliore di cui si è capaci in un certo momento) così della norma l'interpretazione tende

<sup>16</sup> Vedi H. L. A. HART, *The Concept of Law*, cit., p. 39, e O. Weinberger, *Der Sanktionsbegriff und die pragmatische Auswirkung gesellschaftlicher Normen*, in *Normenlogik*, a cura di H. LENK, Verlag Dokumentation, Pullach bei München, 1974, pp. 89-111.

<sup>17</sup> Si veda per esempio H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, ristampa della I ed. del 1934, a cura di M. Jestaedt, Mohr, Tübingen 2008, pp. 100 ss.

ad indicare per la questione cui si applica la risposta corretta (anche qui ovviamente sempre sulla base dell'informazione e delle conoscenze di cui al momento si dispone).

La teoria dell'interpretazione di Kelsen accusa dunque una notevole distanza dalla pratica del diritto e dai suoi usi concreti. Per non parlare poi dell'adesione del giurista austriaco alla teoria dell'«ideologia» di provenienza marxista. Secondo Kelsen buona parte del discorso interno del giurista è imbevuto – per così dire – di pregiudizi e finzioni meramente «ideologiche», cioè sovrastrutturali. Queste servono ad occultare la vera realtà del diritto – che sarà quella che ci indica ora il teorico capace di penetrare la cappa oscura e confusa della «sovrastruttura» per giungere a toccare e vedere la «struttura» delle cose. Una posizione questa che ricorda da vicino quell'altra dei realisti scandinavi, di Axel Hägerström o di Karl Olivecrona, che accusavano il discorso dei giuristi d'essere fondamentalmente simile a quello della «magia», pieno zeppo di concetti e termini senza referenti reali nel mondo empirico, pura fantasia. «Abbiamo l'illusione – dice Olivecrona – che la parola “diritto soggettivo” significhi un potere su un oggetto, sebbene si tratti di un potere che non possiamo mai capire»<sup>18</sup>. I giuristi insomma come una tribù primitiva, agitata da miti e riti senza alcun fondamento di verità.

Il trattamento che Kelsen dà della questione intricata e anche spinosa e politicamente sensibilissima del diritto soggettivo – ch'egli vuole a tappe forzate ricondurre al diritto oggettivo, facendone solo una specie del diritto in senso soggettivo al pari dell'obbligo – è a questo proposito una mossa particolarmente significativa e radicale, segnalando ancora una volta la distanza della teoria dalla complessa pratica dell'uso di norme così come essa si realizza nell'attività del giurista pratico e del comune cittadino.

Oppure si pensi ancora alla maniera idiosincratICA – che dipende nuovamente dalla centralità concessa al fatto della sanzione – di concettualizzare la norma giuridica come una regola che non definisce ciò che è illecito o scorretto fare<sup>19</sup>. Di maniera che il diritto non ci direbbe o prescriverebbe ciò che è giusto fare, non dirigerebbe la condotta dei consociati, ma si limiterebbe soltanto a stabilire delle condizioni o fattispecie alle quali conseguono e s'impongono delle sanzioni. L'illecito non sarebbe allora una violazione del diritto, ma piuttosto ciò che ne conferma la vigenza, mettendolo in moto: «Il diritto non può essere infranto o violato dall'illecito perché è anzi soltanto a mezzo suo che il diritto raggiunge la propria essenziale funzione»<sup>20</sup>. Il diritto pertanto dirigerebbe l'azione dei cittadini in modo obliquo, allusivo, per certi versi subdolo. La norma che Kelsen chiama «secon-

<sup>18</sup> K. OLIVECRONA, *Law as Fact*, II ed., Stevens & Sons, London 1971, p. 184.

<sup>19</sup> Punto questo su cui si esercita l'acuta critica di Hart (vedi *The Concept of Law*, cit., p. 39).

<sup>20</sup> H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 68.

daria» –quella che si dirige alla condotta dei cittadini e degli altri soggetti giuridici– sarebbe il risultato di un’inferenza logica a contrario. La quale tra l’altro presuppone una certa operatività della logica in ambito normativo, operatività che –come sappiamo– il Kelsen più maturo sempre di più tende a mettere in discussione per poi infine negare con decisione.

È pur vero che per Kelsen la teoria del diritto ha come oggetto privilegiato la norma e le relazioni normative, ma queste sono tematizzate non come quelle che ritroviamo nella pratica giuridica di giuristi e cittadini, bensì come un concetto o una trama di concetti la cui definizione e fenomenologica ci è offerta dal teorico stesso. Il punto di vista rimane qui del tutto esterno, nonostante il conclamato normativismo delle tesi sostenute. Il punto di vista interno infatti non consiste di uno studio che abbia per oggetto norme e concetti normativi, o che usi una nozione tutta teorica e stipulativa di norma come categoria esplicativa, bensì di uno studio che vertendo su norme e concetti normativi assuma questi stessi come schemi interpretativi del proprio studio.

### III

La teoria pura di Kelsen rimane dunque –può ritenersi– ancora esterna al punto di vista interno. La svolta si dà solo e veramente con l’opera di Herbert Hart.

Il giusfilosofo britannico muove innanzitutto da una presa di distanza dal positivismo logico alla maniera del Circolo di Vienna, alla maniera di Schlick o di Carnap. È piuttosto il «secondo» Wittgenstein per lui il filosofo di riferimento. La critica di Hart si appunta in ispecie sulla semantica riduzionistica che comprime in maniera drammatica la complessità e la significanza degli usi del linguaggio ordinario. Hart in particolare non approva la centralità attribuita agli enunciati delle scienze empiriche ed in subordine al linguaggio formale della logica. «È stato un errore accecante di molta filosofia del passato –scrive nell’introduzione agli *Essays of Jurisprudence and Philosophy* del 1983–, e più di recente de positivismo logico degli anni d’anteguerra, assumere che ci siano solo poche forme di discorso dotato di senso (il discorso della “descrizione di fatti” empirica, oppure l’enunciazione di verità stipulative o logicamente necessarie) e di scartare come privi di senso o semmai come espressioni di sentimento tutti gli altri usi del linguaggio»<sup>21</sup>.

Ciò gli fa prendere anche le distanze da ogni tentativo di applicare la metodologia in uso per le scienze empiriche alla scienza giuridica ed alla teoria del diritto. Per la comprensione di ciò che è diritto –leg-

---

<sup>21</sup> H. L. A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon, Oxford 1983, pp. 2-3.

giamo sempre nella introduzione agli *Essays of Jurisprudence and Philosophy*— «la metodologia delle scienze empiriche è inutilizzabile; ciò di cui c'è bisogno è un metodo “ermeneutico” che consista nella descrizione della condotta governata da norme così come essa appare ai partecipanti ad essa, i quali la considerano come l'osservanza o la mancanza d'osservanza a certi criteri condivisi»<sup>22</sup>.

La chiave del concetto di diritto —si dice— è «la distinzione tra regole sociali e la semplice abitudine convergente di comportamenti»<sup>23</sup>. «Questa distinzione è cruciale per la comprensione del diritto»<sup>24</sup>. Basti solo considerare la fenomenologia dell'attività giudiziaria: il giudice «nel punire prende la norma come la sua guida e la violazione della norma come la *ragione* e la *giustificazione* per punire chi pone in atto l'offesa»<sup>25</sup>. Il suo punto di vista non è quello di uno spettatore, d'un osservatore per il quale la norma giuridica diventa l'indicazione di una probabilità di condotta.

La presa in carico del punto di vista interno deve riflettersi al livello della teoria del diritto, di modo che gli enunciati di questa non risultino estremamente esterni come quelli di uno spettatore od osservatore, bensì «dall'esterno facciano riferimento alla maniera in cui essi si occupano di quelli dal punto di vista interno»<sup>26</sup>.

Ciò si riconnette all'impossibilità di dar conto della natura del diritto come una «essenza» ed alla difficoltà d'offrire di tale natura una definizione *per genus et differentiam*. Anche perché —dice Hart nel primo capitolo del *Concetto di diritto*— semmai è la definizione secondo il «focal case», o «caso paradigmatico», quella che più si addice al diritto. Il cui concetto rimane —sottolinea il giusfilosofo britannico— fondamentalmente controverso. Allora —dice— «il miglior corso d'azione è quello di differire la risposta alla domanda “cos'è diritto” fino a che non si sia trovato ciò che intorno al diritto rende perplessi coloro che hanno posto la questione o hanno provato a rispondere ad essa, anche se la loro dimestichezza col diritto e la loro abilità nell'identificare campioni di questo sono fuori questione»<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> Ivi, p. 13.

<sup>23</sup> H. L. A. HART, *The Concept of Law*, cit., p. 12.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> Ivi, p. 11, corsivo nel testo.

<sup>26</sup> Ivi, p. 89. Per questa tesi —che equivale alla teorizzazione per l'appunto del «punto di vista interno»— il riferimento immediato di Hart è quanto esposto e proposto nell'opera di PETER WINCH, *The Idea of Social Science*, Routledge & Kegan Paul, London 1958, testo che è espressamente citato in *The Concept of Law* (vedi ivi, pp. 289-297). La distinzione dei due punti di vista si trova già comunque *in nuce* formulata in L. Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1977, § 82, p. 66, allorché si distingue tra due modi di concettualizzare la regola di una condotta: (a) l'ipotesi esplicativa di un osservatore, oppure (b) la regola che chi pone in essere la condotta ci darebbe come giustificazione della sua condotta, se dovessimo chiedergliene conto.

<sup>27</sup> H. L. A. HART, *The Concept of Law*, cit., p. 15.

Dopo Hart la teoria del diritto si è ritrovata dunque a doversi confrontare con la tematizzazione del punto di vista interno come un momento centrale della sua riflessione metodologica. Ora, tale confronto ha dato luogo a risultati assai diversi e talvolta contrapposti.

Si possono identificare almeno tre linee direttrici di riflessione ed evoluzione. Da un lato per certi versi la radicalizzazione del punto di vista interno e il suo ricollegarsi ad un'esplicita teoria normativa forte –com'è il caso della proposta di Ronald Dworkin– che fa saltare la neutralità avalorativa del teorico e spinge per l'abbandono complessivo del positivismo giuridico. C'è poi il tentativo di mantenersi fedeli al disegno originario di Hart (arricchendolo semmai con una elaborata teoria del ragionamento giuridico e con un'incursione nel terreno dell'ontologia (per esempio mediante la categoria di «fatto istituzionale») – com'è il caso della ricerca di Neil MacCormick<sup>28</sup>.

E c'è poi quello che chiamerei il «ripensamento» rispetto al rilievo attribuito al punto di vista interno, che qui ora viene rivisto da una prospettiva dai marcati tratti essenzialistici. Questo «ripensamento» mi pare particolarmente evidente nell'opera di Joseph Raz, discepolo di Hart, e nella sua versione di positivismo giuridico «esclusivo», di un positivismo cioè che nega ogni connessione –sia pure eventuale– tra diritto e morale, almeno per ciò che concerne la questione della «natura» del diritto.

A tal fine Raz distingue nettamente tra teoria della «natura» del diritto, che sarebbe impresa squisitamente filosofica, e che può aver luogo senza dover mettere in campo alcuna nozione normativa forte o morale, e teoria del ragionamento giuridico, o dei giuristi, la quale – ammette Raz– non può fare a meno di qualche riferimento a criteri etici o morali. La teoria della «natura» del diritto è un'impresa diretta a conoscere ciò che è l'essenza del diritto, al di là o al di qua della sua pratica contingente e dei suoi caratteri accidentali.

Così, «la teoria del diritto –dice Raz– è lo studio delle proprietà essenziali del diritto»<sup>29</sup>. «Come ho detto –continua–, ci sono caratteri essenziali del diritto, ma il possesso del concetto del diritto non è esso stesso necessario in tutte le culture che hanno sistemi giuridici»<sup>30</sup>.

Questa posizione è attribuita da Raz allo stesso Hart. È vero –argomenta– che Hart sostiene che si seguono delle norme, se si è in grado di riconoscerle come tali, ma ciò non comporta ancora che esse siano riconosciute e concettualizzate come norme del diritto. Il possesso e

<sup>28</sup> Di MACCORMICK programmatico è il libro *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford 1978, dove nell'appendice (*On the Internal Aspect of Norms*) troviamo un'acuta rielaborazione del punto di vista interno. Si veda anche N. MacCormick, H. L. A. HART, Arnold, London 1981, dove è reso esplicito e recepito criticamente il legato di Hart –che viene altresì etichettato come «ermeneutico» (vedi per esempio, *ivi*, pp. 37-38).

<sup>29</sup> J. RAZ, *Between Authority and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford 2009, p. 90.

<sup>30</sup> *Ivi*, p. 98.

l'uso del concetto di diritto è logicamente indipendente dal fatto che si viva in una comunità retta secondo il diritto. «Sembrirebbe –continua– che Hart non s'impegni alla tesi secondo cui per vivere in una società governata dal diritto ci sia bisogno d'essere consapevoli del concetto di diritto, al di là della consapevolezza delle norme che di fatto costituiscono il diritto della società medesima».

È possibile –ci dice Raz– seguire delle norme di diritto ed essere consapevoli di seguirle senza sapere che si tratti di norme *di diritto*, senza cioè capire il loro «succo», senza riconoscere o intuire il loro senso o significato simbolico e morale, e comunque senza avere un'idea o un concetto di ciò che è il diritto. Il che in altri termini sarebbe come affermare che si può giocare un gioco, ovvero seguirne le regole, senza sapere che si tratta di un gioco e senza avere la nozione di gioco.

Dimodoché, –conclude Raz– «il nostro concetto di diritto non fa della consapevolezza d'esso una precondizione del fatto che quella società sia governata dal diritto»<sup>31</sup>. Quando Raz qui dice il «nostro» concetto di diritto, sta parlando di sé ma anche di Hart. Ciò però è una forzatura, la quale si rende manifesta, allorché aggiunge che «il concetto di diritto non è riflessivo, cioè si applica a pratiche sociali di società nelle quali il concetto stesso non è né usato né conosciuto»<sup>32</sup> –tesi che urta frontalmente con l'idea hartiana della natura del diritto come concetto ermeneutico. Ma ancora di più forse tale forzatura si rende evidente, allorché Raz per giustificare la sua impostazione distingue tra la «natura» del diritto e la sua «esemplificazione», il suo manifestarsi in una pratica o in un ordinamento concreto.

I fatti sociali –scrive Raz– «non determinano la natura del diritto, ma solo la loro esemplificazione»<sup>33</sup>. Questa però è una tesi che confligge con la centralità concessa da Hart nel lavoro definitorio del teorico al «caso esemplare». Essa entra in rotta di collisione col rigetto da parte di Hart delle definizioni essenzialistiche e con la sua adesione al programma di ricerca del «secondo» Wittgenstein. Per questo –come è noto– sono gli usi e le pratiche a fornirci la pista per giungere ai concetti, soprattutto là dove si tratti di usi e pratiche sociali, cioè riflessive, caratterizzate da ciò che Hart chiama «reflective attitude»<sup>34</sup>. Capiamo la regola in primo luogo con riferimento ad un esempio di sua applicazione<sup>35</sup> che può giudicarsi corretto o sbagliato, e poi rivolgendoci al suo «senso», che è da intendersi nell'orizzonte di una pra-

<sup>31</sup> Ivi, p. 94.

<sup>32</sup> Ivi, p. 99.

<sup>33</sup> Ivi, p. 92.

<sup>34</sup> Vedi H. L. A. HART, *The Concept of Law*, cit., p. 57.

<sup>35</sup> Cfr. L. WITTGENSTEIN, *Della certezza*, trad. it. di M. Trinchero, Einaudi, Torino 1978, p. 26: «Per stabilire una prassi non sono sufficienti le regole, ma abbiamo bisogno anche di esempi. Le nostre regole lasciano aperte certe scappatoie. E la prassi deve parlare per se stessa».



tica collettiva, il «gioco» di Wittgenstein<sup>36</sup>. Questo a sua volta assume ai nostri occhi il suo significato complessivo –il «Witz» di Wittgenstein<sup>37</sup>– sulla sfondo di una «forma di vita». «Ciò che gli esseri umani fanno valere come giustificazione –dice ancora Wittgenstein– mostra come pensano e come vivono»<sup>38</sup>.

Il concetto di diritto di Hart –come si è visto, ce lo dice lui stesso– si fa carico della riflessività delle pratiche sociali, presentandosi esso stesso come riflessivo, «ermeneutico». Non è dunque né meramente empirico né archimedicamente teorico o filosofico. Del resto ce lo conferma Raz, allorché questo afferma che secondo Hart «fa parte della natura del diritto che la sua esistenza sia nota a coloro che vi sono soggetti»<sup>39</sup>, situazione che comporta abbastanza plausibilmente che coloro che sono soggetti al diritto e sono consapevoli d'esserlo siano anche in possesso del concetto o dell' «idea» corrispondente, del concetto vale a dire di quella «cosa» di cui riconoscono la realtà.

L'opera di Raz sembra comunque segnare una sorta di controriforma essenzialistica e l'abbandono del punto di vista interno come prospettiva filosofica<sup>40</sup>. Ciò è in parte comune anche al giusnaturalismo di John Finnis che reinterpreta la nozione di caso paradigmatico proposta da Hart nei termini di una sorta di forma platonica alla quale è intrinseca la dimensione della bontà ed anzi dell'eccellenza. Il «tipo ideale» di Max Weber viene ulteriormente idealizzato nella direzione di un'essenza cui inerisce un principio di perfezione. Il «caso paradigmatico» di Hart –in questa prospettiva– segnalerebbe un'eccellenza morale di cui le diverse esemplificazioni fattuali potrebbero essere dei campioni difettosi o delle corruzioni<sup>41</sup>. Qui l'essenzialismo –a differenza di quanto avviene nell'opera di Raz– assume una netta connotazione eticistica. Questa sarà tale da offrirci delle direttive etiche sos-

<sup>36</sup> Vedi ivi, p. 84: «Un giuoco linguistico è una cosa che consiste di azioni del giuoco ripetute nel tempo».

<sup>37</sup> Sulla nozione di «Witz» si leggano i paragrafi 564 e 567 di L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, Suhrkamp, cit., § 564 e § 567, pp. 237-238.

<sup>38</sup> «Was die Menschen als Rechtfertigung gelten lassen zeigt, wie sie denken und leben» (*Philosophische Untersuchungen*, cit., § 325, p. 167). Si legga anche ivi, § 242, p. 139, dove si rinvia esplicitamente alla «forma di vita», *Lebensform*, come fondamento del giudizio di correttezza.

<sup>39</sup> J. RAZ, *Between Law and Interpretation*, cit., p. 93.

<sup>40</sup> A RAZ, nondimeno, dobbiamo un'acuta rielaborazione del punto di vista interno, allorché egli, analizzando gli «enunciati normativi» (attraverso i quali si esprimerebbe il punto di vista interno), distingue tra enunciati «committed», «impegnati», e «non-committed» (ovvero «detached»), «disimpegnati» o «distaccati» (vedi J. RAZ, *The Concept of Legal System*, II ed., Clarendon, Oxford, 1980, pp. 234 ss.). Questa distinzione è ripresa ma diversamente articolata da MacCormick che distingue il punto di vista interno in «cognitively internal» e «volitionally internal» (vedi N. MacCormick, *Legal Theory and Legal Reasoning*, cit., pp. 275 ss.).

<sup>41</sup> Si veda J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford 1980, capitolo primo.

tanziali di ciò che sarebbe l'eccellente, il perfetto, e dunque la pienamente e paradigmaticamente realizzata natura del diritto<sup>42</sup>.

Il punto di vista interno dunque risulta ostico tanto al giuspositivismo esclusivo di Raz quanto al giusnaturalismo similmente esclusivo (ma in una contraria direzione, in quella di credere di poter fare a meno della deliberazione come passaggio epistemico della produzione diritto) che mi pare proprio di Finnis. Ma non è che il punto di vista interno goda di troppa buona salute –se così mi posso esprimere– in altre regioni della contemporanea teoria del diritto e nemmeno –mi pare d'intravedere– nell'imponente disegno sistematico di Luigi Ferrajoli.

#### IV

Il modello metodologico cui si ispira l'opera giusfilosofica del professor Ferrajoli è quello del linguaggio «teorico», in quanto distinto dal linguaggio «osservativo» e «protocollare» di Rudolf Carnap<sup>43</sup>. Contro la proposta di Carnap, com'è noto, si sono fatte valere una batteria di obiezioni a partire da quelle di Otto Neurath<sup>44</sup> che Ferrajoli riporta e dà per giustificate. Neurath riteneva che fosse impossibile un linguaggio protocollare puro per il fatto che gli enunciati di un tale linguaggio dovrebbero sempre rimandare ad altri enunciati ed esperienze. Il linguaggio protocollare (osservativo) non potrebbe cioè sfuggire a certo olismo, alla presupposizione di asserzioni non ancora verificate o esperite.

Ferrajoli dà per buona la critica di Neurath, ma poi aggiunge che il modello protocollare di Carnap si giustifica invece per ciò che concerne lo studio e l'analisi del diritto. Qui la dogmatica giuridica sì che instanzierebbe un caso di linguaggio osservativo protocollare, su cui opererebbe con strumenti formali la teoria del diritto. «La lettura delle norme –scrive Ferrajoli in un saggio del 1983– e la loro immediata riformulazione concettuale (“l'articolo x della legge z dice che ‘...’”) [...] hanno il carattere di quelle che il primo neopositivismo chiamava “enunciati protocollari” o “protocolli” o “asserzioni di base”»<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> Di maniera che per FINNIS il punto di vista interno rilevante è quello dell'uomo serio e virtuoso, dell'aristotelico «spoudaios», «the mature man of practical reasonableness» (J. Finnis, *Op. ult. cit.*, p. 15).

<sup>43</sup> La proposta metodologica di FERRAJOLI è presentata nel dettaglio nel suo *Principia juris. Teoria del diritto e della democrazia*, Vol. 1, *Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2007.

<sup>44</sup> Vedi O. NEURATH, *Soziologie im Physikalismus*, in «Erkenntnis», Vol. 2, 1931-1932, pp. 393-431, e O. Neurath, *Protokollsätze*, in «Erkenntnis», Vol. 3, 1932-1933, pp. 204-214.

<sup>45</sup> L. FERRAJOLI, *La semantica della teoria del diritto*, in *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, a cura di U. Scarpelli, Comunità, Milano 1983, p. 101.

Su questo punto, però, sorge immediatamente una perplessità: il linguaggio osservativo o protocollare nel modello di Carnap si dà come registrazione individuale (addirittura con nome e cognome del protocollante) d'esperienze sensibili oppure in termini fisicalistici. Si tratta cioè d'un linguaggio che concerne sensazioni empiriche e fatti fisici nel mondo. Lo stesso non potrà dirsi –mi pare– del linguaggio della dogmatica giuridica, al di là del fatto, in tale contesto abbastanza banale, che ogni linguaggio ha una dimensione empirica, tale da essere percepibile ai sensi come fenomeno ottico o uditivo oppure tattile. Al di là di questa inevitabile soglia empirica –che vale evidentemente anche per il linguaggio religioso o artistico– difficilmente potrà sostenersi che la dogmatica giuridica sia un linguaggio osservativo e protocollare. Tranne che non si voglia limitarla alla registrazione dell'emissione di suoni o segni, senza porsi la questione del significato di questi.

Tanto meno potrà plausibilmente affermarsi che la dogmatica sia un linguaggio fisicalista, vale a dire più o meno immediatamente traducibile nel linguaggio della scienza fisica, secondo le indicazioni di Neurath e di Carnap. Questi –com'è noto– in tal maniera miravano a realizzare l'ideale dell'unità delle scienze secondo una lingua enciclopedica comune, sotto l'egida di quella che a loro avviso rappresenta la regina delle discipline scientifiche, la fisica per l'appunto. Sono noti a questo proposito gli argomenti di Carnap in favore di una ristrutturazione, per esempio, della psicologia nei termini del vocabolario della fisica<sup>46</sup>.

Ora, gli enunciati della dogmatica giuridica consistono piuttosto d'*interpretazioni*, non di osservazioni; interpretazioni, le quali vertono su complesse entità semantiche e simboliche nelle quali un ruolo determinante è svolto da termini e concetti non riducibili a meri agglomerati di enunciati normativi od alla registrazione di relazioni deontiche. La teoria del diritto, data pure per buona la sua netta separazione dalla dogmatica, non avrebbe allora un primitivo materiale osservativo, registrazioni empiriche di base, su cui lavorare sistematicamente, bensì reti di significati e di concetti simbolici e culturali articolati storicamente e intrisi di elementi valorativi. Per cui le operazioni sintattiche poste in essere dalla teoria, operando mediante stipulazioni e un sistema finito di termini primitivi e di postulati su un tessuto semantico complesso e tutt'altro che atomico o semplice, avrebbe come risultato un'aggressiva destrutturazione e ricomposizione di significati già consolidati e istituzionalizzati veicolati dalla dogmatica e dalla stessa legislazione e da entrambe messe in circolo nella pratica effettiva di giuristi e cittadini. Ciò ovviamente non impedisce che le concezioni della dogmatica non si possano –diciamo così– sfidare e riformare; una tale impresa potrà compiersi o dall'interno del discorso giuridico

---

<sup>46</sup> Esemplare in merito è il saggio di R. CARNAP, *Die physikalische Sprache als Universalsprache der Wissenschaft*, in «Erkenntnis», Vol. 2, 1931, pp. 432-465.

stesso oppure dal punto di vista ultraesterno della critica morale e politica.

È pur vero che Ferrajoli ammette il carattere ermeneutico degli enunciati della cosiddetta scienza giuridica, ma questo loro carattere non è ulteriormente tematizzato. Ferrajoli invece subito aggiunge che esso non osterebbe a concepire la scienza giuridica, la dogmatica cioè, ancora una volta come scienza empirica, poiché –afferma– le generalizzazioni della dogmatica possono configurarsi come il frutto di ciò che i logici chiamano «induzione perfetta», vale a dire una induzione di ipotesi a partire da un numero limitato di esempi. L'enunciato ermeneutico della dogmatica è così ricondotto alla sostanza di un enunciato induttivo, e il senso su cui esso si esercita alla probabilità di un certo evento fisico. Una tesi questa che ricorda la riformulazione della questione del senso e della norma nei termini della *chance* di un certo risultato, proposta da Max Weber ed aspramente criticata da Hans Kelsen<sup>47</sup>.

Insomma, ciò che propone Ferrajoli è di riconcettualizzare la dogmatica giuridica come scienza osservativa, vale a dire come *osservazione che verte su norme*. «I “fatti osservati” dalla teoria e più in generale dalla scienza del diritto –dice– sono le *norme giuridiche*»<sup>48</sup>. E nondimeno la scienza giuridica manterrebbe, a suo avviso, un carattere ermeneutico. Ma –vale qui sottolineare– l'attività ermeneutica, che è innanzitutto comprensione di un senso, è un'operazione epistemica ben diversa dalla registrazione e descrizione di un dato empirico. D'altra parte, in cosa può consistere l'«osservazione di norme» di cui dovrebbe farsi carico la dogmatica, se non nella comprensione e interpretazione del senso delle norme medesime, giacché le norme come tali si manifestano a noi, ed esistono per noi, solo nel loro senso? Una tale comprensione ed interpretazione non potrebbe tra l'altro essere operazionalizzata secondo un calcolo matematico. Il significato non è né un'entità spazio-temporale, né una quantità numerica. Orbene, l'osservazione di cui sono portatori gli enunciati protocollari può però vertere e darsi eminentemente con riferimento a queste due specie di entità.

Invero, l'«osservazione» come operazione epistemica non si addice ad una norma; si però ad un fatto empirico causalmente determinato. E non si addice alla norma, perché questa si esperisce non mediante registrazione visiva o sensoriale, bensì –vale ripeterlo– mediante comprensione, giudizio di senso, ed esiste solo dal punto di vista di colui che, comprendendola, potrebbe allora adoperarla –dal punto di vista cioè non dell'osservatore esterno, ma da quello del partecipante interno alla pratica di senso. L'osservazione di una norma è dunque

<sup>47</sup> Si legga H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, II ed., Mohr, Tübingen 1928, pp. 156 ss.

<sup>48</sup> L. FERRAJOLI, *La semantica della teoria del diritto*, cit., p. 84, corsivo nel testo.

una locuzione che, intesa come operazione conoscitiva, si presta ad essere etichettata come un ossimoro. Sarebbe come dire stipulazione di un fatto, o interpretazione di un sasso, sebbene in direzione contraria. Comunque, se pure se ne accettasse la significatività, l'«osservazione delle norme» significherebbe una sorta di presa in carico delle norme soltanto dal loro solo aspetto esterno, quello di qualche fatto più o meno rilevante, senza più riguardo al loro aspetto interno, che è quello che ci rivela veramente cos'è la norma in questione, cioè ciò che essa ci dice e ci richiede o ci offre, ciò il suo significato, oltretutto il senso che ha dentro la pratica nella quale si dà, quello che si è chiamato già il suo «succo».

L'interpretazione o l'analisi del linguaggio nella scienza giuridica –ripete Ferrajoli– svolge lo stesso ruolo dell'osservazione sperimentale nelle scienze naturali. Il linguaggio della teoria del diritto invece, mancando di riferimento diretto al discorso normativo, è un linguaggio artificiale costruito dal teorico e come tale formalizzabile secondo una sintassi rigorosamente predeterminata. In questa prospettiva le tesi della dogmatica potrebbero configurarsi come proposizioni suscettibili d'essere considerate come giuridicamente vere o false con riferimento alle norme su cui vertono, tanto più che i concetti che una tale scienza, la «dogmatica», utilizza vengono considerati «nomi metalinguistici di norme».

Diverso –ci dice Ferrajoli– è lo statuto semantico dei concetti usati dalla teoria del diritto– di cui «norma» e «diritto soggettivo» sono esempi paradigmatici. Per inciso, se «norma» è un concetto proprio della teoria del diritto, forse ci si potrà domandare come farà la scienza giuridica del dogmatico ad «osservare» norme come fatti empirici mediante enunciati protocollari, posto che «norma» sembra ora essere un concetto stipulativo e convenzionale di cui il dogmatico ancora non dispone. Il dogmatico per osservare norme dovrebbe già essere in possesso di una qualche sua nozione di norma.

Nel caso della teoria del diritto si tratta –ci dice ancora Ferrajoli– di termini che mancano di una relazione semantica diretta con la realtà del diritto, sia che questa la si studi dal di dentro come norma ovvero dal di fuori come fatto. La norma qui sembrerebbe allora essere qualcosa che è allo stesso tempo oggetto d'osservazione empirica come fatto (dal di fuori o dal punto di vista esterno) e di interpretazione come entità semantica (dal di dentro) da parte del dogmatico –il quale però, come si è visto, non è certo che disponga di un proprio concetto di norma. Tale concetto è esplicitato al livello della teoria del diritto, tuttavia non come concetto esplicativo e osservativo oppure ermeneutico, bensì come un postulato primitivo dal carattere meramente stipulativo–dunque addirittura ultraesterno rispetto alla pratica o alla realtà del diritto.

Il concetto di norma –leggiamo in *Principia juris*– non è una nozione la cui definizione possa dipendere dall'uso che eventualmente si faccia d'esso in questo o quel contesto legislativo. Cioè, è un

concetto teorico convenzionale. La definizione di un concetto e la giustificazione di una tesi della dogmatica esigono la lettura dei testi normativi che costituirebbero la base empirica della dogmatica medesima. Non avrebbe senso e sarebbe vano invece, secondo Ferrajoli, cercare in quei testi il significato o il fondamento di un concetto o di una tesi della teoria. Mentre il linguaggio della dogmatica, pur essendo osservativo e protocollare, rimane un linguaggio comune, il linguaggio della teoria del diritto è del tutto artificiale. La teoria qui non è solo un metalinguaggio, ma più specificamente è un metalinguaggio che non riproduce il linguaggio comune che ha per oggetto, che non si alimenta di questo ed anzi lo rigetta.

Il linguaggio giuridico difatti, sebbene si configuri come uno specifico linguaggio tecnico, rimane un linguaggio «comune», in tanto in quanto l'aggettivo «comune» si contrapponga agli aggettivi «convenzionale», «artificiale», o «formale». Un linguaggio comune come tale non è suscettibile di formalizzazione, potendo essere invece analizzato, come accade nelle discipline giuridiche positive, in un metalinguaggio del pari comune, sebbene dotato di maggiore precisione e chiarezza. La teoria del diritto, al contrario, essendo elaborata in un linguaggio interamente artificiale e convenzionale, è un sistema di concetti ed enunciati che può essere perfettamente organizzato secondo una struttura formale, rigorosa ed esattamente prestabilita.

In questa prospettiva, il linguaggio della teoria risulta non soltanto esterno alla pratica giuridica (che si dà nella produzione e interpretazione dei testi normativi), ma *estremamente* esterno. Non è un linguaggio, come quello di un eventuale spettatore, che spieghi il diritto dal punto di vista della fatticità delle norme e della regolarità della pratica giuridica, del suo tessuto di cause ed effetti. Risulta ora essere qualcosa di molto più esterno. In esso non vige più il primato della *adaequatio intellectus ad rem*, di una «verità giuridica» – se si vuole – che lo ancorerebbe bene o male ancora al linguaggio comune su cui verte. Il principio che qui ora sembra vigere è la pretesa del teorico di riformare e purificare – sia pure, si afferma, a fini esplicativi – ciò che gli appare gravemente confuso, incoerente ed indeterminato. È piuttosto il principio della *adaequatio rei ad intellectum*, di una verità ideale che produce la cosa reale, punto di vista esterno quanto nessun altro.

Ciò è reso ancora più evidente dalla successiva articolazione della teoria del diritto secondo il metodo assiomatico. Qui si pongono sedici termini primitivi, tra cui vale menzionare la presenza per esempio di «democratico». Si pongono poi una serie di «postulati» tra i quali può menzionarsi come particolarmente significativo quello per cui «i soggetti non sono oggetti», il quale corrisponde grosso modo alla seconda formulazione dell'imperativo categorico kantiano. Si tratta in entrambi i casi (nel caso del termine «democratico» e del postulato «i soggetti non sono oggetti») di concetti la cui complessità e il cui carattere apprezzativo, normativo forte, rendono genuino e ragionevole l'eventuale disaccordo rispetto al loro contenuto. Possono ritenersi

dunque concetti «essenzialmente controversi»<sup>49</sup>. La loro controvertibilità consiglierebbe per una loro sostanziosa ed abbondante giustificazione e dovrebbe indurre a sostenerne ed a provarne la dimostrabilità, sia pure argomentativa. Si tratta di concetti tanto «spessi» che risulta implausibile ed imprudente presupporre l'indimostrabilità discorsiva e assumerne l'evidenza intuitiva.

D'altra parte, tale loro controvertibilità e questo loro «spessore» (e la loro «profondità» storica potrebbe aggiungersi) si sottraggono facilmente allo sforzo di porre condizioni necessarie e sufficienti del loro uso corretto. La regola del loro uso non si lascia determinare in termini puramente semantici o «criteriali». Qui –come direbbe Wittgenstein– l'esempio illustra la regola e la riarticola, e il principio poi, il «succo», che sta alla base delle regole e della loro prassi, o del «gioco linguistico» entro cui si dà, ci guida nell'attribuzione di significato alla regola. Non ogni significato ascrivibile alla regola è quello corretto, ma solo il significato *ragionevole*<sup>50</sup>.

È vero –ci dice Ferrajoli–, nel caso dei concetti della teoria del diritto si tratta di nozioni che quasi tutte hanno una tradizione millenaria nel corso della quale sono state impiegate nei modi e significati più disparati, a volta persino all'interno dell'opera di un medesimo autore, dando origine frequentemente a una serie di pseudoproblemi. Ebbene –dichiara allora programmaticamente Ferrajoli– di questa vetusta, antica tradizione, di tali usi storici la teoria del diritto è chiamata a fare tabula rasa.

È significativo a questo proposito il ruolo che Ferrajoli attribuisce alla logica del diritto. Questa opera come somma di *principia juris tantum*, come operazione solo del teorico, e non già come *principia juris et in jure*, come somma cioè di criteri che indirizzino anche il discorso giuridico pratico. La logica –leggiamo nell'introduzione al primo volume di *Principia juris*– è propria di discorsi sul diritto, di metadiscorsi, ma non lo è del discorso di primo grado del diritto positivo, rispetto al quale di conseguenza essa (la logica) è detta svolgere un ruolo non già descrittivo o ricostruttivo, bensì rigidamente prescrittivo. *Mutatis mutandis*, sarebbe come dire –mi sembra– che la grammatica e le sue regole non sono proprie di un certo linguaggio naturale, bensì solo del discorso dei grammatici i quali esercitano una funzione imperativa e disciplinare su quel certo linguaggio naturale.

Una definizione deve stipulare con rigore le condizioni tanto necessarie quanto sufficienti per l'uso del termine definito. Ciò ci con-

<sup>49</sup> Su questi cfr. l'ormai classico contributo di WALTER B. Gallie, *Essentially Contested Concepts*, in «Proceedings of the Aristotelian Society», vol. 56, 1956, pp. 167-198.

<sup>50</sup> Cfr. quanto scrive Hilary Putnam: «Chi non afferra il “succo” del gioco linguistico, e non riesce a porsi con l'immaginazione nella posizione di una persona impegnata nel gioco, non può valutare se in esso i “criteri” vengono applicati *ragionevolmente* o no» (H. Putnam, *Il pragmatismo: una questione aperta*, trad. it. di M. Dell'Utri, Laterza, Roma-Bari 2003, p. 56, corsivo nel testo).

sentirà –questa è l'accattivante promessa di Ferrajoli– di costruire e sviluppare con rigore un sistema trasparente, e soprattutto coerente e non contraddittorio di tesi.

Tuttavia, la controvertibilità dei termini primitivi e dei postulati non si risolve mediante la mera stipulazione. L'univocità non riesce qui ad ottenersi con un atto decisionistico, o con una scelta monologica del teorico. Tale scelta, in assenza di un rinvio agli usi della pratica su cui interviene metalinguisticamente e altresì in assenza di una giustificata e sostanziale motivazione, appare tutt'altro che trasparente. Certo, sappiamo chi è l'autore della scelta, ma il suo sostrato materiale e la teoria normativa retrostante rimangono nondimeno oscuri, non sono resi pubblici. L'oscurità e la mancanza di pubblicità sono poi rafforzate dall'opzione metaetica noncognitivistica dell'autore, che non ci permette di ripercorrere e di controllare i passaggi argomentativi mediante i quali egli giunge alle sue stipulazioni valorative.

Scelte tanto foriere di successivi sviluppi meriterebbero d'essere tematizzate e per così dire rielaborate (e rese condivisibili) attraverso un lavoro di ricognizione e di argomentazione delle concezioni e delle tesi che si sovrappongono e rincorrono per la definizione e l'uso dei concetti in gioco, ponderandone le ulteriori implicazioni normative. L'assunzione dell'indimostrabilità, nel caso di postulati e termini che sono tutt'altro che intuitivi o «chiari e distinti», ne mantiene intatta la (ragionevole) controvertibilità e non garantisce, anzi impedisce infine, che nessun postulato o nessuna tesi, sia pure derivata o derivabile con tutto il rigore logico possibile, non risulti nondimeno la negazione di qualcuno dei postulati medesimi. Insomma, data l'ignorata, ma latente contestabilità di termini e postulati, non può escludersi che la teoria che da questi muove, per quanto formale e rigorosa, non contenga simultaneamente una tesi vera ed una tesi falsa.

Fecha de recepción: 30/06/2012. Fecha de aceptación: 8/11/2012.



# *Ethica more iuridico incorporata: Luigi Ferrajoli*

Por JOSÉ JUAN MORESO  
Universitat Pompeu Fabra

Justice is the first virtue of social institutions,  
as truth is of systems of thought.

John Rawls, 1971, p.3.

## RESUMEN

*En este trabajo se sostiene que la tesis de la incorporación es compatible con la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral, puesto que el derecho incorpora pautas morales de manera contingente y dependiendo de cuál sea su contenido. Es también más apta para dar cuenta del indiscutible hecho de que nuestras fuentes jurídicas constitucionales y legales, y también las decisiones de nuestros Tribunales, recurren a menudo al lenguaje de la moralidad. La tesis de la incorporación explica las razones, el alcance y los límites del espacio que la moralidad ocupa en la práctica institucional de creación y aplicación del derecho. Se arguye también que algunos aspectos de la obra de Luigi Ferrajoli permiten atribuirle la tesis de la incorporación.*

Palabras clave: *Ferrajoli, tesis de la incorporación, positivismo jurídico excluyente, positivismo jurídico incluyente.*

## ABSTRACT

*In this paper, the compatibility of the thesis of incorporation with the thesis of the conceptual separability between law and morality is defended. Law*

*incorporates moral arguments in a contingent way, when the language of our legal sources, constitutional and legal sources, includes moral concepts and considerations. The thesis of incorporation explains the reasons, the scope and the limits which the morality occupies in the institutional practice of legal creation and adjudication. It is also argued that some relevant aspects of Luigi Ferrajoli's ideas allow us to attribute him the thesis of incorporation.*

Key words: *Ferrajoli, thesis of incorporation, exclusive legal positivism, inclusive legal positivism.*

*SUMARIO:* 1. LA TESIS DE LA INCORPORACIÓN.—2. ARGUMENTOS MORALES Y ARGUMENTOS MODALES.—3. CONCEPCIONES DEL DERECHO: LA CONEXIÓN NECESARIA.—4. CONCEPCIONES DEL DERECHO: LA CONEXIÓN IMPOSIBLE.—5. CONCEPCIONES DEL DERECHO: LA CONEXIÓN CONTINGENTE.—6. FERRAJOLI Y LA TESIS DE LA INCORPORACIÓN: DOS VERSIONES.—7. *ETHICA MORE IURIDICO INCORPORATA.*

## 1. LA TESIS DE LA INCORPORACIÓN

En una sentencia relativamente reciente que ha sido muy comentada, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha decidido que la presencia de crucifijos en las aulas de las escuelas públicas italianas no vulnera la libertad religiosa de los no cristianos<sup>1</sup>. Al parecer a la mayoría de los miembros del Tribunal les parece que el argumento de los representantes del Estado italiano según el cual «el crucifijo simboliza los principios y valores que fundan la democracia y la civilización occidental, quedando justificada su presencia en las aulas a dicho título» es convincente. No son relevantes ahora los aspectos técnico-jurídicos del caso: los artículos de sendos decretos italianos del tiempo de Mussolini que establecían el deber de la presencia de los crucifijos, los recursos presentados por la señora Lautsi en Italia, ni siquiera qué hizo a la Gran Sala del Tribunal acoger la posición del recurso de Italia revocando la decisión anteriormente tomada en el año 2009. Lo relevante es que parece, más allá de cuál sea la posición que consideremos adecuada, que lo que establece el Convenio europeo de derechos humanos no dirime la cuestión sin embarcarnos en

---

<sup>1</sup> Sentencia del THDH Lautsi y otros v. Italia (demanda n. 30844/06) de 18 de marzo de 2011.

una elucidación de lo que presupone e implica la libertad religiosa que parece abocada al uso de la argumentación político-moral.

Es lo que ocurre con la constitucionalización y la incorporación a los Tratados internacionales de amplias declaraciones de derechos que reconocen en una formulación genérica un catálogo de derechos cuyo contenido sólo puede determinarse, según parece, mediante el recurso a la argumentación moral. Aunque no son las declaraciones de derechos el único síntoma de este mecanismo incorporacionista, dado que hay también el uso de conceptos valorativos como el de tratos inhumanos y degradantes<sup>2</sup> o el de dignidad humana, tal vez son el ámbito más relevante. Parece que no es posible atribuir contenido a estas declaraciones sin tener en cuenta los presupuestos éticos que las justifican, sin recurrir a la argumentación moral.

Esto permite formular del siguiente modo lo que denominaré *la tesis de la incorporación* (TI):

(TI) Cuando las fuentes del derecho (la Constitución y las leyes) incluyen conceptos y consideraciones morales, lo que el Derecho establece ha de ser identificado mediante el uso de la argumentación moral.

En este trabajo trataré de mostrar la plausibilidad de la tesis de la incorporación y la implausibilidad de las concepciones que la rechazan. Para ello, trazaré un mapa de las posiciones posibles acerca de las relaciones entre la identificación del derecho y el uso de la argumentación moral. A continuación argüiré a favor de TI. Por último, trataré de mostrar cómo aunque la posición de Ferrajoli puede ser considerada un modo de negar TI, hay razones en su obra más reciente para considerarlo un defensor de la tesis y argumentaré a favor de ello.

## 2. ARGUMENTOS MORALES Y ARGUMENTOS MODALES

La tesis TI evoca la perdurable cuestión de las relaciones entre el derecho y la moral. La evoca, como ahora somos más conscientes, desde uno de sus prismas posibles. Nada dice acerca de si, en último término, la justificación de las acciones, por ejemplo de los jueces, debe ser moral o de si la existencia del derecho instancia, de modo necesario, algún valor moral<sup>3</sup>.

Establece una relación entre la identificación del derecho y la argumentación moral. En realidad, las relaciones desde el punto de vista de la modalidad pueden ser sólo de tres tipos: o bien son necesarias, o

<sup>2</sup> Al que me refería, por ejemplo, en MORESO 2012a.

<sup>3</sup> Muchos autores han insistido convincentemente en que en alguno de estos sentidos la relación entre el derecho y la moral es necesaria. Véase por ejemplo NINO 1994, GARDNER 2001, RAZ 2004.

bien son imposibles o bien son contingentes. Ello cubre todo el espacio lógico modal. De acuerdo con estas ideas y representando como es usual los operadores modales<sup>4</sup>:

$\diamond$ : «Posible»,

$\square$ : «Necesario»

y tomando los predicados «J» como «jurídico» y M como «identificado mediante la argumentación moral», podemos representar la tesis de acuerdo con la cual lo jurídico ha de identificarse necesariamente mediante argumentos morales como sigue:

$\forall x \square (Jx \rightarrow Mx)$ ,

que es equivalente a<sup>5</sup>

$\square \forall x (Jx \rightarrow Mx)$ .

La interna negación de la anterior fórmula que dice que nunca puede ser el caso que la identificación del derecho dependa de argumentos morales, es decir que dicha relación es *imposible*, puede ser representada así:

$\square \forall x (Lx \rightarrow \neg Mx)$ ,

Ahora bien, la negación externa de la tesis de la conexión necesaria puede ser representada del siguiente modo:

$\neg \square \forall x (Lx \rightarrow Mx)$ ,

una expresión lógicamente equivalente a

$\diamond \exists x (Lx \wedge \neg Mx)$ ,

es decir, es posible que la identificación del derecho no dependa de la moralidad. Por otra parte, la idea de la tesis de la incorporación, la idea de TI, es precisamente que algunas veces aquello que el derecho establece puede depender de los argumentos morales. Es decir:

$\diamond \exists x (Lx \wedge Mx)$ ,

y la conjunción de estas dos últimas expresiones lógicas equivale a la afirmación de que la dependencia de argumentos morales de la identificación del derecho es *contingente* y, por lo tanto, es compatible con sistemas jurídicos cuyas fuentes remitan a la moralidad y con sistemas que no realicen dicha remisión.

<sup>4</sup> Se trata de un argumento que presenté en MORESO 2012b, desarrollando y ampliando una distinción de Coleman entre dos modos de entender la tesis de la separación entre el derecho y la moral, la negación interna y la negación externa de la tesis de la conexión necesaria (COLEMAN 1998b: 265), beneficiándome de tres tesis de la identificación del derecho trazadas por KRAMER 2001 en su discusión con DYZENHAUS 2000.

<sup>5</sup> Lo es, en lógica modal, por la denominada fórmula de Barcan, vd. HUGHES-CRESSWELL (1996: 244).

### 3. CONCEPCIONES DEL DERECHO: LA CONEXIÓN NECESARIA

Algunos autores han insistido en los últimos años (por ejemplo Nino 1994, Dworkin 2006) en que no hay un solo concepto de Derecho sino que el término «Derecho» designa una familia de conceptos y cuál va a resultar el privilegiado en un determinado contexto depende de nuestros intereses teóricos y prácticos. Podemos conceder este extremo y señalar que aquí estamos interesados en aquel concepto de derecho de un país, de un sector determinado de la vida social, del derecho internacional, que se vincula con aquello que es obligatorio, prohibido o facultativo para sus destinatarios frente a determinadas acciones. Aquel concepto relacionado con los valores de verdad de nuestras proposiciones jurídicas referidas a aquello qué debemos, no debemos o podemos elegir hacer *jurídicamente*. Nos interesa este concepto porque nos interesa averiguar si entre las condiciones de verdad de nuestras proposiciones jurídicas se halla o no la adecuación a determinadas argumentaciones morales.

Para la concepción que sostiene que necesariamente la identificación del derecho depende del recurso a la argumentación moral la respuesta es clara. El valor de verdad de todas nuestras proposiciones jurídicas depende de que no sean inconsistentes con la moralidad. Este parece ser el punto de vista del iusnaturalismo clásico, de Agustín de Hipona y Tomás de Aquino: las leyes injustas (contrarias a la moralidad) son jurídicamente *inválidas*<sup>6</sup>. Es más controvertido si este es el punto de vista de los que se declaran antipositivistas en estos días (si es el punto de vista de Alexy 1992, Dworkin 2006, 2011 o Atria y Ruiz Manero 2006 y Atria 2002, 2006 entre nosotros). Tomemos el caso del más persistente crítico del positivismo jurídico: Ronald Dworkin.

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

<sup>6</sup> Agustín DE HIPONA (2012: I, v 11) lo decía así: «*Nam lex mihi esse non videtur, quae iusta non fuerit*» y Tomás DE AQUINO (2012: I-II q. 95 a. 2 c): «*Si vero in aliquo, a lege naturali discordet, iam non erit lex sed legis corruptio*».

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, dicho incidentalmente, 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 sociedad<sup>7</sup>.

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 política<sup>8</sup>, y por otra que su 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)<sup>9</sup> afirmar que

---

<sup>7</sup> Un intento de contestar la crítica dorkwiniana 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.

<sup>8</sup> 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 sin embargo –por razones parcialmente similares– que su posición es mejor caracterizada como antipositivista, ATIENZA-RUIZ MANERO 2007. Pero aquí la cuestión es la de si aceptan las consecuencias de la tesis de la conexión necesaria y parece que la respuesta es negativa.

<sup>9</sup> 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

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).

#### 4. CONCEPCIONES DEL DERECHO: LA CONEXIÓN IMPOSIBLE

En la literatura relevante la imposibilidad de la conexión se sostiene de dos modos, al menos, muy diversos entre sí. Uno procede de una posición escéptica en materia ética, con arreglo a la cual cuando el derecho remite a la moralidad, realiza una remisión vacía, una remisión *en blanco*, puesto que el objeto de la remisión es inexistente, dado que el escepticismo ético rechaza que haya razones morales objetivamente válidas, que puedan servir para determinar mediante la argumentación moral el contenido del derecho<sup>10</sup>.

Sin embargo, existe otro modo de defender la tesis de la conexión imposible, que comporta la misma lectura estricta de la tesis de las fuentes sociales del derecho atribuible al positivismo jurídico. Se trata del modo en que la ha venido defendiendo desde hace más de treinta años Joseph Raz (1979, cap. 3; 1994, cap. 9; 2004)<sup>11</sup>. 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). La tesis es la siguiente (Raz 1979, 185):

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.

---

recuperarlos aún 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.

<sup>10</sup> 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. Véase respectivamente: GUASTINI 2006 y TROPER 2001.

<sup>11</sup> Véase también SHAPIRO 1998, 2011:cap. 9 y MARMOR 2002, 2011, cap. 4.

El argumento de Raz en defensa de esta tesis, que como puede apreciarse está en contradicción con la tesis de la incorporación, 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.

O sea tenemos dos formas de positivismo jurídico que sostienen la imposibilidad de la relación entre la identificación del derecho y el uso de los argumentos morales: una fundada en el escepticismo ético y otra fundada en una determinada concepción de la autoridad.

¿Qué sucede entonces, según estas concepciones, cuando nos encontramos con estas expresiones valorativas en los textos jurídicos de las fuentes? Pues bien, la respuesta más habitual es que los jueces gozan de *discreción* para completar o cambiar el derecho de acuerdo con la moralidad. Raz (1994, 310-324), por ejemplo, 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. También los escépticos en ética consideran, es claro, que en este caso los jueces tienen de modo inevitable discreción dado que no hay pautas previas que identificar y aplicar.

Creo que hay razones para dudar de la plausibilidad de esta posición. Veamos el siguiente pasaje de Raz (1979, 75)<sup>12</sup>:

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, los jueces tienen discreción (como el anterior pasaje de Raz sostiene), entonces hay buenas razones para dudar de la plausibilidad de dicha tesis. Si A firma con B un contrato por el cual se obliga a asesinar a C

<sup>12</sup> Véase sobre este punto ENDICOTT 2003.



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, la *poena cullei*, una pena que condenaba a los parricidas a ser encerrados en un saco con un mono, un gallo, una serpiente y un perro y arrojarlos al mar o al río más cercano. 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 discreción<sup>13</sup>.

Raz añade otro argumento en defensa de su posición (Raz 1979, 47 nota 8 y 2004, 17):

Los defensores de tal concepción [de la tesis de la incorporación] 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.

Es cierto que dicho argumento deberá ser suministrado con detalle, pero el eje del razonamiento tratará de mostrar que en los casos de uso de conceptos y consideraciones morales los jueces no tienen discreción. Si nosotros creemos que la presencia de crucifijos en las escuelas vulnera la libertad y autonomía de los no cristianos, entonces tenemos buenas razones para argüir que Lautsi es una decisión incorrecta desde el punto de vista jurídico. En cambio, cuando los jueces ejercen su discreción (por ejemplo, cuando el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en virtud del *certiorari* decide admitir un recurso o no) su comportamiento no puede nunca ser tildado de *jurídicamente incorrecto*.

Es más, a menudo, es el espacio excesivo de discreción de los jueces lo que lleva a algunos autores a comprometerse con el ideal de la certeza del derecho y a rechazar la inclusión de conceptos y consideraciones morales en las fuentes del derecho. 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

<sup>13</sup> Se trata de un argumento presentado en MORESO 2012b.

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, Green 2008) o no tanto (Scarpeilli 1965) del denominado *positivismo jurídico normativo*<sup>14</sup>.

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 siempre los mismos.

Aparte de la posición normativa de recomendar el uso parimonioso de conceptos de valor en el derecho, algunos autores positivistas han intentado otras vías para identificar el derecho en estos casos con certeza.

Algunas veces, por ejemplo, se ha argüido que los jueces deben decidir cuál sea el contenido de expresiones como «libertad religiosa» 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 aplicadas<sup>15</sup>. 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 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 prácticamente indistinguible del razonamiento moral: comienzas con la moral social, pero si estás dispuesto a aceptar la crítica argumentada, la opacidad de algunas de nuestras convicciones, la posibilidad de refinarlas y moldearlas, terminas en la moral crítica (Moreso 2009a, 192).

Una estrategia distinta 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. 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*<sup>16</sup>. De este modo, consideran estos autores, la indeterminación se reduce: sólo está amparado por la libertad religiosa (en nuestro ejemplo) los

---

<sup>14</sup> Que presenté y critiqué en MORESO 2012b. Algunos ecos de esta posición, aunque asumida con matices, entre nosotros en HIERRO 2002 y LAPORTA 2007.

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> Y su más ilustre representante tal vez sea el magistrado de la Corte Suprema SCALIA 1997.

comportamientos considerados incluidos por los redactores del Convenio Europeo de derechos humanos.

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: aún en casos en donde es claro que no estaba en sus intenciones, como tal vez sea el caso de los crucifijos en las aulas, 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. Es más, es razonable creer que el legislador del año 2000 de la vigente *Ley de Enjuiciamiento Civil*, no considerara (porque todavía no habían sido creadas) las I-pad como objetos a los que se refiere el artículo 606.2: «Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada». Pero un abogado podría argüir a favor de la inembargabilidad del I-pad de otro abogado demandado en 2012.

## 5. CONCEPCIONES DEL DERECHO: LA CONEXIÓN CONTINGENTE

Si los argumentos esgrimidos en los dos epígrafes anteriores resultan convincentes, entonces nos queda la tesis de la incorporación, una conexión contingente (en virtud de la remisión de las fuentes del derecho) a la argumentación moral. La conexión del derecho con la moralidad no es ni necesaria, ni imposible, sino que es contingente, como sostiene el denominado positivismo jurídico incluyente<sup>17</sup>. Aunque esta cuestión suele vincularse con la de la posibilidad de que la propia

---

<sup>17</sup> Los precedentes de tal concepción pueden hallarse en CARRIÓ 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.

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 como la tesis de la incorporación (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 decisiones públicas vulneran o no la libertad religiosa: 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<sup>18</sup>. Me propongo, para concluir, analizar la posición de Ferrajoli al respecto, para saber en qué medida el constitucionalismo garantista está comprometido con la tesis de la incorporación.

Sin embargo, antes de analizar la posición de Ferrajoli tal vez sea útil salir al paso de una objeción consistente en señalar que la diferencia entre los positivistas excluyentes y los positivistas incluyentes es una mera cuestión de palabras<sup>19</sup>.

En la teoría del derecho positivista, se distingue algunas veces entre dos sentidos de *validez*: validez como *pertenencia* y validez como *aplicabilidad*. Una norma es válida, en el sentido de que pertenece a un sistema jurídico S, si y sólo si es identificada como miembro de S por los criterios de la regla de reconocimiento de S. Una norma es válida, en el sentido de que es aplicable a un caso, si y sólo si existe otra norma, que es un miembro de S, que autoriza u obliga a los órganos de aplicación de S a aplicarla a ese caso<sup>20</sup>. En el contexto de este debate Raz y Coleman, entre otros, sostienen que todas las normas jurídicamente válidas en determinada son de aplicación obligatoria por parte de los jueces, pero hay normas que no son válidas en dicha jurisdicción (las normas de un derecho extranjero por ejemplo) que, en virtud de las normas de conflicto del derecho local, pueden ser de aplicación obligatoria por parte de los jueces.

Es decir, según esta distinción, es posible que un estándar moral no sea parte del Derecho y, sin embargo, sea obligatorio para los jueces

---

<sup>18</sup> RAZ 1979, 2004; HIMMA (que en Himma 1999 presentaba argumentos favorables al incorporacionismo) 2003, 2005, 2009; BAYÓN 2002a, 2002b; DWORKIN 2006, 2011; SHAPIRO 2009, 2011; MARMOR 2011. Algunos de estos argumentos son analizados en MORESO 2012a.

<sup>19</sup> Se trata de un argumento que se remonta a MORESO 2009a, cap. 10.

<sup>20</sup> Puede verse la distinción en estos términos en BULYGIN 1982, MORESO 1997, cap. 3, MORESO-NAVARRO 1997 y VILAJOSANA 1998.

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 (vd. sobre ello Kramer 2007). 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.

## 6. FERRAJOLI Y LA TESIS DE LA INCORPORACIÓN: DOS VERSIONES

Veamos cuál era la posición de Ferrajoli en su perspicua e influyente presentación del garantismo hace ya más de veinte años (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 artículo 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 artículo 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 empí-

rico 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. Este no es el lugar para una defensa del objetivismo en moral. Baste con apreciar que el argumento de Ferrajoli presupone el rechazo del objetivismo.

En los últimos trabajos de Ferrajoli (desarrollando las ideas presentes en 2007, 2011a, 2011b, 2012, Ferrajoli-Ruiz Manero 2012) hay un refinamiento considerable de esta posición. Aunque sigue manteniendo su punto de vista, por razones ontológicas y epistémicas, de acuerdo con el cual no puede predicarse valor de verdad de los juicios morales; y sigue manteniendo también que el objetivismo moral lleva inevitablemente al dogmatismo y al absolutismo moral, explica más claramente su posición metaética (por ejemplo Ferrajoli 2012b, 67):

El rechazo del cognitivismo y del objetivismo moral, por otro lado, no debilita, ni aun mínimamente, la firmeza con la que defendemos nuestras tesis morales o políticas en materia de justicia, como las tesis sobre la igualdad o sobre la libertad ...La alternativa al cognitivismo ético, en efecto, no es en absoluto, a mi parecer, el relativismo emotivista, o la idea de que los valores éticos son el fruto de preferencias inmotivadas, ni aún menos, el indiferentismo moral: personalmente tiendo a no usar la expresión «relativismo moral», a mi parecer altamente equívoca, sino la expresión «anticognitivismo (o anticognitivismo y antiobjetivismo) ético». La alternativa es simplemente la fundamentación, racionalmente moti-

vada y argumentada, aunque no «verificada», de nuestras tesis ético-políticas, en cuanto tales normativas, en base a (nuestra concepción de) la justicia, más bien que en base a la verdad.

A esta posición metaética se suma una posición que acepta lo que denomina «la positivización de la “ley de la razón”», es decir, la incorporación de la moralidad en el derecho. Por ejemplo (Ferrajoli 2011, 25):

De este modo, el antiguo y recurrente contraste entre *razón y voluntad*, entre *ley de la razón y ley de la voluntad*, entre *derecho natural y derecho positivo*, entre Antígona y Creonte, que recorre la filosofía jurídica y política en su totalidad, desde la antigüedad hasta el siglo xx, y que corresponde al antiguo y también recurrente dilema y contraste entre el *gobierno de las leyes* y el *gobierno de los hombres*, ha sido en gran parte resuelto por las actuales constituciones rígidas, a través de la positivización de la «ley de la razón» –aun cuando históricamente determinada y contingente– bajo la forma de los principios y de los derechos fundamentales estipulados en ellas, como límites y vínculos a la «ley de la voluntad», que en democracia es la ley del número expresada por la voluntad de la mayoría.

Esta posición es perfectamente compatible con la tesis de la incorporación y Ferrajoli puede, de acuerdo con ella, ser contado entre las filas de los positivistas incluyentes. Que su modo de defender esta tesis sea cuidadoso en no colapsar la argumentación jurídica con la argumentación moral y en no dar alas al activismo judicial es un modo concreto de ser incorporacionista. Pero, tal y como lo veo, el constitucionalismo garantista de Ferrajoli presupone la tesis de la incorporación.

Sin duda que esta tesis de Ferrajoli está en tensión con sus posiciones metaéticas. En mi opinión la tesis de la incorporación presupone el objetivismo ético, si por tal entendemos algo similar a lo que Rawls (2000:245) atribuye a la ética kantiana: «decir que una convicción moral es objetiva, entonces, es decir que hay razones suficientes para convencer a todas las personas razonables de que es válida o correcta».

## 7. ETHICA MORE IURIDICO INCORPORATA

Aquí no he discutido un argumento que a menudo se expone (Raz 2004, Shapiro 2009, Bayón 2002b, Marmor 2011) contra la tesis de la incorporación. Un argumento que es, en realidad, una instancia del argumento de la pendiente resbaladiza: si el derecho puede remitir algunas veces a la moralidad, entonces puede hacerlo siempre y, de tal modo, el derecho perdería su capacidad de resolver los conflictos mediante reglas claras, públicas y accesibles a todos. Algo de este argumento puede considerarse implícito en el constitucionalismo garantista de Ferrajoli (véase Moreso 2011): la razón que justifica

resolver nuestros conflictos mediante normas jurídicas es que dichas normas son públicas, accesibles a todos y capaces de poner fin a las discrepancias que podemos tener acerca de cómo debemos comportarnos en determinadas circunstancias. Si las normas jurídicas y, en especial, las normas constitucionales remiten a consideraciones morales, entonces no disponemos ya de normas públicas, accesibles y opacas a las razones subyacentes. Como a veces se dice, las normas jurídicas entonces no realizarían ninguna *diferencia práctica*. La tesis de la diferencia práctica puede formularse del siguiente modo: si las pautas jurídicas aplicables por los jueces remiten a pautas morales, dichas pautas no están en condición de motivar la conducta de los jueces, porque dichas pautas no añaden nada a las razones que los jueces ya tendrían, si fueran racionales, para actuar. En otras palabras, las remisiones del Derecho a la moralidad son superfluas y, por lo tanto, la única concepción plausible del Derecho, como un instrumento capaz de producir diferencia práctica, es el positivismo excluyente. Tal vez, algo de esto quiera decir Ferrajoli cuando aduce que el positivismo, que denomina principialista y que está más cercano al positivismo incluyente, rebaja la normatividad del derecho y de la constitución.

Creo que esta crítica cede si son plausibles los dos siguientes argumentos: en primer lugar, que las remisiones a la moralidad son limitadas y no conducen a que siempre en la aplicación del derecho intervenga activamente la argumentación moral<sup>21</sup> y, en segundo lugar, que la diferencia práctica del derecho va de la mano de su estructura institucional<sup>22</sup>.

Muchos supuestos de aplicación del derecho son opacos a las razones morales subyacentes. Cuando un juez rechaza una demanda por hallarse fuera de plazo, lo hace sin acudir a la razón subyacente que justifica, por razones de seguridad, estabilidad de las expectativas y adecuado funcionamiento de la administración de justicia, el hecho de poner límites temporales a la interposición de nuestras reclamaciones jurídicas. Sencillamente la rechaza por estar fuera de plazo. El recurso a las razones morales ha de estar reconocido, de un modo u otro, por las razones jurídicas. Cuando, por ejemplo, la constitución española prohíbe, en su artículo 15, los tratos inhumanos o degradantes, habilita al Tribunal constitucional (el único competente para apreciar la constitucionalidad de las leyes, en España) a razonar moralmente cuando se le plantea, por ejemplo, si es constitucional la norma penitenciaria que niega a algunos presos las denominadas comunicaciones íntimas.

Este último ejemplo puede servir también para comprender cómo la estructura institucional del derecho es la que permite a las normas

---

<sup>21</sup> Una posición según la cual si se acepta el incorporacionismo entonces no hay modo plausible de detener la invasión del derecho por parte de la moralidad en ORUNESU, PEROT, RODRÍGUEZ 2005.

<sup>22</sup> Para este segundo punto véase el sugerente estudio de ATIENZA-RUIZ MANERO 2001.



con consideraciones morales realizar una diferencia práctica, conservar la fuerza normativa. Me explico: si la denegación de las comunicaciones íntimas a determinados presos es una norma de rango reglamentario, entonces un funcionario de prisiones no puede acudir al razonamiento moral para aplicarla, para él la norma es totalmente opaca a las razones subyacentes. En cambio, un juez de vigilancia penitenciaria puede considerarla inconstitucional, y como tal nula e inaplicable. Si, en cambio, se trata de una norma con rango de ley, entonces el juez sólo puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad y es el Tribunal Constitucional el único competente para anularla. Es decir, en virtud de la estructura institucional dichas normas adquieren diverso peso normativo, tienen un grado de opacidad diferente para los diversos aplicadores del derecho. La incorporación de la moralidad en el derecho puede ser vista como el proceso de levantar progresivamente el velo de la opacidad de las reglas.

En resumen, la tesis de la incorporación es compatible con la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral, puesto que el derecho incorpora pautas morales de manera contingente y dependiendo de cuál sea su contenido. Es también más apta para dar cuenta del indiscutible hecho de que nuestras fuentes jurídicas constitucionales y legales, y también las decisiones de nuestros Tribunales, recurren a menudo al lenguaje de la moralidad. La tesis de la incorporación explica las razones, el alcance y los límites del espacio que la moralidad ocupa en la práctica institucional de creación y aplicación del derecho.

## REFERENCIAS

- AGUSTÍN DE HIPONA (2012): *De libero arbitrio* I, v 11), [http://www.augustinus.it/latino/libero\\_arbitrio/index2.htm](http://www.augustinus.it/latino/libero_arbitrio/index2.htm).
- 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.
- ALEXY, Robert (1992): *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg/München, Verlag Alber.
- 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.
- ATRIA, Fernando (2002): *Law and Legal Reasoning*, Oxford, Hart Publishing.
- (2005): «Sobre las lagunas» en F. Atria, E. Bulygin, J.J. Moreso, P.E. Navarro, J. Ruiz Manero, J.L. Rodríguez, *Lagunas en el Derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- 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.

- (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.
- 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.
- (1998a): «Incorporationism, Conventionalism, and the Practical Difference Thesis», *Legal Theory*, 4: 381-426.
- (1998b): «Second Thoughts and Other First Impressions» in Brian Bix (ed.), *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998, 258-278.
- (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.
- (2006): *Justice in Robes*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- (2011): *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- DYZENHAUS, David (2000): «Positivism's Stagnant Research Programme», *Oxford Journal of Legal Studies*, 20: 703-722.
- ENDICOTT, Timothy A.O. (2003): «Raz on Gaps-The Surprising Part», en Thomas Pogge, Lukas Meyer, and 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.
- (2007): *Principia Iuris. Teoría del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza.
- (2011a): «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 34 (2011), 15-53.
- (2011b): «El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 34 (2011), 311-362.
- (2012): «La scelta come fondamento ultimo della morale», *Teoria Politica*, 2.
- FERRAJOLI, Luigi; RUIZ MANERO, Juan (2012): *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Madrid, Trotta, 2012.
- GARDNER, John (2001): «Legal Positivism: 5 ½ Myths», *American Journal of Jurisprudence*, 46: 199- 226.
- GARGARELLA, Roberto (2006): «El nacimiento del constitucionalismo popular», *Revista de Libros*, 112 (abril), 15-18.
- GREEN, Leslie (2008): «Positivism and the Inseparability of Law and Morals», *New York University Law Review* 83: 1035-1058.
- GUASTINI, Riccardo (2006): «Lo scetticismo interpretativo revisitato», *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.
- HUGHES, G.E., CRESSWELL, M.J. (1996): *A New Introduction to Modal Logic*, London, Routledge, 1996.
- 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.
- 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.
- (2001): «Dogmas and Distortions: Legal Positivism Defended. A Reply to David Dyzenhaus», *Oxford Journal of Legal Studies*, 21: 673-701.
- (2007): «Why The Axioms and Theorems of Arithmetic are not Legal Norms», *Oxford Journal of Legal Studies*, 27: 555-562.
- 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.
- (2009a): *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons.
- (2009b): «Legal Positivism and Legal Disagreements», *Ratio Juris*, 22: 62-73.

- (2011): «Antígona como *defeater*. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 34 (2011), 183-199.
- (2012a): «La ciudadanía de la moral en la corte de los juristas», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 28: 119-140.
- (2012): «Legal Defeasibility and the Connection between Law and Morality» en J. Ferrer Beltrán y G. Ratti (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, cap. 13.
- MORESO, José Juan; NAVARRO, Pablo E. (1997): «Applicability and Effectiveness of Legal Norms», *Law and Philosophy*, 16: 201-219.
- NINO, Carlos Santiago (1994): *Derecho, moral y política*, Barcelona, Ariel.
- ORUNESU, Claudina; PEROT, Pablo y RODRÍGUEZ, Jorge L. (2005): «Derecho, moral y positivismo», en C. Orunesu, P. Perot y J. L. Rodríguez, *Estudios sobre la interpretación y la dinámica de los sistemas constitucionales*, México, Fontamara, 2005, pp. 59-90.
- RAWLS, John (1971): *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- (2000): *Lectures on the History of Moral Philosophy*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- 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.
- (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.
- TOMÁS DE AQUINO (2012): *Summa Theologiae* I-II q. 95 a. 2 c.), <http://www.corpusthomicum.org/sth1001.html>.
- TROPER, Michel (2001): «Une théorie réaliste de l'interprétation», en Olivier Jouanjan (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.
- 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.
- WALUCHOW W. J. (1994): *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Press.

Fecha de recepción: 30/06/2012. Fecha de aceptación: 8/11/2012.

# Cuatro manifestaciones de unilateralismo en la obra de Luigi Ferrajoli<sup>1</sup>

Por JUAN RUIZ MANERO  
Universidad de Alicante

## RESUMEN

*El autor llama unilateralismo a la presentación de nuestros sistemas de normas e instituciones como si obedecieran a un único valor inspirador. El unilateralismo, en este sentido, implica la negación, explícita o implícita, de que tales normas e instituciones están atravesadas por tensiones internas que obedecen a que tratan de realizar valores que se encuentran, a su vez, en tensión entre sí. En el artículo se examina la posición de Luigi Ferrajoli en relación con cuatro ámbitos en los que, a juicio del autor, dicha posición es unilateralista en el sentido indicado: primero, el de la relación entre constitución y legislación; segundo, el de la distinción entre principios y reglas; tercero, el de la opción por un determinado sistema electoral; cuarto, el del problema de la guerra. Este unilateralismo desemboca, a juicio del autor, en una presentación distorsionada por parte de Ferrajoli de los problemas de estos cuatro ámbitos.*

**Palabras clave:** *Unilateralismo, Ferrajoli, constitución y legislación, principios y reglas, sistemas electorales, el problema de la guerra.*

---

<sup>1</sup> Ponencia presentada en el seminario sobre *Principia Iuris* celebrado en la Universidad de Valencia los días 26 y 27 de abril de 2012.

## ABSTRACT

*The author calls unilateralism to the presentation of our systems of rules and institutions as if they were obeying a single inspirational value. Unilateralism, in this sense, implies the denial, explicit or implicit, that such rules and institutions are permeated by internal stresses that are due to the fact that they are trying to make values which are, in turn, under tension between them. The article examines Luigi Ferrajoli's position on four areas in which, according to the author, this position is unilateralist in the aforementioned sense: first, the relationship between constitution and legislation, second, the distinction between principles and rules; third, the choice of a certain electoral system; fourth, the problem of war. This unilateralism leads, according to the author, to a distorted presentation by Ferrajoli of the problems of these four areas.*

*Key words: Unilateralism, Ferrajoli, constitution and legislation, principles and rules, electoral systems, the problem of war.*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. EL UNILATERALISMO DE FERRAJOLI.-2. CONSTITUCIÓN Y LEGISLACIÓN.-3. REGLAS Y PRINCIPIOS.-4. SISTEMAS ELECTORALES PROPORCIONAL Y MAYORITARIO.-5. EL PROBLEMA DE LA GUERRA.-6. UNILATERALISMO Y CONCEPCIÓN INSTRUMENTAL DE LA RAZÓN.-7. UNA CODA FINAL.

### 1. INTRODUCCIÓN. EL UNILATERALISMO DE FERRAJOLI

Los organizadores de estas jornadas me han propuesto hablar, a propósito de la teoría del Derecho de Luigi Ferrajoli, de la distinción entre reglas y principios. Y yo, que habitualmente soy persona muy obediente, en esta ocasión voy a ser tan sólo medio obediente. Quiero decir que voy a cumplir, aunque quizás deba decir que mi cumplimiento no será del todo estricto, porque no me voy a limitar a los términos del encargo. Me explico: voy a hablar de reglas y principios, pero no sólo de reglas y principios y ni siquiera centralmente de reglas y principios. La distinción, o mejor, la falta de distinción, entre reglas y principios en la obra de Ferrajoli es, a mi modo de ver, una manifestación, entre otras, de un rasgo del pensamiento de Ferrajoli al que denominaré su unilateralismo, rasgo sobre el que centraré mi intervención. Este rasgo de unilateralismo aparece, a mi juicio, no sólo en la teoría del Derecho de Ferrajoli, sino también en su teoría de la democracia constitucional y en sus tomas de posición directamente políticas. Lo que llamo unilateralismo viene a residir en la negación, que en la obra de

Ferrajoli aparece por lo general de forma implícita, pero, en mi opinión, absolutamente nítida, de que nuestras normas y nuestras instituciones están atravesadas por tensiones internas que obedecen a que dichas normas e instituciones tratan de realizar valores que se encuentran, a su vez, en tensión entre sí. Y de que este tratar de realizar valores que se encuentran en tensión entre sí no es ningún defecto a superar de nuestros entramados institucionales, sino que obedece a que nuestros sistemas de valores están, a su vez, cruzados también por tensiones internas, pues la conciliación entre los valores que los integran, en la medida en que es posible, no es, desde luego, asunto sencillo.

Pondré cuatro ejemplos de ámbitos que, a mi modo de ver, no pueden entenderse adecuadamente sin atender a esta tensión entre valores; ámbitos que, en la teoría de Ferrajoli, aparecen, por el contrario, como vinculados a un único valor inspirador. Cuatro ámbitos, pues, en que la teoría de Ferrajoli aparece como unilateral en el sentido sugerido. Estos cuatro ámbitos son los siguientes: primero, el de la relación entre constitución y legislación; segundo (que guarda una relación directa con el primero) el de la distinción entre principios y reglas; tercero, el de la opción por un determinado sistema electoral; cuarto, el del problema de la guerra.

## 2. CONSTITUCIÓN Y LEGISLACIÓN

En cuanto a la relación entre constitución y legislación creo que es opinión ampliamente compartida que la constitución debe diseñarse de tal modo que sea capaz de atender simultáneamente a dos exigencias de no fácil conciliación: primero, la constitución debe ser capaz de prevenir el dictado de contenidos legislativos juzgados inaceptables y de prevenir asimismo el no dictado de contenidos legislativos cuya ausencia es juzgada inaceptable; segundo, la constitución no debe llegar a bloquear la deliberación futura (y, especialmente, la deliberación del órgano legislativo) sobre todo aquello que nos parezca que puede resultar controvertible, sino que debe constituir, más bien, un terreno sobre el que esa deliberación pueda llevarse a cabo. Pues bien: de estas dos exigencias, Ferrajoli parece sensible únicamente a la primera. Y ello es lo que explica su insistencia en un lenguaje constitucional que sea «lo más taxativo posible» precisamente, dice, «como garantía de la máxima efectividad de los vínculos constitucionales impuestos a la legislación [...]»<sup>2</sup> Y, en otro lugar, ha escrito que «sería oportuno que la cultura iusconstitucionalista, en lugar de asumir como inevitables la indeterminación del lenguaje constitucional y los conflictos entre derechos [...] promoviera el desarrollo de un len-

<sup>2</sup> En Luigi FERRAJOLI y Juan RUIZ MANERO: *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Trotta, Madrid, 2012, p. 83.

guaje legislativo y constitucional lo más preciso y riguroso posible», pues «el carácter vago y valorativo de las normas constitucionales» constituye a su juicio un defecto<sup>3</sup>. Pues bien: un lenguaje lo más taxativo, preciso y riguroso posible es adecuado si lo que pretendemos es que las prescripciones así formuladas puedan ser seguidas y/o aplicadas sin necesidad de deliberación por parte de su destinatario o de los órganos encargados de su aplicación. Este ideal de taxatividad puede ser aceptado, en mi opinión, y con matices, por lo que se refiere a las normas legislativas, pero no por lo que se refiere a las normas constitucionales. Pues las normas legislativas deben, en toda la medida en que ello sea posible, proporcionar guías de conducta y pautas para la resolución de los casos a los que sean aplicables que no requieran de deliberación por parte de sus destinatarios o del órgano jurisdiccional que deba usarlas como parámetro de enjuiciamiento. «En toda la medida en que ello sea posible» ya implica algunas restricciones: ciertamente es deseable, desde nuestra concepción de cómo debe distribuirse el poder, que la deliberación para la construcción del fundamento de la decisión sea obra del órgano legislativo y no, por ejemplo, de los órganos jurisdiccionales. Pero tampoco cabe ignorar que el objetivo de reservar al órgano legislativo la deliberación para la construcción del fundamento de la decisión puede entrar, a su vez, en tensión con otros objetivos que también consideramos deseables, tal como que las decisiones no impliquen anomalías valorativas graves, lo que es inevitable si el caso individual a resolver presenta características adicionales a las tenidas en cuenta por el legislador que hagan que se sitúe más allá del alcance justificado de la regla legislativa de que se trate y si el órgano jurisdiccional no está autorizado a tener en cuenta tales características adicionales. Tal es la razón, por ejemplo, de que, mientras exigimos taxatividad para la configuración de los tipos penales, porque aquí entendemos que la exigencia de certeza y seguridad debe primar sobre cualquier otra, no extendamos esta exigencia la configuración de, por ejemplo, las causas de justificación o las de exclusión de la culpabilidad. Y tal es también la razón, por otro lado, de que todos los ordenamientos contemporáneos contengan algún mecanismo, como puede ser la analogía, el *distinguishing*, o las figuras de los ilícitos atípicos (el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder) para poder reaccionar frente a las anomalías valorativas que se derivarían de la aplicación irrestricta de reglas. El que todos los ordenamientos desarrollados contengan mecanismos de este género es un buen síntoma de la conciencia que hay en todos ellos de que la posibilidad de estas anomalías no puede nunca excluirse, dada la imposibilidad de que el legislador prevea todas las combina-

---

<sup>3</sup> Luigi FERRAJOLI: «Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista», en *Giurisprudenza costituzionale* 3 (2010), pp. 2814-15 [trad. cast.: «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», en *DOXA* 34 (2012), en prensa].



ciones de propiedades que haya que considerar como relevantes y que puedan presentar los casos futuros.

Pero si el ideal de la taxatividad puede y debe ser aceptado, con las restricciones que se acaban de indicar, por lo que hace al lenguaje legislativo, las cosas son muy distintas, a mi juicio, por lo que hace a las normas constitucionales. Pues las normas constitucionales, por su vocación de duración larga, por la dificultad de su modificación, por la necesidad de generar en su torno los más amplios consensos, no deben concebirse como destinadas a excluir la deliberación sino más bien a constituir el terreno compartido sobre el que la deliberación se lleve a cabo. Y para ello es esencial, a mi juicio, el empleo de términos vagos y valorativos o, por decirlo mejor, vagos porque valorativos. Pondré un par de ejemplos, el primero referido a la constitución española y el segundo a la constitución de los Estados Unidos. Supongamos que el constituyente español de 1978, en lugar de prohibir, con lenguaje valorativo y, por ello, vago, las penas o tratos «inhumanos o degradantes» hubiera prohibido, caracterizándolas descriptivamente, las penas o tratos que hubiera entendido que debían considerarse como inhumanos o degradantes. ¿Alguien puede pensar que el constituyente del 78 hubiera podido llegar a reunir en un listado todas aquellas penas o tratos que una deliberación adecuada, enfrentada a los problemas que la realidad de las cosas va presentando a lo largo del tiempo, puede hacernos llegar a considerar como inhumanos o degradantes? Parece más bien que creerse capaz de anticipar en términos de propiedades descriptivas todo lo que puede llegar a ser justificadamente considerado como inhumano o degradante es una muestra de soberbia epistémica carente de toda justificación. El ejemplo americano va en el mismo sentido y es el siguiente: hoy, tras *Roe vs. Wade*, es doctrina constitucionalmente aceptada en Estados Unidos que el respeto a la privacidad de la mujer implica el respeto a su decisión de continuar o no con su embarazo, pero parece claro que tal cosa no formaba parte de las convicciones de quienes elaboraron y aprobaron las enmiendas de la constitución americana que el Tribunal Supremo invocó como respaldo de dicha conclusión. Enmiendas que pudieron operar como tal respaldo precisamente porque se encontraban formuladas en un lenguaje fuertemente valorativo.

### 3. REGLAS Y PRINCIPIOS

La segunda manifestación de unilateralismo en la obra de Ferrajoli a la que quiero referirme guarda una relación estrecha con su manera de entender las relaciones entre constitución y legislación: me refiero a la asimilación, por parte de Ferrajoli, de los que llama principios regulativos a las reglas jurídicas ordinarias. La denotación de la expresión «principios regulativos» coincide sustancialmente con lo que, en otras concepciones, se han llamado principios en sentido estricto.

Tales normas, «principios regulativos» o «principios en sentido estricto», presentan características propias tanto por lo que se refiere a su antecedente como por lo que se refiere a su consecuente. En cuanto a su antecedente, lo característico de los principios regulativos o en sentido estricto se halla en que los mismos no predeterminan las condiciones bajo las cuales hay una obligación concluyente de realizar la conducta ordenada en el consecuente; el antecedente del principio sólo contiene una condición analítica – que haya una oportunidad para realizar la acción ordenada en el consecuente– y su consecuente no pretende contener una obligación concluyente, sino meramente *prima facie*. Por otro lado, la acción ordenada en el consecuente aparece caracterizada por medio de uno de esos términos –como libertad, igualdad, no discriminación, honor, intimidad, libre desarrollo de la personalidad– que designan lo que es común llamar conceptos esencialmente controvertidos. Conceptos esencialmente controvertidos que se caracterizan por referirse a bienes de naturaleza compleja, esto es, bienes que presentan diversos aspectos que pueden relacionarse entre sí de diversas formas. Todo ello implica que para la aplicación de estos conceptos, y de los principios que los incorporan, es ineludible la elaboración de concepciones que articulen entre sí y con el conjunto, cada uno de estos aspectos del bien de que se trate, de un lado, y que establezcan, de otro, sus relaciones de prioridad con los diferentes aspectos de otros bienes a los que aluden otros conceptos esencialmente controvertidos incorporados a otros principios.

Pues bien: Ferrajoli atiende únicamente a que también entre las reglas ordinarias, como es el caso de algunas reglas penales, podemos encontrar ejemplos de normas formuladas en términos vagos porque valorativos; sobre esta base, asimila principios «regulativos» o «en sentido estricto» y reglas jurídicas ordinarias. Dice así: «términos vagos y valorativos de aplicación incierta están presentes [...] en todo el lenguaje legal, comenzando por el lenguaje en el que están formuladas las reglas penales, que exigiría, sin embargo, el máximo de taxatividad: [...] piénsese en la noción de peligrosidad social, o de culpabilidad o de enfermedad mental, o en figuras delictivas como las injurias, la asociación subversiva o los malos tratos familiares»<sup>4</sup>, de forma que «la diferencia entre la mayor parte de los principios y las reglas es [...] una diferencia [...] poco más que de estilo»<sup>5</sup> puesto que los «principios regulativos» se comportan «exactamente como las reglas»<sup>6</sup>. Pues bien: en mi opinión, esta asimilación entre principios jurídicos y reglas jurídicas ordinarias impide a la teoría de Ferrajoli dar cuenta de que los mismos fenómenos son patológicos en un caso y fisiológicos en otro. Quiero decir que el carácter valorativo y por ello vago es sin duda un defecto en la configuración de los tipos penales –que entendemos debe

<sup>4</sup> En Luigi FERRAJOLI, Juan RUIZ MANERO: *Dos modelos...* cit., p. 82.

<sup>5</sup> Luigi FERRAJOLI: «Costituzionalismo principialista...», cit., p. 2800.

<sup>6</sup> En Luigi FERRAJOLI, Juan RUIZ MANERO: *Dos modelos...* cit., p. 94.

realizarse por medio de reglas con autonomía semántica, como viene exigido por el principio de taxatividad o de estricta legalidad—. Pero ese mismo carácter vago porque valorativo no es, sin embargo, defectuoso en absoluto en el caso de los principios jurídicos, dada la función de los mismos en el ordenamiento y en el razonamiento jurídico, como muestran los ejemplos que antes puse. Vale la pena poner de manifiesto algo a lo que Ferrajoli no presta atención en absoluto: a saber, que ningún sistema jurídico desarrollado obedece a un modelo puro de reglas ni tampoco a un modelo puro de principios. Y ello porque sólo con un modelo mixto de reglas más principios es posible atender a dos exigencias que consideramos irrenunciables: pues, si un sistema jurídico careciera de reglas y fuera de composición únicamente principial, no podría cumplir una de sus funciones esenciales, que es la de guiar la conducta de la gente en general y la adopción de decisiones por parte de los órganos sin que ello implique para todos los casos y para todos los tramos de cada caso la necesidad de embarcarse en un proceso deliberativo; un modelo puro de principios multiplicaría, por ello, los costes de las decisiones y volvería estas más difícilmente predecibles. Pero, por otro lado, un sistema que careciera de principios y obedeciera a un modelo puro de reglas, sería un sistema que aparecería como un conjunto de mandatos más o menos arbitrarios, sin presentar una coherencia de sentido y, en cuanto a la adopción de decisiones, no podría evitar la adopción de un buen número de ellas valorativamente anómalas. Es por ello que, en la evolución de la cultura jurídica, el acento se desplaza más o menos según los períodos y según las tradiciones nacionales (pero situándose siempre en algún lugar intermedio) en un continuo que va desde el polo de las reglas, esto es, de la reducción de la complejidad en la toma de decisiones, al polo de los principios, esto es, al polo de la coherencia valorativa de las decisiones. Pero siempre, insisto, situándose en algún lugar intermedio: así suele decirse que, dentro del *common law*, el sistema jurídico americano es más principialista o sustantivista que el inglés, mientras que, dentro de los sistemas de la Europa continental, los sistemas actuales son, sin duda, más principialistas que los que obedecieron al modelo del Código de Napoleón. Pero todos ellos son modelos mixtos de reglas y principios.

#### 4. SISTEMAS ELECTORALES PROPORCIONAL Y MAYORITARIO

Una tercera manifestación del unilateralismo de Ferrajoli se encuentra en su opción sin fisuras ni matices por el sistema electoral proporcional. Aquí, me parece, es opinión común que un sistema electoral ha de atender simultáneamente al menos a dos exigencias que, una vez más, se encuentran en tensión entre sí. La primera de ellas es, obviamente, que el sistema logre que la composición de las asambleas electivas

refleje, con la mayor exactitud posible, las preferencias de los electores. Y, para lograr esta finalidad, un sistema proporcional con circunscripciones amplias es, sin duda, la mejor opción. Pero no creemos que sea esta la única finalidad que debe inspirar el diseño de un sistema electoral. Pues también creemos, primero, que debe haber el mayor grado de cercanía posible entre los elegidos y los electores y, segundo, que debe haber un vínculo fuerte entre ambos y no tanto entre los elegidos y los órganos de gobierno de sus respectivos partidos. Y, para lograr estas dos finalidades, un sistema electoral mayoritario de pequeños distritos uninominales parece ser la alternativa más idónea. Resulta, pues, que a la hora de diseñar un sistema electoral consideramos como finalidades deseables del mismo objetivos que, para su realizabilidad, empujan en favor de sistemas electorales muy distintos entre sí. Puede lograrse, desde luego, algún género de ajuste entre los diversos objetivos que consideramos deseables, y algún ajuste de este género es lo que tratan de lograr la mayor parte de los sistemas electorales realmente existentes; algunos de ellos, siendo de estructura mixta: parcialmente mayoritarios y parcialmente proporcionales. Pero, en todo caso, el ajuste implica determinar la medida relativa en la que renunciamos al logro pleno de cada uno de estos objetivos en tensión entre sí: en qué medida, por ejemplo, renunciamos a que el parlamento sea fiel reflejo de las preferencias de los electores para asegurar la cercanía entre estos y los elegidos, o en qué medida renunciamos a esta cercanía para aproximarnos al ideal de la plena correspondencia entre preferencias de los electores y composición del órgano representativo. Pues bien: tal necesidad de ajuste resulta por completo ajena a Ferrajoli. En diversos textos<sup>7</sup>, Ferrajoli no señala, en relación con el sistema proporcional, más que sus virtudes mientras que, en relación con el sistema mayoritario, tan sólo pone de relieve sus defectos. Sobre tal base, la opción por el sistema proporcional resulta, desde luego, nítida. Pero, una vez más, en mi opinión, al precio de una simplificación unilateralista del problema, al desconocer la pluralidad de aspiraciones, en conflicto entre sí, que queremos ver realizadas mediante nuestros sistemas electorales.

## 5. EL PROBLEMA DE LA GUERRA

La última manifestación de unilateralismo en el pensamiento de Ferrajoli a la que deseo hacer referencia tiene que ver con los argumentos de moralidad política internacional con los que apoya su tesis de que el recurso a la guerra debe entenderse como absolutamente proscrito.

---

<sup>7</sup> Por ejemplo, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Bari, 2007, vol. 2, pp. 181-184 [trad. esp., Trotta, Madrid, 2011, pp. 179-182]; *Poteri selvaggi*, Laterza, Bari, 2011, pp. 63 ss. [trad. esp., *Poderes salvajes*, Trotta, Madrid, 2011, pp. 86 ss.]; *Dos modelos...*, cit., pp. 146 y ss.

Aquí también, me parece, es opinión común que, a este propósito, nos encontramos con exigencias en tensión que deben ser simultáneamente atendidas: por un lado, creemos que debemos avanzar hacia un orden internacional en el que haya desaparecido la permisibilidad y la posibilidad misma del recurso a la guerra en las relaciones entre los Estados; pero, por otro lado, creemos que el recurso a la guerra puede, en alguna ocasión particular, evitar males morales mayores que los generados por la propia guerra. En relación con este punto, el planteamiento de Ferrajoli es ligeramente diferente de los anteriores en el sentido siguiente: en los puntos a que nos hemos referido hasta ahora, Ferrajoli tiende a atender exclusivamente, como hemos visto, a una de las exigencias en conflicto y a partir de ahí es impertérritamente coherente. En relación con el problema de la guerra, sin embargo, aunque el planteamiento general expreso de Ferrajoli atiende exclusivamente a la primera exigencia, sus tomas de posición concretas son sin embargo sensibles, en alguna ocasión, a la segunda. La forma en que Ferrajoli concilia una y otra cosa consiste en lo que podemos llamar un truco verbal, de acuerdo con el cual los casos de violencia interestatal que él mismo considera justificados se sustraen a la denominación de «guerra», término que queda por ello implícitamente reservado para los casos de violencia interestatal que Ferrajoli no aprueba. Veámoslo. Ferrajoli entiende, por un lado, que la Carta de las Naciones Unidas contiene una prohibición absoluta de la guerra. Esta interpretación de la Carta no es, ciertamente, asumida por la mayoría de los Estados ni por los órganos de las propias Naciones Unidas, pero no voy a referirme aquí a los argumentos con los que Ferrajoli la apoya. Pues no me interesan tanto esta tesis y estos argumentos de Derecho internacional, como los argumentos que respaldan la tesis de moralidad política internacional, según la cual, de acuerdo con Ferrajoli, el recurso a la guerra sería, en nuestro tiempo, ilegítimo sin excepciones. Estos argumentos se resumen en que la guerra, en nuestro tiempo, produce, necesariamente y en todo caso, más males morales que bienes: porque –dice Ferrajoli– «al golpear inevitablemente también a poblaciones civiles, se convierte en una sanción infligida a inocentes» y también porque la guerra actual está «sujeta inevitablemente a *escalation* hasta la destrucción del adversario» y resulta, como tal, «desproporcionada a cualquier violación»<sup>8</sup>. Pues bien: parece claro, a mi juicio, que no es una imposibilidad una guerra que excluya las poblaciones civiles como objetivo militar y que ponga y mantenga límites claros a una eventual escalada. Y también parece claro que no puede excluirse a priori que una guerra así conducida evite, en algún caso, males morales mayores que los que ella misma pudiera causar. Pero lo curioso es que ante la sugerencia por mi parte de que tal pudiera ser el caso de las operaciones militares en curso contra

<sup>8</sup> Luigi FERRAJOLI: «Guerra, legitimidad y legalidad. A propósito de la primera guerra del Golfo», en Ferrajoli: *Razones jurídicas del pacifismo*, ed. de G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2004, p. 31.

Gadafi (la conversación entre nosotros dos abordaba este asunto en junio de 2011), la respuesta de Ferrajoli fue que tales operaciones militares contra Gadafi no sólo eran moralmente permisibles, sino moralmente debidas. Ciertamente, Ferrajoli añadía algunas críticas, absolutamente compartibles en mi opinión, a la manera cómo se estaban conduciendo las operaciones militares, pues estas no se estaban limitando a la protección de las poblaciones civiles amenazadas, y hubieran debido limitarse a ello<sup>9</sup>. Pero aun así limitadas ¿no constituían, o hubieran podido constituir, tales operaciones militares un caso de guerra justificada? Admitir esto hubiera implicado tener que revisar la tesis de la prohibición moral absoluta en nuestro tiempo del empleo de la guerra. Para evitarlo, la salida de Ferrajoli consiste en no emplear nunca, a propósito de la intervención militar armada en Libia, el término «guerra». Pero me parece claro que esto no es más que un truco verbal para no reconocer que la ponderación de las exigencias aquí relevantes, en relación con las circunstancias del caso, desembocaba en la admisión del carácter justificado de esta guerra limitada.

## 6. UNILATERALISMO Y CONCEPCIÓN INSTRUMENTAL DE LA RAZÓN

Para concluir: quizás todos estos rasgos de unilateralismo en el pensamiento de Ferrajoli sean manifestación de un rasgo de fondo del mismo constituido por la idea, muy firmemente arraigada en él, de que el establecimiento de fines y la ponderación entre los mismos son algo situado más allá de las fronteras de la razón. Y entender que muchas de nuestras instituciones obedecen a finalidades en tensión entre sí obviamente obliga, tanto para entenderlas adecuadamente como para hacer propuestas de diseño de las mismas, bien a establecer alguna jerarquía entre estas finalidades en tensión, bien a llevar a cabo algún otro tipo de ajuste entre ellas. Esto es, obliga a realizar operaciones situadas en un terreno, el ámbito de los fines, situado, desde la perspectiva de Ferrajoli, fuera de los dominios de la razón. Si entendemos, por el contrario, que cada una de estas instituciones obedece a una única finalidad, lo que queda, a la hora de entender la institución de que se trate o de hacer propuestas de diseño de la misma, es atender a cuáles son los medios más idóneos para procurar dicho fin. Algo, pues, que, a diferencia de lo anterior, resulta completamente abarcable aun para una concepción estrictamente instrumental de la razón como la que Ferrajoli hace suya. De esta forma, Ferrajoli elude el *politeísmo* de los valores que está en la base de muchas instituciones, simplemente porque una visión *monoteísta* de esta cuestión no plantea dificultades insalva-

---

<sup>9</sup> Véanse los juicios de Ferrajoli a este respecto en Luigi FERRAJOLI, Juan RUIZ MANERO: *Dos modelos...* cit., pp. 129-130.

bles para su concepción de los límites de la racionalidad. Pero la visión monoteísta equivale a un verdadero lecho de Procusto para muchas de nuestras instituciones y el precio a pagar por ello es, como han puesto de manifiesto los ejemplos examinados, el de asumir una visión en buena medida distorsionada de esas mismas instituciones.

## 7. UNA CODA FINAL

Y una coda final: Hart hizo alusión, en las primeras páginas de *El concepto de Derecho*, a cómo algunas de las más brillantes teorías del Derecho precedentes, como las de los realistas o la kelseniana, incorporaban muy centralmente afirmaciones extrañas y paradójicas que parecían hallarse en conflicto con las creencias más firmemente arraigadas acerca del Derecho y ser fácilmente refutables por cualquiera. Afirmaciones del tipo de la de los realistas, según la cual el Derecho no es otra cosa sino las decisiones de los funcionarios, o la kelseniana según la cual no hay una norma jurídica genuina que prohíba robar, sino tan sólo una norma que estipula la obligatoriedad de imponer una sanción a quien robe. Pero, a pesar de tan extrañas afirmaciones, lo cierto, señaló Hart, es que lo que tales teóricos dijeron sobre el Derecho «realmente incrementó en su tiempo y lugar nuestra comprensión del mismo»<sup>10</sup>. Parece, pues, que buena parte de las teorías que más han hecho progresar nuestra comprensión del Derecho, se han caracterizado también por proponernos imágenes en buena medida distorsionadas de él. Imágenes, que, como dice el mismo Hart, «se parecen más a gruesas exageraciones de algunas verdades sobre el derecho, indebidamente atendidas, que a definiciones frías»<sup>11</sup>. En esta tradición parece inscribirse también la teoría de Ferrajoli que, pese a las distorsiones que, a mi juicio, incorpora en nuestra imagen del Derecho es una de las teorías que, sin ninguna duda, más han hecho avanzar nuestra comprensión del mismo en los últimos decenios.

Fecha de recepción: 30/06/2012. Fecha de aceptación: 8/11/2012.

---

<sup>10</sup> H. L. A. HART: *El concepto de Derecho*, trad. cast. De Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 2.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 3.





# Ferrajoli y la democracia

Por ALFONSO RUIZ MIGUEL  
Universidad Autónoma de Madrid

## RESUMEN

*Este texto continúa un diálogo con la amplia obra de Ferrajoli, en esta ocasión a propósito de la democracia. A partir de un sustancial acuerdo con el ideal político defendido por Ferrajoli, de una democracia liberal con fuertes contenidos sociales, el artículo pretende, sin embargo, poner de manifiesto algunas rigideces y tensiones del modelo de Ferrajoli. En particular, en la primera parte del artículo se configura la construcción de Ferrajoli como una forma de iusnaturalismo, volviendo a la discusión sobre la objetividad de la moral, mientras en la segunda se destacan algunas tensiones en las propuestas de Ferrajoli sobre la democracia y, en relación con ella, las ideas de soberanía, derechos fundamentales y pluralismo político.*

Palabras clave: *Democracia, objetividad moral, soberanía, derechos fundamentales, pluralismo político.*

## ABSTRACT

*This text continues a conversation about Ferrajoli's wide work, this time especially about democracy. From the substantial sintony with the political ideal upheld by Ferrajoli, the paper intends, however, to emphasize some of the rigidities and tensions of Ferrajoli's model. In particular, the first part of the article describes that model as a form of natural law doctrine, turning on the question of moral objectivity, whereas the second part emphasizes some*

*tensions in the ferrajolian proposals about democracy and, related to that concept, the notions of sovereignty, basic rights and political pluralism.*

*Key words: Democracy, moral objectivity, sovereignty, basic rights, political pluralism.*

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN.—1. UN MODELO IUSNATURALISTA. 1.1 *Iusnaturalismo, comunitarismo, utilitarismo.* 1.2 *Estado de naturaleza, contrato social y derechos: de nuevo sobre el objetivismo ético.*—2. LA CONCEPCIÓN DE LA DEMOCRACIA: SOBERANÍA POPULAR, DERECHOS FUNDAMENTALES Y PLURALISMO POLÍTICO. 2.1 *Dos precisiones sobre la idea de soberanía.* 2.2 *Más allá de la definición formal de los derechos fundamentales.* 2.3 *Entre el ideal democrático y la democracia mínima: el pluralismo ideológico.*—3. UNA CONCLUSIÓN PARADÓJICA.

## INTRODUCCIÓN

Este nuevo encuentro en una buena ocasión para proseguir una conversación iniciada entre nosotros ya hace algún tiempo, antes de *Principia iuris*, a propósito de *Principia iuris* y después de *Principia iuris*, en un reciente debate a propósito de su escrito «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista»<sup>1</sup>. En esta intervención, aparte de una secuela a propósito de la objetividad de la moral, trataré de decir algo nuevo en relación con la idea de democracia. En realidad, la democracia tiene en Ferrajoli dos aspectos diferenciables, del que aquí sólo tocaré el primero: la democracia constitucional (en realidad estatal), que es la única «realmente existente»,

<sup>1</sup> Me refiero a mis escritos «Democracia, jueces y derechos», *Revista de Libros*, núm. 42, junio 2000, pp. 1113 (recensión a Luigi FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez, trad. de P. Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999); «Validez y vigencia: un cruce de caminos en el modelo garantista», en Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2005, pp. 211-232; «Valores y problemas de la democracia constitucional cosmopolita», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31, 2008, pp. 355-367 (hay respuesta de FERRAJOLI, «*Principia iuris*. Una discusión teórica», *ibidem*, pp. 415-418 y 430-433); y «Las cuentas que no cuadran en el constitucionalismo de Ferrajoli», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2011, pp. 275-278 (en debate con L. FERRAJOLI, «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», *ibidem*, pp. 1553; también hay respuesta de FERRAJOLI, «El constitucionalismo garantista. Entre paleoiuspositivismo y neoiusnaturalismo», *ibidem*, pp. 311-361). En algún otro escrito que se citará oportunamente también he tenido en cuenta otros aspectos de la obra de Ferrajoli.

incluidos sus actuales procesos de degradación, sobre todo en algunos países, a los que Ferrajoli también ha dedicado gran atención, como lo sintetiza su librito de 2011 *Poderes salvajes*<sup>2</sup>; el segundo, la democracia cosmopolita, es un ideal de futuro, incipientemente iniciado en el que considera un constitucionalismo *in nuce* a nivel internacional, del que en este seminario ya se ha hablado y sobre el que yo mismo he debatido en una ocasión anterior<sup>3</sup>.

Quiero dejar sentado que mantengo un sustancial acuerdo de fondo con el ideal político de Ferrajoli, que se podría resumir como un modelo de democracia constitucional de contenido socialdemócrata radical. Es cierto que yo, seguramente menos radical, no siempre suscribo todos los criterios y soluciones que Ferrajoli propone (así, por citar una discrepancia concreta e importante, tengo severas dudas sobre la oportunidad e incluso la justicia de la renta básica universal<sup>4</sup>), al igual que, como lo intentaré justificar más adelante, distinguiría netamente entre tal ideal democrático y el concepto básico, mínimo o esencial de democracia, cuyo compromiso con el pluralismo político deja espacio a tensiones entre distintos derechos que se derivan de ideales políticos incompatibles y en legítima rivalidad entre sí.

Probablemente, la raíz última de mis discrepancias proceda de dos rasgos muy característicos de la obra de Ferrajoli que muestran, a la vez, sus virtudes pero también sus límites. Me refiero, de un lado, a su confianza racionalista en el valor de la razón formal y sistemática y, de otro lado, a su optimista creencia en que la razón jurídica es un componente esencial del progreso de la humanidad. Sin necesidad de desacreditar radicalmente ese doble optimismo en la razón y en la voluntad, pero moderándolo, creo que el exceso de confianza en el rigor formal puede incurrir en el riesgo de la rigidez y que ese mismo exceso de confianza en la razón jurídica puede ocultar o descuidar tensiones y problemas difícilmente remediables porque se encuentran en el núcleo mismo del valor de la democracia.

La exposición que sigue se divide en dos partes y una breve conclusión. En la primera parte intentaré mostrar cómo la construcción de Ferrajoli encaja en el que Bobbio denominó «modelo iusnaturalista», y aprovecharé uno de los puntos de ese enmarcamiento para continuar el debate con Ferrajoli sobre la objetividad de la moral. En la segunda y última parte me referiré específicamente a la concepción de Ferrajoli sobre la democracia, estrechamente relacionada con su concepción de los derechos fundamentales.

<sup>2</sup> Vid. FERRAJOLI, *Potteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Roma-Bari, Laterza, 2011; trad. cast. de Perfecto Andrés Ibáñez, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011.

<sup>3</sup> Cf. A. RUIZ MIGUEL, «Valores y problemas de la democracia constitucional cosmopolita» *cit.*, especialmente §§ 3-4.

<sup>4</sup> Sobre mis razones, remito a RUIZ MIGUEL, «Concepciones de la igualdad y justicia distributiva», en Elías Díaz y José Luis Colomer (comps.), *Estado, justicia, derechos*, Madrid, Alianza, 2002, pp. 223-225.

## 1. UN MODELO IUSNATURALISTA

### 1.1 Iusnaturalismo, comunitarismo, utilitarismo

Si hubiera que situar la obra de Ferrajoli entre las grandes corrientes filosóficopolíticas de la historia del pensamiento, la respuesta ofrecería poco espacio a las dudas: está claro que su concepción ético-política defiende los derechos humanos como límites esenciales e infranqueables que no está justificado violentar para conseguir objetivos colectivos. Aunque Ferrajoli no haya frecuentado mucho las elaboraciones de Ronald Dworkin, también para él los derechos son una especie de triunfos que ganan la partida frente a la utilidad o la conveniencia y están por encima de las consecuencias. Y como en el autor estadounidense, también para Ferrajoli la razón última de ello reside en la consideración como inviolable de la igual consideración y respeto que merecen todas las personas o, si se quiere decir con Kant, de la dignidad humana. Esta concepción puede generalizarse bajo la denominación que Bobbio utilizó para ella, como «modelo iusnaturalista» (sobreentendiendo «moderno», pues en realidad la idea de Derecho natural o de leyes naturales es muy antigua), en neta contraposición con el «modelo aristotélico», que para Bobbio abarcaba todo el mundo clásico y medieval pero que no ha dejado nunca de tener gran influencia hasta hoy, sin ir más lejos a través del persistente ascendiente de la iglesia católica en muchos países occidentales pero también por la inacabable herencia de las ideas tradicionalistas y conservadoras y por su resurgimiento posterior en forma de tribalismos, nacionalismos y otras formas de comunitarismo.

Para esta segunda forma de ver las cosas, en efecto, y siguiendo las enseñanzas de Platón y, sobre todo, Aristóteles, el ser humano es considerado desde una óptica que podemos denominar comunitaria o comunitarista. Desde esta óptica, la sociedad y sus agrupaciones, incluidas las políticas, son el lugar natural para el ejercicio de la virtud por parte de los seres humanos, capaces de encontrar la felicidad en el ejercicio de la ciudadanía. Un presupuesto esencial de esta perspectiva comunitarista es que la colectividad es algo mayor y superior a la mera suma de los individuos que la componen. Por eso los individuos deben estar dispuestos a sacrificarse radicalmente por la comunidad, como lo ejemplificó Sócrates con su propia vida, al aceptar la condena injusta de Atenas. A esa ética de las virtudes, la Edad Media, quizá en buena parte por la influencia hebrea, le añadió el punto de vista del predominio de las leyes y de los deberes que Bobbio generaliza para contraponer toda la época anterior a la época moderna y contemporánea de los derechos.

Pero la anterior descripción quedaría coja si no se añadiera que, junto al modelo aristotélico y al iusnaturalista, la Edad Moderna vio aparecer una tercera forma arquetípica y distinta de considerar y justi-

ficar el poder político y la conducta humana, una especie de vía intermedia entre las otras dos (y que, naturalmente, no deja de tener antecedentes en la antigüedad): la que puede denominarse genéricamente utilitarista, para la que lo que cuenta es el balance de los intereses en juego, especialmente de los intereses colectivos, que prevalecen sobre cualquier interés y derecho individual. De Maquiavelo a Hume o a Adam Smith y luego a Bentham, el punto de vista pasa aquí de los derechos a los intereses individuales, algo relativamente próximo a los derechos pero que opera de manera distinta, pues mientras los derechos individuales son triunfos o vetos que la mayoría no puede violar, en la concepción utilitarista cualquier interés individual ha de contarse igualmente para extraer la suma del interés general, entendido como el beneficio del mayor número, imponiéndose luego como deber por encima de cualquier derecho. Esta concepción viene a proponer una especie de transacción entre la perspectiva individualista y la comunitarista, pues acepta que los intereses individuales han de tenerse en cuenta en el recuento o suma pero sólo con el fin de obtener la agregación total o por mayoría que define al interés colectivo. Aquí, aunque los intereses se hayan de contar individualmente, lo que decide al final su suerte es una cierta versión del bien general, de modo que, todo sumado y por decirlo un tanto sumariamente, podría no ser injusto torturar a un detenido o condenar a un inocente si con ello se evitan malas consecuencias para la colectividad.

## 1.2 Estado de naturaleza, contrato social y derechos: de nuevo sobre el objetivismo ético

Aunque la anterior tripartición de concepciones es un esquema simplificador, de marcos doctrinales típicos que no es fácil encontrar puros, me parece bien significativo que el pensamiento de Ferrajoli responda muy fidedignamente al modelo iusnaturalista. En efecto, el modelo iusnaturalista es seguido muy fielmente por él en los tres momentos que lo componen: el estado de naturaleza, el contrato social y el Estado.

En Ferrajoli el estado de naturaleza no es, como tampoco lo fue en varios de los iusnaturalistas clásicos, un hecho histórico, sino que se presupone como interpretación general de la condición humana. Y, en efecto, la idea presupuesta por Ferrajoli sobre la condición humana parece básicamente hobbesiana, conforme a la cual la conflictividad de las relaciones entre los seres humanos y su capacidad de dañarse entre sí exige, si se quiere garantizar una paz mínima y estable, un sistema de normas a través de la monopolización de la fuerza por un tercero. A ese presupuesto podrían añadirse seguramente dos cualificaciones ulteriores que van más allá de Hobbes. Ante todo, como lo vieron claramente Pufendorf o Kant mediante la idea de la «insociable sociabilidad», que en la condición humana también existen disposi-

ciones a la cooperación que, dadas las debidas circunstancias institucionales, permiten organizar un sistema político razonablemente justo. Y, además, precisamente, que un sistema razonablemente justo no puede limitarse, como pretendió Hobbes, a mantener una básica seguridad entre los asociados, sino que, más bien en la línea de Locke e incluso más allá de ella, exige la garantía de un exigente haz de derechos fundamentales que en su justificación esencial, una vez más típicamente iusnaturalista, según Ferrajoli corresponden directamente a los individuos y sólo de forma derivada a los grupos sociales.

Sobre el segundo momento de la tríada iusnaturalista, el contrato social, la posición de Ferrajoli se vuelve algo más compleja y ambigua, pero sin dejar de conectar con la tradición iusnaturalista. Por una parte, cuando Ferrajoli se pregunta ¿qué es una constitución?, su respuesta es que se trata de «un pacto fundante dirigido a asegurar la paz y la convivencia civil», y tanto en el plano histórico o fáctico (en cuanto que la mayoría de las constituciones son resultado de pactos tras una revolución, una guerra, etc., en ruptura con un pasado no garantista) como en el «plano filosófico» o normativo, donde la noción de contrato social, conscientemente enraizada en el iusnaturalismo moderno, aparece como «gran metáfora de la democracia», que se basaría en el consenso individual de los contratantes, si bien un consenso «condicionado [o limitado] por el respeto a los derechos naturales positivamente estipulados para la tutela de todos»<sup>5</sup>. Pero, por otra parte, cuando Ferrajoli ha discutido con quienes, como Danilo Zolo o yo mismo, le han recordado que esta concepción presupone un compromiso moral universalista y objetivista con cierta visión de los derechos humanos, ha girado radicalmente hasta negar (con razón) que el consenso fáctico sea condición de la legitimidad de tales derechos pero también (sin razón, a mi modo de ver) que deberían ser hipotéticamente o idealmente aceptables como correctos por todos los seres humanos.

En este punto, lo que he mantenido en debate con Ferrajoli en distintos momentos es que tal consenso ideal o hipotético, que *se debería dar* a un sistema político justo, ha de proceder necesariamente de la pretensión de objetividad o corrección de los criterios morales en juego, que son los que estamos dispuestos a imponer mediante la fuerza del Derecho<sup>6</sup>. En el plano de la justificación (no, claro, en el de la realización o la efectividad) es ciertamente irrelevante que tales crite-

<sup>5</sup> FERRAJOLI, «La democracia constitucional» (1998), en *Democracia y garantismo*, ed. de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2008, pp. 33-34.

<sup>6</sup> Así lo he mantenido en discusión directa con Ferrajoli en A. RUIZ MIGUEL, «Valores y problemas de la democracia constitucional cosmopolita» *cit.*, § 2. También lo ha hecho José Juan MORESO, con argumentos en parte diferentes pero complementarios, en «Ferrajoli o el constitucionalismo optimista», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31, 2008, § 4; «Antígona como defector. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli», *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2011, §§ III-IV; y «Positivismo jurídico, relativismo moral y liberalismo político», *Teoría política*, Annali 2, 2012, pp. 103-110.

rios hayan sido o no producto histórico de un pacto o consenso fáctico, puesto que se trata de fundamentar filosóficamente unos derechos con independencia de su reconocimiento efectivo, como justamente pretendieron los racionalistas. Las primeras respuestas de Ferrajoli en este debate no daban en el centro de la cuestión: su insistencia en la inmunidad de la conciencia de todos a la imposición de criterios morales, que alude a una actitud de respeto que cualquier liberal acepta y debe aceptar, no decide nada en absoluto sobre la necesaria consideración como («objetivamente») justificada de la imposición coactiva de normas que exigen el respeto de los derechos básicos. En este debate yo nunca he sostenido ni supuesto que se deba convertir (aunque sería más preciso decir «intentar convertir») por la fuerza al racista a una posición moralmente aceptable, sino sólo que tanto Ferrajoli como cualquiera que defienda los derechos humanos ha de pretender justificadamente que al racista que lleva a la práctica su doctrina se le aplique la sanción coactiva prevista, y ello en cumplimiento de unas convicciones jurídico-morales que, porque las estimamos justificadas, el racista *debería* también compartir. Pero que debiera compartirlas no significa que podamos ni debemos obligarle a compartirlas de hecho sea cual sea el procedimiento, al modo por ejemplo de la *Naranja mecánica*, como tampoco que podamos o debemos castigarle sólo por el mero hecho de que él tenga otras convicciones, siempre que no las lleve a la práctica<sup>7</sup>.

En su última réplica, Ferrajoli sigue resistiéndose no ya aceptar sino ni siquiera a entender mi posición. Para él no hay más que dos opciones: o se sostiene la tesis «trivial» de que los criterios morales en juego son racionalmente argumentables, pero bajo «la *pretensión claramente subjetiva* de su corrección y, por ello, de la necesidad de garantizarlos», o se defiende la iliberal e inaceptable tesis de que la exigencia de aceptabilidad universal de tales criterios justifica la imposición jurídica de la adhesión interna o en conciencia a ellos<sup>8</sup>. Lo que así queda opaco es que la justificación de la coacción jurídica en defensa de los derechos humanos, es decir, la imposición jurídica de la mera conformidad externa con dichos criterios morales no puede basarse en una mera pretensión subjetiva, que en cuanto tal tendría tanta justificación para llevarse a la práctica como cualquier otra, diversa o incluso opuesta, siendo así cuestión de mayor fuerza y no de mayor razón a quién cabe imponer tales o cuales preferencias subjetivas. Todo mi punto se resume en la afirmación de que quien considere, como lo hace Ferrajoli, que la conformidad en las acciones por parte de cualquiera con sus criterios de justicia es imponible mediante

<sup>7</sup> Cf. A. RUIZ MIGUEL, «Las cuentas que no cuadran en el constitucionalismo de Ferrajoli» *cit.*, § 2; así como *Democracia y relativismo*, México, Fontamara, 2011, especialmente § 6.

<sup>8</sup> Cf. FERRAJOLI, «El constitucionalismo garantista...» *cit.*, p. 340; la cursiva de la frase entrecomillada es mía.

coacción (sin que haga falta afectar al foro de la conciencia), está obligado también a considerar tales criterios como mejor o más justificados que cualesquiera otros alternativos, es decir, está comprometido con una pretensión de corrección que no puede defender coherentemente como meramente «subjética». O, dicho de otra manera, está comprometido a considerar que, en cuanto correctos, tales criterios son aceptables (en el sentido de que deberían ser aceptados por cualquiera que sea suficientemente racional y razonable) incluso para aquellos que de hecho no los aceptan, razón por la cual consideramos justo exigirles coactivamente que respeten las normas que los garantizan y razón sin la cual no estaría justificada tal exigencia. Ferrajoli parece querer insistir en que la pretensión de corrección u objetividad es siempre subjetiva<sup>9</sup>, pero si no queremos jugar con las palabras el que la pretensión de objetividad sea formulada necesariamente por un sujeto (¿cómo podría formularse de otra manera?) no la hace por ello más ni menos subjetiva ni objetiva que la ley de la gravedad o que la evolución de las especies.

Por lo demás, se diría que Ferrajoli ha terminado por acercarse al objetivismo interno o matizado que he venido defendiendo en esta discusión, que destaca la relevancia de la pretensión de corrección de nuestras posiciones morales sin pretender con ello su estricta equivalencia con la verdad lógica o científico<sup>10</sup>, cuando en sus últimos escritos reconoce la posible convergencia entre –como él los denomina– cognoscitivismo débil y no cognoscitivismo débil. Uno y otro compartirían la zona común que, a la vez que afirma la necesidad y la posibilidad de la argumentación racional en materia moral, rechaza tanto que los valores morales sean determinables como cuestión de verdad lógica o empírica (cognoscitivismo fuerte) cuanto que sean meras preferencias emocionales (no cognoscitivismo fuerte)<sup>11</sup>. No se trata de una convergencia segura ni perfecta, porque, de un lado, dice Ferrajoli, la divergencia es «quizá poco más que terminológica»<sup>12</sup> y, de otro lado, para él posiciones como las de Moreso o la mía «oscilan entre una concepción del objetivismo en sentido fuerte y su concepción en el sentido débil de “justificación racional” o de “pretensión de corrección” de las tesis morales»<sup>13</sup>. Hablando sólo por mí, no creo

<sup>9</sup> Así, cuando viene a aceptar «la idea obvia y trivial de su justificación [de nuestras tesis morales] y, por ello, de su pretensión subjetiva de corrección» (FERRAJOLI, «El constitucionalismo garantista...» *cit.*, p. 341).

<sup>10</sup> Sobre ello remito a RUIZ MIGUEL, *Democracia y relativismo cit.*, §§ 57.

<sup>11</sup> Cf. FERRAJOLI, «El constitucionalismo garantista...» *cit.*, pp. 338-343, y, más clara y analíticamente, en discusión con Moreso, «La scelta come fondamento ultimo della morale», *Teoria politica*, Annali 2, 2012, pp. 177-185; así como L. FERRAJOLI y Juan RUIZ MANERO, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Madrid, Trotta, 2012, pp. 71-76.

<sup>12</sup> FERRAJOLI, «La scelta come fondamento ultimo della morale» *cit.*, p. 184, en este caso en referencia a la posición de Moreso.

<sup>13</sup> FERRAJOLI, «El constitucionalismo garantista...» *cit.*, p. 340; la misma idea en p. 341.



haber defendido una concepción objetivista fuerte, pero, duda por duda, quiero concluir (por ahora) este debate preguntando si la posición de Ferrajoli no oscila entre el no cognoscitivismo débil y el fuerte. Porque si, por un lado, son plenamente compartibles sus afirmaciones de que la justicia, aun no identificándose conceptualmente con la verdad, es un valor tan fundamental como ella y de que nuestros criterios morales y políticos «no son, en absoluto, fruto de emociones irracionales sino que pueden (y deben) ser racionalmente y responsablemente argumentados» en coherencia con los fundamentos y valores últimos que asumimos<sup>14</sup>, por otro lado, en cambio, su doble insistencia en que los valores últimos y fundamentales son fundantes y no fundados, de modo que la «elección» es el fundamento último de la moral, y en que los criterios racionalmente basados en esos valores últimos son «elecciones morales», podría parecer que socava seriamente el papel de la argumentación racional<sup>15</sup>. Seguramente la duda puede resolverse en favor de una posición racionalista, porque según Ferrajoli tales elecciones no son caprichosas sino que deben ser conscientes y responsables, pudiéndose argumentar su racionalidad, incluso en el caso de las elecciones últimas<sup>16</sup>. Si así fuera, sería ya momento de abandonar la tesis de que los criterios morales son preferencias subjetivas, no en el sentido trivial de que se sustentan porque los proponemos y mantenemos en cuanto individuos, sino en el sentido fuerte y desarmante de que no tienen más apoyo que el hecho de que las afirmamos, es decir, que no tienen más validez que cualquier afirmación sin fundamento en último término.

<sup>14</sup> FERRAJOLI, «El constitucionalismo garantista...» *cit.*, p. 342.

<sup>15</sup> La idea de que los criterios morales son electivos es de raíz emotivista, siendo por lo demás bastante extraña como descripción antropológica, pues a lo largo de la historia y seguramente en la actualidad las posiciones morales de la inmensa mayoría de la gente son más bien producto de la familia y del ambiente, y en absoluto objeto de elección.

<sup>16</sup> En efecto, tras afirmar que los «valores últimos [...] no se demuestran, no se deducen, ni siquiera se inducen de compartirlos más o menos en común. Simplemente, se eligen», añade: «Podemos argumentar la racionalidad de esta elección a los fines de la convivencia pacífica y civil y del respeto que tenemos por nosotros mismos» (FERRAJOLI, «La scelta come fondamento ultimo della morale» *cit.*, p. 181). En los propios términos de Ferrajoli, cabría objetar que o tal argumentación es circular, remitiendo a los mismos valores últimos, o esos valores no son realmente últimos. A mi modo de ver, la salida de ese laberinto está, en buena parte como en el caso de la rivalidad entre teorías científicas, en considerar preferible la concepción más coherente, rica y completa, con más y mejores razones en su favor. Tal preferibilidad sólo se puede contrastar desde un punto de vista interno a la discusión moral, siendo no sólo irrelevante sino incoherente introducir en ella el punto de vista externo que considera escépticamente la cuestión de la fundamentabilidad de la moral (cf. sobre ello mi *Democracia y relativismo cit.*, § 6; para una cerrada defensa de ese punto de vista interno, con una exclusión absoluta, y a mi modo de ver discutible, de todo punto de vista desde lo que él denomina «escepticismo externo», al que considera una posición moral sustantiva, véase el último libro de Ronald DWORKIN, *Justice for Hedghots*, Cambridge (Mass.) y Londres, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, cap. 3.

Tras el anterior excursus polémico, en fin, estaba pendiente comentar cómo la concepción de Ferrajoli encaja también en el diseño básico del tercer momento de la tríada iusnaturalista: la justificación del Estado como resultado de la garantía de los derechos básicos de los individuos y, a su vez, la visión de tales derechos fundamentales como derivados de una determinada visión de la condición humana y de la necesidad de garantizar, justamente en forma de derechos, determinados valores y bienes universales en los que, también universalmente, se debería idealmente consentir. Como la concepción de la democracia de Ferrajoli se sustenta precisamente en su teoría de los derechos fundamentales, dedicaré la última parte de este escrito a comentar algunos aspectos relevantes y discutibles de ambas teorías.

## 2. LA CONCEPCIÓN DE LA DEMOCRACIA: SOBERANÍA POPULAR, DERECHOS FUNDAMENTALES Y PLURALISMO POLÍTICO

La concepción de la democracia de Ferrajoli puede resumirse mediante dos ideas relacionadas: de un lado, su original visión de la soberanía popular como suma de derechos individuales fundamentales y, de otro lado, su articulación de los derechos en cuatro categorías que terminan sintetizándose en dos (derechos procedimentales, instrumentales o formales y derechos sustanciales, finales o sustantivos), las cuales a su vez confluyen con dos aspectos para él complementarios de la democracia: su parte formal y su parte sustancial, todo ello bajo el presupuesto de una cierta jerarquía axiológica por la que los derechos procedimentales están limitados por los sustanciales y al menos en tal medida subordinados a ellos. Esta concepción de la democracia propone un ideal que contrasta con los modelos reales y, a mi modo de ver, exige una versión menos exigente de la democracia capaz de dar cuenta del pluralismo ético y político. Pero antes de llegar a ese punto quiero hacer unas precisiones sobre la idea de soberanía propuesta por Ferrajoli y sobre su noción de derechos fundamentales.

### 2.1 Dos precisiones sobre la idea de soberanía

La idea de soberanía popular de Ferrajoli es, ante todo, el producto de una crítica más general a la noción de soberanía al modo de Bodino como «potencia absoluta y perpetua de una república», que él ha impugnado tanto en su vertiente internacional o externa (pues la Carta de Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás pactos y tratados internacionales son límites jurídicos que negarían esa noción de la soberanía estatal ilimitada) como en su vertiente interna: aquí, las constituciones son precisamente para él estricto-

tos límites jurídicos del poder político, incluso del ejercido por el pueblo, que ahora sólo podría ser entendido como soberano en un sentido distinto al tradicional: «el único sentido en el cual es aún lícito hacer uso de esa vieja palabra» de «soberanía» es «ya no simplemente [...] que al pueblo y por tanto a los ciudadanos les corresponden sólo los derechos políticos y, por ello, el autogobierno a través de la mediación representativa, sino también en el sentido ulterior de que al pueblo y a todas las personas que lo componen les corresponde el conjunto de aquellos “contra-poderes” que son los derechos fundamentales –civiles, de libertad y sociales– a los cuales todos los poderes, incluidos aquellos de la mayoría, están sometidos»<sup>17</sup>. Aquí está ya, en esencia, la concepción de la democracia de Ferrajoli. Pero antes de desarrollarla con más detalle, me gustaría hacer un par de objeciones-precisiones a esta concepción de la soberanía en su vertiente interna (en su vertiente internacional creo que la soberanía, al menos desde Westfalia, si no ya antes, nunca ha sido del todo bodiniana, pues la existencia del Derecho internacional impone necesariamente obligaciones a los Estados que no parece verosímil justificar con la ficción del monismo nacionalista de que en último término dependen de su aceptación por cada Estado<sup>18</sup>).

La primera precisión es que el sentido en el que Ferrajoli habla de soberanía (interna) no puede ser el único posible ni útil porque se refiere sólo al poder constituido. Salvo que quiera prescindir de toda noción de poder constituyente, hay otro sentido relevante, que es la soberanía como capacidad jurídica de decidir en última instancia sobre la propia organización política de un determinado pueblo y territorio, que no tiene por qué ser una capacidad absoluta o ilimitada en sentido bodiniano, bastando que sea o se suponga como originaria. Es conforme a este sentido por el que podemos decir todavía, en sentido jurídico –no fáctico, como muchas veces erróneamente se hace– que es el Estado español o el italiano el que es soberano y no la Unión Europea, pues aquéllos Estados mantienen la competencia para abandonar esta última institución, mientras que no son soberanos el País Vasco o la Padania, que no pueden hacer algo equivalente, siempre desde un punto de vista jurídico.

La segunda precisión se refiere a la presunta limitación de los derechos políticos por los restantes derechos, que Ferrajoli basa en la rigidez constitucional, pero que tampoco tiene en cuenta dos cosas: ante todo, que de nuevo está pensando en el poder constituido, y no en la posibilidad de reformas constitucionales que pudieran cambiar no sólo las «ponderaciones» que las propias constituciones hacen entre los dis-

<sup>17</sup> FERRAJOLI, «Sobre la definición de “democracia”. Una discusión con Michelangelo Bovero» (2001), en *Democracia y garantismo*, pp. 84-85.

<sup>18</sup> Sobre el tema, con una sólida perspectiva histórica, remito al documentado libro de Matthew S. WEINER, *Democratic Sovereignty. Authority, Legitimacy, and State in a Globalizing Age*, Londres, UCL Press, 2007.

tintos derechos sino incluso el propio sistema de rigidez constitucional, y que no necesariamente tendrían por ello que suprimir o limitar el sistema democrático; y, por otra parte, que las relaciones entre los derechos políticos y los demás derechos, así como de éstos entre sí, son seguramente más conflictivas de lo que Ferrajoli ha defendido en una sucesión de debates con varios colegas. En ambos aspectos me inclino a pensar que él propone una imagen en cierto modo «congelada» del constitucionalismo actual, no en un sentido absoluto e ideal, conforme al cual él creyera que no se puede o se debe ir más allá, pero sí al menos como cuasi-ideal, en un doble sentido relevante: de un lado, porque acepta, y en ese sentido en cierto modo pretende congelar, el modelo constitucional europeo como un punto de partida sobre el que no se debería volver atrás y, por tanto, a partir del cual se debería desarrollar un constitucionalismo cosmopolita, en expansión del modelo de derechos; y, de otro lado, porque minimiza los conflictos entre derechos como resultado de la aplicación de su propia teoría, que propone de antemano una interpretación de las relaciones entre los distintos derechos que también tiende a congelarlos en una determinada visión, que permite eludir la necesidad de ponderar de manera genérica entre ellos pero sólo por la simple razón de que la ponderación ya ha sido previamente realizada por la propia teoría de Ferrajoli.

## 2.2 Más allá de la definición formal de los derechos fundamentales

Antes de entrar en la concepción de Ferrajoli sobre la democracia como articulación esencialmente no conflictiva de los distintos tipos de derechos fundamentales, quiero abordar la cuestión de la definición meramente formal de los derechos fundamentales, que pretende aislar el concepto teórico de tales derechos respecto de su justificación político-moral. Como de ello se ha discutido ya hasta la saciedad por diversos autores<sup>19</sup>, siempre sin mover un ápice a Ferrajoli sobre la dis-

---

<sup>19</sup> Vid., entre otros, Luca BACELLI, «Diritti senza fondamento», *Teoria política*, XVI, núm. 2, 2000, § 1, trad. cast., como cap. II.1 de L. FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales. Debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo*, ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001; Riccardo Guastini, «Tre problemi per Luigi Ferrajoli», *Teoria política*, XIV, núm. 2, 1998, §§ 2-3, trad. cast., como cap. I.1 de *Los fundamentos de los derechos fundamentales... cit.*; Mario JORI, «Ferrajoli sui diritti», *Teoria política*, XV, núm. 1, 1999, § 2, trad. cast., como cap. I.4 de *Los fundamentos de los derechos fundamentales... cit.*; Ermanno VITALE, «Teoria generale del diritto o fondazione dell'ottima repubblica? Cinque dubbi sulla teoria dei diritti fondamentali di Luigi Ferrajoli», *Teoria política*, XIV, núm. 2, 1998, pp. 44-46, trad. cast., como cap. I.2 de *Los fundamentos de los derechos fundamentales... cit.*, pp. 68-69; y Danilo ZOLO, «Libertà, proprietà ed eguaglianza nella teoria dei "diritti fondamentali"». A propósito di un saggio di Luigi Ferrajoli», *Teoria política*, XV, núm. 1, 1999, pp. 6-7, trad. cast., como cap. I.3 de *Los fundamentos de los derechos fundamentales... cit.*, pp. 81-82.

tinción de planos o niveles en los que se mueven sus distintas afirmaciones (en este caso el nivel de la teoría jurídica y el de la filosofía política<sup>20</sup>), me limitaré a un rápido comentario para poner en duda la necesidad y la utilidad de esa multiplicación de entes con la adición de un argumento por analogía que no me consta que haya aparecido hasta ahora en los debates anteriores.

A mi modo de ver, la categoría «derechos fundamentales», como la categoría «democracia», está inevitablemente cargada de valor, en nuestras discusiones de un valor positivo. Eso no significa que no se puedan hacer referencias meramente descriptivas, e incluso peyorativas, a usos lingüísticos externos o ajenos, como cuando se afirma que el derecho a portar armas es un derecho fundamental para la Constitución estadounidense o que la democracia era una mala forma de gobierno para Platón y Aristóteles. Pero en las discusiones sobre los derechos fundamentales o la democracia que adoptan un punto de vista interno, de carácter filosófico-político o normativo, el concepto o los conceptos relevantes presuponen necesariamente valoraciones y sus meras definiciones formales y asépticas no sirven para nada si es que no llegan a estorbar en la clarificación de lo que se discute. En el caso de la democracia, incluido Ferrajoli, solemos partir de un tipo de definición cargado valorativamente (normalmente con referencia a un procedimiento de decisión bajo ciertas condiciones de igualdad, libertad y pluralismo) y no tenemos que molestarnos en despejar que las democracias populares o la democracia orgánica no cumplen sus requisitos. En el caso de los derechos fundamentales, la posición de Ferrajoli obliga a distinguir entre los derechos-fundamentales-formales –entre los que se encuentran todos aquellos caracterizados tanto por la universalidad de sus titulares como personas, como ciudadanos o como capaces de obrar, cuanto por su indisponibilidad o irrenunciabilidad al derecho mismo– y los derechos-fundamentales-valiosos, que son los que se articulan en las cuatro categorías que según él caracterizan el modelo de la democracia constitucional.

Creo que el propio Ferrajoli, y por buenas razones, está lejos de poder mantener esta disciplina diferenciadora cuando en tantas ocasiones, e incluso en el título de uno de sus libros, ha afirmado sin más especificaciones que los derechos fundamentales conforman la ley del

---

<sup>20</sup> Ferrajoli ha precisado que «la teoría de la democracia desarrollada en el segundo volumen de *Principia iuris* no es una teoría filosófico-política de la justicia o del buen gobierno democrático», sino «una interpretación semántica de tipo axiológico» o «una teoría empírico-normativa» de su modelo de democracia constitucional («*Principia iuris*. Una discusión teórica... *cit.*, p. 415). La distinción es sutil y entiendo que se puede reformular como distinción entre *filosofía política ideal* y en abstracto y *filosofía política cuasi-ideal*, relativa a un modelo político-jurídico concreto, donde el modelo es una forma idealizada de distintos sistemas jurídicos concretos y la teoría propuesta es la mejor interpretación posible de ese modelo. La alusión del texto a la filosofía política de Ferrajoli, que vuelvo a repetir más adelante, ha de entenderse referida a este segundo sentido.

más débil, refiriéndose, claro, a los derechos que él considera justificados, no a los de su definición formal. Porque en la discusión sobre cuáles son tales derechos y cuál es su alcance, al igual que en la discusión sobre la democracia, la definición formal no aporta absolutamente nada, salvo riesgo de confusión, ya que no obliga a afirmar que un derecho de titular universal está realmente justificado como fundamental ni puede ni debe impedir afirmar que un derecho de titularidad esencialmente disponible sea en realidad un derecho fundamental. El primer aspecto de mi observación, relativo a la excesiva amplitud valorativa de la definición formal, ha sido ya muy trillado e incluye casos que, desde la propia concepción de Ferrajoli no están justificados como derechos fundamentales –por ejemplo, el repetido derecho a llevar armas, pero también la limitación de los derechos políticos a los propietarios varones<sup>21</sup>, el supuesto derecho a la vida de todo concebido, etc.–, lo que ha podido siempre ser soslayado por él indicando que aunque desde su propio punto de vista valorativo no sean verdaderos derechos fundamentales, bien lo pueden ser conforme a un punto de vista distinto. Aunque aceptemos tal concesión al relativismo cultural en el plano teórico, el segundo aspecto de mi observación ha sido menos explorado y presenta, me parece, un problema mayor para la teoría de Ferrajoli, pues debe sostener que un derecho que no es fundamental conforme a su definición formal sí puede serlo desde el punto de vista de su justificación filosófico-política. Al fin y al cabo, mantener un concepto formal más amplio que el concepto sustancial propio, no plantea el problema de un concepto formal más restringido, en el que no entran casos que podríamos considerar sustantivamente incluíbles en el concepto. Y tal es lo que ocurre con el derecho a la eutanasia consentida, que pone en cuestión el discutible rasgo de la indisponibilidad de los derechos fundamentales, un rasgo que yo diría que pretende operar como una especie de sucedáneo de requisito sustantivo pero que no puede cumplir bien esa pretensión valorativa ni tampoco su función meramente formal o definitoria<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Como destacó en su momento Riccardo GUASTINI, «ciudadanía» es un concepto jurídico que puede ser denotado con distintos referentes, por lo que la universalidad sería un concepto vacío (cf. «Tre problemi per Luigi Ferrajoli» *cit.*, p. 38, trad. cast., p. 61). En realidad, también las otras dos categorías que Ferrajoli utiliza para definir la titularidad de los derechos fundamentales –la capacidad de obrar y la personalidad– son conceptos jurídicos y, por tanto, definibles con distintos significados. Esto no significa, sin embargo, que tales categorías sean por completo vacías, pues siempre habrá márgenes que sería irrazonable superar (otorgar capacidad de obrar a un niño de dos años, conferir personalidad a una piedra, etc.). En lo que sí cabe coincidir con Guastini es en que la gran amplitud que así adquiere el concepto de derecho fundamental convierte a la universalidad en algo sin interés.

<sup>22</sup> Aunque quizá menos claro, también el rasgo de la universalidad podría tener un encubierto contenido sustancial, que a mi modo de ver aparece en el uso valorativo o filosófico-político que Ferrajoli hace de la diferencia entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales (que se tienen *uti singuli*), donde los segundos resultan ser derechos subordinados a los primeros, de modo que pueden ser limitados o recortados

Que me conste, Ferrajoli ha abordado en parte esta cuestión en una ocasión, en réplica a una objeción de Mario Jori sobre la permisibilidad del suicidio, pero sin responder a ella de manera directa y satisfactoria<sup>23</sup>. Ferrajoli se centró en negar que el suicidio sea un acto de disposición, e incluso un acto jurídico, añadiendo que «sería inválido el acto en el que se nos obligara a suicidarnos»<sup>24</sup>. Pero, por un lado, si con ello se pretende aludir, como parece, a la validez jurídica, la previsión de esa o de otra regulación es meramente contingente, pudiendo haber ordenamientos jurídicos que lo desmienten (como lo era el de la Grecia clásica –recuérdese a Sócrates–, y quizá el de la Roma antigua) y, por otro lado, lo que es más importante, si la validez de la que se habla es la validez o justificación moral, el argumento pide el principio y, además, es sustantivamente irrelevante: si aplicáramos ese argumento al caso de la eutanasia consentida, tal y como por ejemplo se regula en Holanda, resultaría que deberíamos excluir tal derecho como fundamental únicamente por razones formales, esto es, porque no entra en la definición de Ferrajoli, que por lo demás es según él meramente convencional, como cualquier definición teórica. Desde luego, hay mucha gente dispuesta a defender ese derecho como fundamental por muy buenas y diversas razones, entre las cuales, naturalmente, el dogma de que por definición los derechos fundamentales son indisponibles apenas merecería réplica, pues carece de toda sustancia para quien no mantenga una inverosímil concepción esencialista del lenguaje. Lo anterior muestra suficientemente, me parece, que la relación entre la definición formal y la justificación sustantiva de los derechos fundamentales no está bien resuelta en el conjunto de la teoría de Ferrajoli.

### 2.3 Entre el ideal democrático y la democracia mínima: el pluralismo ideológico

Para recordar tan sintética como expeditivamente la filosofía política de Ferrajoli a propósito de los derechos de la democracia constitucional, esta puede caracterizarse idealmente (o cuasi-idealmente<sup>25</sup>)

---

en caso de conflicto (quien primero elaboró esta crítica, por lo que sé, fue Mario JORI, «Ferrajoli sui diritti» *cit.*, pp. 32-33, trad. cast., pp. 119-120). Sin embargo, si en este caso aplicáramos la estricta separación que Ferrajoli propone entre definiciones formales pertenecientes a la teoría jurídica y afirmaciones valorativas pertenecientes a la filosofía jurídica, del rasgo meramente formal de la universalidad no podría derivarse ninguna jerarquía axiológica.

<sup>23</sup> Cf. M. JORI, «Ferrajoli sui diritti» *cit.*, pp. 34-35, trad. cast., pp. 122-123.

<sup>24</sup> L. FERRAJOLI, «I diritti fondamentali nella teoria del diritto», *Teoria politica*, XV, núm. 1, 1999, p. 64, trad. cast., «Los derechos fundamentales en la teoría del derecho», como cap. II de *Los fundamentos de los derechos fundamentales... cit.*, p. 162.

<sup>25</sup> Véase mi precisión *infra*, nota 20, conforme a la cual, cuando hablo del «modelo ideal de democracia» de Ferrajoli, puede entenderse que me refiero a su modelo

como la suma coordinada de cuatro tipos distintos de derechos: de un lado, dos de carácter procedimental, como son (a) los derechos políticos o de autonomía política (esto es, para la participación en la esfera de las decisiones colectivas: derecho al voto, a la libre asociación, reunión y expresión, etc.), y (b) los derechos «civiles» o de autonomía privada (esto es, de decisión en la esfera privada: derecho a ser propietario, a contratar, a contraer matrimonio, etc.); y, de otro lado, dos de carácter sustantivo, que incluyen tanto (c) los derechos genéricos de libertad –a su vez distinguidos en dos clases: las «inmidades» o libertades *frente a* [*libertà da*] y las «facultades» libertades *de* [*libertà di*]– como (d) los derechos sociales, entendidos como derechos a determinadas prestaciones asistenciales por parte del Estado.

La distinción de estos cuatro tipos de derechos es esencial para Ferrajoli al menos por dos razones: una, porque cuando es negada o malinterpretada por las doctrinas corrientes, dice, se produce «el efecto, entre otros, de configurar como “conflictos” entre derechos lo que en realidad no son sino límites estructuralmente impuestos por los derechos de libertad-facultad al ejercicio de los derechos-autonomía [tanto privada como pública, es decir, tanto de los derechos civiles como de los políticos], por los derechos de libertad-inmidad (“frente a”) al ejercicio de los derechos de libertad-facultad (“de”), por los derechos fundamentales al ejercicio de los derechos patrimoniales y de las meras libertades»<sup>26</sup>; y segunda, pero no menos importante, porque para él los cuatro tipos de derechos, en la medida en que se vean realizados de hecho conforme al modelo, son condición necesaria y suficiente de la *democracia constitucional*, que distingue claramente de la *democracia tout court*, identificada con la «democracia puramente política o formal», que sólo garantiza los derechos de participación política<sup>27</sup>.

Pues bien, estas distinciones, que son a la vez jerarquizaciones axiológicas, producen en el caso de Ferrajoli una teoría muy completa y desarrollada de los derechos constitucionales pero que, a mi modo de ver, paga el precio de ser demasiado cerrada y rígida, esto es, de formular un modelo ideal que no articula bien su relación con la realidad, mucho más conflictiva que el modelo, y tanto en las prácticas legislativas y judiciales como, lo que es más decisivo y grave, en la teoría, que debe dar cuenta de manera más rica y compleja del ámbito de lo político, que muestra discrepancias fundamentales sobre lo que Ferrajoli llama el «ámbito de lo no decidible». En la práctica, el ámbi-

---

cuasi-ideal, o ideal en concreto, relativo al sistema de la democracia constitucional genéricamente considerado en el segundo volumen de *Principia iuris*.

<sup>26</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, tomo 1, *Teoria del diritto*, § 11.6, pp. 753-754 (hay trad. cast. de Perfecto Andrés Ibáñez, Juan Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011, tomo 1, p. 712).

<sup>27</sup> *Principia iuris...*, *cit.*, vol. 2, pp. 7 y 21-22, trad. cast., pp. 11 y 24-25.



to de lo decidible lo definen las ideologías políticas en liza en las democracias realmente existentes, donde diversos comunitarismos, distintas posiciones utilitaristas y defensores de unos u otros distintos derechos tienen opiniones encontradas y, por tanto, inevitablemente abiertas a la posibilidad de decisión. Por lo demás, siempre dejando aparte a los sistemas claramente no democráticos, el mundo actual conoce no sólo democracias «fallidas» o insuficientes, sino distintos modos de entender la democracia, de la «democracia bolivariana» y adheridas, que proclaman un socialismo del XXI a decir verdad tan poco liberal y respetuoso del imperio de la ley como el profesado en el siglo XIX, a la mayoría de las democracias europeas, que, a imitación de la tradicional forma estadounidense, se encaminan hacia un modelo económico cada vez más liberal y menos social.

A mi modo de ver, el modelo ideal de la democracia constitucional de Ferrajoli, que fija las condiciones de una democracia completa —la cual, por seguir sus propias distinciones, sería tanto formal como sustancial y podría calificarse a la vez como política, liberal, civil y social—, puede servir, como todo ideal, para medir y juzgar la distancia con la realidad, pero tal y como él lo emplea podría adolecer de la suficiente flexibilidad para afrontar la distinción entre democracias y no democracias. En aras de ese modelo ideal, la concepción de Ferrajoli tal vez podría carecer de una adecuada caracterización de las condiciones mínimas o básicas de la democracia, lo que él mismo caracteriza como democracia *tout court* pero con reticencias teóricas que podrían terminar por desvirtuar la relevancia de este concepto hasta identificar la democracia con el modelo ideal de la democracia constitucional, mucho más exigente y sustantivo.

En efecto, justo en el momento en el que Ferrajoli reconoce que la dimensión formal o procedimental de la democracia es una condición necesaria de la democracia, dedica varias páginas a justificar que no es una condición suficiente. Pero con ello muestra una ambigüedad no claramente resuelta entre la tesis débil de la democracia formal o política como condición necesaria y suficiente, que es como naturalmente se debería interpretar la expresión «democracia *tout court*», y la tesis fuerte de que la democracia política es condición necesaria pero no suficiente de la democracia, conforme a lo cual la verdadera democracia sería la democracia constitucional, que establece como límites sustantivos no sólo a los derechos políticos sino también a los derechos liberales, a los sociales y (con cierta vacilación que mencionaré enseguida) a los civiles.

La ambigüedad sobre el valor de la concepción procedimental de la democracia como condición suficiente no termina de resolverse en las dos primeras de las cuatro razones o «aporías» que Ferrajoli aduce para probar que «la dimensión formal» no es la única dimensión necesaria de la democracia. Allí aduce en primer lugar «la falta de alcance empírico y, por consiguiente, de capacidad explicativa» de la definición procedimental frente a los actuales sistemas constitucionales,

que vinculan al poder sustancialmente a través de la garantía de los derechos fundamentales, pero sin llegar a concluir, como parecería obligado, que una democracia sólo formal, que carezca de tales vínculos, no es propiamente democracia, sino sólo que, en tal caso, «si bien podemos hablar de “democracia” en sentido puramente político o formal, no podemos ciertamente hacerlo a propósito de esa forma compleja y hoy generalizada en todos los países avanzados que es la “democracia constitucional”»<sup>28</sup>.

Tampoco termina de resolver la ambigüedad su segunda razón, de que sin vínculos o límites de contenido «una democracia *no puede* –o al menos *puede no– sobrevivir*» porque «siempre es posible que con métodos democráticos se supriman los propios métodos democráticos»<sup>29</sup>. Cualquier defensor de la definición procedimental de democracia puede aceptar la afirmación de Ferrajoli si se interpreta como tesis débil, en realidad derivada de la propia definición, en referencia a que una democracia *no puede* sobrevivir si no se garantizan los contenidos propios de los derechos de participación política (voto, expresión, reunión y asociación), pero no como tesis fuerte, ampliada a todos los derechos, que resulta o fácticamente errónea o irrelevante: así, que una democracia meramente procedimental «no puede sobrevivir» es empíricamente falso, como lo ha probado hasta la saciedad el sistema británico, y que «puede no sobrevivir» es una trivialidad que puede ocurrirle a cualquier democracia por muchos y reforzados que sean los derechos garantizados por ella.

Las otras dos razones, en cambio, parecen inclinar la resolución de la ambigüedad en favor de la tesis fuerte, que es en realidad la que Ferrajoli pretendía argumentar con sus cuatro «aporías»<sup>30</sup>. La tercera, en efecto, es «el nexo indisoluble» existente entre la soberanía popular y las distintas categorías de derechos fundamentales (aunque luego, en la justificación detallada de esta tesis no se hace alusión a los derechos civiles): por un lado, el nexo entre democracia política y «derechos de libertad individuales», que incluyen también libertades no políticas, y, por otro lado, el nexo entre derechos políticos y de libertad y derechos sociales efectivamente garantizados<sup>31</sup>. En cuanto a la cuarta razón, reafirma en forma genérica, sin duda demasiado genérica, que «ninguna mayoría puede decidir sobre lo que no le pertenece,

<sup>28</sup> *Principia iuris...*, cit., vol. 2, pp. 6-7, trad. cast., pp. 10-11.

<sup>29</sup> *Principia iuris...*, cit., vol. 2, p. 7, trad. cast., p. 11.

<sup>30</sup> El texto, en efecto, dice: «¿Es suficiente una connotación puramente formal de la democracia para identificar todas las condiciones que se exigen a un sistema político para que pueda ser considerado “democrático” y, más específicamente, como una “democracia constitucional”? Creo que no. Enumeraré cuatro razones, correspondientes a otras tantas aporías, que exigen que sea integrada por límites y vínculos sustanciales o de contenido» (*Principia iuris...* cit., vol. 2, p. 6, trad. cast., p. 10).

<sup>31</sup> Cf. *Principia iuris...*, cit., vol. 2, pp. 7-8, trad. cast., pp. 11-12.

es decir, sobre la supresión o la restricción de aquellas normas constitucionales que confieren derechos fundamentales»<sup>32</sup>.

Pues bien, en la medida en que Ferrajoli adopte en efecto la tesis fuerte según la cual la democracia no puede ser sólo un procedimiento de decisión política, sino que también debe incorporar el conjunto de los derechos liberales y sociales recogidos en muchas constituciones actuales, estará asumiendo una concepción de la democracia que no distingue claramente entre las condiciones ideales y las condiciones mínimas de ese sistema político. De esta manera, en la filosofía política de Ferrajoli se aplicaría con todas sus consecuencias la jerarquía «estructural» propia de su teoría formal de los derechos, conforme a la cual los derechos sustanciales son un límite a los derechos procedimentales. Si así fuera, sin embargo, este planteamiento elevaría a definición de la democracia el modelo de «una casi óptima república»<sup>33</sup>, hasta fagocitar y anular la definición procedimental, y con ello terminaría por invertir la jerarquía valorativa que debe existir en un sistema democrático entre procedimientos y sustancia<sup>34</sup>.

En mi forma de verlo, y de acuerdo en lo esencial con la teorización que hizo Bobbio, el *mínimo* definitorio de la democracia son los derechos procedimentales de carácter político, que incluyen como condición necesaria no sólo el derecho de sufragio sino también los

---

<sup>32</sup> *Principia iuris... cit.*, vol. 2, p. 8, trad. cast. 12. Dicho sólo marginalmente, porque lo que me interesa destacar es cómo Ferrajoli parece suscribir con esto la definición fuerte de democracia, vuelvo a insistir aquí en la «congelación» pretendida por él de las declaraciones de derechos constitucionales, por otra parte diversas según los países: ¿ninguna mayoría? ¿tampoco la del llamado «poder constituyente»?

<sup>33</sup> La crítica, en forma de duda, también fue oportunamente destacada por Ermanno VITALE: «Teoria generale del diritto o fondazione dell'ottima repubblica?...» *cit.*, p. 47, trad. cast., p. 72.

<sup>34</sup> Esta crítica es de naturaleza diferente a la de que la teoría de Ferrajoli limita altamente y hasta anula tendencialmente el espacio de la política, al menos de la política relevante, cautelosamente avanzada antes de *Principia iuris* por VITALE («Teoria generale del diritto o fondazione dell'ottima repubblica?...» *cit.*, pp. 41-42 y 47, trad. cast., pp. 64 y 71) y por Michelangelo BOVERO («Diritti fondamentali e democrazia nella teoria di Ferrajoli. Un consenso complessivo e un dissenso specifico», *Teoria politica*, XVI, núm. 3, 2000, p. 36, trad. cast., como cap. II.2 de *Los fundamentos de los derechos fundamentales... cit.*, p. 241) y más rotundamente afirmada por Anna PINTORE («Diritti insaziabili», *Teoria politica*, XVI, núm. 2, 2000, esp. pp. 8-11, trad. cast., como cap. II.3 de *Los fundamentos de los derechos fundamentales... cit.*, pp. 253-258). Las respuestas de Ferrajoli a estas críticas, sea afirmando pero no probando que en su teoría hay amplios márgenes de autonomía para la legislación (cf. «I diritti fondamentali nella teoria del diritto» *cit.*, p. 69, trad. cast., p. 170), sea distinguiendo entre la predeterminación constitucional del contenido de las leyes, que sí incurriría en la crítica pero que él no habría defendido, y el mero condicionamiento, que es lo que él habría defendido («I fondamenti dei diritti fondamentali», *Teoria politica*, XVI, núm. 3, 2000, p. 106, nota 61, trad. cast., como cap. III de *Los fundamentos de los derechos fundamentales... cit.*, pp. 325-326, nota 61), en mi opinión eluden la cuestión central de si el espacio que su modelo ideal deja a la política es realmente significativo y no se aleja de forma sustancial de las discusiones y variaciones en las que realmente nos debatimos.

derechos esenciales de libertad que garantizan el pluralismo político, esto es, las libertades de asociación, expresión y reunión. Lo decisivo de ese mínimo es que opera también como un criterio *básico*, sin el cual no podemos hablar de democracia, y que por ello es en cierto modo constitutivo y procedimentalmente supraordenado a cualesquiera otros derechos<sup>35</sup>. En ese mismo sentido, los derechos deben considerarse en principio como *derivados* del juego del procedimiento, porque debemos aceptar, si realmente somos demócratas (demócratas liberales, se entiende), el pluralismo de las diferentes posiciones e interpretaciones a la hora de delimitar su alcance y las distintas soluciones a sus posibles conflictos. Esa es la condición que, de forma más o menos condicionada por la diferente rigidez de las constituciones (y hoy de algunos tratados internacionales) pero siempre en alguna medida que debe depender de la propia decisión democrática, afecta a derechos importantísimos como el derecho a la vida (en relación con el aborto o la eutanasia, etc.), a la educación, a la salud, a las condiciones laborales, a la información, a la libertad religiosa e ideológica, etc. Aunque nuestro ideal común fuera sin fisuras el modelo de democracia constitucional de *Principia iuris* (pero algunos, como dije, haríamos precisiones, mientras otros muchos presentarían sustanciales enmiendas), la realidad seguiría siendo que tendríamos que luchar por él en cada cita electoral. Y, además, así debe seguir siendo en tanto vivamos en sociedades ideológicamente pluralistas. Ese es el riesgo inevitable de la democracia<sup>36</sup>, y a la vez su valor.

Una consecuencia de la neta diferenciación que estoy proponiendo entre el modelo ideal y el modelo mínimo es que obliga a diferenciar entre dos distintas esferas de lo indecible que no coinciden más que en parte con la distinción de Ferrajoli entre «lo indecible que sí» y

---

<sup>35</sup> Vendría aquí al caso recordar las conocidas consideraciones de Jeremy WALDRON sobre el valor esencial o intrínseco de los derechos de participación democrática y su relevante distinción entre la teoría sobre los derechos y la teoría sobre la autoridad que debe decidir sobre las cuestiones social y políticamente disputadas, incluidas las delimitaciones entre derechos en posible conflicto entre sí (cf. «A Right-Based Critique of Constitutional Rights», *Oxford Journal of Legal Studies*, 13/1, 1993, pp. 18-51; ampliado en los capítulos X a XIII de *Derecho y desacuerdos* [1999], trad. cast. de José Luis Martí y Águeda Quiroga, Madrid, Marcial Pons, 2005). En esta misma línea, tanto Anna Pintore como Michelangelo Bovero pusieron de manifiesto en su debate con Ferrajoli que su teoría carecía de un criterio claro sobre la autoridad a la que compete decidir la definición y el alcance normativo de los derechos fundamentales (cf. PINTORE, «Diritti insaziabili» *cit.*, p. 4-5, trad. cast., p. 246; y BOVERO, «Diritti fondamentali e democrazia nella teoria di Ferrajoli...» *cit.*, p. 35, trad. cast., p. 240).

<sup>36</sup> Anna PINTORE, aludiendo precisamente al riesgo de la democracia, señaló agudamente la disonancia que se muestra en la obra de Ferrajoli «entre la simpatía moral por las luchas “de abajo” que han producido los derechos, y la actitud, en el fondo aristocrática y paternalista, aunque ilustrada, de quien desea hoy sustraerlos a la decisión de quienes los han elegido, y confiarlos eternamente a la prudente administración del filósofo o, lo que es lo mismo, a la oculta administración del intérprete» («Diritti insaziabili» *cit.*, p. 14, trad. cast., p. 265).

«lo indecible que no». Por un lado, el núcleo duro de lo indecible, lo intocable o esencial, sin lo cual no existe propiamente democracia liberal, que viene dado por las condiciones mínimas o básicas de la democracia, y, por otro lado, la periferia de lo que –si siguiéramos en todo el modelo ideal de Ferrajoli– *debería ser* indecible pero que de hecho tenemos que decidir, sin poder dejar de hacerlo, elección política tras elección política.

### 3. UNA CONCLUSIÓN PARADÓJICA

Al final del recorrido, podría resultar doblemente paradójico que alguien que, como yo mismo, defiende y ha defendido la idea de cierta objetividad de los criterios éticos básicos, haya debido recordar a quien, como Ferrajoli, tanto ha insistido en su carácter relativo y no objetivo que la democracia no es tanto, ni sobre todo, un entramado en el que los distintos derechos engarzan en un ideal coherente y acabado en lo sustancial (quiero decir, más allá de detalles no importantes), sino un procedimiento para resolver las persistentes discrepancias éticas y políticas que son inevitables en sociedades mínimamente complejas y no sometidas a la opresión social de una ideología indisputable.

Por mi parte, que es la que aquí puedo defender, la paradoja resulta aparente porque creo que no incurro en contradicción alguna. Mi defensa, siempre cualificada, de que nuestros puntos de vista morales, especialmente en lo que atañe a los criterios básicos sobre la justicia, suponen y exigen la adopción de un punto de vista interno que los considere suficientemente objetivos, es perfectamente compatible con el reconocimiento del hecho del pluralismo ético y político desde un punto de vista externo. Más aún, la preferibilidad «objetiva» de un determinado criterio presupone que haya de hecho distintos criterios «subjetivos» en disputa. En todo caso, lo que es más importante, mi anterior defensa incorpora el especial valor ético que se debe asignar a la propia democracia como entramado de ciertos derechos básicos (no necesariamente de todos) y, a la vez, como procedimiento de resolución de disputas que tantas veces afectan a los límites de los distintos derechos. Y, precisamente, en ese valor atribuido a la democracia como procedimiento resulta esencial el reconocimiento del valor del pluralismo, es decir, del valor del inevitable hecho de que existan ideologías discrepantes con las nuestras con las que hemos de compartir el sustrato común y fundamental que permita resolver las diferencias en paz y libertad. Supuesto que esto sea así, es a Ferrajoli a quien le toca defender que también por su parte la paradoja es meramente aparente.

Fecha de recepción: 30/06/2012. Fecha de aceptación: 8/11/2012.



# Sobre actos y normas

Por JOSEP M. VILAJOSANA  
Universitat Pompeu Fabra

## RESUMEN

*En este texto se analizan los conceptos de acto jurídico y norma jurídica usados por Luigi Ferrajoli. Sobre el concepto de acto, vinculado al de causa y efecto jurídicos, el autor sostiene que el intento de Ferrajoli de tomarlos con el sentido que tienen en Derecho civil para aplicarlos a todo acto jurídico supone una generalización injustificada. En relación con el concepto de norma, el autor critica, primero, que la concepción que defiende Ferrajoli de la unidad del ordenamiento jurídico no permite distinguir entre un acto nulo y un acto constituyente, ni entre la inexistencia y la pluralidad de sistemas jurídicos; i, segundo, defiende un concepto de regla de reconocimiento como convención constitutiva, que se adaptaría mejor a la perspectiva pragmática que el propio Ferrajoli mantiene.*

Palabras clave: Ferrajoli, acto jurídico, norma jurídica, unidad del orden jurídico, regla de reconocimiento

## ABSTRACT

*In this text there are analyzed the concepts of legal act and legal norm used by Luigi Ferrajoli. On the concept of act, linked to legal cause and effect, the author holds that Ferrajoli's attempt of taking them with the sense that they have in Civil law to apply them to any legal act supposes an unjustified generalization. In relation with the concept of norm, the author critici-*

zes, first, that the conception that defends Ferrajoli of the unit of the legal order allows to distinguish neither between a void act and a constituent act, nor between the nonexistence and the plurality of legal systems; and, second, he defends a concept of rule of recognition as constitutive convention, which one would adapt better to the pragmatic perspective that the own Ferrajoli advocates.

Key words: Ferrajoli, legal act, legal norm, unit of a legal order, rule of recognition

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. SOBRE ACTOS. 1. *Los conceptos de causa y eficacia.* 2. *Generalización y normatividad.*—III. SOBRE NORMAS. 1. *Institución y dimensión pragmática.* 2. *El problema de la unidad.* 2.1 Acto constituyente y nulo. 2.2 Inexistencia y pluralidad de sistemas jurídicos. 2.3 Unidad, completitud y coherencia. 3. *Caracterización de la regla de reconocimiento.* 3.1 La dicotomía definición-prescripción. 3.2 ¿Regla de reconocimiento como norma constitucional? 3.3 Una perspectiva pragmática sobre la regla de reconocimiento.

## 1. INTRODUCCIÓN

*Principia iuris* está llamada a ser, si no lo es ya, una obra de referencia tanto en teoría del derecho como en teoría de la democracia<sup>1</sup>. Entre los méritos que atesora se encuentra el tratamiento sistemático de las principales cuestiones propias de esas materias, con un rigor analítico difícilmente igualable. Se trata, además, de un texto lleno de conexiones internas. Conexiones que se dan no únicamente entre los elementos que conforman la teoría del derecho, por un lado, y los que integran la teoría de la democracia, por otro, sino entre unos y otros<sup>2</sup>. Esta circunstancia, unida al empleo de un abundante arsenal de conceptos técnicos, por tanto de términos rigurosamente definidos, da como resultado final un entramado rico, proteínico, del que quienquiera que se interese por los problemas de estas disciplinas hallará un hilo del que tirar para hallar respuestas adecuadas y un nutritivo alimento que saciará su apetito de saber teórico.

<sup>1</sup> FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 3 vols., Roma, Laterza, 2007. Traducción castellana de P. Andrés, J.C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto y A. Ruiz Miguel: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, 3 vols., Madrid, Trotta, 2011.

<sup>2</sup> El primer volumen se ocupa de la teoría del derecho; el segundo, se corresponde con la teoría de la democracia; el tercero recoge la axiomatización de la teoría del derecho. El número total de páginas es superior a dos mil.



Sin embargo, esta misma característica definitoria de la obra que comento se halla en la base de su complejidad. Incluso para un especialista en la materia, no digamos para quien se acerque a ella con ojos profanos, no es fácil seguir el cúmulo de vínculos que se establecen en el interior del armazón conceptual diseñado por el autor. Circunstancia ésta que influye indudablemente en quien pretenda realizar un análisis crítico del mismo, como es mi caso. Por eso, es importante que quede claro desde el comienzo cuáles son los objetivos del presente trabajo.

Por de pronto, descarto confrontar, ni siquiera como esbozo, un modelo teórico alternativo al planteado por Ferrajoli, al menos por dos razones. La primera, porque sería una temeridad por mi parte intentarlo: no está a mi alcance contraponer a una teoría de tal riqueza y elaboración otra que esté a su altura; la segunda, porque se da la feliz ocurrencia (feliz para mí, porque me exime de tener que afrontar, como digo, algo que queda fuera de mis posibilidades) de que comparto buena parte del planteamiento del autor. El objetivo de este trabajo, pues, es mucho más modesto. Voy a exponer una serie de dudas y reflexiones que me ha suscitado la lectura de esta voluminosa obra. Cuando mi exposición incluya críticas, éstas deberán tomarse como internas al modelo; susceptibles incluso de ser aceptadas si el autor lo considerara oportuno, en forma de matizaciones, aclaraciones, complementos a lo sumo, de aquello que se halla en su texto. En definitiva, mi intención es ofrecer algunos elementos de crítica constructiva, esperando que puedan resultar de alguna utilidad para clarificar ciertas cuestiones que me han interesado especialmente.

La complejidad del texto y el carácter modesto de mi aportación, aconsejan delimitar claramente el objeto de examen. Así, en lo que sigue voy a centrarme en el primer volumen de *Principia iuris*, consagrado a la teoría del derecho. Dentro de ese volumen, me referiré a la segunda parte, dedicada al estudio del derecho positivo. En ella, Ferrajoli toma como punto de referencia lo que llama los «cuatro postulados del positivismo jurídico», que aluden, por este orden, a los actos, a las situaciones, a las personas y bienes, y a las normas. Concentraré mi atención en el primer postulado, referido a los actos (correspondiente al capítulo V) y en el último, relativo a las normas (desarrollado en el capítulo VIII), sin que ello sea óbice para hacer las oportunas referencias a otras partes del libro cuando sea pertinente<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Si no se dice expresamente algo distinto, cuando aquí se habla por simplicidad de actos y normas (ya en el título) hay que entender «actos jurídicos» y «normas jurídicas», como lo hace el propio Ferrajoli. Por otro lado, las referencias que haré en este trabajo a *Principia iuris* se limitarán únicamente al primer volumen, que citaré en adelante como *PI* seguido del número correspondiente de las páginas, según la traducción castellana.

## I. SOBRE ACTOS

### 1. Los conceptos de causa y eficacia

El primer postulado del positivismo, según Ferrajoli, rezaría así: «Toda causa es un comportamiento que, si no es constituyente, está previsto por una regla que a su vez tiene una causa y que dispone o predispone su modalidad y aquello de lo cual es causa»<sup>4</sup>. De este postulado se derivan tres tesis. Según la primera, toda causa es un comportamiento. En atención a la segunda tesis, toda causa, salvo la constituyente, está sometida a reglas, que es una forma de enunciar el principio de legalidad. La tercera tesis, por su parte, señala que, dada una causa no constituyente, existe no sólo algo que es su regla y que predispone sus efectos, sino también otra causa de la que dicha regla es efecto<sup>5</sup>.

En este apartado analizaré brevemente el concepto de *causa* usado por Ferrajoli y su relación con el concepto de *eficacia*. Me interesará averiguar especialmente el papel que el autor reserva a tales conceptos en la explicación de la *normatividad* que suele predicarse del derecho.

El concepto de causa empleado por Ferrajoli es, según sus propias palabras, «el término clave de toda la teoría del derecho»<sup>6</sup> y proviene del usado por los civilistas. Persigue con ello establecer un concepto general, propio de una teoría general del derecho, que al mismo tiempo sea, por decirlo así, genuinamente jurídico. Si una persona quiere realizar un testamento válido en relación con un sistema jurídico y una norma de ese sistema establece las condiciones *a*, *b* y *c* para reconocerle efecto jurídico, entonces la *causa* genuinamente jurídica para llevar a cabo el comportamiento recogido en esas condiciones es la de obtener el *efecto* jurídico que la norma asocia al cumplimiento de las mismas. De este modo, existe una eficacia que es la propia del derecho, definida por Ferrajoli siguiendo la dogmática civilista, como la capacidad de todo acto de producir efectos jurídicos<sup>7</sup>. Mediante este concepto de eficacia, el autor pretende poner de relieve la normatividad propia del derecho a través de una conexión con las razones para la acción, en un sentido que califica de «de mera utilidad»<sup>8</sup>.

Esta categorización y, sobre todo, la conexión que Ferrajoli establece con la normatividad, me plantea algunas dudas que pueden concretarse en dos preguntas: ¿Cuál es el tipo de vínculo que se establece entre causa y efecto? ¿Tiene ese vínculo el estatus idóneo para justificar su enlace con la normatividad del derecho?

<sup>4</sup> *PI*, 249.

<sup>5</sup> *PI*, 249-50.

<sup>6</sup> *PI*, 251.

<sup>7</sup> *PI*, 266.

<sup>8</sup> *PI*, 269.

## 2. Generalización y normatividad

Conviene tener presente que el autor distingue los conceptos de eficacia y de efectividad. La efectividad de una norma es una cuestión puramente contingente, empírica; alude a efectos que pueden darse o no en la realidad. En cambio, la eficacia, tal como es definida por Ferrajoli, se refiere a «efectos (...) que se producen siempre, no por una relación de “deber ser” (...), sino por una relación de “ser”»<sup>9</sup>.

Es oportuno en este punto traer a colación el planteamiento que hacía Hans Kelsen de esta cuestión<sup>10</sup>. Como es sabido, según el autor vienés, cabe establecer relaciones entre hechos de dos maneras distintas. Una forma es a través del *principio de causalidad*. Si se hace esto, entonces dos hechos cualesquiera, *a* y *b*, pasan a estar relacionados a través de un nexo causal de tal modo que podemos decir que *a* es la causa del efecto *b*. Las ciencias empíricas serían el ejemplo paradigmático del empleo de esta categoría gnoseológica, y se moverían en el plano del *ser*. La otra forma de vincular dos hechos sería a través del *principio de imputación*. En este caso, la relación que se postula entre *a* y *b* se traslada al terreno del *deber ser*: «Si se da *a* debe darse *b*». Por supuesto, ello no garantiza que en el mundo empírico suceda *b*. Las ciencias normativas, y entre ellas destacadamente la ciencia jurídica, adoptarían esta perspectiva de estudio.

Recordado someramente el planteamiento kelseniano, la cuestión que nos ocupa deviene esta: ¿postula Ferrajoli una especie de tercera vía para conectar hechos, que no sea ni el principio de causalidad ni el principio de imputación? De ser así, ¿la misma justificaría la conexión establecida entre la eficacia y la normatividad propia del derecho?

Que Ferrajoli piensa en una tercera vía lo sugiere el hecho de que descarta explícitamente que la vinculación a la que se refiere entre causa y efecto sea relativa al «deber ser», así como que sea empírica, ya que ésta es la propia de la efectividad. Sin embargo, a renglón seguido sostiene que tal relación es del «ser» y, en ocasiones, habla de una relación «óntica»<sup>11</sup>. Está claro que cuando aquí se alude a la esfera del ser, no puede tener el mismo sentido que le dio Kelsen, ya que para este autor, como acabamos de ver, este ámbito era equivalente al mundo empírico y Ferrajoli afirma que la vinculación que examinamos pertenece al mundo del ser, pero no tiene nada que ver con el mundo empírico, con lo contingente. Tal vez, una forma de interpretar esta tercera vía sea la de entender que la vinculación postulada es de tipo conceptual. En efecto, parecería que Ferrajoli apunta en esa línea cuando en algún momento sostiene que la eficacia pertenece al tipo de

<sup>9</sup> *PI*, 268.

<sup>10</sup> KELSEN, H., *Reine Rechtslehre* (2ª edición). Wien: Frans Deuticke, 1960. Traducción castellana de VERNENGO, R.J., *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1979, por donde cito: pp. 89-105.

<sup>11</sup> Lo hace, por ejemplo, cuando habla de las situaciones jurídicas en *PI*, 290.

fenómenos propios de la «constitutividad en sentido lato»<sup>12</sup>. Pero, si esto es así, entonces surge algún inconveniente.

Para empezar, ¿cómo es posible que una relación conceptual genere normatividad? Sobre esta cuestión, uno podría sugerir que la razón para la acción que está detrás de este planteamiento es el propio de las *reglas técnicas*. Una vez establecido por un sistema jurídico que para que un testamento produzca efectos jurídicos *deben* darse una serie de condiciones, el hecho de cumplirlas es una condición necesaria para conseguir tales efectos. El «deber», entonces, es un deber *técnico*, que enlaza medios y fines, el cual efectivamente se halla en las normas constitutivas<sup>13</sup>. Pero, si es así, ¿qué sucede con las normas prescriptivas (o «deónticas», en la terminología de Ferrajoli), aquellas que prohíben, obligan o permiten determinados comportamientos? Éstas, por definición, no son normas constitutivas, ni conceptos. No obstante, son aquellas sobre las que normalmente se suele focalizar el problema de la normatividad, lo cual no resulta nada extraño, puesto que el deber que se predica en ellas no es técnico, sino «normativo».

En este sentido, precisamente a Kelsen se le ha criticado, con razón, que redujera el rico universo jurídico a único modelo normativo, que se correspondería con las prescripciones. Con Ferrajoli, nos encontramos de algún modo con el mismo problema, pero invertido. En su camino hacia la elaboración de una teoría del derecho que sea efectivamente *general*, y una vez constatada la falta de un uso compartido por parte de todos los juristas de términos como «causa», elabora la idea, ciertamente original, consistente en generalizar el concepto de causa adecuado al uso que de él hacen los civilistas. Ahora bien, en el terreno ceñido al derecho civil efectivamente predominan las normas constitutivas, por lo que este concepto de causa encaja como un guante. Pero cuando se pretende extenderlo para dar cuenta de todas las normas que componen un ordenamiento jurídico, aparecen las dificultades, como pone de relieve esa forma de conectar la eficacia con la normatividad del derecho.

Además, tampoco parece aplicable esta idea de causa a los principios (normas «téticas», en terminología ferrajoliana). La razón es sencilla: si los principios se caracterizan estructuralmente por no tener condiciones de aplicación, entonces carecen de causa en el sentido empleado por este autor. Así, pues, en la clasificación que hace Ferrajoli de las normas entre hipotéticas y téticas, por un lado, y entre deónticas y constitutivas, por otro (con sus consiguientes combinaciones<sup>14</sup>), su concepto de causa funcionaría bien, a lo sumo, en relación

---

<sup>12</sup> *PI*, 268.

<sup>13</sup> Sobre las reglas técnicas, véase VON WRIGHT, G. H., *Norm and Action. A Logical Enquiry*. London, Routledge and Kegan Paul, 1963. Traducción castellana de GARCÍA, P., *Norma y acción. Una investigación lógica*. Madrid, Tecnos, 1971.

<sup>14</sup> Véase el cuadro completo en *PI*, 404.

con las normas hipotético-constitutivas, pero es discutible que encaje adecuadamente en el resto. El carácter general del modelo, pues, se conseguiría en este punto a expensas de su plausibilidad.

### III. SOBRE NORMAS

#### 1. Institución y dimensión pragmática

En el capítulo VIII de *Principia iuris*, dedicado al análisis de las normas jurídicas, se encuentran algunas aportaciones que merecen ser valoradas de manera muy positiva. Destacaré muy brevemente sólo dos: el concepto de institución y el importante papel reservado al análisis pragmático en la teoría del derecho.

Supone una contribución de primer orden a la teoría del derecho la oportuna distinción que efectúa Ferrajoli entre institución como ordenamiento e institución como sujeto jurídico. Recuérdese las inacabables disputas que ha provocado y sigue provocando el término «institución», por no percatarse de que no cabe hablar *al mismo tiempo* de ambos sentidos, que es tanto como reconocer que en realidad existen dos conceptos de institución. Ferrajoli lo explica con meridiana claridad, cuando subraya que el primero tiene que ver con un ordenamiento normativo y se identifica a través de la regla de reconocimiento, mientras que el segundo alude a un sujeto normativo y es identificado a través de su razón social<sup>15</sup>. ¿Qué se muestra con este proceder? Básicamente que carece de sentido contraponer las llamadas teorías normativas a las teorías institucionales del derecho. Cuando las primeras hablan del derecho como ordenamiento, forzosamente dejan de hacerlo del derecho como sujeto normativo; cuando las segundas, por ejemplo, toman al Estado como sujeto jurídico, no lo conciben como ordenamiento jurídico. Son, si se quiere, dos caras de la misma moneda, pero como sucede con las monedas, uno nunca puede mirar ambas caras a la vez.

También merece una mención especial la relevancia que en *Principia iuris* se concede a la dimensión pragmática del derecho y al análisis que se realiza desde este punto de vista<sup>16</sup>. Ahora bien, en mi opinión esta es una perspectiva de la cual no se han extraído todas sus consecuencias, como más adelante intentaré mostrar.

Como dije al comienzo, el análisis relativo a las normas presupone desarrollar en diversos frentes el cuarto postulado del positivismo jurídico. Éste reza así: «Aquello de lo que algo es causa, o regla, o bien modalidad o expectativa no constituyente, no es nunca

<sup>15</sup> *PI*, 442.

<sup>16</sup> Véase *PI*, 422-26.

constituyente»<sup>17</sup>. De este postulado, Ferrajoli inferirá, entre otras cosas, que todas las normas son positivas, o sea constituidas, y que no existe algo así como una *norma* constituyente, sino sólo un *poder* constituyente. Además, extraerá como corolario de lo anterior la concepción gradual del ordenamiento jurídico. El cuadro se cierra con la idea de la *unidad* del ordenamiento jurídico escalonado a partir de la presencia de una *regla de reconocimiento*, no en vano un ordenamiento es «el conjunto de normas caracterizadas por una norma de reconocimiento»<sup>18</sup>. En el análisis de estas últimas cuestiones centraré mi atención a partir de ahora.

A continuación expondré diversas consideraciones críticas que tienen que ver, con el problema de la unidad del derecho y con la caracterización que Ferrajoli hace de la regla de reconocimiento.

## 2. El problema de la unidad

Según Ferrajoli, la unidad de un sistema jurídico está condicionada por el hecho de que los actos, las situaciones y las normas de la red que lo conforman tienen todos en común el mismo acto o situación constituyente. Para este autor, dado un acto o situación no constituyente, uno puede hallar siempre, siguiendo la secuencia ascendente en la gradación, al menos un acto y una situación de grado superior. En este camino ascendente, sin embargo, nos podemos hallar con roturas de la red, que son las que pondrían en peligro la unidad del sistema, salvo cuando llegamos al final del camino que es el poder constituyente.

El cuadro que dibuja el autor florentino es muy parecido al diseñado por Kelsen, de quien la teoría del derecho defendida en *Principia iuris* es claramente deudora, pero tiene en este punto una diferencia significativa. Para Ferrajoli, a diferencia de lo que sucedía con el Kelsen de *Teoría pura del derecho*, el sistema jurídico no se fundamenta en una *Grundnorm*, o norma presupuesta, sino en un acto o situación constituyente; en definitiva, como ya dije antes, se fundamenta en el poder constituyente, que en ningún caso es una norma.

En lo que sigue, mencionaré tres cuestiones que me parecen problemáticas respecto de la forma en que Ferrajoli ha reconstruido la unidad de los sistemas jurídicos.

### 2.1 ACTO CONSTITUYENTE Y ACTO NULO

Si combinamos la definición que del acto constituyente nos da Ferrajoli con su forma de plantear el desafío que supone para la uni-

<sup>17</sup> *PI*, 174.

<sup>18</sup> *PI*, 432. Ferrajoli prefiere hablar de «norma» (en vez de «regla») de reconocimiento, pero aquí emplearé el vocablo de uso más extendido y que mejor se ajusta al concepto acuñado por Hart. No obstante, cuando cite literalmente su texto mantendré obviamente su terminología.

dad de un sistema no hallar un nodo de la red cuando ascendemos por la misma, surge una duda: ¿cómo distinguir un acto constituyente de un acto nulo?

Conviene recordar, al respecto, que los actos nulos en determinadas circunstancias pueden producir efectos jurídicos (por ejemplo, porque no se han impugnado). Si esto es así, cuando emprendiéramos el camino ascendente partiendo de esos efectos jurídicos, llegaríamos a un acto (el acto nulo) que precisamente es tal por haberse realizado sin la cobertura jurídica de una norma superior. Dicho de otro modo, en él se pondría fin a ese camino ascendente dentro del sistema. Pero, según la definición de poder constituyente dada por Ferrajoli, éste se caracterizaría precisamente por ser el punto donde termina el camino ascendente de autorizaciones que conforman la red del sistema. Así, no habría forma de distinguir los actos nulos del acto constituyente, o bien habría que decir que cada acto nulo da lugar a otros tantos sistemas jurídicos, lo cual no parece demasiado razonable<sup>19</sup>.

## 2.2 INEXISTENCIA Y PLURALIDAD DE SISTEMAS JURÍDICOS

Ferrajoli se muestra muy atento a los cambios que la globalización ha generado en el mundo jurídico. La teoría del derecho debería ser capaz de asumir su impacto y dar cuenta de ellos. En concreto, por lo que respecta al problema de la unidad, la globalización la pondría en peligro en dos supuestos:

a) Cuando ascendemos por la malla del sistema jurídico y hallamos dos poderes constituyentes alternativos, sin que puedan ser reconducidos a la unidad. Este es un caso que podría ejemplificarse con la Unión Europea<sup>20</sup>.

b) Por otro lado, con la presencia de lo que Ferrajoli califica de «selva de poderes transnacionales, públicos y particularmente privados, que en la actual edad de la globalización desempeñan realmente un papel de gobierno sin estar sometidos a normas jurídicas, ni estatales ni internacionales»<sup>21</sup>.

Estoy de acuerdo que estos supuestos se dan y que son de gran relevancia política. Ahora bien, creo que a) y b) recogen fenómenos muy distintos desde el punto de vista de su afectación a la unidad de los sistemas jurídicos. Puede argumentarse que únicamente lo dicho en a) pone en peligro la unidad, según la propia definición de Ferrajoli. En efecto, este es un caso de pluralidad de ordenamientos *jurídicos* que pugnan entre sí y que no queda claro que puedan ser reconducidos

<sup>19</sup> Un problema parecido es al que Hans Kelsen da la desafortunada solución de la cláusula alternativa tácita. Cfr. KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 279.

<sup>20</sup> *PI*, 420.

<sup>21</sup> *PI*, 421.

a la unidad. Sin embargo, el fenómeno descrito en b), tan real como el anterior, más que afectar a la unidad de un sistema jurídico tiene que ver con la pretensión que solemos adjudicar al Estado de ejercer el monopolio de la regulación normativa dentro de una comunidad. Nos puede molestar, por las razones que sea, que ciertos comportamientos queden excluidos de la regulación estatal, es decir, que no formen parte del contenido de ninguna norma jurídica perteneciente a un determinado sistema jurídico. Pero, precisamente debido a esa última circunstancia, no tiene sentido en este caso, aplicando la propia definición de Ferrajoli, hablar de una ruptura en el camino ascendente de los nodos que conforman la red de un sistema jurídico; sencillamente, son actos no jurídicos (en el sentido de no regulados por *ningún* ordenamiento jurídico), puesto que no están en la red. Dicho en terminología ferrajoliana, no son ni causas ni efectos jurídicos.

### 2.3 UNIDAD, COMPLETITUD Y COHERENCIA

Una tercera cuestión problemática relativa a la unidad surge cuando Ferrajoli equipara los rasgos de unidad, completitud y coherencia de los sistemas jurídicos, tratándolos como si fueran «principios normativos» y no meras descripciones de lo acaecido en los sistemas jurídicos realmente existentes. Dice de ellos nuestro autor que «no son características sino requisitos de los sistemas jurídicos. No describen su “ser” sino que enuncian su “deber ser”»<sup>22</sup>. Podríamos decir, pues, que las tres características mencionadas no lo serían necesariamente de los sistemas jurídicos vigentes, ya que el hecho de que éstos sean unitarios, no tengan lagunas o carezcan de contradicciones es una cuestión puramente contingente. Por tanto, que un sistema jurídico consiga ser unitario, completo y coherente sería una especie de ideal regulativo: no está garantizado que llegue a serlo, aunque seguramente sea deseable que lo sea desde una perspectiva racional.

Lo cierto es, sin embargo, que no es equiparable el estatus de la unidad con el de la completitud y la coherencia. En efecto, es plausible considerar que estos dos últimos rasgos son contingentes, puesto que los sistemas jurídicos vigentes dan muestras sobradas de tener un nutrido grupo de ejemplos de lagunas y de antinomias. Ahora bien, no ocurre lo mismo con la unidad. No es concebible un sistema jurídico no unitario, sencillamente por razones conceptuales. El concepto de sistema jurídico implica el de unidad y eso sin salirnos de las propias definiciones propuestas por Ferrajoli. Se puede, en definitiva, hablar con sentido de *un* sistema jurídico incompleto, también de *un* sistema jurídico con contradicciones, pero no de *un* sistema jurídico carente de unidad. Por lo tanto, la unidad no es un rasgo contingente de los sistemas jurídicos como lo son la completitud y la coherencia, sino uno de sus rasgos definitorios.

---

<sup>22</sup> *PI*, 421.



### 3. Caracterización de la regla de reconocimiento

Ferrajoli entiende que su concepto de regla de reconocimiento le permite dar cuenta tanto de modelos de ordenamientos nomo-estáticos (cuyo ejemplo típico es la moral crítica), como de los nomo-dinámicos (cuyo ejemplo típico es el derecho positivo). Esta sería, según el propio autor, una ventaja de su modelo respecto al diseñado por Kelsen, a través de la *Grundnorm*, ya que ésta estaría pensada únicamente para los ordenamientos nomo-dinámicos<sup>23</sup>. Así, según Ferrajoli, sería estático aquel ordenamiento cuya regla de reconocimiento sea una *norma institutiva*, es decir, una definición, necesariamente sustantiva, de «norma jurídica». En cambio, sería dinámico el ordenamiento cuya regla de reconocimiento sea una *norma deóntica*, formal o procedimental, que identifique las fuentes de las normas jurídicas que pertenecen a ese ordenamiento<sup>24</sup>.

Dentro del último tipo de ordenamientos hallaríamos a los propios de los estados constitucionales de derecho, cuyas reglas de reconocimiento serían «meta-normas de nivel constitucional»<sup>25</sup>, a las que quedan subordinadas el resto de normas. Puesto que están en la constitución, habrá que entender que estas reglas se han originado en un *acto constituyente*<sup>26</sup>.

Vista someramente la caracterización que de la regla de reconocimiento hace Ferrajoli, es el momento de analizar algunos problemas que en mi opinión puede plantear.

<sup>23</sup> *PI*, 434.

<sup>24</sup> *PI*, 432-3.

<sup>25</sup> *PI*, 433.

<sup>26</sup> Hay que tener en cuenta que cuando, en el capítulo VI dedicado al estudio de las *situaciones* jurídicas, Ferrajoli habla de situaciones constituyentes sigue aludiendo a un *acto* (*PI*, 311-3). También se refiere a veces a reglas de reconocimiento (en plural), mientras que en otras emplea el singular. Puesto que la presencia de una regla de reconocimiento es lo que permite identificar la existencia de una institución, entonces habrá tantas instituciones como reglas de reconocimiento haya dentro del mismo sistema jurídico. Esto está bien visto y justifica el uso del plural. Ahora bien, cuando a la regla de reconocimiento se le hace jugar el papel de indicador de la *unidad* del sistema, debe existir algún criterio que permita deslindar de entre todas las reglas de reconocimiento cuál es la que confiere unidad al conjunto. En este caso, sólo se justificaría el singular. Este es un aspecto que se aborda explícitamente en *Principia iuris* (*PI*, 435), pero no me queda demasiado clara la pertinencia de su solución, que consiste básicamente en apostararlo todo a la cadena de subordinación y en entender que hallaremos al final una única regla que regula sin estar regulada (pero: ¿en qué sentido, entonces, son reglas de reconocimiento las otras, si están subordinadas a ésta?). Me da la impresión de que es un recurso que se sigue moviendo en un terreno excesivamente formal, cuando aquí habría que dar entrada a criterios «materiales» o «políticos» que permitieran la distinción a la que aludo. Sin embargo, entrar ahora a fondo en esta cuestión nos llevaría más allá del objetivo de estas páginas. Remito por ello a VILAJOSANA, J. M., «Towards a material criterion of identity of a legal order», *Rechtstheorie. Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts*, 27, 1996, pp. 45-64. Para un tratamiento más pormenorizado, cfr. VILAJOSANA, J. M., *El significado político del derecho*, México, Fontamara, 1997.

### 3.1 LA DICOTOMÍA DEFINICIÓN-PRESCRIPCIÓN

Es de sobras conocido el debate acerca de si la regla de reconocimiento hay que entenderla como una definición o como una prescripción<sup>27</sup>. En algún sentido, Ferrajoli esquivo la polémica al asignar una regla de reconocimiento de distinto tipo a cada una de las clases de sistema normativo que hemos visto. La regla de reconocimiento de un sistema estático sería una definición, mientras que la de un sistema dinámico sería una prescripción.

En mi opinión, existe una tercera manera de imaginar la regla de reconocimiento que confiere unidad a un sistema jurídico y es la más plausible. Se trata de concebirla como una regla constitutiva de un tipo especial, dado que emerge de una práctica unitaria de identificación de las normas de un sistema por parte de quienes se dedican profesionalmente a esa identificación y, en especial, por parte de los jueces. Obedece a la fórmula acuñada por Searle: «*X* vale como *Y* en el contexto *C*»<sup>28</sup>. Podría, entonces, decir de manera simplificada «Lo dispuesto a partir de tales fuentes (y éstas serían las efectivamente usadas por los juristas de la sociedad de que se trate a la hora de identificar *su* derecho) vale como derecho en esta sociedad». Es importante destacar que, aunque esta fórmula pueda ser equiparada a una definición (*Y* sería el significado del término *X* en un contexto lingüístico determinado *C*), en realidad hay una diferencia relevante entre una regla de reconocimiento con una dimensión constitutiva y una definición: mientras una definición es estipulativa, la regla de reconocimiento no lo es. Ésta última es una regla *social*, que emerge de una práctica unitaria de identificación, la cual no puede ser otra cosa que una acción colectiva, en la que el uso de unos mismos criterios no es decidido por nadie en particular de forma discrecional, sino que surge de un entramado de acciones, creencias y actitudes relacionadas de los miembros del colectivo, del modo que expondré más adelante.

### 3.2 ¿REGLA DE RECONOCIMIENTO COMO NORMA CONSTITUCIONAL?

Antes hemos visto que Ferrajoli entiende que la regla de reconocimiento de un estado constitucional de derecho es una meta-norma de

---

<sup>27</sup> Véase, al respecto, el debate llevado a cabo en la revista *Doxa*. Cfr. BULYGIN, E., «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», *Doxa*, 9, 1991, pp. 257-279; RUIZ MANERO, J., «Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales; Respuesta a Eugenio Bulygin», *Doxa*, 9, 1991, pp. 281-293; CARACCILO, R., «Sistema jurídico y regla de reconocimiento», *Doxa*, 9, 1991, pp. 295-309; BULYGIN, E., «Regla de reconocimiento: ¿Norma de obligación o criterio conceptual? Réplica a Juan Ruiz Manero», *Doxa*, 9, 1991, pp. 311-318.

<sup>28</sup> Cfr. SEARLE, J., *The Construction of Social Reality*, New York, Simon & Schuster, 1995. Traducción castellana de DOMENECH, A., *La construcción de la realidad social*, Barcelona, Paidós, 1997, por la que cito: p. 58.

rango constitucional. Si esto fuera así, puesto que la constitución es fruto de un acto constituyente, entonces la regla de reconocimiento también habría sido creada a través de ese acto. En mi opinión, sin embargo, hay buenas razones para entender que ni la regla de reconocimiento es una norma constitucional ni es creada por un acto constituyente.

En este punto puede confundir el hecho generalizado de que en las constituciones escritas se establezca la lista ordenada de fuentes de un ordenamiento<sup>29</sup>. Después de todo, si el contenido de la regla de reconocimiento no es más que esa lista, entonces ¿qué problema puede haber en equipararla a una norma constitucional? Para entender dónde estriba el inconveniente, es útil realizar el siguiente experimento mental. Imaginemos que en una determinada sociedad algunos de los criterios que se establecen en su constitución como identificadores de las normas del sistema no son los efectivamente seguidos por quienes se dedican profesionalmente a la identificación del derecho.

La pregunta, entonces, es: ¿cuáles son en esa sociedad los criterios que forman la regla de reconocimiento? Desde mi punto de vista, resulta claro que son los que efectivamente usan los juristas, aunque no coincidan con los formalmente establecidos en la constitución. Por eso tiene sentido entender la regla de reconocimiento como una regla social, tal como hace Hart. Y por eso carece de él decir que una regla de reconocimiento no es efectivamente seguida. Y eso es lo que dice precisamente en algún lugar el propio Ferrajoli: «una norma de reconocimiento es siempre efectiva o no es tal norma: comporta siempre la existencia del ordenamiento formado por el conjunto de normas reconocidas como pertenecientes a él»<sup>30</sup>. Esta afirmación, que suscribo plenamente, encaja mal con la concepción excesivamente formal de la regla de reconocimiento, según la cual ésta es una meta-norma de rango constitucional. En cambio, engazaría perfectamente en mi propuesta de una regla de reconocimiento entendida como una regla social (una convención) con una dimensión constitutiva. En este punto parece mejor un enfoque orientado más hacia el ámbito de la adjudicación del derecho que otro que se fije exclusivamente, o de una manera preponderante, en el *origen* de las normas, como es el caso de Ferrajoli. No es casual su insistencia en el *acto constituyente*, cuando en realidad no me parece que pueda hablarse de un acto constituyente respecto de la regla de reconocimiento. Su planteamiento en este punto se queda corto a la hora de extraer todas las potencialidades de

---

<sup>29</sup> Este planteamiento, de entrada, deja fuera las constituciones consuetudinarias, lo cual ya debería hacernos sospechar que no va por el camino adecuado. Pero es que, además, hay ordenamientos jurídicos escritos en los que su sistema de fuentes se recoge en otra parte. El ordenamiento español, sin ir más lejos, lo hace en el preámbulo del Código Civil.

<sup>30</sup> *PI*, 433.

una visión pragmática del derecho, como veremos más detalladamente en el próximo y último apartado de este trabajo.

### 3.3 UNA PERSPECTIVA PRAGMÁTICA DE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

Por todo lo dicho hasta este momento, queda claro que la concepción que Ferrajoli tiene de la regla de reconocimiento me parece algo rígida, poco flexible, que le quita dosis de realismo a una teoría que la tiene en muchos otros aspectos. Ya hemos visto cómo este autor sostiene que la regla de reconocimiento tiene que ser efectiva. Podríamos añadir ahora lo que afirma al hablar de los derechos fundamentales: «si los derechos fundamentales no fueran socialmente compartidos sería como si no existiesen»<sup>31</sup>. Afirmaciones rotundas de este tipo, luego se ven mitigadas por una construcción que tal vez peque de ser excesivamente formal. Pero volvamos a la regla de reconocimiento. ¿Cómo podríamos añadir esa dosis de realismo que demando?

En diversos trabajos he defendido una concepción convencionalista del derecho precisamente basada en el carácter convencional de la regla de reconocimiento que todo sistema jurídico tiene. Así, podría decirse que un enunciado del tipo «En la sociedad *S* existe la regla de reconocimiento *R*» cabe entenderlo de este modo:

1. La mayoría de los juristas de la sociedad *S* usa los criterios *C1*, *C2*...*Cn* (que forman la regla de reconocimiento de *S*) cada vez que tiene que identificar el derecho de *S*.
2. La mayoría de los juristas de *S* cree que 1.
3. La creencia de que se da 1 constituye una razón para usar esos criterios en esas circunstancias.
4. Hay un conocimiento común entre la mayoría de los juristas de lo que se dice en las anteriores cláusulas, que es tanto como decir que las conocen, conocen que los demás las conocen, conocen que los demás conocen que ellos las conocen, etc.<sup>32</sup>

Respecto a la primera condición, el papel de los jueces es indiscutible en las tareas de identificación, pero parece, de todos modos, que puede afirmarse que los sujetos relevantes en estos casos serían todos aquellos que profesionalmente necesitan identificar el derecho de una determinada sociedad (por tanto, no sólo jueces y demás autoridades, sino también abogados). En efecto, es difícilmente concebible el funcionamiento de una sociedad en la que hubiera una discrepancia generalizada entre el sector oficial y el «privado» a la hora de usar criterios de identificación del derecho.

<sup>31</sup> *PI*, 425.

<sup>32</sup> Sobre el concepto de conocimiento común, véase LEWIS, D., *Convention. A philosophical Study*. Oxford, Basil Blackwell, 1969, pp. 52 y ss; GILBERT, M., «Game Theory and Convention», *Synthese*, 46, 1981, p. 87.

La segunda cláusula se refiere simplemente al hecho de que la conducta reiterada a la que se alude en la primera es conocida por la mayoría de los juristas (con lo que se excluiría, por ejemplo, que se diera una concordancia en la identificación por pura coincidencia).

La tercera condición alude a la presencia necesaria de una razón convencional, que es la de actuar, como mínimo, porque los demás actúan de la misma manera. Creo que este es un rasgo relevante para dotar de sentido a la especificidad del derecho positivo<sup>33</sup>. Ilustra en qué consiste actuar por una razón convencional. Allí donde exista la convención de realizar una determinada conducta, en este caso usar unos mismos criterios para identificar las normas pertenecientes a un mismo sistema jurídico, hay una buena razón para seguirla: que los demás lo hacen. Actuar por *convención*, entonces, se opone a actuar por *convicción*, que sería lo propio de las razones morales: actuamos por convicción cuando realizaríamos la conducta a pesar de que los demás no lo hicieran<sup>34</sup>.

En cuanto a la última condición, pone de relieve la importancia que tienen en este punto la generación de expectativas recíprocas entre los participantes en la práctica de identificación, puesto que estamos frente a una *acción colectiva*<sup>35</sup>. Se trata de una forma de poner en relación estados mentales, a través del contenido de las creencias de cada individuo, sin necesidad de presuponer algo así como una especie de conciencia o mente colectiva.

Si se entiende la regla de reconocimiento de esta manera se ofrece un modelo más flexible y adaptable que el brindado por Ferrajoli. Es, en mi opinión, una forma más realista de entender lo que sucede en la práctica jurídica. Una regla de reconocimiento, más que ser directamente fruto de una decisión concreta (de un *acto* constituyente), es una regla social<sup>36</sup>, que consiste en una práctica convergente de identi-

<sup>33</sup> Las ventajas e implicaciones de adoptar esta posición convencionalista que defiendo las he desarrollado en diversos trabajos. La primera vez y de forma embrionaria en VILAJOSANA, J.M., «Hechos sociales y Derecho», en DICIOTTI, E.; VELLUZZI, V. (eds.), *Ordinamento giuridico, sovranità, diritti*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 41-63. En otro lugar, y con la intención de ubicar estas cuestiones en el problema más amplio de la identificación del derecho, en VILAJOSANA, J. M., *Identificación y justificación del derecho*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2007, cap. I. La última ocasión, y de un modo más completo, en VILAJOSANA, J.M., *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2010.

<sup>34</sup> Para la diferencia entre actuar por convención y hacerlo por convicción véase NARVÁEZ, M. *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Madrid/Barcelona, 2004, Marcial Pons, p. 280.

<sup>35</sup> Para un análisis crítico de algunas concepciones de la aplicación del derecho como actividad colectiva, véase VILAJOSANA, J.M., *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*, cit., cap. V.

<sup>36</sup> Como muy bien vio Hart. Cfr. HART, H. L.A., *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961. Traducción castellana de CARRIO, G.R.: *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963, por donde cito: pp. 69-72. Conviene recordar, sin embargo, que este autor, en un primer momento, sostuvo su llamada «teoría práctica de las reglas» como una teoría *general* para dar cuenta de *todas* las

ficación de cuáles son las normas jurídicas que forman parte de un mismo sistema jurídico (sus fuentes, si se prefiere). Este planteamiento permite dar cuenta de varias cuestiones relevantes.

En primer lugar, es un diseño que brinda una explicación plausible de los cambios de la regla de reconocimiento que se dan con el paso del tiempo. Éstos no son necesariamente fruto de *un acto constituyente* del modo como está configurado por Ferrajoli.

En segundo lugar, es un esquema que ayuda a comprender adecuadamente las discrepancias que puedan darse eventualmente entre lo dispuesto en el texto de una Constitución donde se recojan las fuentes del derecho (ésta sí, podemos acordar por hipótesis, creada a través de un acto constituyente) y lo que sucede de hecho en la práctica de identificación de los juristas, emblemáticamente la de los jueces que tienen que identificar las fuentes para después «aplicar» el derecho. Si existe esta discrepancia (es decir, si en la Constitución se dice que los criterios que supuestamente forman la regla de reconocimiento son *C1* y *C2*, por este orden, y resulta que se da una práctica unitaria de identificación entre los juristas según la cual son *C3* y *C4*, o *C2* y *C1*), la dosis de realismo de la que hablo exige que tomemos como contenido de la regla de reconocimiento los criterios usados en esa práctica.

Por último, permite comprender la dimensión constitutiva que tiene esa práctica de identificación. El problema de la normatividad de la regla de reconocimiento suele ser abordado desde la perspectiva de considerarla como una regla regulativa (o «prescriptiva» o «deóntica»). A esta visión dio pie, desde luego, el propio Hart, al considerar que la regla de reconocimiento, a pesar de ser una regla secundaria, impone obligaciones. Sin embargo, creo que es más fructífero pensar que la regla de reconocimiento es una convención con una dimensión constitutiva<sup>37</sup>. Así, del mismo modo que lo que vale como dinero en una sociedad es lo que sus miembros creen que es dinero, según el emblemático ejemplo dado por Searle<sup>38</sup>, lo que vale como derecho en una determinada sociedad proviene del uso de determinados criterios de identificación del derecho de esa sociedad por parte de los juristas y de las diversas creencias y expectativas generadas. Es por ello que carece de sentido predicar que en una determinada sociedad existe un

---

reglas sociales. En cambio, en el Postscript al citado libro, y después de las críticas recibidas por Raz y Dworkin, circunscribe el alcance de esta teoría a una subclase de reglas sociales, a las que llamará «convenciones sociales», entre las que se encontraría la regla de reconocimiento (HART, H. L. A., *Postscript to The Concept of Law*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 256).

<sup>37</sup> Véase, en un sentido algo diverso de convención constitutiva del que definiendo, MARMOR, A. «On Convention», *Synthese*, 107, 1996, pp. 349-371. Sobre las diferencias entre la dimensión constitutiva que postulo y el esquema de Marmor, puede verse VILAJOSANA, J. M. «Hechos sociales y Derecho», *cit.*, especialmente nota 45.

<sup>38</sup> SEARLE, J., *La construcción de la realidad social*, *cit.* Capítulo II. Me he servido de esta analogía con la existencia del dinero en otros trabajos. Véase, por todos, VILAJOSANA, J. M. «La construcción social de la realidad jurídica», *Prisma Social. Revista de Ciencias Sociales*, 4, 2010, pp. 1-45.

error generalizado entre los juristas a la hora de identificar su sistema jurídico. Si no hay una práctica unitaria de identificación, entonces no existe *un* sistema jurídico en ella (podrían darse varios sistemas jurídicos en pugna, fenómeno que afectaría a la unidad del sistema jurídico, como vimos). Si, en cambio, lo que sucede es que los juristas en general usan otros criterios de identificación en relación con los que empleaban en un período anterior, entonces podrá decirse que ha cambiado la regla de reconocimiento de esa sociedad. Por eso, la existencia de una regla de reconocimiento es una condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico en una determinada sociedad<sup>39</sup>.

Estas circunstancias se explican por la dimensión constitutiva de la regla de reconocimiento. Si se procede de este modo, queda más claro dónde reside el factor de autonomía del derecho como fenómeno social y su normatividad. Ambas circunstancias tienen que ver con el carácter convencional de las prácticas jurídicas de identificación. Cada juez puede utilizar los criterios de identificación de que se trate por razones muy distintas (morales, estratégicas, etc.), pero la mayoría debe coincidir en utilizar éstos y no otros, *porque los demás lo hacen*. Este punto es importante. Claro es que cada regla de reconocimiento refleja las concretas circunstancias y convicciones políticas de la sociedad de la que se trate. En determinadas sociedades, los juristas pueden tomar los precedentes judiciales como generadores de derecho, mientras que en otros lugares puede que ello no ocurra; habrá sociedades en que no se tendrán en cuenta las normas consuetudinarias, mientras que en otras incluso la Constitución se considerará que es una norma de este tipo, etc. Ahora bien, esto no es lo relevante en esta sede. Lo relevante es preguntarse si esas mismas convicciones por sí solas proporcionan las razones suficientes para actuar de acuerdo con la regla, *aun si la regla en cuestión no es seguida por los demás*. La respuesta, si se comprende lo que se ha dicho hasta ahora, debe ser negativa.

Un buen modo de poner fin a este trabajo puede consistir en aludir a un punto en que lo que he dicho podría encajar en el esquema diseñado por Ferrajoli sin demasiado esfuerzo, razón por la cual empecé diciendo que mi crítica es interna. El autor florentino afirma que un ordenamiento jurídico no es más que «un mundo de significados» (por lo que hace a las normas) y «un mundo de signos» (por lo que se refiere a los actos). La regla de reconocimiento de un sistema jurídico,

---

<sup>39</sup> Otra condición necesaria es que las normas identificadas a partir de la regla de reconocimiento sean efectivamente cumplidas mayoritariamente por sus destinatarios. Para el análisis de esta condición, remito a VILAJOSANA, J. M., «Eficacia normativa y existencia del derecho», *Teoría & derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 8, 2010, pp. 103-118. Hay que advertir que cualquier autor o autora positivista defenderá que estas dos condiciones son necesarias y conjuntamente suficientes, pero alguien que sea no positivista tampoco podrá obviarlas. Tiene que considerarlas condiciones necesarias, ya que lo son de la existencia del derecho *positivo*, aunque a renglón seguido añada alguna condición adicional.

entonces, sería la regla «sobre la formación de los signos pertenecientes a él y sobre la producción de los significados expresables por éstos en el lenguaje jurídico»<sup>40</sup>. Tal vez podría entenderse que la práctica social que está en la base de la existencia de una regla de reconocimiento, y cuyo bosquejo he diseñado, es una forma más elaborada de dar cuenta de esa formación de signos, una manera de llevar hasta el final, o al menos más lejos, la perspectiva pragmática que el propio Ferrajoli ha enfatizado con indudable acierto en este magnífica obra que es *Principia iuris*.

Fecha de recepción: 30/06/2012. Fecha de aceptación: 8/11/2012

---

<sup>40</sup> *PI*, 433.



## **II**

# **ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO**



# El resquicio argumental del voto obligatorio

Por IGNACIO ARA PINILLA  
Universidad de La Laguna

## RESUMEN

*El voto obligatorio es la respuesta que muchos sistemas políticos ofrecen al fenómeno de la abstención. Una respuesta que en general toma en mayor consideración a los síntomas que a las causas del problema. Su instauración implica una limitación de la libertad de opción del votante y, como tal, requerirá la correspondiente justificación en términos de preservación de un hipotético bien superior. Se impone en este sentido la necesidad de esquivar la tentación perfeccionista para indagar sus virtualidades como eventual instrumento de corrección de los desfases democráticos que dificultan la asunción por parte del individuo del protagonismo que le compete en la determinación de sus propios intereses y de los medios idóneos para su realización.*

Palabras clave: *Democracia. Exclusión. Sufragio. Paternalismo. Deber.*

## ABSTRACT

*Compulsory voting is the answer that many political systems offer for the abstention of voting. A response that generally caters more to the symptoms than the cause of the problem. Involves a limitation of freedom of choice of the voter. So it requires the appropriate justification in terms of preservation of a hypothetical greater good. Hereby imposed in this regard is the need to avoid the temptation to search for a perfect model of citizen and investigate*

*its potentialities as a means of correcting imbalances that hinder the responsible role of the individual in determining their interests and appropriate means to achieve them.*

Key words: *Democracy. Exclusion. Suffrage. Paternalism. Duty.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. EL VOTO OBLIGATORIO COMO INSTRUMENTO DE OCULTACIÓN.—III. LAS PROYECCIONES CONTRADICTORIAS DE LA INELUDIBLE PERSPECTIVA SOCIAL.—IV. EL VOTO OBLIGATORIO EN LA ENCRUCIJADA DE LA EMANCIPACIÓN INDIVIDUAL.—V. CONCLUSIÓN.

## I. INTRODUCCIÓN

Suscita una inevitable perplejidad la simultánea presencia de sistemas electorales que imponen el voto obligatorio junto a otros que no lo hacen. El asunto cobra una especial dimensión por lo que supone el voto obligatorio de restricción de la libertad del individuo, compelido a participar aun en contra de su voluntad en el proceso en cuestión. De ahí la necesidad de analizar su posible justificación dilucidando el carácter proporcionado o no de su institucionalización frente al hipotético mal (la abstención) que se pretende evitar. Procederemos por ello a considerar a la abstención en el marco general que ofrece el fenómeno de la exclusión del proceso electoral, identificando la relación que media entre las diversas formas de exclusión y el modo en que de hecho encara el problema el voto obligatorio. Examinaremos a continuación la doble faz que al respecto ofrece la adopción de la perspectiva social, comúnmente esgrimida como razón justificativa del voto obligatorio. La consideración crítica de las opciones que representan la identificación del voto obligatorio como medio para la realización de un fin superior, la justificación paternalista y la justificación en clave de garantía de la libertad nos permitirá finalmente ofrecer una respuesta argumentada a la cuestión planteada.

## II. EL VOTO OBLIGATORIO COMO INSTRUMENTO DE OCULTACIÓN

La crisis de la democracia representativa se hace en buena medida patente como crisis de participación. Es paradójico que un sistema generalmente aceptado por la legitimidad que transfiere a las decisio-

nes colectivas que resultan de su puesta en práctica suscite, sin embargo, tan poco entusiasmo a la hora de involucrar a los representados en la participación activa en el procedimiento encaminado a la formación directa o indirecta (a través de la designación de sus representantes) de las mismas. El déficit de participación no puede en cualquier caso dejar de repercutir en el cuestionamiento de la legitimidad de la decisión, al romperse el hilo conductor que la hace de alguna manera expresión de los llamados a regirse por ella. De ahí el empeño en alentar la mayor participación en los distintos procesos electivos.

Entre los diferentes instrumentos persuasivos utilizados al respecto cobra un significado especial, por lo que tiene de manifiesta constrictión de la voluntad de quien ve compulsivamente eliminada la opción por la pasividad electoral, el voto obligatorio. Los recelos que pudiera suscitar semejante apremio no impiden la constatación de su presencia en muchos sistemas políticos, que lo incorporan como una peculiar seña de identidad de su régimen electoral. La justificación de su institucionalización debiera en todo caso superar la doble criba que supone la consideración de la abstención como un mal en sí mismo, un atentado a un bien (individual o social) relevante que debiera el derecho proteger, y el entendimiento del voto obligatorio como una respuesta proporcionada, adecuada a la entidad del daño que se pretende evitar. La limitación de la libertad inherente al voto obligatorio resultaría a todas luces impertinente si no fuera enderezada a la evitación de un daño o arrojará un saldo negativo la relación coste-beneficio que con ella se instaura.

La primera cuestión nos sumerge en el problema general de la exclusión. Al fin y al cabo la abstención no es más que una forma (se supone que voluntariamente asumida) de exclusión del proceso electoral. No es, sin embargo, la única. La más lacerante, por la confesión de parte que conlleva, es, desde luego, la exclusión oficial de la posibilidad de intervenir como elector y elegible en el proceso que conduce a la formación de la decisión colectiva. Es ciertamente una exclusión que no afecta de manera directa a los intereses del abstencionista, que dispone en principio de la posibilidad de intervenir en el proceso, aun cuando pudiera proyectar efectos indirectos no desdeñables sobre los «no afectados». Comparece junto a ella la exclusión de la posibilidad real de ostentar los cargos representativos que, en cualquier caso, contribuye al individuo a decidir mediante el ejercicio del derecho al voto. También la exclusión de la posibilidad de expresar con plena libertad su opinión, tanto fuera como en el interior del proceso democrático representativo. Finalmente, la exclusión de la posibilidad real de formar libremente la voluntad que expresa el voto en una sociedad que afina los instrumentos para asegurar la operatividad de los diferentes condicionamientos que jalonan el proceso de la configuración de las reglas que la rigen.

Son formas de exclusión que afectan en mayor o menor medida a un buen número de los individuos sobre los que proyecta su radio de

acción la decisión colectiva que revela el proceso democrático representativo y que guardan una cierta relación entre sí, retroalimentándose de alguna manera. Así, la exclusión oficial del no reconocido como miembro de pleno derecho del grupo social no constituye precisamente el mayor acicate para la participación en el proceso de quien, aun no experimentando en carne propia este tipo de exclusión, lo considera de antemano deslegitimado por discriminatorio, tanto más cuando, por la razón que sea (comunidad de origen, experiencias de segregación en otros planos vividas en primera persona, etc.), experimenta una relación de proximidad con los damnificados.

La incidencia sobre la abstención que desarrolla la exclusión de la posibilidad real de ostentar cargos representativos resulta aun más evidente. Sin entrar en las razones que alientan este tipo de exclusión, no puede en absoluto extrañar que quienes experimentan una discriminación semejante manifiesten una cierta tendencia a quedarse fuera de un juego que les reserva una posición decididamente subalterna. Cabe, desde luego, que no tenga plena conciencia el interesado de los motivos (de pertenencia cultural, de clase, etnia, etc.) que en su caso determinen la ruptura de la ecuación elector-elegible, consustancial al funcionamiento del sistema democrático. Pero la incompleta racionalización de la situación en la que se ve inmerso no excluye el desgranado de sus efectos. Más bien al contrario, el apocamiento que suscita la constancia de un destino asumido como inevitable se verá con toda probabilidad reflejado en la inhibición del sujeto ante un fenómeno al que sólo se le permite acceder por la puerta de servicio.

Tampoco cabe esperar ningún entusiasmo con respecto a la participación política por parte de quien está acostumbrado a sufrir la pertinaz acción de la mordaza social en la cotidiana expresión de su voluntad, no ya sólo por el efecto narcotizante que conlleva el hábito de la represión, sino sobre todo por la falta de credibilidad que le pueda suscitar un sistema emplazado sobre esa misma limitación. La muy distinta necesidad que experimentan los individuos de hacerse oír para reivindicar el ajuste de las situaciones de preterición en que pudieran encontrarse determinará la intensidad de una secuela que resulta en cualquier caso complicado eludir.

Los condicionamientos que operan a lo largo del proceso de configuración de la voluntad pueden, desde luego (ésa es precisamente su función más evidente), acomodar la existencia del individuo en la pacífica aceptación de las reglas del sistema, enervando, llegado el caso, la activa participación en el proceso democrático representativo. Una participación que resultaría siempre dirigida en el sentido que marcan los propios condicionamientos. La posible estridencia de las soluciones inducidas por ellos, con la consiguiente dificultad de asimilación por parte de quienes no están dispuestos a sucumbir fácilmente a sus efectos, alimentará, no obstante, un sentimiento reactivo que encontrará en la abstención un cauce natural de expresión.

Vistas así las cosas, el juicio a emitir acerca del fenómeno de la abstención no podría desvincularse de la consideración de los diferentes tipos de exclusión que experimenta el individuo en relación con el proceso democrático representativo. No se trata de buscar una relación de causa a efecto en un fenómeno complejo en el que coinciden circunstancias de muy diversa índole. Pero no se puede soslayar el hecho cierto de que la exclusión «voluntaria» que representa la abstención viene en alguna medida inducida por otras exclusiones que no resultan precisamente accidentales. La lógica de la exclusión segrega como resultado, expresión inmediata de la desordenada acción de sus diferentes modalidades, un cierto apartamiento del individuo del sistema, que difícilmente podría contrarrestarse con otras medidas que no pasen por la reasunción del papel protagonista que debiera corresponderle en la estructuración del marco regulativo en el que habrá de concurrir su existencia.

La relación entre la situación general de exclusión y su producto destilado no obedece en cualquier caso a un molde único, porque cada individuo percibe de manera distinta la situación de déficit democrático a que se enfrenta. Pero no cabe duda de que aquélla opera como telón de fondo de un escenario que no necesariamente debe interpretarse en clave de rechazo de la democracia, sino, más bien, como interiorización de la insatisfactoria realización de las exigencias que impone el propio concepto material de democracia.

En estas circunstancias la imposición de la obligación de participar como votante (capitidisminuido por la desordenada acción de las diferentes modalidades de exclusión) bien pudiera ser entendida como la obligación de contribuir a proporcionar una apariencia de dignidad a un sistema en evidente inarmonía con los reclamos inherentes al principio democrático. Esto es, en definitiva, como la obligación de contribuir uno mismo a la sacralización de la exclusión que se encuentra en buena medida en la génesis del fenómeno. La institucionalización del voto obligatorio vendría así a tapar los síntomas del problema sin atender debidamente a sus causas, auspiciando la propagación encubierta y larvada de la enfermedad<sup>1</sup>.

Quedaría fuera de lugar la consideración del tema de la proporcionalidad entre la agresión a la libertad individual que conlleva la institucionalización del voto obligatorio y el perjuicio social que supuestamente habría de provocar la abstención, por la sencilla razón de que ésta representa en cierto modo más un «signo de vitalidad» que un atentado a las reglas de juego que impone el sentido material de la

---

<sup>1</sup> La denuncia es general en este punto. Así, FARRELL, M. D., «La democracia y el voto obligatorio», en *La filosofía del liberalismo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 236, o BENESSIANO, W., «Le vote obligatoire», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, núm. 61, 2005, p. 114.

democracia<sup>2</sup>. El problema recobra, no obstante, su sentido si atendemos a otras virtualidades de signo favorable que pudieran subyacer a la institución del voto obligatorio. Ello supone ante todo recomponer la posición de la democracia representativa como proyección, siquiera sea inacabada e imperfecta, del principio democrático, y discernir la doble faceta, individual y social, del problema, en el buen entendido de la distinta solución que pudiera ofrecer la preferente opción por una u otra.

### III. LAS PROYECCIONES CONTRADICTORIAS DE LA INELUDIBLE PERSPECTIVA SOCIAL

El panorama de la exclusión que hemos venido refiriendo abre ante todo el interrogante acerca de la justificación de la democracia representativa, que en cualquier caso resultaría una justificación por sustitución del principio democrático. Es una cuestión a dilucidar con carácter previo a cualquier consideración de las eventuales virtualidades del voto obligatorio, toda vez que la recusación de su legitimidad llevaría aparejada la innecesaria del referido planteamiento.

El juicio evaluatorio habrá de partir del dato de hecho que supone la presencia del sistema democrático representativo. Las deficiencias del sistema desde la perspectiva de las exigencias que impone el principio democrático en absoluto han menguado su valoración general como indiscutible modelo de legitimación de las decisiones colectivas. Podría incluso decirse que el largo periodo de crisis que atraviesa el sistema democrático representativo constituye la mejor prueba de su vigencia efectiva, de su fecundidad como clave de la organización social. La percepción generalizada excluye cualquier posible alternativa. Ello obedece a razones de muy distinta índole.

De un lado, la democracia representativa es un sistema que a todos contenta en alguna medida. Al excluido porque, por paradójico que pudiera resultar, le permite sentirse partícipe en alguna medida de la decisión colectiva, y en el peor de los casos (la exclusión formal de la participación política) le hace pensar que la participación democrática de los demás le asegura cuando menos una decisión más humanitaria y sensible con respecto a sus intereses. A quienes ostentan el poder real en la comunidad de referencia porque el revestimiento que proporciona la fórmula democrático representativa facilita considerablemente la aceptación social del sistema, consolidando, en definitiva, su firmeza.

Por lo demás, el indiscutible avance que desde el punto de vista de la legitimidad de los sistemas políticos supuso la instauración del modelo de la democracia representativa hace muy difícil renunciar a

---

<sup>2</sup> MUXEL, A., «L'abstention: déficit démocratique ou vitalité politique?», *Pouvoirs*, núm. 120, 2006, pp. 43 y ss.



los niveles alcanzados. Pareciera incluso resultar imprudente cuestionar más de la cuenta las virtualidades de un sistema que se presenta en general como el mínimo común denominador que cualquier régimen político habría de asumir si pretende resultar aceptado a nivel internacional, y en particular por los propios nacionales del país afectado.

Semejantes presupuestos apuntalan, desde luego, la solvencia de la democracia representativa como modelo indiscutible de configuración de la decisión colectiva. Sin embargo, la deficitaria situación desde el punto de vista de la pretendida participación de las voluntades libres de los individuos se tenía que dejar sentir en alguna medida. No faltan al respecto indicios que dejan entrever una cierta toma de conciencia social acerca de la infertilidad del sistema como expresión democrática real de la voluntad popular. Y es que el modelo no resulta ciertamente inmune al desencanto y a la reivindicativa acción de quienes ven eludida la atención a ciertas relevantes preocupaciones que reflejan un estado de insatisfacción eventualmente compartido. Ese es precisamente el trasfondo de la abstención. Un trasfondo que no puede escamotear la solidez del modelo. Lo que está en crisis no es tanto el modelo propuesto, que suscita un incontestable consenso, como la realización de sus requerimientos.

La percepción general del problema se desvía un tanto, no obstante, de esta imagen. Las dificultades de mover el tablero de juego para aminorar el peso de la exclusión han motivado una cierta subversión del planteamiento de la cuestión, desplazando el sentido de la crisis (y la consiguiente necesidad de justificación) desde el ámbito de la realización al del fundamento del modelo. Por otro lado, se soslaya el aspecto sintomático de la abstención auspiciando de la manera más inmediata posible la reducción de su intensidad, en una operación que parece buscar en la más generalizada participación una (imposible) solución a las imaginarias deficiencias teóricas del modelo. La formulación de la idea vendría a expresar que puesto que no hay garantías de que la democracia representativa contemple y proporcione satisfacción a los intereses de todos los representados hagamos a todos ellos cómplices (en la común participación del procedimiento) de esa solución cuyo tino queda siempre indemostrado.

El razonamiento se emplaza en un plano prioritariamente individual, porque son los intereses (que habría de reflejar la decisión colectiva) y la voluntad (que pudiera eventualmente negarse a tomar parte en el procedimiento) del individuo los que cuentan a la hora de afrontar la cuestión. Un individualismo que presenta la doble faceta de fundamento teórico de la democracia representativa y razón de ser de su crisis. La ilustración del rechazo al voto obligatorio como «un viejo reflejo del individualismo, fundamento de nuestra democracia liberal»<sup>3</sup> da perfecta cuenta de lo que supone este callejón sin salida.

---

<sup>3</sup> BENESSIANO, W., *op. cit.*, p. 74.

El planteamiento del problema experimenta un giro radical si nos situamos en el plano social. La institución del voto obligatorio podría en esta perspectiva mostrarse perfectamente adecuada a la atención de los intereses que pretendiera solventar el regular funcionamiento del sistema representativo. Ciertamente es que una posición semejante parece poco congruente con la representación común del individuo como un sujeto moral autónomo. Pero proporciona un encaje preciso a la democracia representativa en una explicación realista del funcionamiento de los grupos sociales, esquivando el recurrente señuelo de unos compromisos de asociación (el contrato social) desprovistos de cualquier verosimilitud empírica.

La objeción individualista que suscita el voto obligatorio no resultaría en este sentido extensible al enfoque del significado social de la democracia representativa, que referiría un estado de cosas (el establecimiento de la regulación social) que no puede dejar de ser el que es<sup>4</sup>. Pero la disociación de los focos del problema nada puede por sí sola añadir en lo que a la posible justificación social del voto obligatorio concierne, dada la índole prescriptiva del problema. A lo sumo nos hará conscientes de la coherencia de las tesis que, prescindiendo (indebidamente) de la objeción individualista, propugnan un fundamento estrictamente social del voto obligatorio.

La superación de la objeción individualista en lo que al problema del voto obligatorio concierne requerirá dar un paso más, atribuyendo un valor normativo al dato de hecho que representa el instinto de asociación. Es a grandes rasgos la posición de León Duguit. No se trataba de proponer un modelo de comportamiento ajeno al que proyecta la estructura personal de cada cual, sino de reconocer en cierto modo al individuo presa de una necesidad cuya mejor satisfacción reclama la inexorable agrupación con los demás. Esta se presenta como una acción instintiva, un «resorte de acción» que escapa a la aleatoriedad de la conducta humana<sup>5</sup>. La regla de la solidaridad que preside el funcionamiento de ese cuerpo social en el que inevitablemente se zambulle la vida individual admite diferentes formas, al ser también distintos los modos de cooperación social, que concurren con un diverso nivel de intensidad en cada caso<sup>6</sup>. Se deja, no obstante, constancia del mayor peso específico que corresponde en las sociedades desarrolladas a la solidaridad por división del trabajo, al ser precisamente la división del trabajo el vector fundamental del progreso social. Serán

---

<sup>4</sup> LAPORTA, F. J., «Sobre la teoría de la democracia y el concepto de representación política: algunas propuestas para debate», *Doxa*, núm. 6, 1989, p. 125, subraya en este sentido que «una concepción liberal de la ética es compatible con una descripción comunitaria de la textura de la realidad humana».

<sup>5</sup> DUGUIT, L., *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Dalloz, 2003 (edición original de 1901), p. 104.

<sup>6</sup> DURKHEIM, E., *La división del trabajo social*, trad. de C. G. Posada, Madrid, Akal, 2001, pp. 83 y ss., distinguirá en este sentido a la solidaridad mecánica o por semejanzas de la solidaridad orgánica o por división de trabajo.

también distintos los comportamientos que reclamará la ejecución de la regla por parte de cada individuo, pues diversas son las aptitudes personales (la capacidad de contribución) que singularizan a los miembros del grupo. Pero ello no obsta la ineluctable vigencia de la propia regla de solidaridad, que reclama abstenerse de llevar a cabo ningún comportamiento que de cualquier modo pudiera perjudicar a la mejor realización de la solidaridad y poner en práctica todas las acciones que en cualquier forma pudieran cooperar a la misma. Un principio que alcanzará el máximo desarrollo en una sociedad organizada en base a un eficaz programa de división del trabajo.

Sin entrar en la consideración de las dificultades que entraña la prefiguración de un principio que infiere la compatibilidad entre dos condiciones (necesidad y normatividad) antagónicas, la idea de deber (deber social, deber de solidaridad) pasa a ocupar en esta concepción el centro de gravedad en la representación de la vida social. La concepción subjetivista que pivotaba sobre la idea de la titularidad de derechos cede el paso a la imagen del individuo ocupado en el puntual cumplimiento de la función social que le corresponde. Cada cual deberá llevar a cabo la función asignada poniendo a disposición del grupo lo mejor de sí mismo, de sus capacidades y potencialidades, a cuyo desarrollo deberán cooperar también, por acción y omisión, todos los demás, posibilitando el mayor nivel de bienestar (de satisfacción de las necesidades individuales que subyacen al instinto natural a la asociación) en el grupo social.

Entre lo mejor de sí mismo que cada cual ha de poner al servicio del grupo se encuentra, obviamente, la aportación a la decisión colectiva que cobra vida puntualmente en la emisión del voto. El voto no se presenta ya como un derecho sino como una obligación. La institución del voto obligatorio viene a ser así el precipitado natural de una concepción objetivista de la vida social que acentúa la condición funcional de la situación del individuo en detrimento de la visión ahistórica, fruto de una elucubración carente de base empírica, que proporciona la teoría tradicional. Duguit no puede ser más elocuente al respecto cuando afirma que «la consecuencia principal que resulta del dato de que el electorado es una función es que el elector está obligado a votar, del mismo modo que todo funcionario está obligado a desempeñar la función de la que está investido». Poco importaba que esa obligación no hubiera cobrado cuerpo aún en el ordenamiento francés de la época. El desfase de la ley positiva no podía cuestionar la solidez de una concepción que, por su conformidad con la realidad de las cosas, «está ya presente en la conciencia de los hombres» y terminará imponiéndose por sí misma<sup>7</sup>. La objeción individualista que reclamaba la libertad de acción del individuo quedaría directamente desacreditada en esta concepción por la

---

<sup>7</sup> DUGUIT, L., *Traité de Droit Constitutionnel*, Tome deuxième, troisième édition, Paris, Fontemoing, 1928, p. 585, reproduce aquí la tesis expuesta en su *Manuel de Droit Constitutionnel*.

directa implicación que en ella media entre el nivel de incardinación del individuo en el grupo social y el grado de desarrollo individual de cada cual. El individuo acentúa su singularidad, se hace tanto más diferente a los demás, cuanto más involucrado está en la vida del grupo, porque la mayor satisfacción de sus necesidades le permite aflorar expectativas nuevas, con el consiguiente incremento de su diferenciación, y profundizar en el desarrollo de sus aptitudes personales. Socialización e individualidad no son términos que se repelan, sino que, muy al contrario, se implican mutuamente<sup>8</sup>. La institución del voto obligatorio no sería en este sentido un atentado a la individualidad, sino, más precisamente, un instrumento idóneo para la mejor identificación del hombre como ser genuinamente individual.

La coherencia interna que exhibía Léon Duguit en la consideración del voto obligatorio como un derivado natural de su concepción funcional animó el debate sobre su instauración en las primeras décadas del pasado siglo. La especulación pendular en torno a la naturaleza del voto como derecho o como función no había alumbrado hasta entonces un argumentario sólido al que asir la defensa del voto obligatorio, entre otras cosas porque la referencia a la idea de función se presentaba en la mayoría de las ocasiones desprovista de sentido material. La gran novedad es ahora la presentación de la idea de función incrustada en una concepción general del hombre y del funcionamiento de los grupos sociales, que, como tal, permitía atribuir un fundamento consistente a la institución del voto obligatorio. El debate parecía eludir, no obstante, la discusión a fondo sobre el fundamento de la propuesta para centrarse prioritariamente en sus virtualidades prácticas<sup>9</sup>. El peso de la tradición individualista era demasiado fuerte para dejarse arrastrar por un razonamiento que proporcionaba, ciertamente, la mejor base teórica a un modelo que pugnaba por consolidarse en el ámbito político. Influyó también seguramente la rutinaria vinculación de la idea del sufragio función con la limitación personal del sufragio, que parecía definitivamente arrumbada con el reconocimiento del sufragio como un derecho universal<sup>10</sup>. De ahí los intentos de conjugar la naturaleza de derecho del voto con su carácter obligatorio.

La aludida conjugación lleva en ocasiones aparejada la explícita priorización de la idea de derecho sobre la de función. Es el caso de Maurice Hauriou, que fundaba su postura de rechazo en la presunta incompatibilidad entre la universalidad del sufragio y su (imposible) condición de función social. A su entender el sufragio «es un derecho

---

<sup>8</sup> DUGUIT, L., *L'État...*, cit., p. 36.

<sup>9</sup> CARRE DE MALBERG, R., *Contribution a la Théorie Générale de l'Etat*, Tome II, Paris, Sirey, 1922, p. 441, destaca en cualquier caso la coherencia de la concepción al aseverar que «en la doctrina que reconoce en el voto los caracteres de función pública el principio del voto obligatorio se concibe perfectamente».

<sup>10</sup> REVENGA SÁNCHEZ, M., LÓPEZ ULLA, J. M., SÁNCHEZ GONZALEZ, M. P., «El ejercicio del sufragio como derecho y deber cívico en Latinoamérica», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 27, 1992, pp. 140-141.

individual, y no una función social, porque éste es el único argumento que permite extenderlo a todo ser humano con capacidad para formular un asentimiento en relación a los asuntos públicos; si sólo fuera una función social, quedaría en manos de la sociedad, o, más sencillamente, de los gobernantes que hacen las leyes la posibilidad de atribuir el sufragio a unos negándoselo a otros»<sup>11</sup>. La respuesta no puede resultar convincente. Es una salida en falso del problema que utiliza el ardid de desfigurar la propuesta de su interlocutor para hacerla más fácil blanco de sus ataques. Y es que la concepción solidarista que está en la base del reconocimiento de la obligatoriedad del voto se posiciona directamente por el carácter universal de la función. Es, en definitiva, una condición estructural del propio individuo. No tiene, pues, sentido decir que la consideración del voto como función menoscaba su carácter universal cuando se trata de una función consustancial a cada ser humano. Hauriou reivindica en cualquier caso el carácter obligatorio del voto esgrimiendo el compromiso «bilateral» que supone la institucionalización del régimen representativo, compromiso para el Gobierno de adaptarse al mismo poniendo en marcha todo el aparataje que lo viabiliza, y para el individuo de corresponder a ello adaptándose él mismo a sus exigencias a través de la emisión obligatoria del voto<sup>12</sup>.

Más matizada resulta la posición de quienes parecen soslayar la relevancia que a los efectos de la justificación del voto obligatorio pudiera tener la representación del voto como función insistiendo en las implicaciones que al efecto pudiera tener el interés social que anida en la detentación del derecho al voto. Joseph Barthélemy relativiza el sentido de la propia idea del voto como función social acudiendo al uso lingüístico que considera al ejercicio de la función como algo que pudiera ser rechazado o quedar reservado a los integrantes de cualquier minoría selecta<sup>13</sup>. Incurrir en este sentido en un equívoco similar al de Hauriou, porque la función social a la que alude la concepción solidarista para fundar la exigencia del voto no es precisamente el tipo de función que pudiera ser rechazada o quedar limitada en su ámbito personal. En cualquier caso, la distinción entre la titularidad individual del derecho al voto y el interés social subyacente permitirá a Barthélemy señalar que: «Las leyes se hacen en interés de quienes actúan como legisladores. Para que las leyes se hagan en interés de todos, es preciso que todos hagan las leyes... Si el ciudadano detenta el derecho al voto, no lo detenta en su interés exclusivamente personal, también está comprometido el interés social... Ya sea el voto un derecho o una función, su ejercicio es unánimemente considerado como un deber cívico»<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> HAURIUO, M., *Précis de Droit Constitutionnel*, Paris, Sirey, 1923, p. 630.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 630-631.

<sup>13</sup> BARTHÉLEMY, J., «Pour le vote obligatoire», *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, Tome 40, 1923, pp. 104-105.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 106.

La conjugación entre el significado del sufragio como derecho y como función toma carta de naturaleza de una manera muy nítida en la obra de Adolfo Posada, que no duda en señalar que «el sufragio a la vez que función es derecho»<sup>15</sup>. Fundamenta su tesis en la apreciación de que: «Desde el momento en que... el sufragio se ha llegado a constituir como órgano del Estado, todos los miembros de éste que... reúnan, entonces, las condiciones que para el ejercicio del sufragio se exigen, tienen derecho a ejercer la función o funciones del sufragio. Si el sufragio es función del Estado... ha de realizarse siempre y cuando sea exigido por la ley del Estado. De ahí que se imponga el ejercicio del sufragio como un deber a quien lo tiene como un derecho»<sup>16</sup>. Posada refiere, con todo, la idea del carácter obligatorio del voto al ámbito de la conciencia del elector, subrayando la inoportunidad de imponer sanciones a un sujeto que «obligado a votar lo hará de cualquier manera, por salir del paso»<sup>17</sup>. Es en cualquier caso un derecho vinculado en su ejercicio por su connotación social, esto es un derecho cuya referencia de significado no se conecta a los intereses del sujeto que pone en práctica la correspondiente facultad sino, más propiamente, a los del Estado que como votante representa, que no necesariamente coinciden con los suyos. El voto obligatorio referiría en este sentido la forma jurídica de la «ética del sufragio»<sup>18</sup>.

El reconocimiento de la doble naturaleza del voto como derecho y como función no siempre operará a favor del voto obligatorio. La dimensión social del sufragio permitirá a Emile Giraud sostener la conveniencia de desprenderse del voto del abstencionista voluntario, que deformaría en caso de ser constreñido a acudir a las urnas el sentido real de la decisión colectiva. El «valor nulo» que desde el punto de vista político representan los abstencionistas voluntarios<sup>19</sup> perturbará en su opinión el resultado electoral si se moviliza a quien nada tiene que aportar, generando una situación de «injusta violencia» sobre el buen ciudadano que ve reducido el valor intrínseco de su voto<sup>20</sup>. La instauración del voto obligatorio rompería así el equilibrio natural que sólo los ciudadanos comprometidos con los intereses públicos contribuyan a formar la decisión colectiva. Estamos ante una concepción elitista de la actividad política que pondera el hipotético ejercicio del derecho al voto del abstencionista como un menoscabo del derecho del votante convencido.

La discusión en torno al voto obligatorio se proyecta, como vemos, en planteamientos y soluciones dispares que dejan al descubierto la

---

<sup>15</sup> POSADA, A., *Tratado de Derecho Político*, Granada, Comares, 2003, p. 393.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 393-394.

<sup>17</sup> POSADA, A., *El sufragio*, Barcelona, Manuel Soler, 1915, p. 55.

<sup>18</sup> POSADA, A., *Tratado...*, cit., p. 394.

<sup>19</sup> GIRAUD, E. «Le vote obligatoire du point de vue des principes et du bon fonctionnement des institutions représentatives», *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, Tome 48, 1931, p. 475.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 485.

complejidad del tema. En cualquier caso, el deslizamiento doctrinal desde una fundamentación objetiva emplazada en la idea del cumplimiento de los deberes de solidaridad que incumben al individuo como miembro del grupo hasta una posición centrada en la representación del voto como un derecho individual (ciertamente obligado a ajustarse con los derechos e intereses de los demás) deja el camino expedito a la consideración del efecto emancipatorio que pudiera en determinados casos promover el voto obligatorio.

#### IV. EL VOTO OBLIGATORIO EN LA ENCRUCIJADA DE LA EMANCIPACIÓN INDIVIDUAL

El voto obligatorio representa, desde luego, una limitación de la libertad, la clausura de una opción (abstenerse de participar en el proceso de votación) que de otro modo hubiera quedado abierta. No es, por consiguiente, extraño que suscite recelos su institucionalización<sup>21</sup>. Su defensa tendrá que cargar siempre con el pesado lastre que supone la justificación de la restricción de la libertad que se impone a quien es obligado a acudir a las urnas. Son tres fundamentalmente las opciones que se presentan al respecto: la identificación del voto obligatorio como medio para la realización de un fin superior, la justificación paternalista y la justificación en clave de garantía de la libertad. Las dos últimas se presentan conectadas en la medida en que se entienda que las circunstancias concretas en que se ve comprometida la garantía de la libertad puedan derivar en supuestos de incompetencia del sujeto para la comprensión del sentido general del problema o para la valoración del medio idóneo para la consecución del objetivo propuesto.

La primera opción incidiría en la idea del valor sustantivo del modelo de ciudadano comprometido con los asuntos públicos, que no duda en dedicar el tiempo y la atención que merece a la elucidación de la mejor propuesta de regulación de la vida social, contribuyendo con su propio voto a la configuración de la decisión colectiva. El voto obligatorio se inscribiría en la lógica de ese modelo superior que no debiera resultar precisamente desatendido en el ámbito de la vida pública. El detrimento de libertad que conlleva su institucionalización quedaría supuestamente compensado por la realización del fin superior. Es, en definitiva, una justificación perfeccionista que, como tal,

---

<sup>21</sup> En los supuestos de institucionalización infraconstitucional los recelos cobran un significado especial en la perspectiva que comprende, con FERNÁNDEZ, M., THOMSON, J., «El voto obligatorio», en NOHLEN, D., ZOVATTO, D., *Tratado de Derecho electoral comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011, p. 256, que «el plano constitucional es precisamente el admisible para que puedan incorporarse limitaciones a los derechos que la misma Constitución consagra».

parte de la petición de principio que supone la atribución de un valor especialmente relevante a un modelo que el propio individuo rechaza con su actitud omisiva. No pone su mira en la emancipación del individuo sino en su acomodación en un molde prefijado. Representa una justificación descartable por su incompatibilidad con el principio de autonomía que reclama el protagonismo del individuo en las decisiones que le afectan.

La justificación paternalista se funda en la presunta incompetencia del individuo que se abstiene de acudir a las urnas para decidir lo que le conviene<sup>22</sup>. El razonamiento coincide con la justificación perfeccionista en el enaltecimiento de la participación política, pero la perspectiva a adoptar ahora es diferente. No se trata de obligar al individuo a ajustar su comportamiento a unas coordenadas preconcebidas, sino de asegurar la realización de la conducta que hubiera llevado a cabo en caso de haber dispuesto de la competencia suficiente para decidir qué le convenía hacer. La imposición de la obligación de la emisión del voto sería una medida preventiva ante una hipotética incompetencia del sujeto que se pondría de manifiesto en el hecho de no llevar a cabo una acción conveniente a su interés.

La tesis ha sido refutada por su presunta inconsistencia interna. Martín Farrell señala en este sentido que el argumento de la falta de competencia del sujeto en caso de ser válido tendría que ser igualmente aplicable a la tesis del sufragio universal. Si se garantiza a todos el derecho al voto es porque se presupone que todos tienen competencia para decidir por sí mismos cuál es la opción que mejor representa a sus intereses. De lo contrario habría que cubrir su falta de capacidad actuando por ellos, esto es, excluyendo su participación en la conformación de la decisión colectiva. No tiene, pues, sentido imponer un comportamiento para cubrir un déficit de competencia cuando ésta resulta presupuesta en el mismo. A la representación de la idea del sufragio universal le resultaría inherente la del carácter facultativo del voto. La defensa simultánea del sufragio universal y del voto obligatorio incurriría en una insuperable contradicción<sup>23</sup>. La reivindicación del voto obligatorio supondría en este sentido un injustificado atentado a la gran conquista social que representa la extensión universal del derecho al sufragio.

El argumento de Farrell descuida, en cualquier caso, la connotación preventiva del voto obligatorio. Su instauración no va dirigida a cubrir un déficit de competencia presente y probado, sino a prevenir

---

<sup>22</sup> En esta perspectiva la falta de información y la compulsión cobrarían un significativo protagonismo como detonantes de la incompetencia al resultar comúnmente inducida la abstención por circunstancias concretas que proyecta el fenómeno general de la exclusión, cuya remoción queda al albur de los designios de quien detenta de hecho el poder. El perjuicio relevante vendría representado en el caso por la preterición del individuo en la conformación de las decisiones colectivas que le incumben.

<sup>23</sup> FARRELL, M. D., *op. cit.*, pp. 239 y ss.



que no se vaya a ver lesionado en sus intereses el individuo en el caso, futuro e incierto, de que evidenciara una (improbable) falta de competencia al no acudir a las urnas, esto es, al no llevar a cabo la conducta que favorece a sus intereses. Ello no tiene por qué ser necesariamente incompatible con la extensión universal del derecho al sufragio, que se funda en una presunción de competencia cuya puntual excepción quedaría solventada con la institución del voto obligatorio. Pero es que además la incompetencia del sujeto no necesariamente tiene que ser genética, puede obedecer a factores externos cuya remoción permitiera al sujeto valorar cuáles son sus intereses y cuál la mejor manera de llevarlos a cabo. No podría en estos supuestos esgrimirse la falta de competencia (provocada) para negar uno de los instrumentos fundamentales (el derecho al voto) para promover el reequilibrio de la situación. El sufragio universal constituiría en este sentido un prerequisite para la eliminación de los condicionamientos que pudieran desencadenar la (puntual y superable) situación de incompetencia que trata de resolver el voto obligatorio. Su institución sería la respuesta de los poderes públicos a una realización incompleta del ideal emancipatorio que subyace a la extensión universal del derecho al voto. Una respuesta que habría de tomar prudentemente en consideración el nivel de intensidad de los condicionamientos, soslayando la imposición del deber de votar cuando su incidencia pudiera resultar despreciable, o, por mejor decir, cuando no tuviera el peso suficiente para justificar la restricción de libertad que le es consustancial.

Ello nos obliga a valorar las circunstancias concretas en que el voto obligatorio puede facilitar la obtención de un bien que pudiera en su caso compensar el desvalor que representa el sacrificio de la libertad. Distinguimos al respecto tres supuestos: la coacción externa, la autoexclusión por irrelevancia y la disolución de la presencia del interés disperso. La identificación del régimen democrático como un bien público nos proporcionará una clave adicional para la comprensión del sentido global del problema.

El primer supuesto refiere la idea de la compulsión que puede sufrir una persona a la hora de participar en el proceso electoral. No se hace referencia al condicionamiento ambiental que, por su condición ineliminable (la pertenencia cultural disminuye significativamente las opciones en juego), podemos considerar hasta cierto punto estructural. Es la coacción que ejerce quien dispone de poder real para hacer sentir su influencia sobre la voluntad del votante, conminándole a actuar conforme a unos intereses que le resultan ajenos. No nos encontramos, pues, ante un condicionamiento vago, genérico, sino ante un manifiesto intento de dirigir el sentido del voto. El secreto de la votación constituye el antídoto fundamental contra este tipo de presión, elimina cuando menos la posibilidad de que quien ejerce la coacción pueda ver expresamente representados sus intereses a través de persona interpuesta. Pero la coacción puede redefinir su sentido exigiendo, más modestamente, que el votante se abstenga de participar en la

votación a fin de incrementar el peso específico del voto emitido por quien dispone de la posibilidad de manejar el comportamiento electoral de los demás. La adulteración del procedimiento democrático no se produciría así a través de la adición de voluntades predeterminadas, sino, más sencillamente, mediante la eliminación de las voluntades que representan a la posición enfrentada. La institucionalización del voto obligatorio podría en este sentido cumplir un cierto efecto emancipatorio, asegurando que el individuo fuera libre, si no a la hora de acudir a las urnas, sí al menos en la decisión del sentido concreto del voto que emite. Nadie podría obligar a otro a incumplir la ley forzándole a abstenerse de votar. La compulsión legal contrarrestaría el efecto de la que pudiera ejercer quien dispone del poder de hecho de dirigir la conducta de otros miembros del grupo. En esta enojosa situación el voto obligatorio desempeñaría una función complementaria de la del secreto de su sentido.

La autoexclusión por irrelevancia se produce cuando el votante toma conciencia de que los intereses que pudiera expresar su voto no tienen posibilidad de verse debidamente reflejados en el resultado de la votación, no porque no resulten compartidos por otros individuos (que pudieran eventualmente componer un grupo muy numeroso) con derecho a voto, sino por la constancia (no por difusa menos presente) de que quienes comparten los intereses no van a hacerlos valer en la votación. El análisis de los procesos electorales en los sistemas de voto facultativo permite comprobar que determinadas capas de la población se abstienen rutinariamente de participar en las votaciones, reduciendo considerablemente la posibilidad de que sus intereses inmediatos pudieran verse puntalmente representados, al quedar a expensas de la (improbable) asunción por los demás de la defensa de intereses ajenos. En estas circunstancias el votante se sentirá desestimulado a emitir un voto perdido, testimonial, no ya sólo por la irrelevancia de su valor en el cómputo final, sino también por el desengaño que provoca comprobar la desaparición de sus reclamos de la agenda electoral. Y es que la referida pasividad desemboca en ocasiones en una menor atención por parte de los políticos, que entenderán improductivo en términos electorales cualquier compromiso de solución de sus demandas. La autoconciencia del carácter compartido de los intereses inatendidos alimentará un sentimiento de desengaño con respecto a las virtualidades del sistema democrático representativo que derivará en actitudes de automarginación.

Puestas así las cosas, la instauración del voto obligatorio podría devolver el equilibrio perdido, restableciendo la función de la democracia representativa como canal de expresión y representación de los intereses individuales. Ciertamente es que al eliminar a la abstención del abanico de opciones del sujeto se está provocando una cierta merma de la libertad, pero ésta se produce a mayor gloria de la propia libertad, induciendo una situación en la que tenga algún sentido la reivindicación de unos intereses que difícilmente hubieran podido de otro

modo abrirse paso en el horizonte de las demandas públicas. No se le está señalando al individuo cuáles son sus intereses, ni cuál es el mejor medio para alcanzarlos. Simplemente se le está abriendo una puerta, que por las razones que fuera permanecía cerrada, para vehicular la demanda de su realización. La emisión obligatoria del voto no va enderezada a satisfacer directamente los propios intereses personales, sino a promover una situación que permita a todos recuperar la posibilidad de hacer valer efectivamente los intereses de cada quien<sup>24</sup>. Su imposición general cobra sentido por la entidad del bien que se encuentra en juego y por el carácter general de la responsabilidad ante la situación que se pretende resolver. El paralelismo con la merma de libertad que conlleva el sometimiento general a la regulación jurídica se hace en este punto evidente, justificándose, cuando la gravedad de la situación así lo requiriera, la imposición del deber general de participar en la votación.

La disolución de la presencia del interés disperso refiere la idea de la tergiversación del sentido de la representación que se puede llegar a producir cuando una gran masa de la población que tiene intereses dispersos decide no ejercer su derecho al voto, abriendo paso a la sobredimensión de la representación de los intereses de las minorías que tienen concentrado su interés en aspectos concretos cuya solución pudiera llegar a requerir un cierto sacrificio de los intereses (dispersos) mayoritarios. Los intereses concentrados suscitan normalmente una lealtad superior a la de los intereses dispersos. Cuando ese desinterés por su reivindicación se plasma en una abstención significativa por parte de sus titulares se puede llegar a generar una representación artificial que legitime formalmente el sacrificio de los intereses mayoritarios facilitando la realización de los intereses (concentrados) minoritarios que se han hecho más presentes en el cómputo global de la votación. En tales casos la instauración del voto obligatorio garantizaría una representación fidedigna de los intereses en juego, evitando la posición de ventaja que de otro modo ocuparía el voto «profesional»<sup>25</sup>. No se trataría tanto de señalarle al individuo el camino para la defensa de sus intereses, como de ubicarle en una situación de igualdad para hacerlos valer.

La identificación del sistema democrático como un bien público (un bien que se disfruta colectivamente) constituye un relevante argumento a favor del voto obligatorio. Se esgrime en este sentido que el disfrute común del bien debiera obligar a todos los beneficiarios a hacer todo lo posible por mantener su valor. El voto obligatorio ven-

---

<sup>24</sup> Se trataría así de poner las bases para evitar lo que NINO, C. S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 609, considera «un comportamiento autofrustrante respecto de los propios intereses».

<sup>25</sup> BENESSIANO, W., *op. cit.*, p. 90, señala que son los ciudadanos ultraactivos que manejan opiniones minoritarias los verdaderamente perjudicados por el voto obligatorio.

dría así a cumplir una función similar a la que ejerce el pago de impuestos con respecto a los servicios públicos. Representaría el precio a pagar por el mantenimiento del sistema, un precio exigible a todos los que tienen acceso al mismo. El paralelismo ha sido refutado por Farrell alegando que la realización del bien público que pudiera representar la democracia (la elección de la propuesta que obtiene el mayor número de votos) no necesita la aportación de todos los potenciales votantes: se realiza con independencia del número de votantes efectivos. No sería en consecuencia necesario imponer a nadie el sacrificio de su libertad que conlleva obligarle a votar. Sería un sacrificio injustificado por irrelevante<sup>26</sup>. El argumento echa en falta sin embargo, en nuestra opinión, la relevancia de la modulación del valor del bien. Al igual que la preservación de la calidad de los servicios públicos requiere un sacrificio económico que no es sin más inherente a la representación del servicio en abstracto, también el régimen democrático puede presentar una mayor o menor calidad. Pues bien, uno de los elementos a considerar como indicio de calidad es, sin duda, su capacidad de resistencia frente a la acción de los grupos de presión y, en general, de los poderes fácticos. Parece en este sentido razonable pensar que un sistema democrático con elevada participación ciudadana resultará mucho más resistente a la influencia externa (de mayor calidad) que un sistema de muy reducida participación<sup>27</sup>. Y la calidad hay que pagarla. La aportación que cada individuo realiza para el mantenimiento del sistema democrático de calidad se diligen- cia precisamente a través del voto obligatorio.

No quiere ello decir que deba imponerse en todo caso semejante aportación. Si el descenso de calidad del sistema democrático no resulta muy significativo habría que considerar la posibilidad de no pagar un precio (la limitación de la libertad que supone el voto obligatorio) que tal vez no se encuentra en consonancia con el beneficio a obtener. Se impone en este punto una solución prudente que valore la situación caso por caso, sin una postura preconcebida, desde luego, a favor de su eliminación.

La única manera de desestimar de entrada la opción por el voto obligatorio es o bien dar por no mensurable la calidad del sistema (que, como vemos, no es el caso), o bien entender que el régimen democrático no constituye un bien en sí mismo. Al margen de cualquier opinión personal, una enmienda a la totalidad de este tipo quedaría inmediatamente refutada por los hechos, puesto que la inmensa mayoría de los individuos prefiere vivir en un sistema democrático que en uno que no lo es. Y las dudas que algunos pudieran tener al respecto se explican en el marco de una formación no precisamente libre de su voluntad, como reflejo de una incidencia probablemente superlativa de los supuestos de exclusión antes aludidos. Claro está

---

<sup>26</sup> FARRELL, M. D., *op. cit.*, pp. 249-250.

<sup>27</sup> NINO, C. S., *op. cit.*, p. 608.

que en la hipótesis de una emancipación real del individuo, desaparecido el fantasma de la exclusión, el planteamiento del problema del voto obligatorio tendría escaso sentido, porque no se daría la razón de ser que pudiera justificar su activación.

## V. CONCLUSIÓN

Lejos de su condición pretendidamente voluntaria, la exclusión del proceso electoral que representa la abstención resulta en buena medida inducida por otras exclusiones que contaminan la pureza del sistema democrático. En este marco el voto obligatorio se erige como un eficaz instrumento de ocultación de las causas reales del problema, que permanecen intactas al difuminarse sus síntomas. La consideración alternativa de la naturaleza del voto como derecho y como función ofrece soluciones dispares, reclamando un análisis centrado en el efecto emancipatorio que pudiera, llegado el caso, promover el voto obligatorio. Se destaca al respecto su significado en los supuestos de coacción externa, autoexclusión por irrelevancia y disolución de la presencia del interés disperso, que deberán ser ponderados en función de la restricción de la libertad de opción del votante que acarrea su institucionalización. Otro tanto cabe decir de la consideración del voto obligatorio como contribución individual al mantenimiento de un sistema democrático de calidad identificado por su capacidad de resistencia frente a la acción de los poderes fácticos.

Fecha de recepción: 31/03/2012. Fecha de aceptación: 20/12/2012.



# El cosmopolitismo con adjetivos: las alternativas sentimental y dialógica al globalismo liberal<sup>1</sup>

Por FEDERICO ARCOS RAMÍREZ  
Universidad de Almería

*«Parece como si un hombre que no es nada más que un hombre hubiera perdido las verdaderas cualidades que hacen posible a otras personas tratarle como a un semejante» (H. Arendt).*

## RESUMEN

*La deconstrucción del modelo liberal de cosmopolitismo por parte de un grupo heterogéneo de pensadores posmodernos (Benhabib, Appiah, Santos, Rorty, Beck) no se ha traducido en el abandono de esta expresión, sino que ha sido el desencadenante de diversos intentos de elaborar diferentes cosmopolitismos alternativos, alejados del humanismo esencialista y el monopolio del racionalismo abstracto característicos del primero. Entre los objetivos de estos nuevos cosmopolitas destacan la expansión sentimental de la incumbencia moral y, sobre todo, el desarrollo de una conversación moral intercultural más allá de las fronteras. A partir del examen de las aportaciones de algunas de sus voces más prominentes, este trabajo aborda el examen de las principales críticas al modelo racionalista-liberal y de las claves de la apertura no elitista, emocional, imaginativa y basada en el diálogo abierto y continuo, capaz de asumir tanto la semejanza como la diferencia en los otros, que buscan impulsar los defensores de los cosmopolitismos sentimental y dialógico.*

---

<sup>1</sup> Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto I+D+i del Ministerio de Economía y Competitividad *Derechos Humanos, sociedades multiculturales y conflictos*, DER 2012-31771.

Palabras clave: *Cosmopolitismo racionalista-liberal, cosmopolitismo sentimental, otro generalizado y otro concreto, conversación moral transnacional, dialogo intercultural sobre los derechos humanos, hermenéutica diatópica.*

### ABSTRACT

*The deconstruction of the liberal model of cosmopolitanism by a heterogeneous group of postmodern thinkers (Benhabib, Appiah, Santos, Rorty, Beck) has not resulted in the abandonment of this notion, but that has been the trigger for various attempts to develop different alternative cosmopolitanisms, away from essentialist humanism and the monopoly of abstract rationalism characteristic of the first. Among the objectives of these new cosmopolitan are the sentimental expansion of moral responsibility and the development of one cross-cultural moral conversation beyond borders. On the basis of examination of the contributions of some of their most prominent voices, this work discusses the main criticisms of the rationalist-liberal model, as well as the keys of not elitist, emotional, opening imaginative and based on the dialogue open and continuous, capable of assuming both the resemblance and the difference in others, seeking to foster the defenders of the cosmopolitanism sentimental and dialogical.*

Key words: *Liberal-rationalist cosmopolitanism, sentimental cosmopolitanism, generalized other and concrete other; transnational moral conversation, intercultural dialogue on human rights, diatopic hermeneutic.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.–II. EL COSMOPOLITISMO LIBERAL. II.1. *Características generales.* II.2. *El modelo racionalista en el «primer» cosmopolitismo de M. Nussbaum.* II.3. *La crítica de los cosmopolitismos alternativos al cosmopolita racionalista.* II.3.1. *El antifundacionismo de Rorty.* II.3.2. *Los límites de la imparcialidad racionalista.*–III. LOS COSMOPOLITISMOS ALTERNATIVOS. III.1. *La expansión sentimental de la incumbencia moral más allá de las fronteras.* III.2. *Una concepción no esencialista de la humanidad común.* III.3. *La apertura dialógica a los otros concretos: la conversación moral cosmopolita.* III.4. *El diálogo intercultural sobre los derechos humanos.*–IV. CONCLUSIONES.

### I. INTRODUCCIÓN

Aunque cuente con antecedentes muy ilustres tanto en el estoicismo antiguo como en el pensamiento ilustrado<sup>2</sup>, no hay duda de que en

---

<sup>2</sup> Vid. TOULMIN, S., *Cosmopolis. The hidden agenda of modernity*, University of Chicago Press, 1992; SCHELER, T., *The Cosmopolitan ideal in the Enlightenment Thought*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1977.



el plano filosófico el cosmopolitismo ha irrumpido con fuerza en la filosofía moral y política de las últimas dos décadas del siglo pasado, fundamentalmente como respuesta obligada al cambio de escenario propiciado por las transformaciones sociales, políticas y culturales operadas por la globalización. Y lo ha hecho, casi sin excepciones, en el marco de teorías y reflexiones sobre la ética y la justicia muy heterogéneas pero que pueden, no obstante, ser todas reconducidas hasta el liberalismo<sup>3</sup>. Si bien es cierto que entre pensadores tan heterogéneos como Beitz, Pogge, Singer, O'Neil o Singer existen diferencias significativas, sus teorías de la ética y la justicia muestran puntos de coincidencia lo suficientemente importantes como para que se venga hablando de un modelo liberal de cosmopolitismo<sup>4</sup>. Y no puede ignorarse que quienes aluden a este modelo lo hacen con la intención de mostrar sus límites y ofrecer una nueva forma de entender el cosmopolitismo. Se trata de los que Fine llama «nuevos cosmopolitas» y Benhabib califica de «cosmopolitismo alternativo»<sup>5</sup>.

Este trabajo aborda el examen de las principales críticas dirigidas por estos últimos al cosmopolitismo liberal y, sobre todo, la renovación del ideal de la ciudadanía mundial que proponen como alternativa. Como podremos observar, la crítica al universalismo moral racionalista desarrollada en las últimas décadas por pensadores posmodernos de muy diverso signo (antifundacionistas como Rorty, feministas como Young o Benhabib, multiculturalistas liberales como Appiah, y partidarios de un camino intermedio entre el universalismo metafísico y el contextualismo fuerte del comunitarismo y el relativis-

<sup>3</sup> Hasta el liberalismo pueden ser reconducidas teorías de la justicia internacional tan distintas como las inspiradas en un deontologismo de base kantiana (O'Neil), las sustentadas en el ultraliberalismo de Nozick (Farrell), las que responden a una visión utilitarista de la ética, si bien de un utilitarismo que combina su tradicional impronta teleológica con elementos deontológicos individualistas (Singer), y las de autores como Beitz o Brian Barry, defensores, entre otros, de teorías contractualistas de la justicia internacional. Vid. O'NEIL, O., *Bounds of Justice*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 2000; FARRELL, M.D., «Expandiendo el círculo: la justicia distributiva en las relaciones internacionales» en *Ética en las relaciones nacionales e internacionales*, Gedisa, Barcelona, 2003, pp. 241-306; SINGER, P., «Famine, Affluence and Morality», *Philosophy and Public Affairs*, 1, 1972, pp. 229-244; «Ricos y pobres» en *Ética Práctica*, 2ª edición, trad. de R.Herrera Bonet, Cambridge University Press, 1995, pp. 271-307, y, más recientemente *Un solo mundo. La ética de la globalización*, Paidós, Barcelona, 2003, pp. 163 y ss. BEITZ, C., «Cosmopolitan Liberalism and the States System» en BROWN, C. (ed), *Political restructuring Europe. Ethical Perspectives*, Routledge & Kegan Paul, 1994, pp. 123-136; BARRY, B., «Statism and Nationalism: A Cosmopolitan Critique» en SHAPIRO, I. and BRILMAYER, L., *Global Justice. Nomos XLI*, New York University Press, 1999, pp. 12-66; JONES, C., *Global Justice. Defending cosmopolitanism*, Oxford University Press, 1999.

<sup>4</sup> SCHAPCOTT, R., *International ethics. A critical introduction*, Polity Press, Cambridge, 2010; JEFFERY, R., «Reason, emotion and the problem of world poverty: moral sentiment theory and international ethics», *International Theory*, 3, 1, 2010, pp. 143-144.

<sup>5</sup> FINE, R., *Cosmopolitanism*, Routledge, Cambridge, 2007; BENHABIB, S., *Another Cosmopolitanism*, Oxford University Press, Oxford-N.York, 2006.

mo, como Beck, Parekh o Santos) ofrecen un capítulo particularmente atractivo en la deconstrucción del modelo liberal de la ciudadanía mundial. Como podremos examinar, tales críticas no han alimentado el abandono de esta expresión, sino que, conscientes de que la larga historia de este término conjura cualquier tentación de realismo verbal<sup>6</sup>, han sido el desencadenante de diferentes intentos de elaborar un cosmopolitismo diferente, alejado por igual del esencialismo racionalista como del individualismo desmedido del liberalismo. Lo que sí habrían propiciado, tal y como refiere Boaventura de Sousa Santos, es el abandono de la noción del cosmopolitismo sin más, que no reconoce su propia particularidad, en favor de un «cosmopolitismo con adjetivos»<sup>7</sup>.

## II. EL COSMOPOLITISMO LIBERAL

### II.1 Características generales

Para el que hemos convenido en denominar modelo cosmopolita liberal, convertir a todos los individuos en el referente moral principal o básico exige el distanciamiento racional de sus vínculos nacionales, religiosos e, incluso, familiares, y la contemplación de los otros, por medio de la abstracción de sus identidades particulares e históricas, como exclusivamente seres humanos. Aunque esta particular perspectiva ética pueda encontrarse en el utilitarismo extremo de Godwin, creemos que la referencia básica de la primera generación de cosmopolitas modernos como Beitz y, en menor medida, O'Neil e, incluso, un utilitarista como Singer, es la obra de Kant. Si algunos consideran el kantiano el prototipo de cosmopolitismo imperialista<sup>8</sup>, creo que, no tanto su obra internacionalista, como su universalismo ético constituye más bien el nervio teórico del cosmopolitismo racionalista. Y ello aunque, paradójicamente, el tipo de cosmopolitismo jurídico y político que termina propugnando Kant, aun sin dejar de estar inspirado en su universalismo ético, no sea la simple codificación de éste, sino un intento de mediación entre el ideal y la realidad, entre los principios *a priori* de la razón y su aplicación empírica<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Como señala Beck, «teniendo en cuenta la larga historia del concepto, es demasiado pedir que se haga un uso unívoco del mismo». BECK, U., *La Europa Cosmopolita. Sociedad y Política en la Segunda Modernidad*, trad. de V. Gómez Ibáñez, Paidós, Barcelona, 2006, p. 31.

<sup>7</sup> SANTOS, B., *Toward a New legal commonsense: Law, globalization and Emancipation*, 2.ª ed, Butter-worths LexisNexis, Londres, 2002, p.460.

<sup>8</sup> Vid. MENDIETA, E., «From imperial to dialogical cosmopolitanism», *Ethics & Global Politics*, 2, 3, 2009, pp. 241-258.

<sup>9</sup> En ese sentido CAVALLAR, G., *Kant and the theory and practice of international right*, University of Wale Press, Cardiff, 1999, pp. 3-4; LLANO ALONSO, F.H., *El*

Por lo general, el racionalismo de la ética kantiana, incluida sus proyecciones cosmopolitas, suele referirse a su carácter deontológico<sup>10</sup>. Actuar moralmente exige adoptar un punto de vista centrado en el agente y situado por encima de las consideraciones basadas en las consecuencias de las acciones. En otros trabajos hice referencia, particularmente en relación con la justificación del uso de la fuerza en el ámbito internacional, a la existencia de una concepción deontológica de los derechos humanos, de inspiración nítidamente kantiana, según la cual estos impondrían deberes universales de carácter absoluto y perentorio y no o simples estados de cosas deseables entre los que se puedan hacer balances<sup>11</sup>. Habría otra dimensión del racionalismo kantiano que alimenta también una forma de concebir el ideal cosmopolita quizá no tan señalada como la de su carácter deontológico. Me refiero al fuerte componente de abstracción que conlleva una perspectiva ética que considera irrelevantes, no sólo las consecuencias de la acción, sino de todo aquello que impide reconocer a los seres humanos como sujetos racionales. Este tipo de abstracción alimenta una visión del punto de vista cosmopolita que considera la pertenencia a la especie humana no sólo un hecho sino también un valor ético y político. Se ha señalado que tanto «el reino de los fines», como el «imperativo categórico», serían categorías del lenguaje ético kantiano impregnadas de una fuerte impronta cosmopolita, ya que desempeñan una función similar a la idea del ciudadano del mundo a la hora de guiar la conducta moral y política<sup>12</sup>. Del segundo se afirma que es una doctrina «que considera a todos los hombres, en la medida en que comparten la condición de seres racionales, como ciudadanos de un único orden moral»<sup>13</sup>.

Podría afirmarse que este cosmopolitismo busca la unión entre los hombres a través de lo que, parafraseando a Walzer, podríamos denominar la humanidad *mínima* o tenue, esto es, la común humanidad basada en la pertenencia al género humano, en la que el hombre aparece como un sujeto abstracto y descontextualizado<sup>14</sup>. De acuerdo con

---

*humanismo cosmopolita de Immanuel Kant*, Cuadernos «Bartolomé de las Casas», Dykinson, Madrid, 2002, cap.V.

<sup>10</sup> O'NEIL, O., «La ética kantiana», en SINGER, P. (ed.), *Compendio de Ética*, trad. de J. Vigil Rubio y M. Vigil, Alianza, Madrid, 2007, p. 255; RAWLS, J., *Lecciones sobre Historia de la Filosofía Moral*, compilado por B. Herрман, trad. de A. de Francisco, Paidós, Barcelona, 2001, p. 167.

<sup>11</sup> ARCOS RAMÍREZ, F., *¿Guerras en defensa de los derechos humanos? Problemas de legitimidad en las intervenciones humanitarias*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 68.

<sup>12</sup> NUSSBAUM, M.: «Kant and the Stoic Cosmopolitanism», *The Journal of Political Philosophy*, 5, 1, 1997, p. 12; íd., «Patriotismo y cosmopolitismo» en NUSSBAUM, M. (ed), *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial*, trad. de C. Castells, Paidós, Barcelona, 1999, p. 18.

<sup>13</sup> DONALDSON, T., «Kant's Global Rationalism» en MAPEL and NARDIN, T., *Traditions of international ethics*, Cambridge University Press, 1992, pp. 143-144.

<sup>14</sup> Vid. WALZER, M., *Moralidad en el ámbito local e internacional*, traducción y estudio preliminar de R. del Aguila, Alianza, Madrid, 1996.

esta perspectiva, más kantiana que de Kant, que habría terminado impregnado el modelo cosmopolita liberal, lo que queda una vez que se hace abstracción de aquellos elementos nacionales, culturales o religiosos presentes en la identidad de cada individuo es una naturaleza o esencia humana definida, casi siempre, a partir del atributo de la razón. Si para actuar de acuerdo con máximas universalizables que conviertan la humanidad siempre en un fin y nunca en un medio, esto es, si para tratar por igual y de manera imparcial a todos los agentes racionales, es preciso hacer abstracción de la historia y, por tanto, del lugar y el momento en el que nacen y viven los hombres en tanto que seres fenoménicos, el punto de vista ético sólo puede conducir a la negación de cualquier relevancia moral de las identidades particulares y las fronteras. La pertenencia a la humanidad así concebida se convierte en la fuente de nuestra auténtica identidad, en lo que –para decirlo con Rorty– «nos proporciona un yo central y verdadero»<sup>15</sup>. Sobre estos presupuestos, el kantiano se habría erigido en el prototipo de cosmopolitismo abstracto y excluyente, en la medida en que ignora todo lo que no sea la consideración de los individuos, en tanto que seres dotados de razón, como miembros del género humano. Lo que debe unir a los hombres hasta el extremo de formar parte de una comunidad global es la consideración mutua como únicamente seres racionales, y no como miembros de una determinada nación, cultura o religión. Y lo que es tanto o más importante aún, para integrar esa comunidad no hace falta aumentar el conocimiento de los otros, de sus costumbres, creencias o valores, sino, al contrario, hacer abstracción de todo lo que los hace diferentes, hasta lograr contemplarnos como lo que, más allá de la fantasía de la alteridad radical, verdadera y únicamente son: seres humanos.

Admitamos que el cosmopolitismo suscribe, tal y como sostiene Anderson, las tres siguientes tesis: a) un distanciamiento reflexivo respecto de las propias afiliaciones culturales; b) una amplia comprensión de otras costumbres y culturas y c) una creencia en la humanidad universal<sup>16</sup>. En el caso del modelo racionalista-liberal, se omite la segunda tesis al ponerse todo el acento en la tercera. El distanciamiento reflexivo de lo vernáculo se opera mediante la visión racionalista que percibe en los otros únicamente la universal común humanidad centrada en la *igualdad en lo genérico*<sup>17</sup>, y no a través de la apertura a las identidades y particularidades de los otros concretos y situados. Beck habla por ello de un *universalismo de la semejanza* «que obliga

<sup>15</sup> RORTY, R., «La justicia como lealtad ampliada» en *Filosofía y Futuro*, trd. de J. Calvo y A. Ackerman, Gedisa, Barcelona, 2002, p. 84.

<sup>16</sup> ANDERSON, A., «Cosmopolitanism, Universalism and the Divided Legacies of Modernity» en CHEAH, P. and ROBBINS, B., (eds), *Cosmopolitics: thinking and feeling beyond the nation*, University Of Minnesota Press, Minneapolis, 1998, pp. 266-267.

<sup>17</sup> WIESE, B., *La cultura de la Ilustración*, capítulo IX (El individualismo de la ilustración), trad. y prólogo de E. Tierno Galván, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954, p. 44.

a respetar al otro como igual en principio, pero sin contener ninguna exigencia de sentir cierta curiosidad por la alteridad de los demás. Antes al contrario, la particularidad de los demás se sacrifica a la transformación de la igualdad universal [...] No es la alteridad sino la semejanza lo que determina la relación de nosotros con los demás»<sup>18</sup>. Como expone, y veremos más adelante también crítica con gran lucidez Bhikhu Parekh, la perspectiva racionalista que venimos comentando descansaría en las cinco siguientes premisas: la uniformidad de la naturaleza humana, la primacía ontológica de las similitudes sobre las diferencias, el carácter metasocial de naturaleza humana, la completa cognoscibilidad de ésta y la consideración de la misma como la base de la *vida buena*<sup>19</sup>. Asumiendo estos presupuestos, el cosmopolitismo racionalista y liberal privilegiaría lo que Benhabib denomina la perspectiva del «otro generalizado». A juicio de esta última,

«Al asumir este punto de vista, abstraemos de la individualidad y de la identidad concreta de los otros, asumimos que el otro, al igual que nosotros mismos, es un ser que tiene necesidades concretas, deseos y afectos, pero que lo que constituye su dignidad no es lo que nos diferencia a unos de otros sino más bien lo que, como seres hablantes, actuantes y encarnados, tenemos en común. Nuestra relación con los otros está gobernada por normas de igualdad formal y reciprocidad: cada cual tiene derecho a esperar de nosotros lo que nosotros podemos esperar de ellos.»<sup>20</sup>

Una de las principales manifestaciones de la perspectiva del *otro generalizado* es la concepción de la imparcialidad que encontramos en algunos cosmopolitas racionalistas. Para éstos el reconocimiento de la igualdad moral de todos los seres humanos exige rechazar cualquier deber especial de preferencia hacia los individuos que forman parte de nuestro círculo de allegados o nuestra comunidad política. Animados por una imparcialidad y abstracción absolutas, algunos cosmopolitas han rechazado que el vínculo afectivo, emocional o de reciprocidad que nos une de un modo especial y distinto a ciertas personas pueda constituir algún tipo de razón independiente para anteponer las necesidades e intereses de estos individuos a los de cualquier

---

<sup>18</sup> BECK, U., *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*, trad. de B. Moreno Carrillo, Paidós, Barcelona, 2005, p. 72. La *diferencia* aparece aquí, en palabras de Perona, como una desemejanza recíproca o diversidad existente entre entes de la misma especie, una vez que se asume como presupuesto un universal real, un fondo común (la autonomía moral? la racionalidad? el lenguaje?) que permite reconocer a una determinada serie de singulares como entes de la misma especie pero diferentes entre sí. PERONA, A., «Notas sobre la igualdad y la diferencia» en MATE, R., (ed), *Pensar la igualdad y la diferencia (Una reflexión filosófica)*, Visor, Madrid, 1995, p. 39.

<sup>19</sup> PAREKH, B., *Rethinking Multiculturalism. Cultural diversity and Political Theory*, Palgrave Publishers, N.York, 2000, pp. 124-125.

<sup>20</sup> BENHABIB, S., «The Generalized and the Concrete Other» en FRAZER, E., HORNSBY, J. y LOVINBOD, S., *Ethics: A Feminist Reader*, Blackwell, Oxford, 1992, pp. 267-303.

otro ser humano. Se trata, como ha señalado MacMahan, de un punto de vista bastante extendido tanto entre los filósofos como entre las personas<sup>21</sup>. Aunque Goodin, Beitz y Singer coquetean a veces con este planteamiento<sup>22</sup>, el *locus classicus* de este cosmopolitismo habría sido el utilitarismo extremo defendido Godwin en la célebre «causa del incendio»<sup>23</sup>.

## II.2 El modelo racionalista en el «primer» cosmopolitismo de M. Nussbaum

El modelo de ciudadanía mundial defendido por Nussbaum a mediados de los noventa ha sido considerado el exponente más sobresaliente de las últimas décadas de este enfoque globalista kantiano. Si bien es cierto, como podremos apreciar más adelante, que esta autora defiende ahora un modo de entender del cosmopolitismo bastante alejado del racionalismo, sus primeras reflexiones cosmopolitas llegaron a convertirse en el prototipo de globalismo basado exclusivamente en el valor de la razón. Así lo entendieron en su día muchos críticos del cosmopolitismo, que consideraron a Nussbaum la portavoz más destacada del modelo racionalista y liberal de inspiración kantiana<sup>24</sup>.

La declaración de intenciones con la que daba comienzo a su artículo «Kant and the stoic cosmopolitanism» no dejaban dudas de su apuesta por una concepción racionalista de este ideal. Allí dirá que su propósito es desacreditar la estrategia muy extendida entre los pensadores nietzscheanos de volver la mirada a la antigüedad en búsqueda de esa línea de pensamiento perdido, previa al triunfo de racionalismo, cuya conservación hubiera evitado los males que éste ha traído consigo, en particular la tradición kantiana. Desde Schopenhauer irá cobrando fuerza la tesis de que en el mundo antiguo es posible encontrar un modo de concebir la política basado «menos en la razón que en la solidaridad comunitaria, menos en el optimismo en el progreso que

<sup>21</sup> BEITZ, C., «Sovereignty and Morality in International Affairs» en HELD, D., *Political Theory Today*, Polity Press, Cambridge, 1994, p. 24. Caney los califica, por ello, de cosmopolitas extremos frente al cosmopolitismo moderado de Nussbaum o Barry que sí admite los deberes especiales hacia los compatriotas. CANEY, S., *Justice beyond borders. A Global Political Theory*, Oxford University Press, 2006, p. 105.

<sup>22</sup> Más que el rechazo de las responsabilidades hacia parientes o amigos, lo que estos autores defienden es la justificación exclusivamente instrumental de tales responsabilidades. Lo que se toma en consideración es la eficacia del este favoritismo de cara a lograr una mejor satisfacción de los deberes hacia el conjunto de la humanidad. Vid. GOODIN, R.E., «What is so special about our fellow countrymen?», *Ethics*, 98, 1988, pp. 633-686; NUSSBAUM, M., «Réplica», *op. cit.*, p. 164; SINGER, P., «Ricos y pobres», *cit.*, p. 291.

<sup>23</sup> GODWIN, W., *Investigación acerca de la justicia política y su influencia en la virtud y la dicha generales*, Americalee, Buenos Aires, 1945, pp. 55-58.

<sup>24</sup> SCHAPCOTT, R., *International ethics. A critical introduction*, Polity Press, Cambridge, 2010, p. 45; BAIDER, V., «For the Love of the Country», *Political Theory*, 27, 1999, pp. 390-391.

en un reconocimiento sereno de la finitud humana y la moralidad». Nussbaum trata de demostrar justo lo contrario, poniendo para ello de manifiesto la enorme deuda que tiene Kant con el pensamiento de la antigüedad, más concretamente con el estoicismo de Séneca, Marco Aurelio y, en particular, Cicerón<sup>25</sup>. Y, a juicio de esta autora, lo que une a los estoicos con el pensamiento ilustrado no sería tanto una misma cosmología o teleología cuanto, precisamente, una fe compartida en el papel de razón vista como el rasgo fundamental de los seres humanos<sup>26</sup>.

Nussbaum señala cómo la *Stoa* fue capaz de ver que los «verdaderos» ingredientes de la humanidad son» la racionalidad y la capacidad moral»<sup>27</sup>. La *kosmou polites* reconoce a las personas aquello que les es fundamental, lo que merece los mayores respetos y reconocimientos: sus aspiraciones a la justicia y el bien y sus capacidades de razonamiento acerca de esta conexión. Como abunda en un trabajo posterior, «los estoicos tienen razón al encontrar en todos los seres humanos una capacidad de búsqueda crítica y amor a la verdad», y en que «somos conciudadanos en la comunidad de la razón»<sup>28</sup>. La clase, el rango, el estatus, el origen nacional, el lugar de residencia e, incluso, el género son tratados por los estoicos como atributos secundarios y moralmente irrelevantes. La primera forma de filiación moral para el ciudadano debería ser su afiliación a la humanidad racional que debería definir los fines de su acción<sup>29</sup>. Aunque Nussbaum se remonte a Plutarco, Zenón de Elea y Diógenes el cínico<sup>30</sup>, será el estoicismo romano el que, como ella misma señala, acabará dando un desarrollo más completo a esta idea<sup>31</sup>.

<sup>25</sup> NUSSBAUM, M., «Kant and the Stoic Cosmopolitanism», *The Journal of Political Philosophy*, 5, 1, 1997, p. 5. Esto no significa que Nussbaum defienda la existencia de una naturaleza humana como el fundamento de los derechos humanos. Para la fundamentación de estos derechos se vale del concepto de capacidades básicas, que, como señala expresamente, huye de cualquier teoría esencialista de la naturaleza humana, Vid. NUSSBAUM, M., *Las mujeres y el desarrollo humano: el enfoque de las capacidades*, Herder, Barcelona, 2002, p. 334 y, más recientemente *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, trad. de R. Vila y A. Santos, Paidós, Barcelona, 2006., cap. III, pp. 163-226.

<sup>26</sup> DALLMAYR, F., «Cosmopolitanism: Moral and Political», *Political Theory*, 31, 2003, p. 426.

<sup>27</sup> NUSSBAUM, M., «Patriotismo y cosmopolitismo», cit., p.18.

<sup>28</sup> NUSSBAUM, M., *El cultivo de humanidad: una defensa clásica de la reforma de la educación liberal*, trad. de J. Pailaya, Paidós, Barcelona, 2005, pp. 90-91.

<sup>29</sup> NUSSBAUM, M., «Kant and the Stoic Cosmopolitanism», cit., p. 5.

<sup>30</sup> Sobre el cosmopolitismo del estoicismo griego vid. TRUYOL SERRA, A., «La idea europea del género humano» en AA.VV., *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 137-150.

<sup>31</sup> El emperador filósofo sostenía que «si la inteligencia no es común, también la razón, según la cual somos racionales, no es común. Admitido eso, la razón que ordena lo que debe hacerse o evitarse, también es común. Concedido eso, también la ley es común. Convenido eso, somos ciudadanos. Aceptado eso, participamos de una ciudadanía. Si éso es así, el mundo es como una ciudad. Pues ¿de qué otra ciudadanía se podrá afirmar que participa todo el género humano?», MARCO AURELIO, *Meditaciones*,

Dos tesis adicionales completarían el cuadro de esta etapa puramente racionalista del cosmopolitismo de Nussbaum. La primera es su insistencia en que la forma de autoidentificación que ofrece la idea de la ciudadanía mundial permite reconocer nuestras principales responsabilidades éticas y sociales: «Respecto de los valores morales fundamentales tales como la justicia, «deberíamos considerar a los seres humanos como nuestros conciudadanos y habitantes de la misma localidad»<sup>32</sup>. La segunda (sin duda la que mayor polémica ha generado), la tesis más genuinamente racionalista de Nussbaum, la de la irrelevancia moral de las fronteras. A su juicio, «*el nacimiento en una nación y no en otra es un puro accidente. Por ello no debemos permitir que las diferencias de nacionalidad, de clase, de pertenencia étnica o incluso de género erijan fronteras entre nosotros y ante nuestros semejantes*»<sup>33</sup>. Una educación que considera que las fronteras nacionales son algo moralmente relevante refuerza, demasiado a menudo, este tipo de irracionalidad, confiriendo a lo que es un accidente histórico un falso aire de gloria y peso moral<sup>34</sup>.

## II.3 La crítica de los cosmopolitismos alternativos al cosmopolita racionalista

### II.3.1 EL ANTIFUNDACIONISMO DE RORTY

Las distintas dimensiones del racionalismo del modelo cosmopolita liberal han sido objeto de importantes críticas. Haremos referencia a aquellas de las que parten los nuevos cosmopolitas para proponer sus versiones alternativas a dicho modelo. Así las primeras objeciones se centraron en los problemas y desventajas que se derivan de una concepción tan racionalista y abstracta sobre el origen o descubrimiento de las responsabilidades morales. Se apuntaba que el cosmopolitismo ofrece –en palabras de Catherine Lu– un camino demasiado «frío y solitario» para convertir a todos los seres humanos en parte de

---

introducción de C. García Gual y trad. de R. Bach Pellicer, Gredos, Madrid, 1983, Libro IV.4, p. 83. Cicerón señala que «hemos de pensar también que la naturaleza nos ha dotado, por así decirlo, de una doble persona. Una es común a todos los hombres, como resultado de que todos somos partícipes de la razón y de la excelencia que nos sitúa por encima de los animales (...) La otra, en cambio, se atribuye como parte característica a cada uno». CICERÓN, *De Officiis (De los deberes)*, trad. y estudio preliminar de J. Guillén Caballero, Tecnos, Madrid, 1989, Libro I. 107, p. 55.

<sup>32</sup> NUSSBAUM, M., *El cultivo de humanidad, op. cit.*, p. 78.

<sup>33</sup> NUSSBAUM, M., «Patriotismo y cosmopolitismo», cit., p. 18.

<sup>34</sup> *Ibidem*, pp. 22-23. Nussbaum suscribe en este punto el argumento defendido por Rawls a tenor de cual las pretensiones y obligaciones morales no deberían depender de factores accidentales o azarosos, y que las cualidades naturales como la inteligencia y las circunstancias sociales como el nacimiento o la raza pertenecen a este mundo de lo accidental. RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, trad. de M.D. González, Fondo de Cultura Económica, 1978, Madrid, p. 126.



un mismo universo moral. Aquél partiría de una dicotomía radical inaceptable entre lo universal y lo particular, entre la humanidad y la comunidad, entre la razón y el sentimiento, entre la obligación y la lealtad<sup>35</sup>. El cosmopolitismo racionalista confía demasiado en la capacidad de la razón para proporcionar a los individuos pautas de comportamiento y motivos para ser morales. Y la realidad, tal y como sostiene Putnam en su crítica a Nussbaum, es que las vidas buenas no surgen sólo de las percepciones racionales; que la razón universal no dicta los estilos de vida que cada uno puede deliberadamente transgredir<sup>36</sup>. El reconocimiento racional de la común humanidad puede ser suficiente para entender los principios del cosmopolitismo, pero no para motivarnos para ser cosmopolitas<sup>37</sup>. En estas coordenadas hay que situar la siguiente reflexión de David Miller, que ha terminado por convertirse en uno de los ejes centrales de esta crítica:

«el universalismo ético descansa sobre una descripción implausible de la acción moral, de la persona portadora de responsabilidades y deberes. Traza una línea infranqueable entre la acción moral y la identidad personal por un parte y la acción moral y la motivación personal por otra. De acuerdo con el universalista, descubrimos cuáles son nuestros deberes mediante la reflexión abstracta sobre la condición humana y sobre lo que otros nos demanden legítimamente.»<sup>38</sup>

La expansión racionalista de la incumbencia moral más allá de las fronteras de la nación resulta además de fría y, como reconoce incluso la propia Nussbaum, solitaria, ofrece un camino poco persuasivo, salvo para quienes forman parte de una élite. Aun cuando se admita que la humanidad es, en cierta medida, el resultado de la pertenencia a una especie biológica y no de la cultura o comunidad en la que los individuos han florecido, se hace difícil pretender basar en el reconocimiento de que todos somos seres humanos el fundamento de los derechos humanos y, sobre todo, el respeto de los principios de justicia que tanto éstos como otras éticas cosmopolitas incorporan. Como escribe Appiah, «una biología compartida, una esencia humana natural, no nos proporciona en ningún sentido relevante, una naturaleza

<sup>35</sup> LU, C., «The one and the many faces of Cosmopolitanism», *The Journal of Philosophy*, 8, 2, 2000, p. 249.

<sup>36</sup> PUTNAM, H., «¿Debemos escoger entre patriotismo y razón universal?» en NUSSBAUM, M. (ed.), *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia e identidad cultural*, op. cit., pp. 116-117.

<sup>37</sup> DOBSON, A., «Thick cosmopolitanism», *Political Studies*, 54, 2006, p. 169.

<sup>38</sup> MILLER, D., *Sobre la nacionalidad. Autodeterminación y pluralismo cultural*, trad. de A. Rivero, Paidós, Barcelona, 1997, p. 78. Miller sigue muy de cerca la crítica de MacIntyre. Vid. MACINTYRE, A., ¿Es el patriotismo una virtud?, *Bitarte. Revista Cuatrimestral de Ciencias Sociales*, 1, 1993, p. 77.

ética compartida»<sup>39</sup>. Más allá de las fallas lógicas en la que descansaría el humanismo clásico (a saber, la conocida crítica de que se apoya en un tipo de realismo moral que incurriría en la falacia naturalista), lo que se rechaza con más fuerza es la relevancia moral de la noción misma de humanidad, tal y como ha sido definida hasta hora.

La crítica que, siguiendo a Rabossi, ha dirigido Rorty al anacronismo del fundacionismo de los derechos humanos se ha convertido, en este punto, en una especie de lugar común en los debates entre liberales y posmodernos. Fuertemente influido por el existencialismo heideggeriano y sartriano y por la concepción freudiana de la personalidad<sup>40</sup>, Rorty concluye que «nada relevante para la decisión moral separa a los seres humanos de los animales, excepto hechos históricos, contingentes, culturales»<sup>41</sup>. Pretender basar el respeto mutuo entre las personas en el reconocimiento de que, después de todo, todas somos seres humanos racionales, es una fórmula que no funciona en todas las circunstancias. La realidad parece ofrecer un panorama mucho menos optimista y halagüeño:

«Cuando las rivalidades tribales y nacionales se vuelven importantes, los miembros y tribus nacionales rivales no se consideran humanos. La regla kantiana del debido respeto a los seres racionales te dice que debes extender el respeto que sientes por las gentes como tú a todos los seres bípedos implumes. Esta es una excelente sugerencia que nunca ha sido sustentada por un argumento basado en premisas naturales y nunca lo será. Fuera del círculo de la cultura europea postilustrada, el círculo de gente relativamente segura que ha estado manipulando sus sentimientos durante doscientos años, la mayor parte de la gente es incapaz de entender por qué la pertenencia a la especie biológica se supone suficiente para pertenecer a una comunidad moral. Ello no obedece a que estas personas sean insuficientemente racionales sino a que viven en un mundo en el cual sería muy arriesgado e incluso peligroso permitir que el sentimiento personal de comunidad moral se extienda más allá de la familia el clan o la tribu [...] Casi ninguna persona, en especial si no ha sido tocada por la Ilustración Europea, piensa en sí misma como en un simple ser humano. Por el contrario las personas piensan en sí mismas como cierta clase buena de seres huma-

<sup>39</sup> APPIAH, K.A., «Ciudadanos del mundo» en GIBENY, M.J. (ed.), *La globalización de los derechos humanos*, Crítica, Barcelona, 2003, p. 213.

<sup>40</sup> Vid. RORTY, R., *Ensayos sobre Heidegger y otros pensadores contemporáneos. Escritos Filosóficos 2*, Paidós, Barcelona, 1993. Para un amplio y documentado tratamiento del pensamiento antifundacionista y antiesencialista de Rorty Vid. AGUILERA PORTALES, R.E., «Universalidad de los derechos humanos y crítica de la teoría de la naturaleza humana en el pragmatismo de Richard Rorty», *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 5, 2007, pp. 47-75.

<sup>41</sup> RORTY, R., *Contingencia, ironía y solidaridad*, trad. de A. Sinnot, Paidós, Barcelona, 1996, p. 210. Vid. Igualmente RORTY, R., «Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad», en SHUTE, S. y HURLEY, S. (eds.), *De los derechos humanos*, trad. de H. Valencia Villa, Trotta, Madrid, 1998, p. 121.

nos, una categoría que se define por oposición a explícita a otra categoría particularmente mala.»<sup>42</sup>

Rorty insiste en que la noción de derechos humanos carece de fuerza práctica entre quienes viven situaciones en las que se hace muy difícil desarrollar sentimientos de simpatía hacia los semejantes por el mero hecho de ser hombres. El caso más extremo, pero precisamente del que parte el filósofo estadounidense, es el de las guerras étnicas que desangraron los Balcanes durante la década de los noventa del siglo pasado. Rorty refleja los testimonios de los reporteros que vivieron estos conflictos en los que se evidencia la incapacidad de los combatientes de cada bando para ver en los enemigos a un ser humano o, como diría Primo Levi, para reconocer en la del enemigo «la mirada con la que un hombre mira a otros hombre». La experiencia devuelve la lección demoledora de que el humanismo abstracto, particularmente en contextos bélicos y no sólo como resultado de los límites antropológicos para adquirir un sentido de la alteridad, puede coexistir tranquilamente con el aborrecimiento de los seres humanos concretos<sup>43</sup>.

### 3.2 LOS LÍMITES DE LA IMPARCIALIDAD RACIONALISTA

Sólo entre una élite de individuos racionalistas y liberados de ciertas inseguridades parece tener fuerza práctica la representación racional de los otros como miembros del género humano. Además de por ser elitista en este sentido<sup>44</sup>, el cosmopolitismo resulta poco aceptable

<sup>42</sup> *Ibidem*, pp. 128-129.

<sup>43</sup> IGNATIEFF, M., *El honor del guerrero. Guerras étnicas y conciencia moderna*, trad. de P. Linares, Taurus, Madrid, 1999, pp. 12 y 72.

<sup>44</sup> Otra forma de elitismo muy criticada es la que se refiere al tipo de cosmopolita cultural que, como propone Waldron, trata de construir su identidad de forma transcultural. Vd. WALDRON, J., «Minorities Cultures and the Cosmopolitan Alternative» en KYMLICKA, W. (ed.), *The Rights of Minorities Cultures*, Clarendon, Oxford, 1995, pp. 93-121. Una de las críticas que más frecuentemente se dirigen contra este cosmopolitismo transcultural es que se trata de un *modus vivendi* reservado a unas élites desarraigadas, arrogantes, privilegiadas y que adoptan un estilo de vida parasitario de las posibilidades que le proporcionan otras culturas. El cosmopolita sería alguien que, en su deseo de no reducir su identidad a lo local y hacer de todo el mundo su patria, termina no siendo realmente nadie, convirtiéndose un hombre sin lealtad, en alguien que no es un *amigo* sino simplemente un *no-extraño*. El destino del cosmopolita es un mundo de superficialidad, alejado del mundo real de la sangre y la pertenencia. Y, lo que es peor, el desarraigo del cosmopolita lo convierte en alguien irresponsablemente desvinculado, incapaz de participar en el forjamiento de la historia, condenado al papel del mero espectador estético. El cosmopolita se presenta a sí mismo como una especie de parásito, que depende de las vidas cotidianas de otros para crear los diversos sabores e identidades con los que salpicar su vida. ROBBINS, B., «Comparative cosmopolitanism», CHEAH, P. and ROBBINS, B. (eds.), *Cosmopolitics: thinking and feeling beyond the nation*, University Of Minnesota Press, Minneapolis, 1998, p. 248. GELLNER, E., «Nationalism and modernization » en HUTCHINSON, J. and SMITH, A., *Nationalism*, Oxford University Press, 1994, p. 56. LU, C., «The one and the many faces of Cosmopolitanism», *cit.*, p. 250. ROBBINS, B., «Actually existing Cosmopoliti-

por suscribir una concepción de la imparcialidad a la que se ha tachado de homogeneizadora y negadora de la alteridad y, por tanto, de las diferencias y las particularidades<sup>45</sup>, y que resulta ser, además, parasitaria de un cierto contexto cultural e histórico y una determinada concepción de la agencia humana. De ahí también las críticas a ciertos proyectos cosmopolitas que aspiran a extender globalmente, si es preciso coactivamente, un conjunto de valores que responden a una visión monista de la humanidad<sup>46</sup>.

Además de establecer una separación radical entre las lealtades particulares y el respeto de la humanidad compartida<sup>47</sup>, la imparcialidad racionalista esconde, tal y como denuncia Young, un modelo inaceptable de asimilación y eliminación de las diferencias en la esfera pública. Para la conocida profesora estadounidense, el ideal de la imparcialidad en la teoría moderna expresa lo que Adorno llama un «lógica de la identidad», que no es sino el afán por pensar las cosas juntas, por reducirlas a una unidad<sup>48</sup>. El núcleo de la tesis de Young se resume en el siguiente párrafo:

«el distanciamiento y desapasionamiento que supuestamente produce la imparcialidad se consigue sólo si nos abstraemos de las particularidades respecto de la situación, los sentimientos, la afiliación y el punto de vista de las personas. Sin embargo, estas particularidades siguen operando en los contextos reales de acción. De modo que el ideal de la imparcialidad genera una dicotomía entre lo universal y lo particular, lo público y lo privado, la razón y la pasión. Más aun, se trata de un ideal imposible, toda vez que las particularidades del contexto y la afiliación no deben ser eliminadas del razonamiento moral.»<sup>49</sup>

El ideal del sujeto imparcial trasciende las diferencias de tres maneras. La primera, negando la particularidad de las situaciones, ya que trata todas ellas de acuerdo con las mismas reglas morales. En segundo

---

tanism» en CHEAH, P. and ROBBINS, B (eds.), *Cosmopolitics: thinking and feeling beyond the nation*, op. cit., p. 4.

<sup>45</sup> Como pone de manifiesto Dallmayr, toda forma de universalismo moral, al exigir tratar como iguales a todos los seres humanos en virtud de su común capacidad racional ofrece, por un lado, un antídoto contra la discriminación basada en la raza, el estatus o el género; empero, por otro lado, esta semejanza de trato resulta moralmente deficiente ya que extiende el reconocimiento de nuestros congéneres humanos sólo respecto a aquello en lo que son idénticos a nosotros mismos. En gran medida, dicho trato es egocéntrico ya que se apropia o reduce al otro a la condición de ser racional, en lugar de reconocer la alteridad diferente de nuestros congéneres. DALLMAYR, F., «Cosmopolitanism: Moral and Political», cit., pp. 428-429.

<sup>46</sup> LU, C., «The one and the many faces of Cosmopolitanism», cit., p. 251.

<sup>47</sup> Appiah califica a este cosmopolitismo de «extremo, tóxico e implacable». APPIAH, K.A., «El cosmopolitismo arraigado» en *La ética de la identidad*, trad. de L. Mosconi, Katz, Buenos Aires, 2007, p. 318.

<sup>48</sup> YOUNG, I., *La justicia y política de la diferencia*, trad. de S. Álvarez, Cátedra-U. Valencia-Instituto de la Mujer, Madrid, 2000, pp. 168-170.

<sup>49</sup> *Ibidem*, 167.

lugar, en su requisito de no apasionamiento, la imparcialidad intenta dominar o eliminar la heterogeneidad abstrayéndose de la particularidad del ser corporal, de sus necesidades e inclinaciones y de los sentimientos que acompañan la particularidad experimentada de las cosas y los hechos. Por último, el ideal de la imparcialidad reduce la particularidad de los sujetos morales a una subjetividad moral trascendente<sup>50</sup>. Además de por desempeñar funciones ideológicas adversas (ayuda a reproducir relaciones de dominación u opresión justificándolas o escondiendo posibles relaciones sociales más emancipatorias), Young considera rechazable tipo de universalismo por basarse en una concepción imposible de la imparcialidad: «es sencillamente imposible para las personas de carne y hueso, estén o no en el gobierno, adoptar el punto de vista trascendental cuando toman decisiones, separando su propia persona de las filiaciones»<sup>51</sup>.

La crítica de Young a la imparcialidad liberal no tiene nada que ver con la que encontramos en los comunitaristas más conservadores como MacIntyre, sino que sintoniza mucho más con las vertidas por otras filósofas políticas feministas contra las éticas normativas de carácter universalista. A juicio de autoras como Carol Gilligan, Catherine MacKinnon o Luce Irigaray, estas últimas descansan en la ficción de considerar al individuo como un ser racional y abstracto, capaz de adoptar un punto de vista universal e imparcial. Las éticas feministas cuestionan la posibilidad de este punto de vista y denuncian que, bajo esas categorías morales, se esconde un individuo que, ni está contextualizado social o históricamente, ni es sexualmente neutro. Para lograr una conciliación entre las exigencias de la universalidad y la inexorable dimensión contextual, histórica, social y sexualmente diferenciada de la experiencia moral, estas filósofas tienden a destacar la importancia de las relaciones personales frente al universalismo abstracto de las éticas racionalistas de los filósofos morales masculinos. Así Nel Noddings, a través de la conocida «ética del cuidado» (*care ethic*), circunscribe nuestras obligaciones a preocuparnos de aquellos con los que tenemos alguna relación, principio del que podrían llegar a desprenderse conclusiones muy alejadas de la imparcialidad casi absoluta que defienden algunos cosmopolitas liberales<sup>52</sup>. Por su parte Gilligan cuestiona la universalidad de las teorías sobre la maduración moral filogenética desarrolladas por Kohlberg, Piaget y Freud. A su juicio, presentar como culminación del desarrollo moral el alcance del famoso sexto estadio, en el que los individuos son capaces de razonar

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 171.

<sup>51</sup> *Ibidem* pp.193-194.

<sup>52</sup> Noddings llega a señalar que no estamos obligados a cuidar de los niños que se mueren de hambre en África, ya que no ningún modo de que ese deber pueda ser afrontado sin abandonar el cuidado de aquellos respecto a los cuales estamos obligados. NODDING, N., *Caring: A Feminine Approach to Ethics and Moral Education*, Berkeley, University of California Press, 1986, p. 86.

adoptando una perspectiva imparcial y abstracta (la perspectiva del otro generalizado de Mead), independiente de sus constricciones psicológicas e históricas así como de los valores y necesidades particulares de su entorno, es el resultado de un enfoque claramente androcéntrico. El mismo toma como referencia únicamente a jóvenes varones, y presenta como una desviación del modelo normal de maduración ética el hecho de que los juicios morales de las mujeres, a diferencia de los de los hombres, se encuentren unidos a sentimientos como la empatía o la compasión, y relacionados con la resolución de problemas y dilemas reales en lugar de hipotéticos<sup>53</sup>.

### III. LOS COSMOPOLITISMOS ALTERNATIVOS

Como adelantamos al comienzo, la superación del cosmopolitismo liberal no transcurre en una sola sino en varias direcciones: el antifundacionismo de Rorty, el pensamiento político feminista de Young o Benhabib, el multiculturalismo liberal de Appiah, el camino intermedio entre el universalismo metafísico y el contextualismo fuerte que proponen sociológicos como Beck o Santos, etc. Todas ellos coinciden en la necesidad de superar la visión monista de la humanidad y de la ética característicos del punto de vista racionalista a través de una apertura emocional, imaginativa, dialógica y cultural a aquellos con quienes aspiramos a formar –en algún sentido– una misma comunidad moral. En el recorrido que vamos a llevar a cabo por sus reflexiones globalistas emergen una serie de conceptos que, si bien no resultan siempre totalmente originales, han sido empleados por estos autores de un modo particular, hasta conformar el núcleo de la gramática de este nuevo cosmopolitismo: nociones como las de el *otro generalizado* y el *otro concreto*, hermeneútica diatópica, conversación moral

---

<sup>53</sup> GILLIGAN, C., *In a different voice. Psychological theory and women's development*, Harvard University Press, 1993. No obstante, incluso este «yo relacional» que auspician las anteriores críticas feministas a la imparcialidad racionalista continuaría representado para Young una forma, aunque suavizada o atenuada, de «lógica de la identidad». A su juicio, si comprendemos al yo en esos términos empáticos y relacionales, damos por supuesto una noción de subjetividad compartida, o de transparencia de los sujetos unos con otros, que niega la diferencia en el sentido de una asimetría básica entre los sujetos. No sólo se da por supuesta esa transparencia intersubjetiva, sino que también es cuestionable la ficción de la subjetividad como el centro unificado del deseo. Siguiendo a Kristeva, Young concluye que el sujeto no es una unidad, no puede estar presente ante sí mismo, conocerse a sí mismo. Consiguientemente, todo individuo es un juego de diferencias que no puede comprenderse. Young concluye que el concepto cartesiano-kantiano de la unidad del yo, al igual que le sucede a la teoría feminista del yo relacional, perpetran una «metafísica de la presencia» y una «lógica de la identidad». YOUNG, I., «The Ideal of Community and the Politics of Differences», *Social Theory and Practice*, 12, 1 1986, p. 11. Vid el comentario de esta y otras concepciones feministas de la ética en BENHABIB, «Una revisión sobre el debate las mujeres y la teoría moral», *Isegoría*, 6, 1992, pp. 37-63.

transnacional, cosmopolitismo arraigado, etc. Abordaremos el examen de estos conceptos centrándonos en la obra de un conjunto de pensadores de –casualmente– muy distinta procedencia: el filósofo estadounidense Richard Rorty, el politólogo británico de ascendencia india Bhikhu Parekh, la filósofa israelí Sheyla Benhabib, el sociólogo portugués Boaventura de Sousa Santos, el filósofo británico de orígenes ghanés Kwame Anthony Appiah y el sociólogo alemán Ulrich Beck. Partiendo de sus discursos y de las aportaciones de otros neocosmopolitas, he tratado de esquematizar las principales vías de superación del modelo liberal, así como las claves a través de las cuales se haría posible la apertura no elitista, emocional, dialógica, y que toma en cuenta la identidad incardinada de los otros, que define a los nuevos cosmopolitas.

### III.1 La expansión sentimental de la incumbencia moral más allá de las fronteras

El déficit de persuasividad que, como hemos señalado, padecería el cosmopolitismo liberal y, en general, el humanismo abstracto revela la existencia de una auténtica brecha entre la argumentación de los deberes la justicia global y la acción de cumplirlos, entre la justificación y la motivación. La superación de esta situación, que ha sido tildada de esquizofrenia moral o –lo que parece quizás más acertado– de inconsistencia de la voluntad o *akrasia* ética<sup>54</sup>, podría consistir en no encomendar al pensamiento moral únicamente la tarea de encontrar el fundamento de estos deberes, sino también la de ofrecer un camino estimulante para lograr transitar del apego a uno mismo y los que están más o menos próximos, a la incumbencia moral universal. Y, a juicio de estos cosmopolitas no racionalistas, dicha motivación no puede encontrarse fuera del yo, en la imparcialidad racional, sino en aquello que verdaderamente lo constituye, en sus sentimientos y emociones, en particular, la empatía, la simpatía y la compasión. Frente al *cosmopolitismo moral* propio del modelo racionalista liberal, tanto Rorty como, más recientemente, Solomon, Long, Woods, Gould y Nussbaum, proponen como alternativa un *cosmopolitismo sentimental*<sup>55</sup>.

Rorty intenta salvar y potenciar el ideal cosmopolita apoyando una concepción de la ética alejada de la idea kantiana del deber y centrada

<sup>54</sup> STOCKER, M., «The Schizophrenia of Modern Ethical Theories», *Journal of Philosophy*, 73, 14, 1976, pp. 453-466; LONG, G., «Moral and Sentimental Cosmopolitanism», *Journal of social philosophy*, 40, 3, 2009, p. 325.

<sup>55</sup> SOLOMON, R., «Singer's expanding circle: Compassion and The Liberation of Ethics» en JAMIESSON (ed.), *Singer and his critics*, Blackwell, Oxford, 1999, pp 70-75; GOULD, C., «Transnational solidarities», *Journal of social philosophy*, 38, 1, 1007, pp. 148-164; Vid. igualmente ARCOS RAMÍREZ, F., «Ética y pobreza mundial. Fundamentos y límites de una respuesta basada en los deberes de humanidad», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXV, 2008, pp. 169-178.

en la visión neo-humeniana de la moral como una relación de confianza mutua entre los miembros de un grupo estrechamente vinculado. Propone, pues, deshacernos de la idea de obligaciones morales universales derivadas de la pertenencia a la especie humana, y poner en su lugar la idea de construir una comunidad de confianza entre nosotros y los demás, una confianza que no sería muy distinta de la que une a los compatriotas. El cosmopolitismo aparece aquí como la continua expansión del nosotros a través de mecanismos que incluyan al máximo número de extraños posible<sup>56</sup>.

Rorty está de acuerdo con el liberalismo en que la creación de una comunidad transnacional de pueblos o individuos empezaría por dejar de percibir a los que no son miembros de los grupos más reducidos con los que solemos identificarnos (familia, nación, religión, raza) como una amenaza para nuestra existencia. Los kantianos como Nussbaum dirían que la estrategia para lograr este objetivo consiste en trascender las identidades parciales que derivan de la pertenencia a esos grupos más reducidos por considerarlas accidentales y, en consecuencia, moralmente irrelevantes, y mostrar nuestra lealtad a la humanidad definida por los ingredientes fundamentales de la razón y la capacidad moral. Frente a ello, Rorty rechaza que quienes alcanzan a considerar irrelevantes las diferencias de raza, religión o nacionalidad lo logren mediante el empleo de la razón. A su juicio, no es el discernimiento racional lo que permite a ciertas personas trascender los prejuicios de las identidades parciales sino el hecho de que sus condiciones de vida son «lo suficientemente libres de riesgo como para que las diferencias con los demás resulten irrelevantes para la autoestima y dignidad personal». Sólo cuando se dan estas condiciones, las personas pueden relajarse lo suficiente como para escuchar y desarrollar una manipulación y un progreso de los sentimientos que les permita ponerse en el pellejo de los oprimidos y humillados, para experimentar simpatía hacia las personas con las cuales no se identifican de inmediato. Dicho progreso consiste en una creciente capacidad para ver mucho más las semejanzas que las diferencias entre nosotros y gentes muy distintas a nosotros. Las semejanzas no se refieren a un yo profundo y compartido, a ese yo central y verdadero que entrañaría la verdadera humanidad, sino a «esas pequeñas y superficiales similitudes, como abrazar a nuestros padres y nuestros hijos, y que nos distingue de muchos animales no humanos»<sup>57</sup>. Frente al cosmopolitismo liberal basado en la capacidad de la razón para ver en los otros nada más que seres racionales y/o humanos, Rorty cree que el cosmopolitismo debe ser abiertamente etnocéntrico y que sólo «*más dinero* y

---

<sup>56</sup> DEL ÁGUILA, R., «El caballero pragmático: Richard Rorty o el liberalismo con rostro humano», *Isegoría*, 8, 1993, p. 37.

<sup>57</sup> RORTY, R., «Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad», cit., pp. 130-131.



*seguridad, por un lado, y más fantasía o capacidad de imaginación, por otro lado, nos hacen más cosmopolitas*»<sup>58</sup>.

Además del cosmopolitismo alternativo de Rorty, merece una particular atención la evolución que, alejándose considerablemente de la herencia estoica y kantiana de sus primeros escritos, ha experimentado la perspectiva cosmopolita de Nussbaum. Ya en la réplica a los críticos recogida en *For the love of the country* avanzaba una imagen menos racionalista de la humanidad, la de unos seres humanos unidos en lo inexorable del sufrimiento y la miseria: «todos nacemos desnudos y pobres; todos estamos sujetos a enfermedades y a sufrimientos de todo tipo y, por último, todos estamos condenados a morir. Por tanto, la visión de todos estos sufrimientos comunes puede llevar la humanidad a nuestros corazones, si vivimos en una sociedad que nos alienta a imaginar la vida del otro»<sup>59</sup>. Esta antropología no racionalista, unida a su interés por la inteligencia de las emociones, constituyen las principales claves para explicar el modo en que, en trabajos posteriores, Nussbaum haya terminado uniendo la suerte del cosmopolitismo, de la incumbencia trasnacional por los derechos humanos básicos, a una expansión potencialmente global de los sentimientos y las emociones. Su principal interés ahora es lograr extender el ámbito de la incumbencia moral, en particular el respeto de los derechos humanos, no sólo más allá del ámbito del yo, de la perspectiva de la primera persona, sino también de la nación, tomando en consideración no al individuo ahistórico definido por su capacidad racional, sino al hombre encarnado en un determinado contexto.

Nussbaum no admite, sin embargo, que esta expansión del círculo de incumbencia moral pueda lograrse a través de una concepción natural de las emociones y las pasiones. La alternativa a la representación racional de la igualdad de todos los individuos no pueden ser las emociones naturales sino el cultivo racional de éstas. Esto último exigiría buena dosis de reflexión y educación en el conocimiento de los seres humanos, que permita avanzar de una compasión como sentimiento a otra como virtud<sup>60</sup>. Así, por ejemplo, aunque el mecanismo

<sup>58</sup> RORTY, R., *Filosofía y Futuro*, trad. J. Calvo y Á. Ackermann, Gedisa, Barcelona, 2002, p. 160.

<sup>59</sup> NUSSBAUM, M., «Réplica», cit., p. 160. Esta idea ya fue expresada por Séneca: «en la necesidad de sufrir todos somos iguales: nadie es más frágil que nadie, nadie está más seguro de lo que le deparará el mañana». SÉNECA, *Ideario extraído de las Cartas a Lucilio*, Península, Barcelona, 1975, p. 88. En una línea similar Turner sitúa en la *vulnerabilidad del cuerpo humano* un punto de partida para dar cuenta de esa común humanidad que sirve de base a la ética cosmopolita. TURNER, B., «Cosmopolitan virtue, Globalization and Patriotism», *Theory, Culture & Society*, 1, 19, 2002, pp. 56 y 59. Por su parte Santos, situándose en una dimensión política y no antropológica, propone un modo de concebir el cosmopolitismo como un proyecto que asume la perspectiva de lo que Dusell ha llamado la «comunidad de las víctimas». SANTOS, B. & RODRIGUEZ GARAVITO, C. (eds.), *Law and Globalization from Below*, Cambridge University Press, 2005, p. 13.

<sup>60</sup> Vid. ARTETA, A., *Compasión. Apología de una virtud bajo sospecha*, Paidós, Barcelona, 1996.

psicológico del «juicio de posibilidades» parecidas –uno de los tres elementos cognitivos de la compasión<sup>61</sup>– incorpore en los casos más importantes una noción de humanidad compartida similar al ideal igualitario de los estoicos, Nussbaum señala que es muy fácil que esta prometedora noción de humanidad compartida descarrile hacia lealtades locales, con sus correspondientes cegueras, rivalidades e incluso odios. En muchos casos, las personas aprenden la compasión bajo circunstancias que dividen y jerarquizan a los seres humanos, creando grupos de integrados y excluidos<sup>62</sup>. De ahí su insistencia en diseñar una educación que dirija la compasión hacia las personas adecuadas. Aunque Nussbaum confíe más en las instituciones que en la psicología individual, señala que, en este último caso, no sería realista demandar *ab initio* un interés igual por cualquier persona sino que, tal y como sugiere la metáfora de los círculos concéntricos, parece más plausible expandir la compasión acercando progresivamente al centro (esto es, al yo) a quienes están más lejos<sup>63</sup>.

La insistencia de Nussbaum en la educación inteligente de las emociones pone de manifiesto la imposibilidad de un cosmopolitismo puramente sentimental, que no atribuya un papel más o menos destacado a la razón. Hablar de una alternativa radical entre razón y emoción supondría incurrir, por tanto, en una falsa dicotomía. En palabras de Long, «del mismo modo que la emoción resulta relevante para racionalidad y la moralidad, también moralidad y la racionalidad resultan relevantes para la emoción. Los sentimientos no pueden ser utilizados acríticamente en apoyo de objetivos morales, sino que deben ser objeto de evaluación y juicio»<sup>64</sup>. Es más, los cosmopolitas sentimentales podrían llegar a aceptar que, además de en las emociones, en algunos supuestos o –si se prefiere– para ciertas personas, la motivación para expandir la incumbencia moral podría encontrarse también en la misma representacional racional de los deberes<sup>65</sup>.

<sup>61</sup> NUSSBAUM, M., *Paisajes del pensamiento. La inteligencia de las emociones*, trad. de A. Maira, Paidós, Barcelona, 2008, p. 361. Vid. también NUSSBAUM, M., *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, trad. de R. Vila y A. Santos, Paidós, Barcelona, 2006, p.102.

<sup>62</sup> NUSSBAUM, M., *Paisajes del pensamiento. La inteligencia de las emociones*, op. cit., pp. 429-430.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 431. En «Cosmopolitans emotions?» dirá que si queremos nuestras vidas con los otros tengan pasiones fuertes (por la justicia en un mundo de injusticia, por la ayuda en un mundo donde muchos deambulan sin lo que necesitan, haríamos bien empezando, al menos, por nuestras emociones familiares fuertes hacia nuestras familia, ciudad y país». NUSSBAUM, M., «Cosmopolitan emotions?», *New Humanist*, 16, 4, 2001, disponible en <http://www.newhumanist.org.uk/470/cosmopolitan-emotions>.

<sup>64</sup> LONG, G., «Moral and Sentimental Cosmopolitanism», cit., p.338.

<sup>65</sup> IGLESIAS VILA, M., «El desafío moral de la pobreza: Deberes individuales y estándares de humanidad» en GARCÍA FIGUEROA, A., *Racionalidad y Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 238, nota 66; SINGER, P., «A response» en JAMIESON (ed.), *Singer and his critics*, Blackwell, Oxford, 1999, pp. 280-282.

### III.2. Una concepción no esencialista de la humanidad común

Otra de las señas de identidad de los diferentes cosmopolitismos alterativos, tanto del *sentimental* como del que llamaremos *dialógico*, es el abandono de la noción de naturaleza humana como pieza clave e insustituible de la construcción de una comunidad ética y social transnacional. Este giro se hace particularmente visible por lo que respecta a los derechos humanos. Al margen de sus primeras formulaciones racionalistas, desde hace décadas la defensa de su universalidad no pretende que éstos tengan su fundamento en una pretendida esencia humana, idéntica en todos los lugares o épocas. Inspirados por la crítica de Sartre<sup>66</sup>, diversos pensadores han tratado de superar el realismo ético proponiendo como fundamentos alternativos al concepto esencialista de la naturaleza humana nociones como las de «condición humana» (Muguerza) o «identidad humana» (Parekh)<sup>67</sup>, o apostando por considerar la humanidad como una idea regulativa definitoria de una visión de la solidaridad y comunidad humana<sup>68</sup>.

El abandono de las visiones esencialistas del humanismo racionalista ha dado paso a concepciones mucho más ricas y complejas de la identidad. Como vimos anteriormente, el individualismo liberal aparecía unido a la adopción de lo que Benhabib denomina la perspectiva del «otro generalizado». Frente a esta forma de monismo ético<sup>69</sup>, un cosmopolitismo no racionalista asumiría que la identidad de cada ser humano individual es el resultado de una interacción dialéctica entre lo universal y lo particular, entre lo que compartimos y lo que es culturalmente específico<sup>70</sup>. El mismo constataría que todo individuo, al igual que toda sociedad, está conformado por un dualismo universal-particular<sup>71</sup>, y se tomaría en serio, tal y como señala Appiah, «el valor

<sup>66</sup> Sartre rechaza radicalmente la noción de naturaleza humana, de un ser anterior a cada hombre. Lo que define al hombre es, por el contrario, el ser un sujeto que se proyecta a sí mismo, cuya existencia precede a su esencia. Por consiguiente, «no puedo contar con hombres que no conozco fundándome en la bondad humana o el interés del hombre por el bien de la sociedad, dado que el hombre es libre y que no hay ninguna naturaleza humana en que pueda yo fundarme». SARTRE, J.P., *El existencialismo es un humanismo*, trad. de V. Praci de Fernández, Edhasa, 1999, p. 42 y 54.

<sup>67</sup> MUGUERZA, J., «Cosmopolitismo y Derechos Humanos» en SERRANO, V. (ed.), *Ética y globalización. Cosmopolitismo, responsabilidad y diferencia en el mundo global*, Biblioteca Nueva, 2005, p. 90. PAREKH, B., «Non-ethnocentric universalism» en DUNNE, T. and WHEELER, N. (eds.), *Human rights in global politics*, Cambridge University Press, 1999, pp. 141-142.

<sup>68</sup> BENHABIB, S., «Cultural Complexity, Moral interdependence and the Global Dialogical Community» en NUSSBAUM, M. and GLOVER, J., *Women, Culture and Development*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 242-243.

<sup>69</sup> Vid. PAREKH, B., *Rethinking multiculturalism*, op. cit., Cap. IV

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 124.

<sup>71</sup> Muguerza presenta al cosmopolitismo como una tercera alternativa destinada a superar, por igual, el exceso de abstracción del universalismo racionalista, que prescinde de la inserción del individuo en alguna comunidad, y la insuficiente concreción del comunitarismo usual. A su juicio, la humanidad no se encuentra en aquello que

de la vida humana y el valor de las vidas humanas particulares, las vidas que las personas han hecho por sí mismas en el marco de las comunidades que les aportan significado»<sup>72</sup>. Aunque este dualismo no deje de tener un importante componente dilemático<sup>73</sup>, el cosmopolitismo no fundacionalista intenta construir una ética universal asumiéndolo, y considera, entre otras cosas, que la perspectiva del «otro generalizado» debería combinarse con el punto de vista del «otro concreto», esto es, con aquél que no reconoce a los individuos por lo que es común a toda la humanidad sino, al contrario, por lo que los diferencia y los hace protagonistas de una narrativa particular: su identidad, su historia, su contexto. Este punto de vista del otro concreto asumiría plenamente las siguientes palabras que, animada por un fuerte espíritu republicano, dirigiera Arendt contra ese humanismo abstracto desconocedor del valor protector de la membresía política: «*parece como si un hombre que no es nada más que un hombre hubiera perdido las verdaderas cualidades que hacen posible a otras personas tratarle como a un semejante*»<sup>74</sup>.

### III.3 La apertura dialógica a los otros concretos: la conversación moral cosmopolita

Aunque se aleje del camino frío y solitario del cosmopolitismo racionalista y esencialista y ofrezca una vía mucho más transitable hacia la incumbencia moral global, el cosmopolitismo sentimental sigue aferrado a la búsqueda, eso sí mucho más rica e imaginativa, únicamente de las semejanzas y no también de las diferencias entre los seres humanos. De ahí la necesidad de concebir otro cosmopolitismo dispuesto a mantener una relación con la diferencia mucho más

---

corresponde al hombre «en cuanto hombre», ni en la que adquiere en cuanto miembro de su comunidad, sino un cosmopolitismo individualista orientado a los individuos más concretos que los franceses, rusos o persas que De Maistre contraponía como seres reales frente al ser humano abstracto. El cosmopolitismo es individualista pero también sería comunitarista, ya que no piensa sólo en la humanidad entendida como un atributo o cualidad de los individuos definida a partir de rasgos universales (racionalidad, juicio moral, etc.) sino que se vale de esa cualidad para afirmar que los hombres son integrantes de una gran comunidad, la comunidad de todos los seres humanos, la cosmópolis. MUGUERZA, J., «El puesto del hombre en la cosmópolis», *Laguna*, número extraordinario, 1999, p. 13.

<sup>72</sup> APPIAH, K.A., «El cosmopolitismo arraigado», cit., p. 320.

<sup>73</sup> A juicio de Ballacci, el dualismo universal-particular nos enfrenta a un auténtico dilema: si reconozco al otro como un ser titular de derechos sólo porque es «como yo», entonces niego su individualidad fundamental, aquello que lo convierte en un ser diferente. Si rehúso reconocerle como un ser titular de derechos debido a que es muy diferente de mí, entonces niego nuestra común humanidad. BALLACCI, G. «¿Qué perspectivas para la cosmópolis? Reconsiderando el debate del universalismo a través de Giambattista Vico», *Foro Interno*, 6, 2006, p. 82.

<sup>74</sup> ARENDT, H., *Los orígenes del totalitarismo*, trad. de G. Solana, Taurus, Madrid, 1974, parte 2.<sup>a</sup>, cap. IX, p. 250.

compleja de la vista hasta ahora, en particular, con la pluralidad ética y cultural presente tanto en el interior de las distintas sociedades domésticas como a nivel planetario. Para los cosmopolitas liberales el reconocimiento de una ética universal basada en el igual valor de todos los seres humanos imponía, necesariamente, ciertos límites infranqueables a la valoración y aceptación de cualquier sociedad, tradición o cultura. Lo cosmopolita no sería la valoración del pluralismo sino de la unidad. Frente a ello, los cosmopolitas alternativos, además de mostrar una predisposición a asociar el cosmopolitismo con la valoración de la diversidad, consideran insostenible una ética que no sea capaz de combinar el universalismo abstracto con la experiencia de o concreto, huyendo tanto de la asimilación de los otros a nuestra concepción de la naturaleza humana negadora de su particularidad, como de la reclusión culturalista en la diferencia negadora de la universalidad que compartimos<sup>75</sup>. De ahí que la tensión entre el interés por lo universal y el respeto por las legítimas diferencias represente un conflicto para el que «lejos de ser el nombre de la solución, el cosmopolitismo es el nombre del desafío»<sup>76</sup>. Un desafío que, tanto para Benhabib, como para Appiah, Parekh, Shapcott, Mendieta o Mignolo<sup>77</sup>, debería ser afrontado mediante un cosmopolitismo que no busque la unidad con la alteridad en la identidad sino en el diálogo con la otredad diferente de los otros, que aspire a una apertura dialógica al otro basada no sólo en la semejanza sino también en la diferencia.

Benhabib viene desarrollando, a lo largo de últimos años, una de las fundamentaciones más serias de este *cosmopolitismo dialógico*. Esta autora considera que la justificación de la incumbencia práctica global que conllevan los derechos humanos (*universalismo jurídico*) no debería descansar directamente en el *universalismo moral*, sino en lo que llama el *universalismo justificatorio*. Mientras el segundo se define por la creencia en que existe una naturaleza fundamental o esencia humana que define quienes somos en tanto que seres humanos, el tercero es propio de quienes comparten ciertas creencias respecto el contenido normativo de la razón humana, estos es, sobre los procedimientos de investigación, prueba y cuestionamiento que han sido el legado cognitivo de la filosofía occidental de la ilustración. Realizada esta advertencia, añade que el tipo de universalismo que ofrece una mejor justificación de los derechos humanos es el que se centra en el reconocimiento de la libertad comunicativa del otro. Los derechos humanos serían «los principios morales que protegen el ejer-

<sup>75</sup> PAREKH, B., *Rethinking multiculturalism*, op. cit., p. 124.

<sup>76</sup> APPIAH, K. A., *Cosmopolitanism. La ética en un mundo de extraños*, trad. de L. Mosconi, Katz, Buenos Aires, 2007, pp. 18-19.

<sup>77</sup> MIGNOLO, W., «The Many Faces of Cosmopolis: Border Thinking and Critical Cosmopolitanism», *Public Culture*, 12, 3, 2000, pp. 721-748.

cicio de la libertad comunicativa y que requieren su positivación<sup>78</sup>. Aunque, como repite varias veces, el *universalismo justificatorio* no pueda dejar de apoyarse en un cierto universalismo moral (en el caso de la libertad comunicativa, descansaría en el principio del igual respeto por el otro en tanto que ser capaz de esa libertad), esto no significa que necesite presuponer una teoría detallada de la naturaleza humana: «basta con una descripción de la agencia humana en términos del «otro generalizado» y del «otro concreto»»<sup>79</sup>.

Benhabib desarrolla un argumento complejo, por momentos un tanto entimemático, para mostrar cómo la libertad de comunicación es la base del famoso «derecho a tener derechos» arendtiano<sup>80</sup>. El primero de los «derechos» de la mencionada expresión impone a toda la humanidad un deber moral de garantizar la membresía política a cualquier ser humano<sup>81</sup>. La pertenencia a un *demos* a través de la adquisición de la ciudadanía es, tanto para Arendt como para Benhabib, el primer derecho humano, ya que constituye la clave para poder convertirse en titular de los derechos (jurídicos) humanos civiles y políticos y, en el planteamiento de la segunda, la posibilidad garantizada de actuación e interacción en una comunidad social. «El derecho a tener derechos –asevera– no es sólo un derecho a condiciones de pertenencia, sino que implica el derecho a actuar y opinar en la esfera pública de una comunidad política cuyas leyes gobiernan la existencia de uno»<sup>82</sup>. A ello debe añadirse que, como ella misma reconoce, su enfoque de las cuestiones relativas a la ciudadanía y la membresía política está unido a su visión de la ética discursiva y su teoría normativa de la democracia deliberativa<sup>83</sup>. Esto convierte al derecho a tener derechos en el derecho a ser admitido como ciudadano en una comunidad política que garantizaría la protección de los derechos humanos a través de un sistema de adopción de decisiones altamente moralizado, tanto por el contenido de sus reglas de funcionamiento (las que denomina *condiciones formales de la conversación*, que vendrían a coincidir con los *presupuestos formales del diálogo moral* de los que habla Nino), por el fin que persigue (el bien común), y, como corolario de lo anterior, por la mayor probabilidad de alcanzar normas y soluciones justas.

La originalidad del enfoque de Benhabib reside en que termina convirtiendo, tanto los derechos humanos como el ideal de la demo-

<sup>78</sup> BENHABIB, S., «Otro universalismo: Sobre la unidad y diversidad de los derechos humanos», *Isegoría*, 39, 2008, p. 185.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 187. Vid. en un mismo sentido MENDIETA, E., «From imperial to dialogical cosmopolitanism», cit., p. 254.

<sup>80</sup> ARENDT, H., *Los orígenes del totalitarismo*, op. cit., 2.ª parte, cap. IX, p. 247.

<sup>81</sup> BENHABIB, S., *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, trad. de G. Zadunaisky, Gedisa, Barcelona, 2005, p. 51.

<sup>82</sup> BENHABIB, S., «Otro universalismo: Sobre la unidad y diversidad de los derechos humanos», *Isegoría. Revista de Filosofía, Moral y Política*, 39, 2008, p. 199.

<sup>83</sup> BENHABIB, S., *Los derechos de los otros*, op. cit., p. 20.

cracia deliberativa, en la clave de un cosmopolitismo ético, político y jurídico de carácter dialógico, cuya finalidad última es superar la visión de las culturas como valores cerrados, autosuficientes, inamovibles e inconmensurables. Su concepción deliberativa o conversacional de la democracia termina impregnando tanto las relaciones interculturales, como el sentido de los derechos humanos y el contenido normativo del cosmopolitismo. Por un lado, señala la existencia de una relación fundamental entre el diálogo intercultural y las interacciones democráticas. A su juicio, solo cuando los miembros de una sociedad se pueden implicar en un diálogo libre e irrestricto sobre su identidad colectiva en esferas públicas libres es posible que se desarrollen narrativas culturales individuales y colectivas que podrían producir los llamados efectos «subversivos», en los que se cuestionan las colectividades legitimadoras en cuyo nombre se ejerce el poder<sup>84</sup>. Por otro, contempla los derechos humanos como condiciones de posibilidad, en los sentidos legal y político, de «interacciones democráticas no coaccionadas» entre los pueblos y las culturas del mundo: «estas interacciones no pueden ser concebidas como acuerdos congelados en el espacio y en el tiempo, sino como una conversación continua, como un dialogo complejo, que desafía los supuestos de completitud de cada cultura al hacer posible a sus miembros verse a sí mismos desde la perspectiva de los otros»<sup>85</sup>. Y, por último, a partir de la famosa máxima kantiana según la cual «la violación del derecho en un punto de la tierra repercute en todos los demás»<sup>86</sup>, identifica el cosmopolitismo con la obligación de expandir globalmente la conversación moral, hasta incluir a todos aquellos a los que podamos afectar con nuestras acciones, por encima o más allá de las fronteras:

«Puesto que la teoría de discurso moral articula un punto de vista ético universalista, no puede limitar el alcance de la conversación moral a quienes residen dentro de las fronteras nacionales reconocidas, sino que ha de concebir la conversación moral como algo que incluye potencialmente a toda la humanidad. Para decirlo claramente, toda persona y agente moral que tenga intereses y a quien mis acciones y las consecuencias de mis acciones pueden afectarle de una manera u otra, es potencialmente mi compañero de conversación moral: tengo una obligación moral de justificar mis acciones ofreciéndole razones a él o sus representantes. Respeto el valor moral de los otros reconociendo que debo proveerlos de una justificación de mis acciones. Todos somos participantes potenciales en tal conversación de justificación.»<sup>87</sup>

<sup>84</sup> BENHABIB, S., «Otro universalismo: Sobre la unidad y diversidad de los derechos humanos», cit., p. 199, 201.

<sup>85</sup> *Ibidem*, 202.

<sup>86</sup> KANT, I., *La paz perpetua*, trad. de J. Abellán, Tecnos, Madrid, 1985, p. 30.

<sup>87</sup> BENHABIB, S., *Reclaiming Universalism: Negotiating Republican Self-Determination and Cosmopolitan Norms*, Tanner Lectures on Human Values, University of California, vol. 25, Berkeley, 2005, p. 118.

Aunque no llegue a rechazar que ello pueda operarse monológicamente desde el interior de las propias culturas<sup>88</sup>, Benhabib propone un distanciamiento de las identidades y filiaciones locales que no tiene lugar a través de la referencia de la humanidad racional y abstracta, sino del cuestionamiento que impone sobre la identificación cultural, política, e incluso ética, la apertura de horizontes y la posibilidad de verse a uno mismo desde la perspectiva de los otros, que conlleva la interacción con otras culturas. El enfoque cosmopolita abandonaría, de esta forma, la abstracción racionalista de lo concreto, histórico y diferente característica del universalismo liberal para convertirse, tal y como señala Beck, en una *forma especial de relación social con lo culturalmente diferente*. Frente al uniformismo universalista y nacionalista y el particularismo culturalista, este cosmopolitismo trata superar el dualismo global/local, nacional/internacional convirtiendo el *reconocimiento de la diferencia* en la máxima de pensamiento, convivencia y acción, tanto dentro como fuera: «percibir a los otros como diferentes y como iguales. Mientras el universalismo y el nacionalismo (pero también el particularismo premoderno, esencialista) se basan en el principio de «esto o eso», el cosmopolitismo descansa en el principio de «no sólo sino también»<sup>89</sup>. La vía cosmopolita no percibe la diversidad cultural y social como un obstáculo para alcanzar la universalidad ética, sino que aspiraría a combinar lo universal y lo particular en el mundo de los valores a través de un universalismo sensible a las formas en las que el contexto histórico pueda moldear el significado moral de una práctica. Por esta razón, la distinción tajante, típica del modelo liberal, entre un cosmopolitismo ético y otro cultural<sup>90</sup>, termina por resquebrajarse<sup>91</sup>.

### III.4 El diálogo intercultural sobre los derechos humanos

Algunos cosmopolitas alternativos estiman que esos encuentros y diálogos interculturales no constituyen únicamente un ideal, sino que estarían teniendo ya lugar en el marco de los procesos de hibridación cultural tanto del primer como el tercer mundo<sup>92</sup>. Otros, como Shap-

<sup>88</sup> Vid. PAREKH, B., «Non-ethnocentric universalism», cit., pp. 133-135.

<sup>89</sup> BECK, U., *La Europa cosmopolita*, op. cit., p. 31.

<sup>90</sup> Vid. SCHEFFLER, S., «Conceptions of Cosmopolitanism» en *Boundaries and Allegiances. Problems of Justice and Responsibility in liberal thought*, Oxford University Press, 2001, pp. 111-112.

<sup>91</sup> «Resistiré –asevera Appiah– la tajante distinción que se hace entre el cosmopolitismo «moral» y el «cultural», atribuyendo al primero los principios del universalismo y la imparcialidad morales, y al segundo, los valores del viajero del mundo que se complace en entablar conversación con los extranjeros exóticos. El discurso del cosmopolitismo sólo profundizará nuestra comprensión cuando esté informado por ambos ideales». APPIAH, K.A., «Cosmopolitismo arraigado», cit., p. 320.

<sup>92</sup> Vid. CLIFFORD, J., «Travelling cultures» en GROSSBER, L., NELSON, C. and TREICHLER, P.A. (eds.), *Cultural Studies. Now and in the Future*, Routledge, New



cott, aunque no descarten que a través de la conversación cosmopolita puedan alcanzarse acuerdos morales transculturales, consideran que el diálogo ecuménico es un valor intrínseco cuyo su principal objetivo es «la construcción de la solidaridad a través del entendimiento»<sup>93</sup>. Lo cierto, no obstante, es que uno de los grandes atractivos que ofrece la concepción dialógica del ideal cosmopolita es el tipo de solución que ofrece al ya clásico problema acerca de cómo alcanzar, en el marco de un mundo cada vez más globalizado pero al mismo más consciente también de la pluralidad que contiene, una visión compartida de los derechos humanos. Como es sabido, este un tema que viene preocupando a una nómina considerable de pensadores (filósofos, teóricos de las relaciones internacionales, estudiosos de las religiones, iusinternacionalistas, etc.) que han ofrecido respuestas y propuestas de muy diverso signo. El examen, aunque sea a grandes rasgos, de las mismas constituye un paso obligado para valorar el significado y la originalidad del «proyecto cosmopolita» centrado el diálogo moral intercultural que propone una de las voces más poderosas de globalismo ético y jurídico actual: Boaventura de Sousa Santos.

Para el modelo de cosmopolitismo racionalista y liberal la universalización de los derechos humanos no parece suscitar grandes dificultades, fundamentalmente por dos tipos de razones. En primer lugar, porque entronca con el optimismo ilustrado en que la demostración de la racionalidad de un valor es condición necesaria y suficiente para su realización<sup>94</sup>. En segundo lugar, y principalmente, porque, animado por la percepción de que los derechos humanos no tienen una procedencia moral sino que poseen originariamente naturaleza jurídica<sup>95</sup>, el cosmopolitismo liberal de cuño más o menos kantiano (Habermas, McCarthy, etc.), sostiene que la universalización de aquéllos sería principalmente un problema relativo a su eficacia jurídica. Quienes se sitúan en estas coordenadas, si bien no ignoran que en el logro de la observancia de los derechos humanos, además de la ineficacia e insuficiente desarrollo de esos mecanismos institucionales, también juegan un papel destacado los factores de tipo sociológico, cultural o religioso, no llegarían a considerar que tales circunstancias justifiquen revisar la conceptualización de los derechos desarrollada en el marco de la filosofía racionalista occidental durante los siglos XVII y XVIII.

Frente al optimismo liberal en que los derechos humanos representan una verdad que terminará imponiéndose globalmente tal y cual han sido proclamados y entendidos en la cultura occidental, son

---

York, 1992, p. 108; WALDRON, J., «What is Cosmopolitan?», *The Journal of Philosophy*, 8, 2, 2000, pp. 231-232.

<sup>93</sup> SCHAPCOTT, R., *International ethics. A critical introduction*, op. cit., p. 224.

<sup>94</sup> BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, trad. de R. De Asís, Sistema, Madrid, 1991, p. 60.

<sup>95</sup> HABERMAS, J., «La idea kantiana de la paz perpetua. Desde la distancia histórica de 200 años» en *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, trad. de J.C. Velasco y G. Vilar, Paidós, Barcelona, 1999, p. 175.

muchos los que consideran un error atribuir los fracasos en su universalización única o principalmente al insuficiente desarrollo de los instrumentos políticos y jurídicos secundarios<sup>96</sup>. Superado el optimismo de los primeros momentos posteriores a su proclamación universal en 1948, en las últimas décadas ha ido cobrando cada vez más fuerza, no sólo en el plano teórico sino también en foros internacionales como la famosa Conferencia de Viena de 1993, el convencimiento de que tales fracasos obedecerían a la existencia de diferencias tan profundas entre las diferentes sociedades y culturas del planeta como para poner en entredicho la validez de los derechos humanos más allá del contexto histórico y social en el que fueron alumbrados. La copiosa literatura que, en parte por este motivo, ha surgido a lo largo de los últimos años en torno a las dificultades para hacer compatibles los derechos humanos con los valores religiosos y culturales africanos, asiáticos e islámicos<sup>97</sup> concentran esas diferencias en los dos siguientes aspectos:

a) En las sociedades no occidentales, la imagen predominante del ser humano no es la de un individuo autónomo que se afirma y necesita defenderse –portando derechos– frente al poder y los demás hombres sino, por el contrario, la de un sujeto cuya identidad viene definida por la pertenencia a la comunidad y los deberes que tiene hacia ella.

b) No se considera al mercado y al derecho como los principales factores de control social, de manera especial para resolver o mediar en los conflictos entre particulares, sino que se insiste en el acuerdo mutuo y la armonía social mediante el recurso a la tradición, al *ethos*, a la educación y a la solidaridad, como formas de integración social<sup>98</sup>.

Para la versión más fuerte del relativismo ético-cultural (*el relativismo normativo*), la pluralidad de sistemas de valores y concepciones del bien expresiva de las diferentes tradiciones culturales (*relativismo descriptivo*) permite concluir que los valores y juicios son endógenos e incommensurables y no tienen, por tanto, significado y vigencia más

<sup>96</sup> TASIOLAS, J., «From Utopia to Kazanistan: John Rawls and the Law of Peoples», *Oxford Journal of Legal Studies*, 22, Summer, 2002, p. 383.

<sup>97</sup> OUGERGOUZ, F., *The African Charter of Human and People's rights. A comprehensive Agenda for Human Dignity and Sustainable Democracy in Africa*, Martines Nijhoff Publishers, The Hague-London-New Cork, 2003, pp. 377-421; PEERENBOM, R.P., «What's Wrong with Chinese Rights? Towards a Theory of Rights with Chinese Characteristics», *Harvard Human Rights Journal*, 6, 1993, pp. 293-321; AN-NAIM, A.A., «Human Rights in the Muslim World: Socio-Political Conditions and Scriptural Imperatives: A Preliminary Inquiry», *Harvard Human Rights Journal*, 3, 1990, pp. 13-52; AN-NAIM, A.A., «Towards a Cross-Cultural Approach to Defining International Standards of Human Rights. The meaning of Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment» en AN-NAIM, A.A., *Human rights in Cross-Cultural Perspectives. A quest for consensus*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1992, pp. 19-43.

<sup>98</sup> Un buen resumen de estas diferencias puede verse en DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras*, Temas de Hoy, Madrid, 1994, p. 59.

allá del contexto en el que se han originado. Si las culturas son marcos irrebasables de comprensión e investigación y no son posibles las valoraciones y comparaciones entre ellas, los derechos humanos no pasarían de ser un concepto occidental inaplicable transculturalmente para juzgar otras formas vida y otras concepciones del bien y la justicia. En consecuencia, afirmar que los derechos humanos representan una exigencia universal, que deben ser reconocidos y protegidos en todos los lugares, significa defender la imposición de los valores occidentales que se encuentran en su origen y funcionalidad.

Frente a la respuesta anterior, algunas de las más sobresalientes teorías de la justicia internacional alumbradas en las últimas décadas han tratado de huir del callejón sin salida al que conduce el relativismo extremo, tratando de encontrar un punto de intersección entre lo universal y la irreductible diversidad ético-cultural, entre los extremos del cosmopolitismo *naïve* y la exaltación relativista de la diferencia. Para algunos, tal reconciliación pasaría por afirmar un catálogo universal de derechos similar al impulsado hasta ahora, pero expresados en términos más abstractos, y/o establecer un núcleo más reducido del que pueda concluirse que sería aceptado por todas las comunidades y culturas. Para Shue o Rawls, la universalidad debería pagar el precio de la neutralidad, lo que a su vez exige un proceso de abstracción respecto de las diferentes morales domésticas que permita establecer un catálogo restringido de derechos humanos básicos que pueda convertirse en una especie de nuevo *esperanto moral* (Walzer), capaz de introducir unidad en medio de la diversidad y el particularismo<sup>99</sup>. Algo distinto es lo que Cohen denomina el minimalismo *justificatorio* respecto a los derechos humanos. Éste aspira a presentar una concepción de los mismos que no los conecte con ninguna concepción ética o religiosa particular, con vistas a lograr que gocen del más amplio apoyo a nivel global<sup>100</sup>. Su objetivo sería alcanzar, en la línea marcada por Bobbio, un acuerdo que omita el problema de la fundamentación y se dirija a la búsqueda de un compromiso pragmático, rortiano, sobre un grueso de derechos mínimos básicos y absolutos. Taylor lo presenta como «consenso por solapamiento», en el que diferentes grupos, países, comunidades religiosas y civilizaciones, aun defendiendo visiones fundamentales incompatibles sobre la teología, la metafísica o la naturaleza humana, alcanzarían un acuerdo sobre ciertas normas que deberían gobernar la conducta humana<sup>101</sup>.

Por lo general, los minimalistas no tratan de reconducir sus tesis hasta una versión amplia o flexible del cosmopolitismo sino que, tal y

<sup>99</sup> RAWLS, J., *The Law of Peoples. With the Idea of Public reason revisited*, Harvard University Press, 2002, pp. 65-68 [79-82 edición española].

<sup>100</sup> COHEN, J., «Minimalism about human rights: The Most we can Hope?», *The Journal of Political Philosophy*, 12, 2004, p. 192.

<sup>101</sup> TAYLOR, C., «A world consensus on human rights?» *Dissent*, Summer, 1996, pp. 15-21.

como ocurre con Rawls<sup>102</sup>, rechazan de forma más o menos expresa tal posibilidad. Sí lo hacen quienes, en la línea propuesta por Habermas y Donelly, profundizan en las causas, no sólo ideológicas y culturales sino también y fundamentalmente económicas y sociales, que explicarían que los derechos humanos sólo hayan sido alumbrados en un determinado momento de la historia de occidente y no en otras épocas, culturas o civilizaciones. Para este enfoque, éstos aparecerían como respuestas históricas a problemas de convivencia y necesidades de protección, en concreto, como solución a los peligros y amenazas para la dignidad individual surgidas a raíz de la desintegración de la comunidad, del tránsito de un modelo de sociedad comunitario u holista a otro individualista, que trajo consigo la modernización<sup>103</sup>. Pariendo de la existencia de unos presupuestos históricos imprescindibles, de una especie de leyes de la historia de los derechos humanos, cosmopolitas kantianos como Eusebio Fernández y T.McCarthy entienden que los mismos o muy parecidos problemas y amenazas que conlleva la modernización (respecto de los cuales los derechos humanos han demostrado ser un invento muy eficaz) están ya surgiendo y lo harán aún más en el resto del planeta. Desde esta óptica, los derechos humanos terminarán resultando valiosos y valorados, antes o después, en cualquier sociedad o cultura<sup>104</sup>.

El recorrido realizado por los desafíos derivados del pluralismo ético y cultural resultaba inevitable de cara a valorar el significado y, sobre todo, la originalidad de la solución cosmopolita –pero de un cosmopolitismo sustancialmente diferente al de Fernández o McCarthy– por la que aboga De Sousa Santos. De un modo similar a Beck o Benhabib, la presenta como un punto de vista intermedio entre el universalismo igualador y el multiculturalismo relativista.

El profesor portugués coincide con los críticos relativistas y multiculturalistas en que la universalización de los derechos humanos característica del cosmopolitismo racionalista no sería más que un «localismo occidental globalizado». A su juicio, el concepto de derechos humanos protege una concepción occidental y liberal-cosmopolita de la dignidad humana, a saber: que la persona tiene una igualdad absoluta e irreducible que debe ser defendida de la sociedad y el Estado, y que la autonomía del individuo exige que la sociedad no esté organizada de forma jerárquica sino como una suma de individuos

<sup>102</sup> RAWLS, J., *The Law of Peoples. With the Idea of Public reason revisited*, op. cit., pp. 82-83 [97-98].

<sup>103</sup> Vid. HABERMAS, J., «Acerca de la legitimación basada en los derechos humanos» en *La constelación postnacional*, trad. de P. Fabra, Paidós, Barcelona, 2000, pp. 156-160; DONELLY, J., «Human rights and human dignity», *The Political Science Review*, 76, 1982, p. 311.

<sup>104</sup> MCCARTHY, T., «Unidad en la diferencia: Reflexiones sobre el Derecho Cosmopolita», *Isegoría*, 16, 1997, pp. 37-60; FERNÁNDEZ GARCÍA, E., «Acerca de si la historia de los derechos humanos tiene algo que decir sobre el individualismo moral y los derechos colectivos», *Derecho y Libertades*, 12, 2003, p. 210.

libres (Santos insiste en que las culturas difieren en su concepción de la dignidad humana y, sobre todo, destaca que no todas ellas la conciben como derechos). Al occidentalismo de la concepción de los derechos humanos debe añadirse, igualmente, tanto el del modo de universalizarlos, de hacerlos observar (no es difícil concluir que las políticas de derechos humanos han estado claramente al servicio de los intereses económicos y geopolíticos de los países hegemónicos), como el del lenguaje de la misma *Declaración Universal* de 1948, que fue redactada sin la participación de la mayoría de los pueblos del mundo u otorga clara prioridad a los derechos civiles y políticos sobre los económicos, sociales y culturales<sup>105</sup>.

Frente a éste o cualquier otro universalismo ético-cultural, este autor defiende una transformación de la conceptualización y práctica de los derechos humanos en un «proyecto cosmopolita»<sup>106</sup>. Santos concibe los derechos humanos como un cosmopolitismo o globalización desde abajo, en contraposición a quienes consideran a los derechos como universales, que ofrecerían el prototipo de globalización desde arriba. Su propósito es trascender tanto el universalismo (entendido como localismo globalizado), como el relativismo ético-cultural, ya que si bien ciertamente todas las culturas son relativas, todas ellas aspiran de manera genuina a preocupaciones y valores últimos y universales. A partir de estas preocupaciones isomórficas, manifiesta su esperanza en que el debate sobre los derechos humanos evolucione hacia «un diálogo competitivo alrededor de los principios de dignidad humana y emancipación social», hacia un debate que induzca a

<sup>105</sup> SANTOS, B., «Universalismo, contextualización y cosmopolitismo» en SILVEIRA GORSKI, H (ed.), *Identidades comunitarias y democracia*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 271 ss.

<sup>106</sup> En sus trabajos posteriores Santos ha extendido el significado del término «cosmopolitismo». Inspirado por Gramsci, habla ahora de un cosmopolitismo desde abajo (*subaltern cosmopolitanism*). En lugar de descartar al cosmopolitismo como un exponente más de la hegemonía (liberal, occidental) global, Santos se pregunta ¿quién necesita el cosmopolitismo? A su juicio, la respuesta es directa: cualquiera que sea víctima de la intolerancia y discriminación local necesita la solidaridad cosmopolita; cualquiera que sea un ciudadano de segunda de un país o del mundo, necesita una concepción alternativa de la ciudadanía nacional y global. Dicho de modo más breve, la gran mayoría de la población mundial, excluida de los proyectos cosmopolitas desde arriba (*top-down*), necesita un tipo de cosmopolitismo diferente, el cosmopolitismo desde abajo, con su énfasis en la inclusión social y la actitud contestataria. Del mismo modo que la globalización neoliberal no reconoce otra forma alternativa de globalización, el cosmopolitismo sin adjetivos tampoco niega su propia particularidad. El «cosmopolitismo contestatario desde abajo» (*oppositional subaltern cosmopolitanism*) es la forma cultural y política de una globalización contrahegemónica. Es el nombre de los proyectos emancipatorios cuyas reivindicaciones y criterios de exclusión social trascienden los horizontes del capitalismo global. SANTOS, B., *Toward a New legal commonsense: Law, Globalization and Emancipation*, cit., p.460. Vid en un mismo sentido ESTÉVEZ ARAUJO, J. A., «Ciudadanía cosmopolita versus Globalización neoliberal » en SILVEIRA GORSKI, H., *Identidades comunitarias y democracia*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 285-296.

diálogos y coaliciones nacionales «que corran hacia la cima y no hacia el fondo»<sup>107</sup>.

El proyecto cosmopolita aspiraría, a partir de su típica actitud mental de apertura al otro, a lograr un consenso no *pese* a sino *desde* la diversidad cultural<sup>108</sup>, no a pesar de nuestras diferencias sino a través de ellas, concibiendo la universalidad no como un punto de partida sino de llegada. La meta de este diálogo intercultural es avanzar hacia lo que Gadamer llama «una fusión de horizontes», en la que el universo moral de los otros resulte menos extraño y del que pueda resultar una concepción híbrida de los derechos humanos. El diálogo estaría presidido por el reconocimiento por parte de todas las culturas de sus debilidades y limitaciones y por la disponibilidad a incorporar conocimientos alternativos, esto es, estaría presidido por la «interpelación mutua de unas tradiciones por otras». Para ello, Santos apuesta por un concepto que toma de Pannikar, el de *hermenéutica diatópica*<sup>109</sup>, que permitiría entender el universo de significados diferentes e incommensurables a partir de los *topoi* de otra cultura. Adoptando lo que los expertos calificarían como una concepción material de la argumentación<sup>110</sup>, el primero apunta que el objetivo de esta dialéctica es, de manera parecida a lo que ocurría en las «interacciones democráticas» de Benhabib, «suscitar la conciencia de la incompletitud recíproca tanto como sea posible, mediante la participación en el diálogo de la manera en que se haría si se tuviera un pie en una cultura y otro en otra»<sup>111</sup>. Entre las premisas y condiciones de este diálogo transcultural que proponen las perspectivas dialógica o diatópica destaca el convencimiento por parte de una determinada cultura de su carácter limitado, el sentimiento difuso «en torno a que la cultura propia no proporciona respuestas satisfactorias a algunas de nuestras propias dudas, perplejidades o expectativas»<sup>112</sup>. Como declara el propio Santos, «la hermenéutica diatópica está basada en la idea de que los *topoi* de una cultura individual, sin importar lo fuertes que puedan ser, son tan incompletos como la cultura misma. Tal incompletud no es visible desde el interior de la misma cultura, debido a la aspiración a la universal induce a

<sup>107</sup> SANTOS, B., «Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos», en GÓMEZ ISA, F y PUREZA, J.M. (ed.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, p. 106.

<sup>108</sup> DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras*, op. cit., p. 88.

<sup>109</sup> PANIKKAR, R., *Sobre el diálogo intercultural*, Editorial San Esteban, Salamanca, 1990.

<sup>110</sup> Vid. ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.

<sup>111</sup> SANTOS, B., «Universalismo, contextualización y cosmopolitismo», cit., p. 274.

<sup>112</sup> SANTOS, B., «Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos», cit., p. 119; SANTOS, B., *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Universidad Nacional de Colombia - Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales-Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 1998, p. 200.

tomar *pars pro toto*<sup>113</sup>. La incompletud de una cultura dada debe ser estimada desde los *topoi* de otra cultura. Santos está convencido que los *topoi* fuertes de una cultura se vuelven altamente vulnerables y problemáticos cuando son usados como premisas de la argumentación en otras culturas diferentes. Por esta vía, las diferentes culturas de los derechos humanos pueden volverse conscientes, desde dentro, de sus propias debilidades.

Así se observa cuando la hermenéutica diatópica toma como referentes el topos de los derechos humanos de la cultura occidental, el topos del *dharma* de la cultura hindú y el topos de la *umma* en cultura islámica, Siguiendo los conocidos trabajos de Panikkar sobre los derechos humanos en el hinduismo, o de Abdullahi Ahmed Anna'im sobre las relaciones entre el islamismo y los derechos humanos, estima que, mediante una hermenéutica diatópica, podrían concretarse las debilidades de las diferentes concepciones de los derechos humanos en los siguientes términos: «la debilidad de la cultura occidental, tal y como es desvelada por la hermenéutica diatópica, consiste en establecer una dicotomía demasiado estricta entre el individuo y la sociedad, lo que la hace vulnerable al individualismo posesivo, el narcisismo, a la alienación y a la anomia. De otra parte, la debilidad fundamental de las culturas hindú e islámica consiste en que ninguna de ellas logra reconocer que el sufrimiento humano tiene una dimensión individual irreducible, que puede ser enfrentada de manera adecuada sólo en una sociedad que no esté organizada jerárquicamente»<sup>114</sup>.

La aprehensión del verdadero sentido y necesidad de los derechos, así como el desarrollo de un compromiso sincero con vistas a su protección, sólo puede lograrse en el contexto cultural local<sup>115</sup>, a través del diálogo y la hermenéutica diatópica. Un ejemplo muy interesante del modo en que ésta operaría sería el de las relaciones entre el islamismo y los derechos humanos, problemática que De Sousa analiza apoyándose en los trabajos del jurista sudanés Abdullahi An-na'im. Pagando como precio la persecución fundamentalista y el exilio<sup>116</sup>, este último viene defendiendo la viabilidad de un modelo capaz de hacer compatibles los derechos humanos internacionales y la *sharía*.

<sup>113</sup> SANTOS, B., «Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos», cit., p. 108.

<sup>114</sup> SANTOS, B., «Universalismo, contextualización y cosmopolitismo», cit, pp. 276-277. Sobre este aspecto *vid.* BADERIN, M.A., «Identifying Possible Mechanisms within Islamic Law for the Promotion of Human Rights in Muslims States», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 3, 22, 2004, pp. 329-346.

<sup>115</sup> FALK, R., *La globalización depredadora, una crítica*, trad. de H. Bevia y A. Resines, Siglo XXI, Madrid, 2002.

<sup>116</sup> *Vid.* TWINING, W., «Human Rights: Southern Voices Francis Deng, Abdullahi An-Na'im, Yash Ghai and Upendra Baxi», *Review of Constitutional Studies*, 11, 2, 2006, p. 223. Para una visión muy completa de los trabajos del profesor sudanés sobre las relaciones entre el Islam y los Derechos Humanos *vid.* el estudio preliminar de BADERIN, M (ed.), *Islam and Human Rights: Selected Essays of Abdullahi An Naim*, Ashgate, 2010, pp. xiii-xxxix.

Con esta propuesta, An-naím se desmarca de los planteamientos extremos de, por un lado, los absolutistas y fundamentalistas, para quienes existen tensiones irreconciliables entre ambas fuentes normativas, y, por otro lado, los secularistas o modernistas, para quienes la aceptación de los derechos humanos internacionalmente reconocidos forma parte de las decisiones políticas de Estados en las que no han de interferir consideraciones de naturaleza religiosa. El profesor sudanés estima que la reformulación o reinterpretación del Derecho islámico de la mano de una lectura moderna de *sharía* funcionaría mejor que la visión estrictamente secular. La reconciliación de sistemas tan distintos pasaría por una reforma o reconstrucción de la *sharía* que la volviera respetuosa con la regla de oro de la reciprocidad presente en todas las religiones, incluido el islam (*mufiwarja*), de acuerdo con el cual «los derechos humanos universales son aquellos que una tradición reclamaría para sus propios miembros y debe, por tanto, conceder a los miembros de otras tradiciones sin esperar un tratamiento recíproco por parte de los demás»<sup>117</sup>. Eso obligaría, entre otras cosas, a cambiar el tratamiento que la *sharía* otorga a las mujeres y los no musulmanes excluidos por la lectura tradicional de la reciprocidad. An-naím propone para ello seguir las enseñanzas de Ustadh Mahmoud (quién fue ejecutado en Sudán en 1985 por el presunto delito de apostasía según ley sudanesa vigente en ese momento), de acuerdo con las cuales, sería posible hacer una lectura del Corán defensora de la dignidad inherente de todos los seres humanos, con independencia de su género, creencia religiosa o raza.

Más allá de la verosimilitud de esta exégesis del libro sagrado de los musulmanes, el interés de las tesis de Santos radica en poner de manifiesto que el éxito de los derechos humanos en la cultura islámica pasa por una transformación de la concepción occidental de los mismos en una concepción mestiza, intercultural, que resulte legítima de acuerdo con el islam. Ahora bien, quizá esta transformación no debería ser una proyección egocéntrica de las insatisfacciones y conciencia de incompletud propias de la cultura occidental, sino más bien el resultado del dinamismo propio de cada cultura, de su inevitable evolución al entrar en contacto con otras culturas con las que comparte un mismo espacio físico, y no algo incitado o incluso impuesto *ad extra*<sup>118</sup>. Como tampoco parece una dirección adecuada forzar esa

---

<sup>117</sup> AN-NAIM, A., *Toward an Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights, and International Law*, Syracuse University Press, N. York, 1990, pp. 162-163.

<sup>118</sup> A causa de lo que llama la falacia de la plenitud, cuando una cultura comienza a sentir la necesidad del diálogo intercultural tiende a creer que las otras culturas sienten la misma necesidad y están deseosas de embarcarse en dicho proceso. A medida que la irreflexiva conciencia de la falta de plenitud se instala en Occidente, la cultura Occidental tiene a creer que las demás culturas deberían reconocer su propia ausencia de plenitud y estar preparadas y deseosas de iniciar diálogos interculturales con ella. SANTOS, B., «Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos», cit., p. 120.



evolución –por muy deseable que pueda aparecer a los ojos de la determinada cultura pública dominante– únicamente desde arriba, a través de decisiones legales o jurisprudenciales que impliquen una revisión de la interpretación de pautas culturales, creencias e, incluso, textos religiosos<sup>119</sup>. El momento para el diálogo intercultural no pueden establecerse de manera unilateral, sino que cada cultura debe decidir si y cuándo está en disposición de llevarlo a cabo. El requisito de que tanto los compañeros de viaje como los temas no puedan ser unilateralmente acordados es, con toda probabilidad, una de las condiciones más exigentes de una hermenéutica diatópica.

#### IV. CONCLUSIONES

Los cosmopolitas alternativos han sabido mostrar con éxito las limitaciones del cosmopolitismo ético y político basado en el humanismo esencialista y el monopolio de la razón abstracta y, al mismo tiempo, mantener la vigencia y fuerza positiva de esta expresión a través de un globalismo de nuevo cuño. La reescritura del ideal cosmopolita apuesta por un universalismo que no partiría ya de una dicotomía tan radical entre la semejanza y la diferencia, entre la razón y la emoción, entre los deberes y las lealtades y filiaciones particulares, y que asumiría plenamente que el distanciamiento reflexivo de lo vernáculo no solo no resulta incompatible con la curiosidad y apertura a otras culturas, sino que se alimenta precisamente de ella. Resulta particularmente atractivo su convencimiento en que una apertura a la

---

<sup>119</sup> Sirva como muestra lo acontecido en la India en 1996, en el caso Shah Bano. El Tribunal Supremo de este país debía decidir la demanda de una mujer musulmana que reivindicaba el derecho a continuar siendo mantenida económicamente por su exmarido después de haberse divorciado. Era un caso fácil de aplicarse la ley general, en este caso el Código civil indio, que reconocía sin ambages tal derecho. Sin embargo, el caso se convertía en difícil al reclamar la comunidad islámica que fuese de aplicación la ley personal islámica, en la que se negaba tal derecho. No en vano, en otras dos decisiones anteriores, el mismo órgano jurisdiccional había decidido que el caso se resolviera de acuerdo con la Sharíah. El Tribunal Supremo resolvió otorgando la razón a la mujer, empero no se limitó a aplicar la ley general en detrimento de la ley islámica, sino que sorprendentemente se embarcó en la tarea de reinterpretar la Sharíah al objeto de determinar si existía o no un conflicto entre ella y el Código Civil. Haciendo notar la capacidad de la sharía para evolucionar y citando el Informe de la Comisión para el matrimonio y las Relaciones Familiares de Pakistán, el Tribunal llevo a cabo una revisión de una variedad de fuentes de la Sharía que permitiese encontrar respuesta al problema de la pensión. En contra de la opinión de los abogados de la Sharía y el Derecho personal islámico, los cinco magistrados hindúes terminaron declarando que es posible interpretar el Corán en un sentido que reconozca ese derecho a la mujer y no cree, por tanto, ningún conflicto entre la ley civil general y las ley islámica especial. *Vid.* MULLALLY, S., «Feminism and the Multicultural Dilemmas in India: revisiting the Shah Bano Case», *Oxford Journal of Legal Studies*, 4, 24, 2004, pp. 671-692.

otredad diferente de los otros a través de un diálogo transnacional y transcultural (en especial si éste se fundamenta racionalmente en una expansión global de la teoría del discurso moral o de la democracia deliberativa ideal) puede ser fuente de interacciones y encuentros doblemente valiosos. En primer lugar, por la capacidad de esa conversación para que los miembros de una cultura puedan verse a sí mismos desde la perspectiva de los otros y generar, de esta forma, conciencia de los límites, carencias o lagunas de su propia cultura. Estos efectos «subversivos» de las interacciones sobre la propia identidad cultural resultan inevitables de cara a lograr que algunas sociedades y comunidades asuman la necesidad de cambiar, transformar o reinterpretar algunos aspectos de sus valores, de su organización social y de sus pautas de conducta. En segundo lugar, porque gracias a los mismos se hace verdaderamente posible situarse en el interior de cada cultura y percatarse *ab intra* de que no existe un único camino, independiente de los contextos culturales, históricos y culturales, tal y como creen los racionalistas, para lograr la adhesión a las normas y valores de justicia universalmente reconocidas. La aprehensión del verdadero sentido y necesidad de los derechos humanos, así como el desarrollo de un compromiso sincero con vistas a su protección, únicamente puede lograrse en el contexto cultural local. En algunas comunidades, como sería el caso de las sociedades islámicas, resulta mucho más realista y efectivo concebir el avance hacia el reconocimiento y respeto pleno de los derechos humanos como la superación (desde abajo) de las contradicciones entre sus principios ético-religiosos y las leyes que los desarrollan (por ejemplo entre el Corán y la *sharia*), en lugar de como el resultado de la imposición de reformas (desde arriba) del despotismo ilustrado de unas élites modernizadoras y secularizadoras.

Es importante destacar, no obstante, que la superioridad de las vías emocional y dialógica frente a la puramente racionalista y abstracta radica precisamente en su capacidad para integrar y, sobre todo, equilibrar los elementos diferentes y a veces enfrentados de esta visión compleja de la identidad humana y la universalidad ética. No puede ignorarse que un cosmopolitismo extremadamente abierto a la aceptación de la diversidad cultural puede terminar desembocando en posiciones relativistas incompatibles con el universalismo al que no renuncian los nuevos cosmopolitas. Como tampoco puede despreciarse o minusvalorarse el papel que ha desempeñado y continúa desempeñando la razón tanto en la justificación de los deberes morales y de justicia, como en la propia motivación para cumplirlos, la educación y valoración de los sentimientos morales y la inevitable valoración de las culturas.

Fecha de recepción: 31/03/2012. Fecha de aceptación: 20/12/2012

# Razonamiento judicial y razonamiento legislativo a partir del caso Englaro\*

Por ROGER CAMPIONE  
Universidad Pública de Navarra

## RESUMEN

*A través de un recorrido por los avatares judiciales del caso Englaro, se intentan delinear dos tipos de razonamientos, el de los jueces que en múltiples instancias se han ocupado de este asunto, y el de los legisladores que aún se encuentran en el proceso de creación de la norma que regulará las directivas anticipadas de tratamiento.*

*Palabras clave: caso Englaro, alimentación e hidratación artificial, declaración anticipada de tratamiento, encarnizamiento terapéutico.*

## ABSTRACT

*Through the analysis of the judicial vicissitudes in the Englaro case, I will try to outline two kinds of reasoning: one of them has been carried out by the Courts in charge of the issue several times, and the other one has been performed by the Parliament that is still passing the law that regulates the advance directives for medical decisions.*

*Key words: Englaro case, tube feeding and hydration, advance directives, therapeutic obstinacy.*

---

\* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación DER2010-19897-C02-01.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LOS HECHOS Y LAS PERSONAS.—3. EL RAZONAMIENTO DE LOS JUECES.—4. A MODO DE CONCLUSIÓN.—5. EL RAZONAMIENTO DEL LEGISLADOR. 5.1 *Dos cuestiones bioéticas*. 5.1.1 Nutrición e hidratación artificial: ¿Cuidados básicos o tratamientos médicos? 5.1.2 La Declaración Anticipada de Tratamiento.

Y pensaba que sólo dos asuntos importantes me esperaban en Roma. Uno era la elección de mi sucesor, que concernía al imperio entero; la otra era mi muerte, que sólo me concernía a mí.

(M. Yourcenar, *Memorias de Adriano*)

## 1. INTRODUCCIÓN

En el mes de abril de 2009 la revista *Micromega* publicaba un número monográfico dedicado al «final de la vida», a raíz de la historia de Eluana Englaro, la chica italiana que ha atraído sobre sí el debate ético en Italia en los últimos años. Tal interés se debía al carácter candente de los temas que han entrado en la discusión contingente: la eutanasia, la relevancia de las creencias religiosas en cuestiones morales, el papel del Estado en las cuestiones éticas, la dignidad de la persona humana, los derechos de los pacientes, etc.

Al mismo tiempo, el monográfico de la revista venía con un dvd adjunto: no se trataba de una película sino de una *lectio magistralis* titulada «¿Qué es la Constitución?» y presentada por Oscar Luigi Scalfaro, ex Presidente de la República italiana y miembro de la Asamblea constituyente elegida el 2 de junio de 1946.

¿Qué tienen que ver entre sí las dos partes del fascículo? O, dicho de modo más directo, ¿Por qué los editores de *Micromega* deciden obsequiar a sus intelectuales lectores con un *gadget* de ese tipo precisamente en aquel monográfico? Parece exagerado emparejar la necesidad de recordar el por qué y para qué de la Carta Magna con un caso, o unos casos, individuales, particulares, peculiares y, en definitiva, existenciales. Trágicos, desde luego, pero la mayoría ya acontecidos hace años y de hecho solo componían el primer bloque de apartados del número de la revista. Los demás artículos brotan únicamente del caso Englaro. Sin duda, la historia de Eluana y, sobre todo, la historia de lo que ha ocurrido y todavía sucede alrededor de la cama en la que esta mujer ha estado postrada durante diecisiete años suponen un gran desafío para el jurista y el teórico del Estado. Se ha abierto un debate, más bien una diatriba, a veces un salvaje altercado que, esgrimiendo a Eluana como *casus belli*, va más allá y pone encima de la mesa cuestiones cuyo semblante más preocupante es que, en el siglo XXI, aún debemos rotularlas como delicadas,

arduas o incluso irresolubles. Para el jurista, el filósofo y el teórico del derecho la partida que se está jugando tiene que ver con el Poder, en toda su aterradora dinámica: ¿Cómo se reparte, quién lo ejerce, hasta dónde y por qué?

Por poner tan solo un par de ejemplos paradigmáticos, los exegetas del siglo XIX estaban muy preocupados por salvaguardar el principio de la división de poderes y por esa razón preconizaban que el juez fuera un autómatas de la subsunción y que su actividad se limitase a la aplicación silogística del mensaje directivo contenido en la norma creada por el legislador. Como dijera Montesquieu, los jueces de la nación no son sino «la boca que pronuncia la palabra de la ley»<sup>1</sup>

Desde una perspectiva distinta, los neoconstitucionalistas de hoy en día<sup>2</sup> se preocupan por enmarcar la labor del juez dentro del ámbito de la ponderación entendida como necesaria actividad de descubrimiento de los principios enucleados en las normas fundamentales y de justificación de las relaciones de primacía contingentes según el caso a dilucidar. Todo ello, se presupone, para garantizar una correcta (¿idónea, pertinente, ajustada, proporcional, debida, justa?) aplicación de los principios positivizados en la Constitución. De nuevo, al igual que en el siglo XIX antes mencionado, lo que está en juego es la delimitación de las esferas de poder en el Estado de derecho; la senda que el juez recorre en la interpretación de las normas se dirige a una meta ya delineada: hallar la respuesta racionalmente correcta entre las posibilidades ofrecidas por los principios del ordenamiento. De este modo, los jueces no invaden la competencia de los legisladores.

En la doctrina, las cuestiones relativas a la difícil relación entre la ley y sus aplicadores, resultan problemáticas debido a la necesidad de mantener vigente el *rule of law*. Las corrientes teóricas mayoritarias, me parece, no han estado igualmente preocupadas por fundamentar esos mismos postulados para tutelar al poder judicial que también precisa de la garantía de efectividad de sus decisiones, si queremos hablar de Estado de derecho, división de poderes y democracia constitucional (en lugar de Estado ético, jerarquía de poderes y democracia plebiscitaria). Al fin y al cabo, también la reserva de jurisdicción forma parte de la arquitectura institucional puesta a tutela de la liber-

<sup>1</sup> MONTESQUIEU, Ch. L. Secondat, *El espíritu de las leyes*, libro XI, VI, 49.

<sup>2</sup> Siguiendo una formulación de Barberis, esta expresión abarcaría en términos generales aquellas tesis y autores que teorizan una conexión explícita entre derecho y moral, aunque cada uno plantee tales relaciones «en términos distintos (como necesarias, contingentes, esenciales, profundas...)»; que proponen la distinción, fuerte o débil, entre reglas y principios; y que distinguen la aplicabilidad de las reglas mediante subsunción de la aplicabilidad de los principios mediante ponderación (BARBERIS, M., «Existe il neocostituzionalismo?», en *Analisi e diritto*, 2011, pp. 18 ss.).

tad individual en el amanecer del Estado de derecho<sup>3</sup>. Y en mi opinión este ha sido, en los últimos años, un serio problema para el ordenamiento jurídico italiano.

En estas páginas, a través de un recorrido por los avatares judiciales del caso Englaro, intentaré delinear dos tipos de razonamientos, el de los jueces que en múltiples instancias se han ocupado de este asunto, y el de los legisladores que precisamente en los días que escribía esto (julio de 2011) estaban en la recta final del procedimiento de aprobación de la norma que regulará la materia antes de que el *spread* otoñal, las agencias de *rating* y la deuda soberana trastocaran el calendario político del país<sup>4</sup>.

## 2. LOS HECHOS Y LAS PERSONAS

A las tres y media del 18 de enero de 1992 Eluana Englaro sufre un accidente de coche; el tac que le realizan en el hospital de Lecco evidencia gravísimas lesiones cerebrales. Sus padres comprenden que no se recuperará. Cuatro días después les informan de que a Eluana se le practicará una traqueotomía para la reanimación a ultranza. Su padre, Beppino, se opone desde el principio a tal medida. Infructuosamente. Eluana permanece en reanimación durante cuatro meses en el hospital de Lecco, luego la trasladan a una planta de larga hospitalización en Sondrio donde es repetidamente estimulada por su familia y amigos a través del contacto humano. A los dos años del accidente, en enero de 1994, el diagnóstico-pronóstico de Eluana es el de Estado Vegetativo Permanente<sup>5</sup>. El largo ciclo de rehabilitaciones, como era de esperar, no ha surtido efecto y hay que buscar otro sitio para la paciente ya que no puede quedarse indefinidamente en ese hospital. Una opción sería llevarla a casa y dejar que ocurra en la clandestinidad de las paredes familiares lo que no puede suceder legalmente en la estructura sanitaria. Y en este momento pasa algo que convertirá la historia de Eluana Englaro en un *leading case* jurídico pues, más allá de la ausencia de una ley específica, es uno de esos casos que marcan «la historia del derecho constitucional y permiten su avance»<sup>6</sup>: los padres se oponen a

<sup>3</sup> GROPPI, T., «Il caso Englaro: un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno», en [http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti\\_forum/paper/0120\\_groppi.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0120_groppi.pdf) (fecha de consulta: 21/02/2011).

<sup>4</sup> A año y medio de distancia (febrero de 2013) la situación permanece sustancialmente inalterada.

<sup>5</sup> Según relata el propio Beppino Englaro el Dr. Massei, director de la unidad operativa de reanimación, dijo «es una no muerta encefálica, no hay solución y no tengo respuestas» (ENGLARO, B./COLAPRICO, P., «La vita estrema», en *Micromega*, núm. 2, 2009, p. 9).

<sup>6</sup> GROPPI, T., «Il caso Englaro: un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno», cit.

este «protocolo habitual» del *arte di arrangiarsi*. No han sido ellos los que han decidido mantener a Eluana en ese estado, sino la medicina, y por ello reivindican una solución clínica. Y legal. De ahí el atinado paralelismo señalado por Rodotà entre Beppino Englaro y la «lucha por el derecho» de Ihering<sup>7</sup>: lo jurídicamente extraordinario de la historia es que Beppino no libra la lucha para *poder* hacer algo (ya que en la práctica puede) sino para *tener derecho* a hacerlo. Decir que se trata de una actitud insólita, al menos en Italia, es minimizar la realidad. Mientras tanto, Eluana es trasladada a la clínica *Città di Lecco*, la misma en que había nacido. Un año después, ingresa en el Hospital de Bérgamo, en la unidad dirigida por el Dr. Defanti que es también el presidente de la *Consulta di bioetica* de Milán. El Dr. Defanti confirma el diagnóstico de estado vegetativo permanente; así lo describirá después de forma no técnica: «por lo que sabemos, Eluana no tenía consciencia de estar viva, no experimentaba sensaciones de ningún tipo, lo único que sobrevivía era su cuerpo, cuyas funciones viscerales se desarrollaban de modo casi normal. Tenía el aspecto de una joven mujer bien alimentada y bien cuidada cuyas extremidades yacían rígidas e inertes en la cama; solo su rostro manifestaba algún movimiento automático pero ninguna expresión humanamente significativa. Jamás se había logrado establecer un contacto con ella (...) Quedaba de ella un cuerpo privado de la capacidad de percibir cualquier experiencia, con una sonda en la nariz, incontinente, totalmente dependiente de los cuidados prestados por el personal sanitario (higiene personal, fricciones de la piel y uso de un colchón neumático para evitar las llagas derivadas de estar mucho tiempo en la cama, cambio periódico de la postura, movilización prudente de las articulaciones, enema periódico de limpieza, alimentación mediante sonda naso-gástrica y una pompa)»<sup>8</sup>. En ese contexto, el Dr. Defanti también invita a Beppino para que hable ante la *Consulta* y para que esta trate su problemático caso, nuevo incluso para los expertos. Al sentirse respaldado en su posición Beppino emprende los primeros pasos legales para conseguir la suspensión del tratamiento de nutrición e hidratación artificial que mantiene a su hija en el estado vegetativo permanente. Así pues, en el año 1996 empieza los trámites judiciales para ser nombrado tutor de Eluana y empieza un nuevo, largo y trabajoso camino entre tribunales,

<sup>7</sup> RODOTÀ, S., «Il caso Englaro: una cronaca istituzionale», en *Micromega*, núm. 2, 2009, p. 78. Incluso diría que se produce una extraña convergencia entre perspectivas habitualmente distintas: por un lado, la actitud de Beppino Englaro se sitúa en un contexto típico del ideal comunicativo habermasiano, confiando en la institucionalización de unas reglas de la argumentación que le permitan utilizar legítima y eficazmente los mecanismos del Estado de derecho y, por el otro, Beppino Englaro intenta validar socialmente su pretensión de verdad interpelando los sujetos institucionalmente reconocidos como competentes para ello, lo que Luhmann llamaría «legitimación a través del procedimiento».

<sup>8</sup> DEFANTI, C. A., «Eluana, verità e disinformazione», en *Micromega*, núm. 2, 2009, pp. 87-88.

congresos de bioética, intervenciones en programas de televisión y periódicos, que solo terminará en 2009.

### 3. EL RAZONAMIENTO DE LOS JUECES

Los elementos que mejor explican y aclaran las cuestiones realmente más relevantes –las jurídicas– del caso Englaro son las decisiones de los órganos judiciales y por eso, a partir de este momento y a fin de explorar una forma de razonamiento distinta respecto a las personas directamente involucradas, conviene centrarse en tales decisiones. Amén del nombramiento de Beppino Englaro como tutor de Eluana (Sentencia del Tribunal de Lecco de 19 de diciembre de 1996), la primera decisión judicial –haré referencia al menos a diez, en la que podemos definir una «carrera de obstáculos»<sup>9</sup>– llega en marzo de 1999.

1) Beppino solicita al Tribunal de Lecco, *ex* artículo 732 del *Codice di Procedura Civile* (Ley de Enjuiciamiento Civil), la autorización para expresar, en nombre de su hija, el consentimiento a que, exceptuando los fármacos necesarios para paliar los efectos provocados por la ausencia de líquidos, se interrumpan los tratamientos que prolongan el estado vegetativo, mediante interrupción de la alimentación artificial. El Tribunal declara inadmisibile el recurso por considerar la petición del tutor contraria a los principios fundamentales del ordenamiento<sup>10</sup>. La argumentación parte de una consideración de orden general, en la que el juez asimila sin titubeos –y a mi modo de ver inmotivadamente– la interrupción del tratamiento a una forma de eutanasia, y se apoya esencialmente en la inviolabilidad e indisponibilidad del derecho a la vida. Su inviolabilidad derivaría del artículo 2 de la Constitución italiana, que tutela la vida como el primero entre todos los derechos inviolables y cuya dignidad se refleja en el valor absoluto de la persona, amén de cualquier circunstancia empírica<sup>11</sup>. La indisponibilidad del derecho, en cambio, se deduciría del artículo 579 del Código Penal que tipifica el delito de «homicidio consentido»: si ni siquiera el titular del derecho puede disponer de su vida con mayor razón no podrá hacerlo un tercero. Además, la suspensión de la

<sup>9</sup> VERONESI, P., *Il Corpo e la Costituzione. Concretezza dei «casi» e astrattezza della norma*, Milán, Giuffrè, 2007, p. 238.

<sup>10</sup> Las penosas y comprensibles circunstancias del caso, se afirma en la decisión, «no pueden eximir al Tribunal de subrayar el profundo contraste de la petición con los principios fundamentales del ordenamiento vigente» (Trib. Lecco, decreto de 2 de marzo de 1999).

<sup>11</sup> La «dignidad proviene del valor absoluto de la persona y prescinde de las condiciones, incluso desesperadas, en las que se manifiesta su existencia» (*ibidem*).



alimentación artificial desembocaría en la supresión del paciente por omisión de los más elementales deberes de cuidado y asistencia.

2) En el recurso con el que impugna la decisión ante el Tribunal de Apelación de Milán Beppino Englaro plantea dos cuestiones que vertebrarán todo el desenlace jurisprudencial posterior: en primer lugar, pregunta si el tutor tiene la facultad de expresar el consentimiento en representación del sujeto que no tiene autonomía<sup>12</sup> y, en segundo lugar, si las condiciones médicas de la paciente —el estado vegetativo irreversible— justifican el mantenimiento de los tratamientos sanitarios. Los jueces contestan positivamente a la primera cuestión (despejando las dudas de inconstitucionalidad del art. 357 Código Civil), a diferencia de lo que ocurrirá en sentencias posteriores, pero rechaza el recurso por «perplejidades ético-jurídicas» que vuelven dudosa la posibilidad de encontrarnos ante un caso de «encarnizamiento terapéutico»; en concreto, porque estiman que no está claro si la alimentación artificial aplicada a Eluana es un tratamiento médico o una medida de cuidados básicos y, por ello, tras citar extensamente el precedente británico *Bland v. Airedale NHS Trust* (1993)<sup>13</sup>, consideran necesario «un debate científico-ético-jurídico sobre la calificación de la nutrición e hidratación artificial en el paciente en estado vegetativo permanente (tratamiento terapéutico proporcionado o desproporcionado-fútil) con especial atención a los intereses del sujeto a la luz de

<sup>12</sup> De hecho, en el caso en que no fuera posible atender la petición conforme a la legislación vigente, el tutor, en vía subsidiaria, pedía al juez que planteara una cuestión de constitucionalidad del artículo 357 del Código Civil («*El tutor ejerce la guarda del menor, lo representa en todos los actos civiles y administra sus bienes*») respecto a los artículos 2, 3, 13 y 32 de la Constitución (derechos fundamentales relativos a la vida, la igualdad, la libertad y la salud).

<sup>13</sup> En 1989 Anthony Bland, de diecisiete años, había sido una de las víctimas de la tristemente famosa tragedia de Hillsborough, el partido de fútbol entre Liverpool y Nottingham Forest en el que perdieron la vida 95 personas que quedaron aplastadas entre la multitud de aficionados y las vallas erigidas para impedir su entrada en el campo. Tony Bland, cuyo cerebro permaneció demasiado tiempo sin oxígeno durante el nefasto evento, quedó en estado vegetativo persistente. En este caso, a diferencia de lo que ha ocurrido con Eluana Englaro, tanto la familia como los médicos y el hospital estaban de acuerdo en suspender la alimentación e hidratación por sonda nasogástrica. Habitualmente en este supuesto, en el que todas las partes están de acuerdo, se suspende *de facto* el tratamiento y punto; sin embargo, el caso Bland originó una sentencia judicial y fue resuelto finalmente por la House of Lords porque el médico que atendía al chico decidió informar al *coroner* de Sheffield que estaba investigando el accidente de Hillsborough y este le avisó de que suprimir intencionadamente la vida del paciente podía exponerle al riesgo de una incriminación por homicidio. La pregunta fundamental que se plantearon los Lores, y en este sentido remite a su decisión la *Corte d'Appello* de Milán, fue ¿Qué es más beneficioso para el paciente? La respuesta, en consonancia con la familia y los médicos, estableció que el mantenimiento de las terapias no podía aportar ninguna mejora en las condiciones del paciente y vino a decir que la simple continuación de la vida biológica no es de por sí un beneficio, alejándose así de la sacralidad de la vida como principio absoluto (*vid.*, en este sentido, SINGER, P., *Ripensare la vita. La vecchia morale non serve più*, Milán, Il Saggiatore, 2000, pp. 71-78).

los principios constitucionales y a la corrección científica y relacional del proceso decisional médico»<sup>14</sup>.

Al año siguiente es instituido con Decreto del Ministro de Sanidad de 20 de octubre de 2000, el *Grupo de trabajo sobre nutrición e hidratación en los sujetos en estado de pérdida irreversible de la consciencia* que en su informe, retomando las fuentes médicas ya examinadas en la decisión del Tribunal de Apelación<sup>15</sup>, destaca como elemento esencial que en la nutrición e hidratación artificial aplicada a individuos en Estado Vegetativo Permanente se les suministra un compuesto químico necesario para la supervivencia, «que solamente los médicos pueden prescribir y que solo los médicos están en condiciones de introducir en el cuerpo mediante una sonda nasogástrica u otra modalidad y que solo los médicos pueden controlar en su evolución, aunque se encargue de su ejecución el personal de enfermería u otros»<sup>16</sup>.

3) Además, no se olvide que con la Ley de 28 de marzo de 2001, núm. 145, el Parlamento italiano autoriza la ratificación y ejecución del «Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina» (Convenio de Oviedo) que en su artículo 6 incluye el principio del consentimiento informado para las personas que no tengan capacidad para expresarlo. Armado con estos nuevos argumentos jurídicos, Beppino Englaro vuelve a la carga y acude nuevamente al Tribunal de Lecco solicitando la autorización ya requerida con anterioridad; sin embargo, en una escueta sentencia, la sección II del Tribunal desestima la petición del tutor alegando que la noción de «guarda» del sujeto incapacitado –*ex arts. 357 y 424 del Código Civil*– implica «un *quid* positivo dirigido a la conservación de la vida del sujeto mismo y, con toda seguridad, no a su supresión»<sup>17</sup>. Y, retomando las motivaciones expuestas por el mismo Tribunal en el primer decreto sobre el caso Englaro, los jueces van más allá: la institución de la tutela de los incapacitados está dirigida a salvaguardar la vida, el derecho humano más importante, precisamente e incluso en situaciones extremas tales como los estados vegetativos persistentes y permanentes. Sobre el motivo de recurso basado en los resultados del informe del grupo de trabajo ministerial, diría sin rodeos que el Tribunal hace sustancialmente caso omiso, limitándose a declarar que sus conclusiones no cierran el debate sobre la calificación de la nutrición artificial y validando, de este modo, la argumentación del Tribunal de Apelación de Milán de 1999<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Trib. Apelación Milán, decreto de 31 de diciembre de 1999.

<sup>15</sup> Por un lado, la American Academy of Neurology y la British Medical Association que consideran la nutrición artificial un tratamiento médico y, por el otro, el grupo «Bioética y neurología» de la Sociedad Italiana de Neurología que la entiende como una medida de sustento vital éticamente obligatoria.

<sup>16</sup> Consultado el 12/06/2011 en <http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/001280.aspx>

<sup>17</sup> Trib. Lecco, secc. II, Sentencia de 15-20 de julio de 2002, FJ 5.º

<sup>18</sup> Trib. Lecco, secc. II, Sentencia de 15-20 de julio de 2002, FJ 7.º

4) Beppino Englaro insiste y acude por segunda vez al Tribunal de Apelación de Milán. Partiendo de la premisa (que, como se verá, es también una conclusión) de que la cuestión planteada por el recurrente es especialmente compleja por la ausencia de una disposición normativa que regule el supuesto, el juez termina desestimando de nuevo el recurso. Mencionando tan solo los elementos que no reproducen los argumentos ya expuestos en instancias anteriores cabe señalar, en primer lugar, que el tribunal no comparte la invocación del Convenio de Oviedo, a fin de reivindicar para el representante legal el ejercicio del consentimiento informado del paciente incapacitado, por una razón formal: la mencionada Ley núm. 145/2001 no vale como instrumento de eficacia jurídica interna del Convenio porque no ha sido depositada en el Consejo de Europa y, por tanto, es una ley de «autorización a la ratificación» y no de ratificación en sentido estricto; así pues, el Convenio sobre derechos humanos y biomedicina técnicamente no está en vigor en el ordenamiento italiano. En segundo lugar, la Corte no pone en duda la condición médica de Eluana como paciente en estado vegetativo permanente y cita numerosas sentencias alemanas que o bien han autorizado la interrupción del tratamiento de alimentación e hidratación artificial sobre la base del consentimiento como expresión del principio de autodeterminación (entre las cuales una del Tribunal Supremo alemán), o bien la han denegado aduciendo que las facultades del tutor solo tienen cabida dentro de la obligación de conservación de la salud del sujeto representado y el resultado de la muerte tendría como consecuencia el incumplimiento de dicho deber<sup>19</sup>. En tercer lugar, el Tribunal arranca de esta disyuntiva para plantear, *de iure condendo*, la hipótesis normativa de las directivas anticipadas: «el testamento biológico», se dice en la sentencia, «no entra dentro de los casos atípicos [de testamento] explícitamente previstos y con toda seguridad no es un acto dispositivo en sentido estricto, aún así es una expresión de voluntad motivada por intereses dignos de la máxima consideración»<sup>20</sup>. Sin embargo, tras exponer la división de opiniones presente en la doctrina italiana –por un lado el Comité Nacional de Bioética, contrario a otorgar valor vinculante a las directivas anticipadas y, por el otro, la Consulta de Bioética que en cambio propone atribuir relevancia jurídica a la voluntad del sujeto– la apertura que los magistrados parecían mostrar hacia el testamento biológico se esfuma en la argumentación final en la que el tribunal manifiesta su perplejidad sobre la legitimidad de una interpretación integrativa del principio

<sup>19</sup> Más recientemente, una Sentencia del Tribunal Federal Alemán ha establecido que «apagar un respirador o cortar un tubo de alimentación están entre las formas permitidas de terminar un tratamiento» e incluso que la voluntad de la paciente «justificó no solo el simple abandono de la alimentación artificial, sino también una acción activa que procurara terminar o evitar una terapia que el paciente no quería» (BGH, Sentencia de 25 de junio de 2010).

<sup>20</sup> Trib. Apelación de Milán, Sentencia de 18 de diciembre de 2003, en *Familia*, 2004, 1169.

de autodeterminación para los pacientes en estado vegetativo y, por ello, termina sugiriendo, dada la complejidad y delicadeza de la cuestión, una intervención legislativa sobre la materia.

5) Con esta enésima respuesta negativa debajo del brazo Bepino Englaro llama a la puerta de la *Corte di Cassazione* recurriendo contra la susodicha sentencia por violación de las normas del Código Civil en materia de tutela (arts. 357 y 424) en relación con los ya mencionados artículos de la Constitución –replanteando, en vía subsidiaria, la cuestión de constitucionalidad– y por omisión e insuficiencia de la motivación.

El Tribunal Supremo, en el auto que resuelve el recurso, destaca que cuando el sujeto no puede expresar de forma autónoma su voluntad debe ser aplicado el artículo 78.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece el nombramiento de un *curador especial* para el representado «cuando existe un conflicto de intereses con el representado». Ahora bien, la Casación no precisa los términos del conflicto existente entre el padre y la hija pero se apresura a sostener que es «de inmediata evidencia que la autorización solicitada, que según el tutor se corresponde con el interés del incapacitado, puede sin embargo no coincidir con tal interés»<sup>21</sup>. Resumiendo, como no se dispone de elementos concretos para demostrar que algo es posible, se sentencia que es incuestionable y de paso se obliga a una *probatio diabolica* al que mantenga que no hay conflicto, pues ¿cómo puede un padre convencer a los jueces de que actúa en nombre de su hija si el hecho de estar incapacitada no le permitiría en ningún caso validar la petición del padre? Resulta, por lo demás, evidente que si no existiera la imposibilidad empírica de la no coincidencia de intereses no tendría sentido la institución de la representación jurídica... Más allá de esta dudosa argumentación, la Corte apoya su conclusión en otras normas del ordenamiento que atestiguan la imposibilidad de configurar, en ausencia de disposiciones específicas, un poder general de representación respecto a los llamados actos personalísimos. Como esta opción no parece compatible con el artículo 6 del Convenio de Oviedo (Protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento), aún admitiendo su eficacia normativa en el ordenamiento interno, seguirían valiendo los argumentos expuestos en contra de la autorización a la suspensión del tratamiento, porque nada impide que los Estados puedan fijar condiciones específicas para la validez del consenso sustitutivo que el propio Convenio no haya previsto.

6) De conformidad con lo estimado por la *Cassazione* al declarar inadmisibles el recurso por defecto de contradictorio, Bepino Englaro vuelve a acudir al Tribunal de Lecco solicitando el nombramiento de un curador especial al que reitera la petición de interrupción del tratamiento de alimentación forzada. El Tribunal, embestido por tercera

---

<sup>21</sup> *Corte di Cassazione*, Auto de 20 de abril de 2005, núm. 8291.

vez del asunto, zanja la cuestión planteada por la Corte Suprema negando que pueda existir un conflicto de intereses, desatendiendo lo mantenido por el curador (la abogada Franca Alessio) que se ha adherido al recurso del tutor y declarando inadmisibile el recurso porque ni el curador, ni el tutor, están legitimados para actuar en nombre de la paciente ya que en el ordenamiento no tiene cabida la representación jurídica cuando nos hallamos ante los llamados derechos personalísimos. El argumento, sostiene el Tribunal, es coherente con el dictado constitucional porque entre los dos derechos fundamentales en pugna, el de autodeterminación y la vida, el conflicto solo puede ser hipotético cuando el paciente está incapacitado para ejercer el primero. En este caso siempre prevalece el segundo. De nuevo los jueces (que, en este caso, más que al Hércules dworkiniano se parecen al Hipócrates más paternalista) se exhiben en un razonamiento de esos que te sacan las castañas del fuego sin demasiado esfuerzo: como es difícil, incluso trágico, resolver una disputa entre dos derechos de tan hondo calado como la libertad individual y la vida conviene cortar por lo sano y salir del entuerto negando la misma existencia del conflicto. Milagros de una ponderación que, malamente argumentada, detrás del conflicto entre principios constitucionales anhela y efectivamente consigue descubrir un orden objetivo de valores: negando apodócticamente, en contra de lo estimado por la *Cassazione*, la tutela de la libertad individual para los sujetos incapacitados los jueces el Tribunal de Lecco se libran de entrar en la espinosa cuestión de qué significa libertad y qué significa vida para los pacientes en estado vegetativo permanente. De nada sirve, continúa el decreto, que Eluana se haya manifestado con anterioridad en contra del tratamiento en objeto —una especie de declaración anticipada— porque equivaldría a una petición de eutanasia por omisión, ilícita de necesidad (*sic*) y, en cualquier caso, estaríamos hablando de una manifestación de voluntad no unívoca ni irrevocable; por ende, absolutamente irrelevante<sup>22</sup>.

7) Y llegamos otra vez al Tribunal de Apelación de Milán: ante el nuevo recurso presentado por Beppino Englaro que lamentaba, en primer lugar, la incongruencia de lo establecido por el Tribunal de Lecco respecto al *decisum* de la *Cassazione* —que al imponer un curador especial como garantía del contradictorio implícitamente reconocía la legitimación del tutor— la *Corte d'Appello* da la razón al recurrente: sobre la base de las normas vigentes (arts. 357 y 424 del Código Civil) el consentimiento informado a las terapias médicas entra sin duda dentro de los poderes de actuación del representante legal del incapacitado y, aún más importante a mi juicio, el derecho a rechazar los tratamientos «no puede encontrar ninguna limitación cuando la persona interesada no está en condiciones de [auto]determinarse, como en

<sup>22</sup> Trib. Lecco, Decreto de 20 de diciembre de 2005-2 de febrero de 2006, núm. 727.

este caso concreto»<sup>23</sup>. Los jueces, por tanto, deben dar una respuesta a la petición del recurrente de poder demostrar la voluntad expresada por Eluana con anterioridad al accidente. A tal fin, la *Corte d'Appello* admite los testimonios de tres amigas depositarias de sus confidencias. La primera cuenta que Eluana, tras visitar un amigo entrado en coma después de un accidente de coche, había encendido una vela pidiendo su muerte antes que seguir viviendo así. A la segunda le había dicho que era mejor que el amigo en cuestión muriera porque aquella no podía ser llamada vida. Y el mismo concepto se lo había reiterado a la tercera amiga. El Tribunal niega el valor probatorio de los testimonios al considerar que de ellos no cabe deducir una voluntad indudablemente contraria a la suspensión del tratamiento que la mantiene con vida: el motivo del rechazo estriba en el carácter genérico, emotivo e inmaduro de las presuntas declaraciones de Eluana. En este sentido, se lee en la sentencia, «la posición de Eluana es asimilable a cualquier sujeto incapacitado que nunca ha dicho nada respecto a los cuidados y los tratamientos médicos a los que ha de ser sometido»<sup>24</sup>.

Debido a que Beppino Englaro pedía ser autorizado a interrumpir la nutrición artificial aún en ausencia de una voluntad precisa de la paciente, por considerar el tratamiento lesivo de la dignidad y la integridad psicofísica de la persona<sup>25</sup>, la *Corte d'Appello* entra a ponderar (*bilanciamento di interessi parimenti garantiti dalla Costituzione*) el derecho de autodeterminación y el derecho a la vida y se decanta por la primacía del segundo con los argumentos siguientes: *a*) la suspensión del tratamiento conduciría seguramente y en pocos días a la muerte de la paciente y equivaldría a una eutanasia indirecta por omisión (de nuevo los jueces italianos consideran que la mera oposición al denominado encarnizamiento terapéutico es equivalente a la práctica de la eutanasia, llevando a cabo una asimilación impropia)<sup>26</sup>; *b*) una interpretación sistemática que otorga mayor tutela al derecho a la vida, por estar contemplado en el artículo 2 de la Constitución, respecto a los demás derechos involucrados, incluidos en el artículo 13 y el artículo 32; *c*) el alcance jurídico de los tipos penales relativos al homicidio consentido y a la instigación al suicidio; *d*) el artículo 5 del

<sup>23</sup> Trib. Apelación Milán, Decreto de 16 de diciembre de 2006.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> La tesis del tutor es que la legitimación de estos tratamientos solo puede derivar de una aceptación expresa por parte del paciente pero, a mi juicio, se trata de un razonamiento cuestionable porque llevaría a suspender el tratamiento, con la consecuencia de la muerte, siempre que no existiera una voluntad explícita favorable manifestada con anterioridad. Implicaría, por así decirlo, una presunción de querer morir.

<sup>26</sup> BORSELLINO, P., *Bioetica tra «moralis» e diritto*, Milán, Raffaello Cortina Editore, 2009, p. 307. Además, en el curso de esta argumentación, la *Corte* dice algo muy importante que retomaremos a la hora de analizar el razonamiento legislativo: «(...) es indudable que en virtud del derecho a la salud y a la autodeterminación en ámbito sanitario, el sujeto capacitado puede rechazar incluso los cuidados indispensables para mantenerle con vida (...)» (*ibid.*)

Código Civil que prohíbe los actos de disposición del propio cuerpo; e) la jurisprudencia interna e internacional que excluye tajantemente la existencia de un *right to die*. En definitiva: recurso admitido pero rechazado en el mérito.

8) Esta vez, por tanto, los jueces deniegan el permiso por el que Beppino Englaro ha luchado infructuosamente durante años, pero no cierran la puerta con doble candado ya que, pese a haber desatendido su petición, al menos la han considerado admisible y la han valorado. Así pues, el recurrente (*rectius*: los recurrentes, porque la curadora también se adhiere) vuelve a dirigirse a la *Cassazione* que producirá la sentencia más «famosa» del caso Englaro, la núm. 21748 de 2007.

En el recurso, el tutor pide dos cosas al Tribunal Supremo: en primer lugar, que declare el principio de prohibición del encarnizamiento terapéutico representado por la alimentación y la hidratación mediante sonda nasogástrica y, en segundo lugar, que se pronuncie sobre la posibilidad de suspender el tratamiento cuando lo solicite el tutor conforme a la voluntad de Eluana. Veamos esquemáticamente los puntos en mi opinión más relevantes del razonamiento de los jueces del Tribunal Supremo:

– Aunque se realice en el interés del paciente, una intervención médica desprovista del consentimiento informado es seguramente ilícita<sup>27</sup>; esto significa que en la relación médico-paciente prima el derecho de autodeterminación.

– El consentimiento informado implica la facultad de rechazar las terapias incluso en la fase terminal, porque según la Constitución la persona es «un valor ético en sí» y, además, esto es coherente con la nueva dimensión de la salud entendida ya no como ausencia de enfermedad sino como bienestar global, tanto físico como psíquico. La salud, por tanto, no puede ser objeto de imposición (sí de persuasión); por otra parte, el consentimiento informado debe ser auténtico y actual para poder vincular al médico (FJ 6.1).

– El rechazo del tratamiento, es decir, que la enfermedad siga su curso no puede confundirse con la eutanasia pues esta implica una conducta positiva que acorta la vida (FJ 6.1).

– La cuestión es distinta cuando el paciente no es autónomo, no está en condiciones de manifestar su voluntad y cuando, incluso en ausencia de una normativa específica que regule este supuesto, el rango de los derechos involucrados es tal que «impone al juez una

---

<sup>27</sup> La base normativa del consentimiento informado está en el artículo 2 de la Constitución (derechos fundamentales), el artículo 13 (inviolabilidad de la libertad personal), el artículo 32 (los tratamientos sanitarios solo pueden imponerse por ley y nunca violar al respeto a la persona) y, en el mismo sentido, el artículo 31 de la Ley 833/1978 que instituye el Servicio sanitario nacional, el artículo 5 del Convenio de Oviedo, la Carta de Niza, el artículo 35 del Código de Deontología Médica y la propia jurisprudencia de la *Cassazione* (Sentencia de 16 de octubre de 2007, núm. 21748, FJ 6).

delicada tarea de reconstrucción de la regla de juicio en el marco de los principios constitucionales» (FJ 7).

– Hay que establecer los límites de la intervención del representante legal; en este sentido, el carácter personalísimo del derechos a la salud implica un doble vínculo<sup>28</sup>: *a*) actuar en el interés exclusivo del incapacitado, *b*) el representante debe decidir no «en lugar» (*al posto*) del incapacitado ni «para» (*per*) el incapacitado, sino «con» el incapacitado, es decir, tiene que reconstruir la voluntad presunta del paciente teniendo en cuenta los deseos expresados o deducirla de su personalidad, valores, convicciones y estilo de vida (FJ 7.3).

– Un Estado organizado sobre el pluralismo de los valores no puede sino respetar la elección de quien es contrario a seguir viviendo en condiciones de no percepción del mundo exterior y, en caso de representación legal, una decisión tal es admisible tan solo en casos extremos, esto es, cuando el estado vegetativo es clínicamente permanente y siempre que tal estado sea contrario a su (del paciente) forma de entender la dignidad de la persona (FJ 7.5).

– No hay duda de que la hidratación y la alimentación por sonda son tratamientos sanitarios, puesto que presuponen ciertos conocimientos científicos, los ponen en marcha médicos que utilizan determinados procedimientos tecnológicos y, además, esta noción está avalada por la comunidad científica internacional y la jurisprudencia constitucional (FJ 7.5).

– Al juez no se le puede pedir que ordene la desconexión del tratamiento ya que la sonda nasogástrica, de por sí, no es encarnizamiento terapéutico sino más bien una forma de mantenimiento del «soplo vital». La intervención judicial sirve para verificar la legitimidad de la elección en el interés del sujeto incapacitado. Teniendo en cuenta todos estos argumentos, el juez *solo* puede autorizar la interrupción del tratamiento si se dan los siguientes dos requisitos: 1) que el estado vegetativo permanente sea irreversible y sin fundamento médico de recuperación de consciencia; 2) siempre que la petición sea la expresión de «la voz del representado» (FJ 8).

– Por consiguiente, los recurrentes tienen razón en que la *Corte d'Appello* ha omitido reconstruir la voluntad de Eluana y, de este modo, no ha averiguado si la petición de desconexión del padre reflejaba los deseos de la hija. Por primera vez, Beppino Englaro ve estimado su recurso y la *Cassazione* lo remite a otra sección del Tribunal de Apelación que, según lo dispuesto en la sentencia, tendrá que decidir de conformidad con el siguiente principio de derecho: si el enfer-

---

<sup>28</sup> Los fundamentos normativos de este doble vínculo se encuentran en el ya mencionado artículo 6 del Convenio de Oviedo y en el artículo 5 del Decreto Legislativo núm. 211 de 2003 conforme al cual el consentimiento manifestado por el representante debe coincidir con la voluntad presunta del adulto incapacitado.



mo lleva muchísimos años<sup>29</sup> en estado vegetativo permanente y sobrevive gracias a la sonda, a petición del tutor (y en contradictorio con el curador) el juez puede autorizar la desconexión solo en presencia de los dos requisitos enunciados en el punto anterior (FJ 10).

9) La cuestión es devuelta a la *Corte d'Appello* de Milán, en este caso a la I sección civil que, aplicando el principio jurídico dictado por la *Corte di Cassazione*, estima el recurso presentado por el tutor (al que se ha adherido la curadora especial) y reforma el anterior Decreto 727/2005 del Tribunal de Lecco, autorizando la interrupción del tratamiento. Acerca de los dos requisitos requeridos por la *Cassazione*, el Tribunal de Apelación argumenta lo siguiente: a) la verificación del primero, la irreversibilidad del estado vegetativo, existe con claridad ya desde el Decreto de la *Corte d'Appello* de 16 de diciembre de 2006 que certifica que el estado vegetativo permanente de Eluana continúa sin modificaciones desde 1992 y es irreversible. Sobre este punto no hay más que decir puesto que tal averiguación es definitiva y resultaría procesalmente inadmisibile por su efecto de cosa juzgada «interna»<sup>30</sup>; b) resulta confirmada la «interpretación auténtica» de la voluntad de Eluana por parte del tutor (y ratificada por la curadora) pues la reconstrucción de esa voluntad presunta indica que la elección del tutor es conforme al *best interest* de la enferma tal como ella misma lo entendía<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> La *Cassazione* precisa que en el caso específico de Eluana los años son «más de quince». Lo señalo porque creo que la concreción del requisito de los «muchísimos años» planteará dudas de cara a la aplicación del principio enunciado a otros casos.

<sup>30</sup> En la doctrina italiana se plantea esta diferencia entre cosa juzgada «interna» y cosa juzgada «externa»; *vid.* PROTO PISANI, R., *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Nápoles, Jovene, 1999, pp. 85-86: «La noción de cosa juzgada interna es más amplia que aquella de cosa juzgada externa. La cosa juzgada interna concierne a todas las cuestiones abstractamente idóneas para definir el juicio, procesales o de fondo, apreciables de oficio o solo a instancia de parte, que pueden surgir en el curso del juicio y que pueden dar lugar a sentencias no definitivas o bien pueden constituir objeto de examen preliminar por parte de la sentencia que define el juicio (...) en todas estas hipótesis (...) en donde la parte perdedora en la cuestión no impugne la sentencia no definitiva que se ha pronunciado exclusivamente sobre la cuestión, o bien no impugne (en vía principal o incidental) la parte de la sentencia (definitiva o no definitiva de fondo) que haya resuelto la cuestión en sentido desfavorable a ella, sobre la cuestión misma se determina una preclusión (la llamada cosa juzgada interna) es decir, la imposibilidad que sobre ella se reabra la discusión en el ulterior curso del proceso». Existe un principio jurisprudencial consolidado (*Cassazione*, sala plenaria, Sentencia de 23 de abril de 1971, núm. 1175; Sentencia de 11 de julio de 1968, núm. 2433) según el cual, cuando la interpretación de la cosa juzgada interna es realizada total o parcialmente por la misma *Corte di Cassazione* en la sentencia que remite la cuestión, tal interpretación condiciona y vincula de forma irreversible los poderes del juez de instancia (Trib. Apelación Milán, Decreto de 9 de julio de 2008, núm. 88, p. 21).

<sup>31</sup> Trib. Apelación de Milán, Decreto de 9 de julio de 2008, núm. 88. La premisa del Tribunal de Apelación es que «a la hora de estructurar y enunciar el principio jurídico, la Corte Suprema no ha considerado indispensable la reconstrucción directa de una especie de testamento biológico efectivo de Eluana, que contuviera sus preci-

10) Las dos Cámaras del Parlamento plantean sendos conflictos de poderes ante la *Corte Costituzionale* alegando, aparte de argumentos ya presentes en las decisiones jurisprudenciales sobre el caso, que la *Corte di Cassazione*, en la sentencia 21748/2007 «ha traspasado los límites de la función que el ordenamiento le encomienda, ejerciendo de hecho un poder legislativo en una materia no disciplinada por ley y fundamentando su decisión en presupuestos no deducibles del ordenamiento vigente, ni tan siquiera mediante la aplicación de criterios hermenéuticos»<sup>32</sup>. Se reincide en la indebida creación por parte del Tribunal Supremo de un principio de derecho «en aparente contradicción con las únicas normas aplicables, en la actualidad, a un caso como este» (nótese bien que el principio contestado es, por supuesto, la prohibición del encarnizamiento terapéutico). Por tanto, la magistratura habría sobrepasado su función «nomofiláctica» cumpliendo, de forma ilegítima, una tarea «nomogenética» adoptando un acto sustancialmente legislativo que «introduce en el ordenamiento italiano la autorización a la finalización de la vida del paciente en estado vegetativo permanente»<sup>33</sup>. Para los recurrentes la *Cassazione*, escudándose en la imposibilidad del *non liquet*, habría violado el principio de división de poderes puesto que es el Parlamento el órgano competente para regular la disciplina del final de la vida y las numerosas propuestas de ley planteadas en la materia serían una muestra más del vacío normativo en el que ha operado la Suprema Corte<sup>34</sup>.

El Tribunal Constitucional declara inadmisibles los conflictos, por falta de requisito objetivo, básicamente sobre la base de un doble

---

sas declaraciones anticipadas de tratamiento (*advanced directives*) aunque fuera de manera no formal; sino que es más bien necesario y suficiente «averiguar si la petición de interrupción del tratamiento formulada por el padre en calidad de tutor refleja las orientaciones vitales de la hija»» (Trib. Apelación Milán, Decreto de 9 de julio de 2008, núm. 88, pp. 51-52)

<sup>32</sup> Cámara de los diputados, *Deliberazione per l'elevazione di un conflitto di attribuzioni innanzi alla Corte Costituzionale nei confronti della Corte di Cassazione e della Corte di Appello di Milano* (consultado en <http://www.unipv-lawtech.eu/files/cameraconfliattoattribuzionededecisione.pdf>). El recurso ha sido depositado el 17 de septiembre de 2008 (n. 16 del Registro de conflictos de poderes de 2008).

<sup>33</sup> Senado de la República, Informe de la 1.ª Comisión Permanente (Ponente: Vizzini), *Questione se il Senato debba promuovere conflitto di attribuzione tra poteri dello stato innanzi alla Corte Costituzionale con riguardo alla sentenza núm. 21748, resa dalla Corte di Cassazione – prima sezione civile, in data 16 ottobre 2007 e alle decisioni successive e consequenziali adottate da altri organi di giurisdizione, a proposito del noto caso della giovane Eluana Englaro*, núm. 17 del Registro de conflictos de poderes de 2008.

<sup>34</sup> De hecho, en el curso del debate, el Senado de la República también se había comprometido, con voto *bipartisan*, a aprobar antes de 2009 una ley sobre el testamento biológico. A 22 de noviembre de 2012 el proyecto de ley del que se hablará a continuación aún resulta en curso de examen por parte de la 12.ª Comisión permanente del Senado ([http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede\\_v3/Ddliter/29638.htm](http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede_v3/Ddliter/29638.htm) consultado el 6 de febrero de 2013).

razonamiento: en primer lugar, hay que tener en cuenta que el instrumento del conflicto de poderes ha lugar cuando haya indicios de que los jueces se sirven de las decisiones como meros esquemas formales para ejercer funciones de producción normativa, pero no puede en ningún caso ser utilizado como «un medio atípico de impugnación contra las decisiones judiciales», mientras que los recurrentes, si bien niegan querer sindicarse supuestos *errores in iudicando*, en realidad «avanzan múltiples críticas al modo en que la *Cassazione* ha seleccionado y utilizado el material normativo relevante para la decisión y como lo ha interpretado»; en segundo lugar, la historia judicial no parece aún del todo cerrada y, en todo caso, el Parlamento tiene en cualquier momento la facultad de adoptar una normativa específica sobre la materia, buscando un equilibrio entre los intereses constitucionales involucrados<sup>35</sup>.

#### 4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Con la decisión de la *Corte Costituzionale* podría considerarse cerrado el recorrido judicial del caso Englaro: finalmente, tras muchos años y muchas aulas de juzgado, Beppino obtiene la autorización para suspender la nutrición e hidratación artificial. Sin embargo, nuevas dificultades acechan y la historia aún dará coletazos que, como intentaré mostrar, desbordan el ámbito jurídico-positivo y afectan de lleno al marco político-institucional, como ya se ha visto con el último recurso presentado ante el Tribunal Constitucional<sup>36</sup>. Pero vayamos por orden: el Fiscal General del Tribunal de Apelación de Milán impugna ante el Tribunal Supremo el Decreto 88/2008 que autoriza la suspensión del tratamiento que mantiene en vida a Eluana. El motivo básico es que los jueces de la *Corte d'Appello* no habrían cumplido con el principio jurídico enunciado en la Sentencia 21748/2007 de la *Cassazione* por no haber procedido a la averiguación del estado clínico de Eluana, aduciendo como argumento una preclusión endoproce-

<sup>35</sup> *Corte Costituzionale*, Auto de 8 de octubre de 2008, núm. 34. Véanse los comentarios de ROMBOLI, R., «Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità», en <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/giurisprudenza/decisioni2/autori/englaro.html>; BIN, R., «Se non sale in cielo, non sarà forse un raglio d'asino? (a proposito dell'ord. 334/2008)», en [http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti\\_forum/giurisprudenza/2008/0019\\_nota\\_334\\_2008\\_bin.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2008/0019_nota_334_2008_bin.pdf) y SPINELLI, S., «Re giudice o re legislatore?», en [http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti\\_forum/giurisprudenza/2008/0042\\_nota\\_334\\_2008\\_spinelli.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2008/0042_nota_334_2008_spinelli.pdf) (fecha de consulta: 10/05/2011).

<sup>36</sup> Como se ha escrito, «el destino de Eluana Englaro sigue atrapado en las redes de la logomaquia entre jueces y política» (TRIPODINA, C., «A chi spettano le decisioni politiche fondamentali sulle questioni eticamente controverse? (Riflessioni a margine del «caso Englaro»)», en *Giurisprudenza Costituzionale*, núm. 5, 2008, p. 4082.

sal. En cambio, los jueces deberían haber dispuesto una pericia técnica al respecto. La *Cassazione* no admite el recurso del Fiscal por falta de legitimación a plantearlo en un caso como este, de juicio civil, en el que la presencia del Fiscal tiene un carácter excepcional estando normativamente prevista tan solo en controversias que involucren también un «interés público»<sup>37</sup>.

Con posterioridad, un grupo de personas físicas (tutores de personas en estado vegetativo) y jurídicas (asociaciones de familiares y amigos, médicos, abogados y psicólogos que les asisten) presentan recursos ante el TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) lamentando que la ejecución de la decisión de la *Corte d'Appello* núm. 88/2008, que autoriza la suspensión del tratamiento de nutrición e hidratación artificial aplicado a Eluana Englaro, podría tener efectos negativos sobre ellos. El TEDH estima inadmisibles los recursos por falta de legitimación pasiva en cuanto, según lo dispuesto en el artículo 34 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales<sup>38</sup> y en la propia jurisprudencia del Tribunal, para poder ser «víctima» de una violación del Convenio, en teoría, no es suficiente que una ley viole con su mera existencia los derechos de los que disfruta conforme al Convenio, sino que su aplicación tiene que haberle provocado un daño. No procede quejarse en abstracto contra un acto normativo por ser contrario al Convenio, pues es condición necesaria un perjuicio directo. Así pues, para ser víctima legitimada a recurrir «se deben presentar pruebas razonables y convincentes sobre la probabilidad de que se vaya a realizar una violación relativa a algo que le afecta personalmente; las simples sospechas y las conjeturas no son suficientes». En este caso, a juicio del TEDH, las partes recurrentes no cumplen esa condición dado que la decisión impugnada afecta solo a las partes constituidas en el juicio<sup>39</sup>.

Mientras tanto la familia Englaro solicita a la Región de Lombardía que le indique una estructura sanitaria en la que sea posible ejecutar la sentencia 88/2008 del Tribunal de Apelación de Milán, es decir, interrumpir de forma definitiva la nutrición e hidratación por sonda. El Director General de Sanidad del gobierno regional, el 3 de septiembre de 2008, niega con acto formal que el personal del Servicio Público Sanitario Regional pueda proceder, dentro de sus

---

<sup>37</sup> *Corte di Cassazione*, Sala plenaria de lo Civil, Sentencia de 11-13 de noviembre de 2008, núm. 27145, FJ 7 y 8.

<sup>38</sup> «El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos (...)».

<sup>39</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección II, 16 de diciembre de 2008, (*requêtes* núm. 55185/08; 55483/08; 55516/08; 55519/08; 56010/08; 56278/08; 58420/08; 58420/08; 58424/08), consultado en [http://www.giurcost.org/casi\\_scelti/CEDU/CEDU16-12-08.htm](http://www.giurcost.org/casi_scelti/CEDU/CEDU16-12-08.htm)

estructuras, a la suspensión de las medidas de sustento vital de la paciente porque, si así fuera, el personal sanitario incumpliría sus obligaciones profesionales, considerando además que la decisión judicial que se pide ejecutar no contiene ningún deber específico a cargo de sujetos o entidades determinadas. La consecuencia inmediata es que ningún hospital público lombardo acepta a Eluana. El Tribunal Administrativo Regional de Lombardía, interpelado por el enésimo recurso del tutor, anula la decisión administrativa de la Región, ordenando que la Administración cumpla la petición en objeto, argumentando que el «derecho constitucional de rechazar los tratamientos sanitarios es, como ya ha descrito la Corte Suprema, un derecho de libertad absoluto, cuyo respeto se impone *erga omnes*, frente a cualquiera que mantenga una relación de cuidado con el enfermo, no importando si opera en una estructura sanitaria pública o privada». Y el rechazo opuesto por la Administración a la solicitud del representante de la paciente tampoco se puede justificar con razones de objeción de conciencia, pues las íntimas convicciones del médico particular no eliminan la necesidad de que la estructura hospitalaria garantice en cualquier caso la obligación del *satisfacere officio*<sup>40</sup>.

Antes de que saliera esta última sentencia, el Ministro del *Welfare*, Maurizio Sacconi, firmaba el 16 de diciembre un *atto di indirizzo* dirigido a las regiones al fin de «garantizar a cualquier persona discapacitada el derecho a la nutrición e hidratación» en todas las estructuras del servicio sanitario nacional, precisando que la interrupción de los tratamientos en estas sedes es «ilegal» y, por tanto, sancionable<sup>41</sup>. Aquí la consecuencia es que Eluana, tras ser rechazada por los hospitales de Lombardía, se enfrenta a la renuncia también de la clínica *Città di Udine*, que previamente había aceptado llevar a cabo el protocolo, por el «enredo de normas» y disposiciones administrativas que complican la tarea, sobre todo después de la nota del Ministro que podría poner en peligro el puesto de trabajo de más de trescientas personas. Finalmente, el 3 de febrero de 2009, Eluana es trasladada a la estructura *La Quiete* de Údine, donde se cumplirá el protocolo previsto y Eluana fallecerá el día 9<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> T.A.R. Lombardía, Sección III, Sentencia de 26 de enero de 2009, núm. 214, FJ 5.4

<sup>41</sup> Puede leerse el documento en [http://www.salute.gov.it/imgs/C\\_17\\_publicazioni\\_907\\_allegato.pdf](http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_publicazioni_907_allegato.pdf) El T.A.R. dirá en la sentencia citada que la nota del Ministro tiene sin duda autoridad en razón de su origen pero no es idónea, según los principios generales sobre las fuentes, para modificar el marco del derecho objetivo reconstruido por la eficacia típica de la decisión judicial (T.A.R. Lombardía, Sección III, Sentencia de 26 de enero de 2009, núm. 214, FJ 5.2).

<sup>42</sup> Beppino Englaro y trece personas más (personal médico y sanitario de la clínica) serán denunciadas («por un caótico diluvio de solicitudes») por homicidio voluntario. El GIP (juez de la investigación preliminar) de Údine archivará las denuncias.

## 5. EL RAZONAMIENTO DEL LEGISLADOR

El mismo día del ingreso en la clínica, la trama de esta historia abandona las aulas de tribunal y empieza recorrer los meandros del poder ejecutivo y, por arrastre, del legislativo. El Gobierno, con nocturnidad y alevosía, decide presentar un Decreto Ley para detener la ejecución de la sentencia de la *Corte d'Appello*; ya tenía preparado un proyecto de ley en discusión en la comisión del Senado, pero la «necesidad y urgencia» de intervenir en el caso de Eluana hace que el Consejo de Ministros apruebe el día 6 el texto del Decreto (Disposiciones urgentes en materia de alimentación e hidratación): «En espera de la aprobación de una completa y orgánica disciplina legislativa sobre el final de la vida la alimentación y la hidratación como formas de sustento vital y fisiológicamente destinadas a paliar los sufrimientos, no pueden en ningún caso ser suspendidas por quien asiste a sujetos que no están en condiciones de valerse por sí mismos». Se trata, evidentemente y más allá de los términos generales y abstractos, de una norma *ad hoc*, es más, *ad personam*, cosa que tampoco extrañará al lector aficionado a la política italiana de los últimos años, aunque en este caso no se refiere a la *persona* habitual... Ahora bien, el Decreto resulta manifiestamente inconstitucional: como ha resumido Groppi, «o existe la necesidad y urgencia de un Decreto Ley para «salvar» a Eluana Englaro, pero haciendo esto el gobierno incide indebidamente en una sentencia definitiva<sup>43</sup>. O se trata de una normativa general, que prescinde del caso de Eluana, pero entonces el Decreto Ley no cumple los requisitos de necesidad y urgencia previstos en el artículo 77 de la Constitución»<sup>44</sup>. En ambos casos, y esta es la cuestión decisiva, se estaría

---

<sup>43</sup> Cuestión debatida ha sido la de la autoridad de cosa juzgada de las decisiones de la *Cassazione* en 2007 y de la *Corte d'Appello* en 2008, porque se ha sostenido que no la tenían al enmarcarse en un procedimiento de jurisdicción voluntaria como el impulsado por Beppino Englaro *ex* artículo 732 L.E.C. (así, por ejemplo, BECCHI, P., «L'imperialismo giudiziario. Note controcorrente sul caso Englaro», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, núm. 3, 2009, p. 386; FERRAU, G., «Caso Englaro e dibattito giuridico in corso», en <http://www.altalex.com/index.php?idnot=44856> (fecha de consulta: 10/06/2011). Meridianamente claros, en el otro sentido, CAPONI, R. y PROTO PISANI, A., «Il caso Englaro: brevi riflessioni dalla prospettiva del diritto civile», en *Il Foro Italiano*, I, 2009, 984: «La decisión final ha dictado sobre un derecho, no ha gestionado un interés. Como tal, no es una decisión de jurisdicción voluntaria siempre modificable o revocable *ex* artículo 742 L.E.C., sino un acto de jurisdicción contenciosa con actitud de cosa juzgada, es decir, para dictar una disciplina inmutable del derecho que constituye su objeto». Que la decisión haya sido sobre derechos subjetivos lo dice la *Corte d'Appello* de Milán en el Decreto 88/2008 (FJ 2) y el T.A.R. de Lombardía en la Sentencia 214/2009. ¿Y no viene a reconocerlo también la *Cassazione* en el Auto 8291/2005 al decir que la notificación del recurso es necesaria en este caso y que no es necesaria solo en procesos de jurisdicción voluntaria unilateral?

<sup>44</sup> GROPPI, T., «Incostituzionale un decreto per il caso Eluana», en *L'Unità*, 6 de febrero de 2009. En una carta que el Presidente de la República dirigía al Primer Ministro anunciando su negativa a ratificar el Decreto, recordaba como los temas relativos al final de la vida, el testamento biológico y la nutrición mecánica están en el

violando el principio de la separación de poderes<sup>45</sup>. El Presidente de la República, ejerciendo la función de «guardián de la Constitución», como ya había ocurrido en el pasado según una praxis tradicionalmente admitida<sup>46</sup>, no ratifica el Decreto. Las fuerzas de gobierno, fallida la vía de la decretación de urgencia y con un tesón digno de Beppino Englaro, presentan un proyecto de ley (ponente: el Senador R. Calabrò) con el mismo contenido ante el Senado con el objetivo de aprobarlo antes del desenlace fatal. De hecho, una vez sobrevenido el fallecimiento de Eluana, el día 9, el procedimiento parlamentario se interrumpe y se decide retomarlo dentro del más amplio proyecto de ley relativo a las declaraciones anticipadas de tratamiento<sup>47</sup>. Y al examen de este proyecto de ley (que a día de hoy, comienzos de 2013, aún no ha concluido su accidentado recorrido parlamentario) voy a dedicar la parte conclusiva.

## 5.1 Dos cuestiones bioéticas

Después de haber leído la historia de los avatares judiciales del «caso Englaro» se puede decir que hay ciertos puntos neurálgicos que han salido a flote y que han marcado el debate jurídico. Ha habido sentencias muy dispares en sus conclusiones y en sus argumentaciones. Se pueden compartir los razonamientos de unos o de otros e incluso parte de unos y parte de otros y se ha visto que todos procuran, al menos, anclar las decisiones en los cánones normativos pertinentes, esto es, las leyes y la jurisprudencia. Todas las sentencias, como es preceptivo, están *formalmente* motivadas, aun cuando, como se ha ido subrayando a lo largo de este trabajo en relación con los argumentos usados en tales sentencias, la motivación no siempre es igualmente solvente o concluyente, siendo en algunos casos, a mi juicio,

---

debate público y parlamentario desde hace mucho tiempo. Ya solo por esta razón, recurrir al Decreto Ley en una materia como esta no es apropiado, teniendo en cuenta que no ha ocurrido ningún hecho nuevo que justifique una circunstancia extraordinaria de necesidad y urgencia.

<sup>45</sup> Vid. el análisis de Luciani, M., «L'emanazione presidenziale dei Decreti-Legge», en *Politica del diritto*, núm. 3, 2009, pp. 430 ss.: basándose en la jurisprudencia constitucional, subraya que es ilegítima cualquier ley que «interfiera» con la cosa juzgada, que «incida» en ella o que «anule sus efectos» (p. 432). Claro que depende de los puntos de vista: comentando en rueda de prensa las razones del rechazo del Presidente de la República a firmar el decreto, un emocionado Berlusconi mantenía que, ante una vida humana en peligro, no podemos detenernos frente a «formalismos jurídicos» ni por el hecho de que haya intervenido una sentencia judicial (en PIZZETTI, F.G., «Sugli ultimi sviluppi del «caso Englaro»: limiti della legge e «progetto di vita», en *Politica del diritto*, núm. 3, 2009, p. 453 (nota 27).

<sup>46</sup> Vid. PACE, A., «Quella legge ancora inutile», en *La Repubblica*, 9 de febrero de 2009.

<sup>47</sup> Mientras tanto, el Senado aprueba una moción en materia de alimentación e hidratación artificial, presentada por un grupo de senadores de la mayoría, que recoge la disciplina contenida en el Decreto Ley (para más detalles, *vid.* Pizzetti, «Sugli ultimi sviluppi del «caso Englaro»: limiti della legge e «progetto di vita», *cit.*, p. 466).

manifiestamente insuficiente o errónea. Sin embargo, hay una evolución: una de las consecuencias razonables de que existan distintos grados de juicio es la «acumulación de conocimientos fáctico-jurídicos» y en este caso, desde luego, la sentencia 21748/2007 de la *Cassazione* representa el punto de llegada. En cualquier caso, como se ha visto, las distintas instancias de juicio han resuelto el caso de forma distinta básicamente porque han interpretado en un sentido u otro las normas, y también los hechos, aplicables al supuesto concreto. A riesgo de simplificar pero en aras de la comunicación del mensaje, podríamos agrupar las cuestiones más problemáticas suscitadas por la petición de Beppino Englaro alrededor de dos vectores «bioéticos» que han marcado las oscilaciones de las numerosas decisiones judiciales y que sustancialmente coinciden con las dudas por las cuales Beppino Englaro interpelaba a los jueces en 1999: uno médico (relativo a la definición y calificación de determinadas medidas sanitarias para saber si se pueden rechazar o no) y el otro jurídico (quién tiene la facultad de decidir sobre ello cuando el paciente no puede hacerlo por sí mismo). Veamos como se resuelven estas cuestiones en el proyecto de ley ahora en discusión en la Cámara de los Diputados<sup>48</sup>.

Antes de nada una consideración de orden general pero clave para entender los detalles: el primer apartado del artículo 1 del texto (ya aprobado en las dos ramas del Parlamento) se estrena diciendo que «La presente ley, teniendo en cuenta los principios de los artículos 2, 3, 13 y 32 de la Constitución: a) reconoce y tutela la vida humana, como derecho inviolable e indisponible (...)». Que el derecho utiliza un lenguaje persuasivo, ideológico y no solo preceptivo es cosa sabida, pero en ocasiones la retórica oculta directamente la mentira. Ahora bien, cuando nos hallamos ante una ley que regula temas como el consentimiento informado en materia sanitaria y las declaraciones anticipadas de tratamiento, hablar de «indisponibilidad» de la vida solo puede significar que el legislador está quitando el bien vida de la disponibilidad, por ponernos analíticos, de Alguien<sup>1</sup>, Alguien<sup>2</sup>, Alguien<sup>3</sup> o Alguien<sup>n</sup>, pero no puede hacerlo respecto de todo el universo de campo Alguien  $\lim_{(n \rightarrow \infty)}$  porque no puede eliminar la disponibilidad *tout court*. La razón es bien sencilla: en esta tipología de casos, en que la propia «existencia en marcha» (*ongoingness*) de la vida depende de una decisión ajena, si se establece el principio según el cual el sujeto interesado (o su representante) no pueden disponer de su vida, en realidad se pretende desviar la atención del hecho de que «otro» sujeto dispone *de facto* de esa vida, ya sea el médico, el Gobierno, el Estado o la parroquia.

---

<sup>48</sup> El último dato del que dispongo a 6 de julio de 2001 es que la Cámara acaba de aprobar los artículos 1 y 2 del proyecto de ley ya aprobado en el Senado el 26 de marzo de 2009 y con las enmiendas aportadas por la Comisión de Asuntos sociales de la Cámara de Diputados



Alguien(x) tiene que tomar (y de hecho lo hace) la decisión; por tanto, aquí de lo que se trata en realidad es de establecer *quien* ha de tomarla<sup>49</sup>.

#### 5.1.1 NUTRICIÓN E HIDRATACIÓN ARTIFICIAL: ¿CUIDADOS BÁSICOS O TRATAMIENTOS MÉDICOS?

Con respecto a las dos cuestiones problemáticas a las que aludía antes, la primera queda resuelta en el artículo 3.5 del proyecto de ley: «También en cumplimiento de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, alimentación e hidratación, en las distintas formas que la ciencia y la técnica puedan proporcionarle al paciente, deben ser mantenidas hasta el final de la vida, exceptuando el caso en que ya no resulten eficaces para suministrarle al paciente los factores nutricionales necesarios para las funciones fisiológicas esenciales del cuerpo. No pueden formar objeto de declaración anticipada de tratamiento». La invocación de la Convención de ONU sobre las personas con discapacidad ya había aparecido en el famoso *atto di indirizzo* del Ministro de Sanidad. En concreto, la primera parte y la letra *e*) del artículo 25: «los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad (...) *e*) impedirán que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud o alimentos sólidos o líquidos por motivos de discapacidad». Es evidente de todo punto, como también había afirmado la sentencia del T.A.R. Lombardía 214/2009, que el principio de no discriminación de las personas con discapacidad no es necesario buscarlo en una norma internacional pues se deduce «ágilmente» de la Constitución italiana y, sobre todo, que para nada es incompatible con el derecho al rechazo de los tratamientos sanitarios «ya que, al contrario, si se siguiera el planteamiento ministerial [y volcado en el proyecto de ley], es decir, si al discapacitado (incapacitado) no se le reconociera tal derecho, precisamente en ese caso se vería

---

<sup>49</sup> En este sentido general *vid.*, por ejemplo, PIOGGIA, A., «Profili di incostituzionalità del d.d.l. Calabrò», en [http://www.astrid-online.it/Libert--di/TESTAMENTO/Studi--ric/Pioggia\\_Osservazioni-Sul-DDL-Calabr-\\_19\\_02\\_09.pdf](http://www.astrid-online.it/Libert--di/TESTAMENTO/Studi--ric/Pioggia_Osservazioni-Sul-DDL-Calabr-_19_02_09.pdf) y Agosta, S., «Se l'accanimento legislativo è peggio di quello terapeutico: sparse notazioni al disegno di legge» in *materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*, en [http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti\\_forum/paper/0175\\_agosta.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0175_agosta.pdf) (fecha de consulta: 11/04/2011). Uso la lógica aunque considere totalmente válido el argumento jurídico de Rodotà quien, precisamente el mismo día en que estoy escribiendo estas líneas, reitera que la mención del proyecto de ley a la indisponibilidad de la vida está en contradicción absoluta con el consolidado derecho al rechazo y a la suspensión de las terapias (RODOTÀ, S., «Chi vuole rubarci la vita», en *La Repubblica*, 7 de julio de 2011).

injustamente discriminado en el ejercicio de una libertad constitucional»<sup>50</sup>. Mi sospecha es que, sin disponer de un anclaje constitucional para fundamentar el contenido del artículo, al legislador o impulsor de la ley no se le ha ocurrido otra cosa que buscar algún texto normativo que obligara a «dar de comer al hambriento y de beber al sediento»; y habría sido demasiado evidente si hubiera remitido directamente al Evangelio. Lo que viene después es en cierto sentido sensacional porque representa la «excepción italiana» en medicina: ningún juez, a lo largo del «caso Englaro» ha encontrado elementos para alcanzar la definición colocada en el proyecto de ley; las únicas instancias judiciales que ponían en duda la calificación de la alimentación e hidratación artificial como «tratamiento sanitario» o como medida de «sustento vital» habían sido la *Corte d'Appello* de Milán en 1999 y el Tribunal de Lecco en 2002, mostrando ciertas perplejidades que requerían un debate científico-ético-jurídico sobre la definición de tales terapias (*vid. supra* los puntos 3 y 4 del apartado 3)<sup>51</sup>. Se ha visto que la *Cassazione* ha cerrado definitivamente ese debate alineándose a la mayor parte de la comunidad científica y la jurisprudencia internacionales: la nutrición por sonda nasogástrica es un tratamiento sanitario porque su aplicación exige un «saber científico» (*vid. supra* el punto 8 del apartado 3). Sólo un médico o un profesional de la salud autorizado y no un abogado, como por lo demás es mi caso, podría llevar a cabo tal tratamiento sanitario. En cambio, al igual que cualquier otra persona sin conocimientos sanitarios, puedo suministrar una medida de sustento vital como darle de comer a mi hijita con una cuchara porque ella no puede valerse por sí sola. ¿Y por qué puedo hacer esto? Porque lo que suministraría sería simplemente comida y bebida y no estaría, como en el caso de la alimentación e hidratación artificial, practicando maniobras quirúrgicas en las venas o en el aparato digestivo ni proporcionando como nutrientes productos farmacológicos muy especiales, a menudo portadores de complicaciones, preparados, prescritos y controlados por personal especializado<sup>52</sup>. En efecto, la letra del artículo aprobado por el Senado, antes de pasar por la Comisión en la Cámara de Diputados, calificaba a la alimentación y nutrición artificial como «formas de sustento vital». Tal vez, percatándose de que la tesis científica subyacente en el proyecto de ley originario podía resultar peregrina y de que, al margen de tal calificación,

<sup>50</sup> T.A.R. Lombardía, Sección III, Sentencia de 26 de enero de 2009, núm. 214, FJ 5.2.

<sup>51</sup> No es cierto, por tanto, como se ha dicho, que los Tribunales de Lecco y de Milán «declararon que la alimentación no es una terapia, sino una medida de *sostenimiento vital*» (VIDAL, E., «Diez preguntas sobre el “caso” Englaro: constitucionalismo, derechos, principios, pluralismo y relativismo», en *Persona y derecho*, núm. 61, 2009, p. 144).

<sup>52</sup> VERONESI, P., *Il Corpo e la Costituzione*, cit., p. 228; en el mismo sentido Casonato, C., «Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione», en *Quaderni Costituzionali*, núm. 3, 2008, p. 551 y la *Postilla* de M. BARNI al texto aprobado por el *Comitato Nazionale per la Bioetica* el 30 de septiembre de 2005 (<http://www.palazzochigi.it/bioetica/testi/PEG.pdf>) fecha de consulta: 13/06/2011.

queda abierta la cuestión aquí no discutida pero discutible de por qué un sujeto no debería tener derecho a rechazar unas determinadas medidas indiferentemente de si son «tratamiento» o mero «mantenimiento», se ha modificado el texto estableciendo la prohibición absoluta de suspenderlas («deben ser mantenidas hasta el final de la vida») y, por si fuera poco, de incluirlas en las directivas anticipadas («no pueden formar objeto de declaración anticipada de tratamiento»). El legislador se toma la revancha contra los jueces del «caso Englaro».

### 5.1.2 LA DECLARACIÓN ANTICIPADA DE TRATAMIENTO

El segundo asunto, relativo a quién y cómo decide sobre el final de la vida, ha sido a mi juicio la cuestión más peliaguda que han tenido que afrontar los jueces que han intervenido en esta larga historia<sup>53</sup>. En este ámbito se han registrado las mayores divergencias entre instancias judiciales y no es necesario reiterarlas. Sin embargo, para comparar de nuevo la labor jurisprudencial con la gubernamental-legislativa, voy a citar un fragmento de una de las sentencias que, y quiero subrayar esto, *no estima* el recurso de Beppino Englaro: «no hay duda de que en virtud del derecho a la salud y a la autodeterminación en campo sanitario, el sujeto capacitado puede rechazar incluso los cuidados indispensables para mantenerle en vida, [pero] en el caso de un sujeto incapacitado (del que no se conoce con seguridad la voluntad, como E. E.) al que solo se le está aplicando un tratamiento de nutrición que, independientemente de las modalidades invasivas con que se ejecuta (sonda nasogástrica) es ciertamente indispensable por la imposibilidad del sujeto de alimentarse de otra forma y que si se suspendiera lo conduciría a la muerte, el juez –llamado a decidir si suspenderlo o no– no puede dejar de considerar la consecuencias irreversibles de la suspensión solicitada (muerte del sujeto incapacitado), debiendo buscar necesariamente un equilibrio entre derechos igualmente garantizados por la Constitución como el de autodeterminación y dignidad de la persona y el de la vida»<sup>54</sup>. En efecto, la averiguación de la voluntad de Eluana ha sido un problema central en el desenlace del proceso y no faltan argumentos, a mi juicio, razonables que recomiendan ir con pies de plomo por la senda de la valoración de las pruebas cuando se trata de reconstruir y valorar judicialmente los indicios de voluntad presunta. Admitamos que es delicada la cuestión del *substituted judgement* como posible fuente de decisiones heterónomas y no autónomas<sup>55</sup>. Parece que las dos posturas en

<sup>53</sup> Vid. SANTOSUOSSO, A., «La volontà oltre la coscienza: la Cassazione e lo stato vegetativo», en *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, núm. 1, 2008

<sup>54</sup> Corte d'Appello de Milán, Decreto de 16 de diciembre de 2006.

<sup>55</sup> Vid., por ejemplo, MINGARDO L., «L'autonomia illusoria. Il diritto di autodeterminazione tra le maglie dell'eterodeterminazione», en *Tigor: rivista di scienze della comunicazione*, núm. 1, 2010, pp. 126 ss.

conflicto son: la de quien sostiene que la voluntad presunta a través del juicio sustitutivo es del todo equiparable a la voluntad declarada por el paciente plenamente capaz y la de quien mantiene que el caso de un sujeto incapacitado del que no se conoce con certeza la voluntad (es decir, que no ha dejado una declaración anticipada) no puede ser equiparado al caso de un sujeto plenamente capaz. Me parece una disyuntiva admisible y, de hecho, los jueces se han pronunciado en un sentido u otro. ¿Cómo la resuelve el legislador en el proyecto de ley Calabrò? Como la relativa a la calificación de la nutrición artificial: yendo más allá del horizonte jurídico visible. Así, el artículo 7 del texto señala: «1. Las voluntades expresadas por el sujeto en su declaración anticipada de tratamiento serán tomadas en consideración por el médico referente que, tras oír al fiduciario, apuntará en la historia clínica los motivos por lo que estima cumplirlas o no. 2. El médico no puede tomar en consideración las indicaciones dirigidas a provocar la muerte del paciente o contrarias a las normas jurídicas o la deontología médica. Las indicaciones serán valoradas por el médico, oído el fiduciario, en ciencia y conciencia, en aplicación del principio de la inviolabilidad de la vida humana y de la tutela de la salud, según los principios de precaución, proporcionalidad y prudencia. 3. En caso de controversia entre el médico y el fiduciario, la cuestión será sometida a la valoración de un colegio de médicos (...) Este colegio deberá escuchar al médico referente. Queda en todo caso vigente el principio de la inviolabilidad y de la indisponibilidad de la vida humana (...)». Conclusión: no solo no se admite como vinculante para el médico un juicio por subrogación como el del «caso Englaro», sino que en virtud de esta ley ni tan siquiera el paciente perfectamente capacitado para tomar decisiones puede tutelarse mediante el testamento biológico. No solamente, como reza el artículo 3, la suspensión de la alimentación e hidratación artificial no puede ser objeto de declaración anticipada sino que la propia declaración no es vinculante para el médico. La cosa –si se permite la expresión coloquial– roza la tomadura de pelo teniendo en cuenta que mientras el título de la ley es «Disposiciones en materia de alianza terapéutica, consentimiento informado y declaraciones anticipadas de tratamiento», el texto niega de forma tajante y sistemática tanto el consentimiento informado como las declaraciones anticipadas. La llamada alianza terapéutica es en realidad una especie de investidura del médico como *dominus* de la vida del paciente y bajo cuyo poder se desplaza el centro de las decisiones. De este modo, al adueñarse del cuerpo del ciudadano eliminando el derecho a la autodeterminación, degradando el consentimiento informado al nivel de orientación sin valor vinculante y trasladando la decisión al médico, el Estado se convierte en científico y dicta preceptos éticos<sup>56</sup>. De aquí al recuerdo del

---

<sup>56</sup> RODOTÀ, S., «Il caso Englaro: una cronaca istituzionale», cit., p. 85.

concepto foucaultiano de biopolítica –la creciente implicación de la vida natural del hombre en los mecanismos de poder– hay un paso.

Ahora bien, ¿es necesaria una ley sobre esta materia? Se ha criticado la perspectiva neoconstitucionalista según la cual la Constitución es directamente aplicable por el juez en las controversias entre privados. Y se ha mostrado sorpresa ante la actividad de un juez que efectúa una elección discrecional para llenar una supuesta laguna y lo hace obviando normas positivas como el artículo 5 del Código Civil<sup>57</sup> y los artículos 579 y 580 del Código Penal. En definitiva, se ha lamentado que el juez se transforme en legislador<sup>58</sup>. Para desmentir esta tesis basta con interpretar el derecho existente, no es necesario ser neoconstitucionalista en el sentido críticamente mencionado; se trata simplemente de no olvidar que las constituciones «expresan e incorporan valores del mismo modo que lo hacen las leyes ordinarias»<sup>59</sup>. Lo anterior, obviamente, no significa que la jurisdicción pueda soslayar la aplicación de leyes aprobadas por el poder legislativo constituido, para más señas, por un parlamento democrático. La motivación racional (o razonable) de las decisiones no es, al menos en mi opinión, un *passepertout* para derrotar normas jurídicas. Más bien, se trata de evaluar si la argumentación judicial tiene anclaje en normas vigentes y hasta qué punto utiliza artificios hermenéuticos en el ejercicio de su discrecionalidad interpretativa.

Si atendemos al *excursus* jurisprudencial aquí trazado vemos que la *Corte di Cassazione* ha dictado una sentencia fundamentada en normas jurídicas existentes, constitucionales, internacionales, jurisprudenciales y deontológicas y creo que no ha obrado en una situación de vacío normativo en la resolución del caso Englaro<sup>60</sup>. En este sentido, una reciente decisión judicial recuerda que los artículos 2, 23 y 32 de la Constitución poseen el carácter de imperatividad y de inmediata aplicabilidad sin necesidad de ninguna intervención por parte del legislador ordinario<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> Desde hace tiempo, la doctrina ha demostrado que la libertad de disposición del cuerpo halla sus raíces en la Constitución como proyección de la libertad personal (art. 13) y de la disciplina de los tratamientos sanitarios obligatorios (ROMBOLI, R., art. 5, en GALGANO, F. (ed.), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1988, pp. 239 ss. Sobre el origen «mercantil» del artículo 5 del Código Civil *vid.* RODOTÀ, S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milán, Feltrinelli, 2006, pp. 84-85.

<sup>58</sup> BECCHI, P., «L'imperialismo giudiziario», cit., pp. 387 ss.; también GAZZONI, F., «La cassazione riscrive la norma sull'eutanasia», en [www.judicium.it](http://www.judicium.it) (fecha de consulta: 18/05/2011).

<sup>59</sup> FERRAJOLI, L., «Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista», en *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, p. 2786.

<sup>60</sup> En este sentido, para mí, el de Eluana Englaro no es un caso «trágico» en el sentido manejado por la doctrina. Lo trágico aquí son los hechos, no la encrucijada jurídica entre derecho y justicia al estilo, por ejemplo, del caso de Serena Cruz.

<sup>61</sup> Tribunal de Florencia, Decreto de 22 de diciembre de 2010.

Por otra parte, una «ley de mínimos» –en sociedades pluralistas no debería ser de otra manera cuando se legisla en temas bioéticos– serviría para identificar de forma más clara el área que debe quedar ajena de la reglamentación jurídica y que garantiza la autonomía del sujeto. Claro que una legislación más bien de principios implicaría la adaptación a los casos por parte de los jueces. Pero esto parece precisamente el peligro a evitar por parte de ciertos sectores institucionales y, por ello, el Gobierno se ha visto obligado a intervenir en la materia del final de la vida: Silvio Berlusconi, en vistas de la llegada del proyecto de ley Calabrò a la Cámara, escribió una carta a *sus* diputados avisándoles de que «la gran mayoría de nosotros considera que sobre el final de la vida, cuestión sensible y vinculada a la esfera más íntima y privada, no se debería legislar y yo también pensaría así si no hubiera tribunales que, aduciendo presuntos vacíos normativos, en realidad pretenden saltarse el Parlamento y usurpar sus funciones. No podemos olvidar que la ley que estamos a punto de debatir surge de un evento que ha traumatizado la opinión pública y todos nosotros: la muerte de una mujer, establecida –por primera vez en Italia– a través de una sentencia»<sup>62</sup>. Al final, las cuentas encajan: esta nueva invectiva contra los jueces es una de las batallas más cruentas que el Gobierno ha librado en este terreno durante los últimos años. Y no estoy seguro de si el trauma al que se refiere el ex Presidente del Gobierno proviene de la muerte de una mujer o de que haya intervenido en ella una sentencia judicial.

Fecha de recepción: 31/03/2012. Fecha de aceptación: 20/12/2012

---

<sup>62</sup> Puede consultarse en la propia página web del *Popolo della libertà*, el partido de Berlusconi: <http://www.ilpopolodellaliberta.it/notizie/20584/berlusconi-su-testamento-biologico-conciliare-etica-convinzione-con-etica-responsabilita->.

# Jaque a la Transición: análisis del proceso de recuperación de la memoria histórica

Por RAFAEL ESCUDERO ALDAY<sup>1</sup>

Profesor Titular de Filosofía del Derecho  
Universidad Carlos III de Madrid

## RESUMEN

*El proceso de recuperación de la memoria histórica ha situado la reivindicación de las víctimas de la dictadura franquista en el centro del debate ciudadano, político y académico. Conceptos como justicia transicional, derechos de las víctimas del franquismo o memoria democrática, entre otros, han ocupado el espacio público. En este artículo se analiza el debate generado en los últimos tiempos. Un debate que se extiende no sólo a la reparación de los derechos de las víctimas de la dictadura (memoria personal y familiar), de acuerdo con las obligaciones internacionales que incumben a España, sino también al propio cuestionamiento de la Transición y de las bases jurídico-políticas del actual sistema constitucional (memoria colectiva).*

**Palabras clave:** *Memoria histórica, justicia transicional, transición a la democracia, víctimas del franquismo, crímenes contra la humanidad, dictadura, Constitución de 1978.*

---

<sup>1</sup> Este artículo ha sido elaborado durante el curso académico 2011-2012. Ese curso Rafael Escudero fue *International Visiting Scholar* en el Washington College of Law (American University). Para la realización de esta estancia de investigación contó con una beca de la Fundación Cajamadrid de movilidad para profesores de las universidades públicas de Madrid.

## ABSTRACT

*The on-going process of recovering the historical memory in Spain has situated the legitimate reivindications of the victims of Francoist dictatorship just in the center of the social, political and academic debate. Concepts like transitional justice, rights of the victims of political violence and democratic memory have occupied the public agenda. This article focuses on the questions related not only to the reparations of the victims' rights (personal and familiar memory), according to the international obligations, but also to the transition to democracy and the political foundations of the Spanish constitutional regime (collective memory).*

*Key words: Recovering of Historical Memory, Transitional Justice, Victims of Gross Violations of Human Rights, Crimes against Humanity, Francoism, Transition to Democracy, Spanish Constitution.*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA: SOBRE PACTOS, SILENCIOS Y OLVIDOS. 3. LA RECUPERACIÓN DE LA MEMORIA HISTÓRICA: DE LA HISTORIA A LA POLÍTICA. 3.1 *Memoria histórica: los contenidos de un concepto.* 3.2 *Contra la memoria: las críticas a un concepto.* 3.2.1 La memoria y su validez científica. 3.2.2 La memoria y su uso político. 4. DE LA MEMORIA HISTÓRICA A LA JUSTICIA TRANSICIONAL: OBLIGACIONES PARA EL ESTADO. 4.1 *La agenda de la justicia transicional.* 4.2 *¿Por qué en España? Y, ¿por qué ahora?* 5. EPÍLOGO. LA INVESTIGACIÓN JUDICIAL DE LOS CRÍMENES DEL FRANQUISMO.

## 1. INTRODUCCIÓN

El panorama político de los últimos años en España se ha visto sacudido por la irrupción del movimiento de recuperación de la memoria histórica. Un movimiento nacido de la sociedad civil, de organizaciones y asociaciones cuya inicial reivindicación se centraba en recuperar la dignidad y los derechos de las víctimas del franquismo, y que ha conseguido hacerse un hueco no sólo en la opinión pública, sino también en la agenda política. La Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura (BOE 27-XII-2007) –conocida popularmente como la ley de memoria histórica– supuso el reconocimiento de algunas de las demandas largamente solicitadas por este movimiento. Esta ley se suma a otras disposiciones de carácter legal y reglamentario que desde los inicios de la democracia habían venido aprobándose para indemnizar a personas represaliadas durante la dic-



tadura (Aguilar 2008a). Mediante ella el legislador buscaba zanjar, de una vez por todas, la cuestión de las víctimas del franquismo y su debido reconocimiento y protección.

Sin embargo, la aprobación de la ley de memoria histórica no supuso el fin de la discusión política ni del debate académico. Políticamente, la ley ha sido cuestionada tanto por quienes consideran que supone el fin del pacto de la Transición y la apertura de las «heridas del pasado» como por los que opinan que su articulado y medidas no alcanzan a reparar adecuadamente a las víctimas de las graves violaciones de derechos humanos cometidas a raíz del golpe de Estado que dio lugar a la guerra civil y la posterior dictadura franquista<sup>2</sup>. Desde el punto de vista académico, son varios los debates generados y diversas también las perspectivas de análisis. Historiadores, politólogos, filósofos y juristas han encontrado en este proceso un terreno fecundo para sus aportaciones, dado que en él se entrecruzan cuestiones relacionadas con la historiografía y sus diferentes técnicas, el deber moral de dignificar a las víctimas de un pasado violento, las obligaciones que el Derecho internacional impone al Estado español, el uso de la historia con fines políticos, así como las bases político-ideológicas del proceso de Transición a la democracia que dio lugar a la Constitución de 1978.

En este proceso de recuperación de la memoria histórica, del relato de la represión política acaecida durante la guerra civil y la dictadura franquista, se distinguen dos grandes reivindicaciones. Bajo la primera se aglutinan las demandas de las víctimas de dicha represión, ignoradas durante los cuarenta años de dictadura y desatendidas en gran medida tras la llegada de la democracia. Se pide que se ponga fin a ese desamparo, que se desarrollen políticas públicas que permitan la recuperación de la memoria personal y familiar de quienes sufrieron graves violaciones de derechos, violencia de motivación política o represión a consecuencia de su ideología. A ello se suma una segunda reivindicación, que busca ir más allá de la implementación de este programa de reparaciones para poner su foco de atención en la construcción de una sociedad y una ciudadanía más respetuosa con la legalidad, la democracia y los derechos humanos. Se pretende, así pues, recuperar una memoria democrática que, frente al relato político hegemónico que ha actuado como pilar legitimador del sistema constitucional, reivindique el relato de las víctimas del franquismo y ponga en valor lo que supuso para España la Segunda República y la Constitución de 1931.

De lo individual a lo colectivo, de la reparación de las víctimas a la conformación de un marco ideológico-político basado en los valores republicanos que se instale en el imaginario colectivo de la democra-

---

<sup>2</sup> Un análisis detallado del debate parlamentario, los argumentos esgrimidos por los distintos grupos políticos y las medidas contenidas en la ley puede seguirse en Martín Pallín y Escudero (2008).

cia española. Por qué es hoy, más de treinta años después de la aprobación de la Constitución de 1978, cuando ha cuajado este movimiento de recuperación de la memoria histórica, y cuáles son los aspectos que lo vertebran y dotan de coherencia argumentativa, es el objeto de análisis de las páginas que componen este trabajo.

## 2. LA TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA: SOBRE PACTOS, SILENCIOS Y OLVIDOS

El discurso político hegemónico en España presenta la Transición a la democracia como un proceso exitoso, incluso modélico, cuyos resultados son dignos de exaltación teórica y exportación a otros países (López Guerra 1998: 1939-1944). Se alega el carácter ejemplar de un proceso que, sin violencia ni enfrentamiento entre españoles, puso fin a la dictadura y dio lugar a una democracia equiparable a las de los países de su entorno. Tal resultado fue posible gracias a lo que se ha llamado el «consenso de la Transición»; expresión bajo la que se hace referencia a un pacto de reconciliación –iniciado ya en los años cincuenta– entre unas élites pertenecientes a la oposición democrática y los sectores aperturistas del franquismo. Un pacto basado en el silencio y olvido del trágico pasado, en retirar del debate público y de la escena política todo lo que tuviera que ver con la República y la dictadura, no solo a los efectos de que aquel no volviera a repetirse, sino también como única forma de asegurar la consolidación de la democracia (Juliá 2010: 306-310).

Entre las cláusulas de ese «pacto de silencio» –de ese echar al olvido la tragedia del pasado– ocupa un lugar destacado el pasar por alto todo lo relativo a los crímenes del franquismo, amnistiando a sus autores e inoculando una dosis de amnesia en la sociedad española sobre lo sucedido durante los cuarenta años de dictadura. Una amnesia que, trasladada al incipiente régimen político, invadió todas las esferas de la vida ciudadana, social, académica, universitaria, etc. (Espinosa 2010: 35-40). En lo que a las víctimas directas se refiere, este olvido se tradujo en la indefinida postergación de sus legítimas reivindicaciones de reparación integral del daño causado, rehabilitación de su memoria e investigación penal sobre los hechos y sus autores.

Pero el pacto de olvido no termina aquí. Incluía otra cláusula por la que cada parte se comprometía a renunciar al pasado, cada una al suyo, como instrumento de reivindicación política. Así, mientras que los franquistas debían renunciar a la dictadura, los demócratas debían hacer lo mismo con la República. Ello consolidó la tesis de la equidistancia entre la dictadura franquista y la Segunda República (Monedero 2011: 105-107). Asimismo, produjo la salida de la escena política de cualquier reivindicación de la experiencia republicana que pretendiera hacerse por las fuerzas políticas democráticas. La Constitución

de 1931, sus valores, principios y derechos, quedaron fuera del terreno de juego político<sup>3</sup>.

Antes de culminar en la Constitución aprobada en diciembre de 1978, los contenidos del pacto fueron materializándose en decisiones políticas de gran relevancia que pusieron de manifiesto el enorme control que sobre el proceso ejercieron los sectores del franquismo aglutinados bajo lo que se denominó el «partido militar» (Lacasta 1988: 143-160; Capella 2003: 22). Para empezar, configurando la Transición como un proceso de reforma y no como una ruptura radical con el franquismo, gracias en gran medida a la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política (BOE 5-I-1977), la cual ha sido calificada precisamente como una «ley-puente» entre la legislación franquista y la futura arquitectura constitucional (Díez-Picazo y Elvira 2008: 22). Esta ley permitió pilotar el proceso de la forma que mejor convenía a los sectores conservadores.

Estos impusieron la renuncia a la discusión sobre la forma de Estado. Recuérdese que el propio Franco había designado a Juan Carlos de Borbón «sucesor a título de rey» el 22 de julio de 1969, de acuerdo con las previsiones de la Ley de Sucesión a la Jefatura del Estado de 1946. Así, el sistema político que surgiera tras la muerte del dictador recibiría su legitimidad del régimen nacido el 18 de julio de 1936 a raíz de un golpe de Estado contra el Gobierno republicano. Nada se hizo durante la Transición para revertir esta situación. Más bien al contrario. Se consolidó esta línea de continuidad en la sucesión a la jefatura del Estado que había establecido el propio Franco. Para ello, a los partidos políticos que quisieran concurrir a las elecciones generales de 15 de junio de 1977, las que dieron lugar a unas Cortes materialmente constituyentes, se les obligó a renunciar a toda denominación expresamente republicana. Así, cuando en 1978 la ciudadanía acudió a ratificar en referéndum la Constitución –ese argumento de legitimidad sobrevenida que se utiliza para lavar el «pecado original» de la monarquía española–, esta se encontraba ya totalmente consolidada en el escenario político. Es más, dado que su legitimidad provenía del régimen dictatorial anterior, el monarca no juzgó oportuno ni necesario jurar el propio texto constitucional<sup>4</sup>.

La manifestación más clara del pacto de olvido que funda la Transición se encuentra en la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía (BOE 17-X-1977). Nacida como una reivindicación de la oposición

---

<sup>3</sup> Prueba de ello es la inexistencia de menciones expresas a la República y su Constitución en el texto constitucional de 1978. La única referencia que se hace al pasado republicano aparece en la Disposición transitoria segunda, al hilo de la puesta en marcha del proceso autonómico, al referirse a «los territorios que en el pasado hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatuto de Autonomía».

<sup>4</sup> A diferencia de lo que sí hizo, y hasta dos veces, con los principios del movimiento nacional y demás leyes fundamentales del reino. Una, el 22 de julio de 1969, cuando Franco le designó sucesor en la jefatura del Estado; y otra, el 22 de noviembre de 1975, tras la muerte del dictador, a la hora de acceder a la Corona.

democrática, que buscaba con ella la salida de los presos políticos de las cárceles, la amnistía fue utilizada como moneda de cambio para la normalización democrática. Así, tras un artículo inicial que declara amnistiados los que durante la época franquista se consideraban delitos políticos, su art. 2 incluye en la amnistía «los delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del orden público, con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta ley», así como «los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas». Este artículo es el esgrimido por quienes –incluido el Tribunal Supremo– entienden que no cabe siquiera investigar judicialmente los crímenes de lesa humanidad cometidos durante el golpe de Estado de 1936 y la posterior dictadura franquista. En todo caso, es el punto central que sujeta esa hipotética reconciliación entre españoles que produjo la Transición.

Además, la privilegiada posición de poder que tuvieron los sectores franquistas en el escenario político de la época determinó la creación de una suerte de «constitución tácita» (Capella 2003: 19, 31-39), que ejerció de límite al texto finalmente aprobado en 1978. Sus contenidos se ponen de manifiesto, por ejemplo, al observar la regulación constitucional del Ejército –similar a la que tuvo bajo el franquismo– o al zanjar la cuestión de la unidad de España, evitando cualquier discusión sobre el modelo territorial de Estado. No deja de merecer algún comentario el precepto constitucional que regula esta cuestión, el art. 2: «La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles». El uso del verbo fundamentar en este enunciado supone una fuerte contradicción con el principio de soberanía popular que parece inspirar el texto constitucional. En efecto, el fundamento de toda constitución democrática no puede ser otro que el acuerdo de la ciudadanía expresado libremente mediante su aprobación. Pero nunca la unidad de la nación española, la cual será en todo caso el resultado de la decisión de la soberanía popular, pero no la premisa básica para su ejercicio. Este cambio de fundamento impone una condición para el incipiente sistema constitucional: este solo será tal mientras se mantenga la unidad de la nación<sup>5</sup>.

Esta «constitución tácita» impidió que fuera mucho lo avanzado en términos de profundización democrática. Se legalizaron los partidos políticos y se institucionalizaron las elecciones sobre la base del sufragio universal, lo cual no es poco, pero a cambio se circunscribieron los instrumentos de participación ciudadana a los que pudieran canali-

---

<sup>5</sup> Como anécdota –y quizá algo más– cabe reseñar que, a tenor de lo escrito sobre esta cuestión, parece que no fueron los miembros de la ponencia constitucional los que redactaron este art. 2, sino que su texto les fue remitido desde el Palacio de la Moncloa con la advertencia de que no cabía modificación alguna al haber sido ya consensuado con el Ejército (BASTIDA 1988: 45).

zarse a través de los partidos políticos. El modelo constitucional de democracia representativa asfixia cualquier posibilidad de avanzar hacia mecanismos de democracia directa o participativa. Los escasos indicios de esta última que aparecen en el texto constitucional están contruidos de forma que no puedan «competir» con la actividad de los representantes de la ciudadanía. Por ejemplo, en la iniciativa legislativa popular (art. 87.3), excluida de las cuestiones centrales de la Constitución y para cuya presentación se exige un mínimo de medio millón de firmas acreditadas. Similar filosofía preside la regulación del referéndum, es decir, la consulta directa a la ciudadanía de decisiones políticas de especial trascendencia. Su convocatoria queda reservada en exclusiva al presidente del Gobierno, con autorización previa del Congreso, y su resultado en ningún caso será vinculante (art. 92). El enorme recelo y desconfianza que el referéndum vinculante suscitaba entre los constituyentes de 1978 (Peces-Barba 1988: 187) hizo que, finalmente, este quedara reservado a la reforma del «núcleo duro» de la Constitución, la aprobación y reforma de los Estatutos de autonomía de las regiones históricas (Euskadi, Catalunya y Galicia) más Andalucía, así como para una hipotética incorporación de Navarra a la comunidad autónoma vasca. Hasta aquí llega la obligatoriedad de consultar al pueblo<sup>6</sup>.

Esta opción por la democracia representativa encuentra su complemento necesario en el sistema electoral de tenor mayoritario configurado ya desde las normas que regularon las primeras elecciones generales de junio de 1977. En concreto, el Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre Normas Electorales (BOE 23-III-1977), diseña un sistema electoral dirigido a consolidar dos grandes partidos políticos de ámbito estatal – uno de centro-derecha y otro de centro-izquierda– para que se consiguiera así una estabilidad y gobernabilidad que, de otro modo, podrían verse amenazadas por la presencia en el parlamento de muchas fuerzas políticas de variado signo. Posteriormente, la Constitución validó este sistema electoral, que ha dado lugar a un bipartidismo extendido a la elección de cargos institucionales (magistrados del Tribunal Constitucional, miembros del CGPJ, etc.). Anteponer la gobernabilidad a un sistema que refleje de la manera más ajustada posible las preferencias electorales de las personas es un enorme sacrificio en términos democráticos a la hora de alcanzar una veraz representación de la complejidad de la sociedad (Ferrajoli 2011: 86).

La «constitución tácita» también tuvo su reflejo en el tratamiento constitucional del sistema económico –de libre mercado, según su

---

<sup>6</sup> No se recogió la figura del referéndum derogatorio, presente en la constitución republicana de 1931 (art. 66) y en algunas constituciones de nuestro entorno, como por ejemplo en la italiana. Mediante este procedimiento la ciudadanía puede solicitar pronunciarse sobre –y, en su caso, rechazar– una ley aprobada en el parlamento. Es un mecanismo de control de la ciudadanía sobre sus representantes que el constituyente de 1978 decidió pasar por alto en su defensa de la democracia representativa.

art. 38– y los derechos sociales. Si bien la Constitución proclama un Estado social y democrático de Derecho, después no articula los instrumentos jurídicos necesarios para su efectiva consecución. Con las excepciones de la educación y la asistencia jurídica gratuita, el resto de derechos sociales –por ejemplo, la vivienda o el trabajo– se configuran como principios rectores de la política social y económica, no como auténticos derechos subjetivos dotados de protección judicial. Así, su proclamación constitucional como derechos es pura retórica (Prieto 1990: 185); una retórica dirigida a calmar las aspiraciones de quienes postulaban ir más allá en la garantía de los derechos vinculados a la justicia social y al Estado de bienestar. Una vez más, la presión de las fuerzas conservadoras, de los sectores empresariales vinculados al franquismo, se dejó sentir en los resultados finales del proceso constituyente (Navarro 2002: 25).

Como también influyó en el proceso otro de los integrantes del «partido militar»: la jerarquía de la Iglesia católica, que desde un inicio había apoyado sin fisuras a la dictadura franquista. Su poder fue decisivo para que no se volviera al Estado laico, propio de la Constitución republicana, y se optara por un Estado aconfesional. Esta fórmula abre la puerta a que los poderes públicos reconozcan el hecho religioso, mantengan relaciones de cooperación con las confesiones religiosas y obliga a que estas sean preferentes en el caso de la Iglesia católica (art. 16.3). Inteligente fórmula para garantizar que el Estado siga financiando las actividades propias de la Iglesia.

Sirva este breve recorrido para cuestionar el calificativo de «modélica» atribuido a la Transición. Difícilmente puede calificarse como tal un proceso que termina en una «democracia de baja intensidad» (Pisarello 2003: 132). Aun así, con sus claroscuros y lagunas, lo cierto es que se hubiera derivado hacia un régimen más conservador o autoritario de no ser por la movilización y presión de partidos de izquierda, sindicatos y asociaciones de diversa índole, que generaron un clima proclive a la consecución de derechos políticos y sociales (Jerez 2011: 53-54; Lacasta 2011: 135-136).

A este clima social se respondió desde altas instancias del Estado a través de una violencia institucionalizada para amedrentar así a la población civil en sus demandas democráticas. Todo ello formaba parte de una estrategia de represión dirigida desde autoridades y poderes públicos, amparada en una legislación penal especial propia de la época de la posguerra y aplicada por unas fuerzas de orden público educadas en la cultura franquista. Es, precisamente, este clima de terror y violencia de motivación política otro de los argumentos que empañan esa imagen modélica de la Transición tantas veces alegada<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Según las memorias anuales de la Fiscalía del Tribunal Supremo, fueron 188 las personas fallecidas entre octubre de 1975 y diciembre de 1983 como consecuencia de la violencia política de origen institucional debida a la acción de miembros de los cuerpos policiales o de personas y grupos parapoliciales y de extrema-derecha dirigi-

### 3. LA RECUPERACIÓN DE LA MEMORIA HISTÓRICA: DE LA HISTORIA A LA POLÍTICA

Han tenido que pasar más de treinta años desde la aprobación de la Constitución para que se escuchen voces que cuestionan el relato hegemónico sobre la Transición. Estas voces han cobrado fuerza a partir de la irrupción del movimiento de recuperación de la memoria histórica a finales del siglo pasado. En efecto, este movimiento ha conseguido situar en el centro del debate ciudadano, político y académico no sólo la necesidad de dignificar la situación de las víctimas del franquismo, sino el cuestionamiento de ese pacto de silencio y olvido que está en la base del sistema constitucional. Véase a continuación cómo se articulan ambas dimensiones en el propio concepto de memoria histórica.

#### 3.1 Memoria histórica: los contenidos de un concepto

El origen del concepto de memoria histórica se encuentra en la sociología y la historiografía francesa, siendo las aportaciones de Maurice Halbwachs (1925) y su desarrollo posterior por parte de Pierre Nora (1984) los hitos teóricos decisivos en su construcción doctrinal. Hace referencia este concepto al conocimiento del pasado –de un pasado que ha permanecido oculto para la historia oficial de un país– con el objeto de valorarlo y sacarlo del olvido. Es la conformación de un relato colectivo sobre el pasado por parte de un grupo con el objeto de contribuir a forjar sus señas de identidad como tal. Por tanto, mediante este concepto se hace referencia a dos circunstancias: primero, a la toma de conciencia por parte de las personas de algún aspecto de su pasado; y segundo, al acto de relacionar ese pasado con el presente (Jelin 2011: 188-189).

Cobra relevancia lo transmitido de forma oral, es decir, aquellos hechos del pasado que no han entrado a formar parte de los libros de historia y que se han mantenido en el recuerdo de quienes los sufrieron y de aquellos a quienes les fueron transmitidos. De ahí que se

---

dos, amparados o tolerados por autoridades públicas (SÁNCHEZ SOLER 2010: 20, 353). La violencia política institucional que estaba detrás de estas muertes –y de otras graves violaciones a los derechos humanos como torturas, secuestros y detenciones ilegales– en comisaría, cuarteles, controles de policía o tras la represión de manifestaciones y actos públicos se caracterizó por los siguientes elementos: su autoría correspondió a agentes del Estado y de sus fuerzas de seguridad o a personas y grupos que contaron con su apoyo; con un cierto grado de organización, manifestado en la repetición de acciones y autores, así como en la propia selección de las víctimas; con el objetivo de aterrorizar a la población y paralizar así las demandas ciudadanas en favor de la democracia y los derechos humanos; y, finalmente, bajo un contexto de impunidad que impidió no sólo su investigación judicial, sino incluso su propia denuncia.

recurra a la memoria, la cual actúa como «soporte mínimo de lo histórico» (Aróstegui 2004: 23). Este recurso es relevante en casos como el español, donde el relato histórico de lo sucedido durante el fin de la Segunda República y la dictadura franquista sólo puede reconstruirse adecuadamente a través de la memoria, dado el silencio oficial durante tantos años sostenido sobre estos hechos. Ello hace que, ni en este caso ni en otros similares, pueda haber historia sin memoria (Aróstegui 2004: 24).

De ahí, por tanto, que la memoria sea una forma de conocimiento que opere frente a la historia oficial, a aquella que se ha consolidado en el imaginario colectivo. Lo que se busca con la recuperación de la memoria es, como planteaba Walter Benjamin en la séptima de sus tesis de filosofía de la historia (2008), pasarle a la historia el cepillo a contrapelo. Es decir, dar voz a los que nunca ocuparon ninguna página en los libros de historia.

Por todo ello, de la memoria histórica se predica carácter colectivo en un doble sentido: en primer lugar, para hacer referencia al hecho de que, si bien la memoria es personal, subjetiva e individual, su conformación depende siempre del entorno social, de la interacción de la comunidad, de los «marcos sociales» en los que cada persona habita y se mueve (Halbwachs 1925). La interdependencia entre lo individual y lo colectivo se antoja decisiva, al ser ese conjunto de elementos, conceptos y valores que conforman una comunidad el que da sentido a la memoria, transformando un conjunto de recuerdos más o menos compartidos en una memoria colectiva compartida. Entra en juego aquí el segundo sentido en que debe entenderse la referencia a lo colectivo: mediante la memoria se pretende conformar un relato común compartido por la ciudadanía que sirva para profundizar en valores democráticos. En este caso, aquellos que se plasmaron en la Constitución de 1931 y que fueron sepultados tras el golpe de Estado de 1936.

La insistencia en conformar este relato colectivo pone de manifiesto el carácter eminentemente político de la memoria histórica. Se busca reivindicar ese pasado oculto desde el presente, con la pretensión de que el relato recuperado contribuya a generar un mejor futuro. En efecto, la memoria –al igual que la historia (Pérez Garzón 2010: 25-27, 37-48)– se utiliza con fines políticos. En este caso, esta construcción política que resulta ser la memoria se despliega en un triple momento. En primer lugar, como toma de conciencia de las injusticias del pasado, dado que sólo desde el recuerdo de sus víctimas puede una sociedad ser consciente de su pasado y sus crímenes (Mate 2008: 170). En segundo término, como imperativo de recordar para no repetir. Este imperativo se sustenta en una exigencia ética, que algunos autores extraen de la barbarie nazi, reinterpretando el viejo imperativo categórico en los siguientes términos: «orientar el pensamiento y la acción de modo que Auschwitz no se repita, que no vuelva a ocurrir nada semejante» (Adorno 1975: 365-367).



Finalmente, y en tercer lugar, como referente ideológico que sirva de fundamento para la sociedad, lo que sólo se consigue a través de la transmisión de recuerdos y una buena educación sobre el pasado que permita pensar históricamente (Ibáñez 2009: 55, 89). En el caso español, mediante el conocimiento de la experiencia republicana, que en el siglo XX fue capaz de conformar un sistema jurídico-político basado en los valores democráticos y de respeto a los derechos humanos. De ahí que se hable de memoria democrática y que se reclamen del Estado políticas públicas que la extiendan hacia toda la ciudadanía<sup>8</sup>. Es esta la primera condición para configurar una sólida cultura democrática que marque distancias con la dictadura.

## 3.2 **Contra la memoria: las críticas a un concepto**

Varios son los argumentos presentados contra la recuperación de la memoria histórica. Debido a su carencia de rigor histórico, quedarán al margen de este trabajo los que la descalifican a partir de la consideración de la experiencia republicana como un periodo revolucionario al que se puso fin mediante la acción militar de 1936, la cual se ve no como un golpe de Estado contra la legalidad vigente, sino como el legítimo intento de restaurar el orden y la legalidad rota durante la República<sup>9</sup>. Al margen de estas, las críticas al recurso de la memoria histórica responden a motivaciones historiográficas y filosófico-políticas (en general: Juliá 2010: 339-359; Manzano, 2010: 71-95). Debido a su solidez metodológica y rigor teórico, estas críticas –claramente relacionadas entre sí– merecen ser analizadas y respondidas. Además, este ejercicio de respuesta servirá para definir mejor los perfiles del difuso concepto de memoria histórica y su aplicación a la realidad española<sup>10</sup>.

### 3.2.1 LA MEMORIA Y SU VALIDEZ CIENTÍFICA

Se arguye, en primer término, que la memoria no puede ser una fuente de conocimiento válido para la historiografía, dado que no satisface ninguno de los requisitos que se exigen a las fuentes de conocimiento histórico. Es, pues, un argumento que enfrenta el carácter epistémico de la memoria. Esta es el recuerdo que tienen las personas de determinados hechos y, como tal, no deja de ser algo fragmentario,

---

<sup>8</sup> La Exposición de Motivos de la ley de memoria histórica recoge este discurso al advertir el deber de los poderes públicos de llevar a cabo «políticas públicas dirigidas al conocimiento de nuestra historia y al fomento de la memoria democrática».

<sup>9</sup> Un análisis de los errores y falacias argumentativas de estas tesis «revisionistas» puede encontrarse en ESPINOSA (2010).

<sup>10</sup> Buena parte de estas críticas hicieron mella en el legislador a la hora de redactar la Ley 52/2007, la cual, pese a su denominación popular, no acoge la expresión «memoria histórica» en su título.

selectivo, subjetivo, manipulable y sujeto a múltiples contradicciones que pueden condicionar fatalmente la realidad. Su transmisión de forma oral potenciaría todavía más estas notas. Por el contrario, la historia no se basa en memorias individuales subjetivas, sino en la investigación intelectual de los datos empíricos que sobreviven del pasado. Todo ello conduce a excluir a la memoria del catálogo de fuentes al que puede recurrir una historiografía seria y rigurosa.

La respuesta a esta argumentación pasa por advertir que la historiografía cuenta con una multiplicidad de fuentes en las que apoyarse, de manera que la memoria es tan solo una de ellas. En efecto, el historiador puede acudir a fuentes orales y escritas a la hora de realizar su labor, siendo la apreciación conjunta de todas ellas la que le permitirá argumentar sus conclusiones. En este sentido, no parece de recibo desestimar de partida todo un material historiográfico por el hecho de provenir de una fuente oral. Será el historiador quien, a la luz de su *expertise*, valore y en su caso estime o no los testimonios y relatos que le sean proporcionados<sup>11</sup>.

Detrás del rechazo de la memoria, de la producción oral y de los testimonios, parece haber una opción más ideológica que científica. En una realidad como la española donde durante la dictadura y la Transición se hizo todo lo posible por borrar los rastros de la represión —destruyendo archivos, fichas policiales e, incluso, los lugares físicos donde aquella se produjo—, las fuentes orales de la memoria son una fuente básica para el conocimiento de lo sucedido. Negar su validez busca impedir el conocimiento de los hechos acaecidos mediante la estrategia de «callar al mensajero», dado que este es el que nos deja constancia de lo que aconteció. Borrado el pasado, se evita la posibilidad de tener que dirimir los posibles delitos a que tales hechos hubieran dado lugar (Espinosa 2009: 235-236).

El debate sobre las fuentes orales ha saltado al plano jurídico a raíz de ciertas demandas judiciales presentadas por familiares de personas ya fallecidas cuyos nombres han salido —y no precisamente bien parados— en estudios llevados a cabo sobre episodios de la represión. Se alega el derecho al honor y a la propia imagen de tales personas, supuestamente vulnerados por los autores de tales estudios, frente a las libertades de expresión e información, así como la libertad científica del propio historiador<sup>12</sup>. En esta tesis, ha sido el Tribunal Constitucional quien ha zanjado esta cuestión. En su sentencia 43/2004, de 23 de marzo, el Tribunal afirmó

---

<sup>11</sup> Piénsese lo que sucedería en el proceso penal si se prohibiera como medio de prueba la declaración de testigos, debido a que esta es siempre fruto de recuerdos más o menos hilvanados y condicionados por las circunstancias que rodean a quienes dicen haber visto ciertos hechos. Si se aceptan las declaraciones testificales es porque existen procedimientos a disposición del juez para verificar si el testigo miente o no, si su reconstrucción de los hechos es real, distorsionada o inventada.

<sup>12</sup> El relato y discusión jurídica de los casos más significativos planteados hasta la fecha aparece en ESPINOSA (2009).

que «la libertad científica disfruta en nuestra Constitución de una protección acrecida respecto de la que opera para las libertades de expresión e información, ya que mientras que éstas se refieren a hechos actuales protagonizados por personas del presente, aquélla se refiere siempre a hechos del pasado y a individuos cuya personalidad se ha ido diluyendo necesariamente como consecuencia del paso del tiempo». Así, la libertad científica prevalecerá frente al derecho al honor cuando la investigación «efectivamente se ajuste a los usos y métodos característicos de la ciencia historiográfica».

Esta referencia a la corrección metodológica resulta especialmente importante, dado que en la mayor parte de las ocasiones se carece de documentos u otras fuentes escritas que contribuyan a probar las acusaciones de colaboración con la represión franquista. Aquí, la labor del historiador se basa en testimonios orales, más difusos que las pruebas escritas pero no por ello carentes *per se* de valor histórico.

### 3.2.2 LA MEMORIA Y SU USO POLÍTICO

Además de su valor epistémico, se rechaza el uso político de la memoria. Se arguye su carácter subjetivo y fragmentario para, esta vez, rechazar que pueda servir de fundamento a ningún discurso político. Y menos en un caso como el español donde «hermanos de sangre» se enfrentaron entre sí, tal y como cuenta el relato transmitido durante generaciones. Es imposible encontrar una memoria compartida que pueda servir de cara al futuro, de manera que lo mejor es «echar al olvido» las memorias particulares que cada cual pueda transmitir.

De nuevo, se aprecia el trasfondo político de la crítica a la memoria histórica. En este caso, lo que se pretende es salvaguardar el valor de la Transición, que había adoptado como una de sus premisas ideológicas la tesis de la equidistancia entre la Segunda República y la dictadura franquista. Para defenderla, se desprestigia y descataloga políticamente a la Segunda República, negando que pueda presentarse como ejemplo de futuro al no haber existido en ella una auténtica cultura democrática (Juliá 2010: 316; Leguina 2010: 121-157). Se traen a colación los crímenes cometidos en las zonas leales al Gobierno republicano tras el golpe de Estado, añadiendo que similares eran en sus motivaciones a los de los militares rebeldes: la conquista del poder y el exterminio de la resistencia (Leguina 2010: 77-91 y 95-102).

Esta estrategia argumentativa es la base de la tesis de la equidistancia. Dado que en «ambos bandos» se cometieron crímenes, lo mejor es olvidar el pasado, ignorar los argumentos de ambas partes y mirar hacia adelante. En ello consistió el espíritu de la Transición, en ser equidistante entre una experiencia democrática y otra dictatorial<sup>13</sup>. Sin

---

<sup>13</sup> Todavía se aprecian en el ámbito académico algunos restos de esta equidistancia. Por ejemplo, en la resistencia por parte de no pocos autores a referirse al franquis-

embargo, esta tesis es una versión distorsionada de la historia. No son equiparables ambas violencias (Lacasta 2011: 117-118). Si bien la acaecida en zona republicana se debió a acciones incontroladas a las que el Gobierno legítimo puso fin en cuanto pudo, la llevada a cabo por los golpistas respondía a un premeditado plan de exterminio, sostenido en el tiempo por sus dirigentes y de mucho mayor calado que aquella<sup>14</sup>.

Finalmente, se aduce también que en toda sociedad coexiste una «pluralidad de memorias» para rechazar la posibilidad de que el Estado legisle favoreciendo alguna de ellas (Todorov 2002: 162). Los poderes públicos no deben fomentar políticas sobre la memoria, sino que esta ha de ser un espacio para la propia sociedad, para que sean sus integrantes quienes decidan qué relato sobre el pasado consideran más adecuado. Esta tesis niega, precisamente, el núcleo central de la memoria histórica, basado en las ideas de Benjamin: la memoria a recuperar es la memoria de los oprimidos, de los que quedaron sepultados por los vencedores de la historia.

En nada afecta a quienes política y académicamente defienden esta tesis –según la cual el Estado democrático no debería desarrollar políticas públicas de memoria y educación que fomenten el conocimiento de la experiencia republicana y del trágico destino de quienes la defendieron– que el conflicto no es entre memoria y olvido, sino entre la memoria democrática y el relato oficial consolidado durante la dictadura. Tampoco hace mella en su negativa que durante el franquismo se adoptaran políticas de memoria dirigidas a las víctimas de la violencia política acaecida en zona republicana. Ello ha provocado que aumente la sensación de desamparo en la que se encuentran las víctimas de la dictadura franquista, lo que por otra parte ha contribuido a dotar de mayor legitimación social a sus peticiones.

---

mo como una dictadura, prefiriendo en cambio la denominación de «régimen de claro sentido personal» (DE ESTEBAN 2000: 36, 39) o de autoritarismo (LINZ 2009: 8-11, 49-60). No obstante, en el franquismo concurrían los elementos característicos de las dictaduras o Estados totalitarios: caudillismo e imposición de la voluntad carismática de un dictador; concepción elitista y oligárquica de la sociedad; eliminación física del adversario político; simbología y narrativa del terror y la violencia; nacionalismo exacerbado; catolicismo reaccionario; organicismo social y profundo desprecio por los derechos humanos (DÍAZ 1992: 43-49).

<sup>14</sup> En alguno de sus puntos la ley de memoria histórica sigue presa de esta tesis de la equidistancia. Por ejemplo, cuando rechaza romper de forma tajante con el ordenamiento jurídico franquista y declarar nulas las sentencias dictadas en consejos de guerras y demás tribunales de represión política. Fueron los principios de seguridad jurídica y continuidad del Estado los alegados por los defensores de la fórmula finalmente aprobada, consistente en declarar ilegítimas e injustas tales sentencias y condenas, pero no nulas (arts. 2 y 3 de la ley). Sabido es que el reproche de ilegitimidad e injusticia es un reproche moral, carente de consecuencia jurídica alguna. Así pues, si el legislador hubiera querido «marcar distancias» con el régimen anterior –y de paso reparar la dignidad de los condenados por tales sentencias emitidas sin cumplir las más elementales garantías del debido proceso– debería haber decretado su nulidad, al ser esta la única forma de borrar la culpabilidad dictada por una sentencia (ESCUDERO 2008).

#### 4. DE LA MEMORIA HISTÓRICA A LA JUSTICIA TRANSICIONAL: OBLIGACIONES PARA EL ESTADO

Otro de los soportes teóricos del movimiento de recuperación de memoria histórica es el concepto de justicia transicional. Con esta expresión se hace referencia a las medidas que habrían de adoptarse en periodos de transición política hacia la democracia por países que en el pasado habían soportado guerras civiles o regímenes dictatoriales con graves violaciones a los derechos humanos de la población. Estas medidas, aglutinadas bajo las demandas de verdad, justicia y reparación, tendrían un doble objetivo: por un lado, reparar a las víctimas y sus derechos, reconocer su sufrimiento y restaurar su dignidad; por otro, conseguir la reconciliación social y garantizar la no repetición de tales hechos, contribuyendo así a la consolidación de un sistema político más democrático, justo e incluyente (De Greiff 2006: 1-18; Arthur 2009: 355-357). Es la implantación de una agenda de este tipo la que se exige por parte del movimiento memorialista a los responsables políticos del Estado español.

##### 4.1 La agenda de la justicia transicional

El concepto de justicia transicional aparece en el debate académico de finales de los ochenta y principios de los noventa del siglo pasado, al hilo de los procesos de transición a la democracia acaecidos en algunos países latinoamericanos y en la Europa del Este. Es, en todo caso, una concepción de la justicia asociada a periodos de cambio político y caracterizada por buscar respuestas legales que se enfrenten a los crímenes cometidos en un pasado dictatorial (Teitel 2000: 3). Pronto, sus pretensiones trascendieron el ámbito teórico para convertirse en un factor político de primera magnitud. Su agenda se fue incorporando a numerosos sistemas jurídicos por la vía del Derecho internacional humanitario y de los derechos humanos. Así ha sucedido con los proclamados derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

Bajo la apelación a la verdad se hace referencia al derecho de las víctimas a saber, tanto en lo relativo a la información sobre lo sucedido y las razones reales de su victimización, como en lo que respecta al destino de los restos de las personas desaparecidas. Son varios los instrumentos mediante los que puede satisfacerse esta demanda, destacando el de las llamadas comisiones de la verdad. Con esta expresión se hace referencia a las investigaciones oficiales e independientes puestas en marcha desde el aparato del Estado para arrojar luz pública sobre lo sucedido en el pasado y, en su caso, ayudar a dirimir las correspondientes responsabilidades penales a que hubiera lugar.

El derecho a la verdad desemboca en una demanda de justicia. Con el tiempo el Derecho internacional ha ido consolidando tanto el derecho de las víctimas a acceder a la justicia mediante la posibilidad de

interponer recursos inmediatos y efectivos, como la obligación de los Estados de combatir la impunidad haciendo comparecer ante la justicia a los responsables de las violaciones de derechos humanos (Méndez 1997: 255-282). La prohibición de amnistías e indultos generales a quienes hubieran cometido actos de cuya gravedad pudiera predicarse la categoría de crímenes de lesa humanidad forma parte también de este derecho a la justicia consagrado jurídicamente a nivel internacional<sup>15</sup>.

Finalmente, la justicia transicional demanda la reparación integral de las víctimas y la obtención de garantías de no repetición. Ello exige medidas de restitución en su dignidad y derechos, así como políticas públicas (símbolos, homenajes, actos oficiales, etc.) que rehabiliten por completo su memoria. Todas ellas cumplen con el objetivo de satisfacer a las víctimas y empoderarlas en el espacio público, de manera que resulta ineludible su participación en su diseño e implementación (Orentlicher 2007: 19). Además, responden al objetivo colectivo de configurar una ciudadanía más democrática y respetuosa con la cultura de los derechos humanos mediante el reconocimiento público de quienes sufrieron persecuciones por razones ideológicas o políticas. En definitiva, las políticas que componen la agenda de la justicia transicional trascienden de la reparación a las víctimas para actuar como factores de legitimidad del nuevo Estado surgido tras un pasado violento.

#### 4.2 ¿Por qué en España? Y, ¿por qué ahora?

Cabe preguntarse por la adecuación de estas medidas al caso español. Máxime cuando el discurso político hegemónico defiende el éxito de ese proceso de Transición que ha dado lugar a una época de paz y estabilidad institucional jamás alcanzada en España. Si esto es así, ¿por qué comprometerlo con medidas de justicia transicional o llamadas a la recuperación de la memoria histórica?

Esta pregunta puede responderse a través de dos líneas de argumentación que, si bien divergen en sus premisas y postulados básicos, alcanzan una misma conclusión. La primera consiste en afirmar que, aunque efectivamente la Transición haya sido un proceso exitoso, ello no es óbice para que transcurrido el tiempo y consolidada la democracia se active la agenda de la justicia transicional. Sus demandas pueden perfilarse mejor con el tiempo, del mismo modo que las líneas marcadas en los procesos de transición tampoco son inmutables. Los

---

<sup>15</sup> Véase en este sentido la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 60/147, de 16 de diciembre de 2005, por la que se aprueban los «Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones».

pactos pueden ser reinterpretados, aunque sigan en vigor las premisas políticas que los mantienen (Aguilar 2008b: 418-419 y 429-430). El cambio generacional operado en España, tanto en la propia sociedad civil como en la clase política, ha fomentado una demanda de memoria y conocimiento público, de terminar con el silencio y el olvido, cuestionando incluso la propia situación jurídica de impunidad en que permanecen los crímenes del franquismo. Ello muestra que una forma dinámica de interpretar tanto los acuerdos institucionales logrados durante la Transición como las propias demandas de justicia transicional permitiría acomodar sus factores a unos tiempos más proclives para una mejor reparación de las víctimas (Blakeley, 2005: 50-54). Tiempos que, en definitiva, habrían llegado ahora.

La segunda respuesta a la pregunta que encabeza este epígrafe parte de una premisa radicalmente opuesta, a cuya demostración se dedicaron las primeras páginas de este trabajo: la Transición no merece ser calificada de exitosa porque ha perpetuado el relato histórico oficial que servía de fundamento ideológico al franquismo<sup>16</sup> y, en consecuencia, ha generado tan solo una democracia de baja intensidad.

Además, el régimen constitucional nacido de la Transición ha ignorado largamente la reparación de las víctimas del franquismo. De hecho, no ha satisfecho ninguna de las dimensiones que componen la agenda de la justicia transicional. Ni en sede judicial ni en sede parlamentaria. La ley de memoria histórica evitó crear una comisión de la verdad que conformara un relato oficial de las violaciones de derechos humanos acaecidas en la dictadura. Un relato que hubiera servido no sólo para satisfacer ese derecho a la verdad con que cuentan las víctimas y sus familiares (memoria personal y familiar), sino también para declarar pública y solemnemente su rechazo a tales prácticas y su compromiso con la democracia y los derechos humanos (memoria colectiva).

Aunque la ley configura un derecho ciudadano a la memoria personal y familiar (Saucá 2008: 102), ello no se ha traducido en medidas que efectivamente garanticen la reparación económica y moral de las víctimas y su dignidad. Falta mucho camino por recorrer en este ámbito, máxime si se compara con la protección legal e institucional que reciben las víctimas del terrorismo. Se requiere una política pública de reparación integral y efectiva, que sitúe a las víctimas del franquismo

---

<sup>16</sup> Aunque muy tímidamente, la ley de memoria histórica de 2007 ha empezado a quebrar este relato. En su Exposición de Motivos se produce la primera condena explícita del Parlamento español al franquismo. Antes, el 20 de noviembre de 2002 la Comisión constitucional del Congreso –no el Pleno– a lo máximo que llegó fue a aprobar una proposición no de ley en la que se condena el uso de «la violencia con la finalidad de imponer convicciones políticas y establecer regímenes totalitarios contrarios a la libertad y a la dignidad de todos los ciudadanos». No fue una condena al franquismo como la que sí hicieron en 2006 el Consejo de Europa y el Parlamento europeo.

en el centro del espacio público y reivindique su memoria como elemento de cultura democrática<sup>17</sup>.

En definitiva, aunque se discrepe en la valoración sobre la Transición y sus efectos, aunque sólo sea por la manifiesta injusticia que supone el desamparo en que se encuentran las víctimas del franquismo, un programa de justicia transicional debería implementarse en España (Kymlicka 2011: 303).

## 5. EPÍLOGO. LA INVESTIGACIÓN JUDICIAL DE LOS CRÍMENES DEL FRANQUISMO

Las vertientes individual y colectiva de la recuperación de la memoria histórica confluyen en la discutida cuestión sobre la investigación de los crímenes del franquismo. En concreto, de la desaparición forzada de más de 130.000 personas (Espinosa 2010: 36, 77-78). Hoy, con un régimen constitucional consolidado, el Estado español rechaza investigar tales hechos, con lo que vulnera el derecho de los familiares y allegados a conocer el destino de los restos de sus seres queridos. En este punto, la reivindicación personal y familiar coincide con la colectiva, pues una sociedad democrática como la española no puede desentenderse de esa parte de su historia reciente.

La negativa a investigar ha sido la respuesta ofrecida por los distintos poderes del Estado. Del poder judicial se reclama una investigación con el objeto de esclarecer los hechos que están detrás de las desapariciones y, en su caso, dirimir las correspondientes responsabilidades penales. En su sentencia de 27-II-2012 la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha rechazado la posibilidad de investigar en sede judicial tales crímenes<sup>18</sup>. Su argumentación responde punto por punto a la defensa del pacto de la Transición, definida una vez más como «modélica» (FJ 5), y de la tesis de la equidistancia que aquella trajo

---

<sup>17</sup> Es muy significativa la regulación legal de las tareas de localización, exhumación e identificación de restos. El legislador ha optado por su «privatización», al establecer el principio de colaboración de las administraciones públicas con asociaciones y particulares que deseen conocer el paradero de los desaparecidos (art. 10). Se trata de una manifiesta dejación de funciones por parte del Estado en una materia tan sensible como es la recuperación de restos humanos: facilitar la labor de tales entidades privadas, subvencionando sus gastos, en vez de promover los mecanismos legales e institucionales necesarios para que sean las propias autoridades públicas las que desarrollen estas labores.

<sup>18</sup> La sentencia se dicta en el marco de un proceso en el que se juzga por prevaricación al magistrado Baltasar Garzón, entonces titular del Juzgado Central de Instrucción n.º 5, por haber iniciado un procedimiento contra altas autoridades de la dictadura por un delito permanente de detención ilegal sin dar razón del paradero en el marco de crímenes contra la humanidad. El Tribunal Supremo declara la inocencia del magistrado, pero cierra la posibilidad de que tales delitos se investiguen en el foro judicial español.



consigo. Esto último se manifiesta en el propio lenguaje de la sentencia, donde se concibe la guerra civil y la posguerra como un «hecho poliédrico» (FJ 1), se habla de «bando republicano» para referirse al legítimo Gobierno del país, se señala que en «ambos bandos» se cometieron atrocidades sin trazar una línea de separación entre ambas violencias (FJ 7) y no se menciona ni una sola vez la palabra dictadura –salvo en un voto particular– para calificar al franquismo.

Para el Tribunal Supremo la investigación judicial de los crímenes del franquismo supondría un grave cuestionamiento del pacto político que fundamenta el régimen constitucional. Los derechos de las víctimas encuentran su límite en esta investigación judicial, la cual pondría en riesgo nuestra convivencia democrática. Con esta opinión el Tribunal se adentra en un terreno que no le corresponde a un órgano del poder judicial. Se erige en defensor de un pacto político cuando su única función es la de aplicar el Derecho. Para ello es para lo que tiene competencia, y no para realizar valoraciones políticas más o menos aceptadas o compartidas.

El Tribunal Supremo es consciente de ello. De ahí que las múltiples consideraciones políticas que jalonan el fallo –y que le dotan de sentido final– se acompañen de una mínima argumentación legal que permita presentar la sentencia ante la opinión pública y la cultura jurídica. Pero es precisamente ahí, al analizar la estrategia argumentativa seguida por el Tribunal, donde se pone de manifiesto con mayor claridad la motivación política que le guía. Todas y cada una de las elecciones interpretativas que va adoptando a lo largo de la sentencia responden a la pretensión de evitar esa investigación que cuestionaría la legitimidad política del sistema actual.

Así sucede cuando circunscribe el marco normativo aplicable al Derecho interno, aplica en toda su extensión el principio de legalidad penal y excluye las normas de Derecho internacional<sup>19</sup>. Con ello evita la consideración de las desapariciones forzadas producidas durante el franquismo como crímenes contra la humanidad. Evita también considerar tales hechos como delitos permanentes (hasta que aparezcan los restos o el Estado proporcione información al respecto, aunque se presume la muerte de la persona) e imprescriptibles. En opinión del tribunal –frente a lo que sostiene incluso la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos–, este ilícito no estaba en vigor, ni siquiera como costumbre internacional, en la época en que se cometieron tales desapariciones. Al rechazar la «internacionalización» del caso, el Tribunal vacía de contenido el art. 10.2 de la Constitución española, que configura al Derecho internacional –y sus instrumentos y mecanismos propios (Chinchón 2010: 3-4)– como criterio de interpretación del Derecho interno.

---

<sup>19</sup> Véase un detallado análisis de la sentencia desde la perspectiva de la doctrina internacionalista, así como de la aplicabilidad del Derecho internacional por parte de los tribunales penales nacionales, en CHINCHÓN (2012).

«El derecho a conocer la verdad histórica no forma parte del proceso penal» (FJ 1). Con esta tajante declaración el alto tribunal se quita de encima las tesis de Derecho internacional que distinguen entre los derechos a la verdad y a la justicia, que establecen la obligación de investigar mientras se mantenga la incertidumbre sobre el destino de la persona desaparecida, aun cuando no sea posible sancionar a los culpables (porque estén muertos o amnistiados), y que establecen como obligación –también del poder judicial– la satisfacción de ese derecho a saber que tienen las víctimas de graves violaciones de derechos humanos (Méndez 1997).

El Tribunal Supremo cierra las puertas de los tribunales a las víctimas y les conmina a acudir a otras sedes, al parlamento e incluso a la academia, a la labor de los historiadores, para que les garanticen ese derecho a conocer lo sucedido con sus seres queridos. Ignora que la sede natural para la garantía de los derechos –también de los reconocidos por la normativa internacional– son los tribunales, que son por otra parte los únicos capaces de llevar a cabo una investigación con las debidas garantías sobre unos hechos de los que muy pocos dudan de su catalogación como crímenes contra la humanidad.

Al final permanece incólume la defensa de la Transición y el valor de la ley de amnistía, hito fundamental e instrumento necesario para dismantelar el «régimen franquista» (FJ 3). Esta actúa como cláusula de cierre, dado que el Tribunal la invoca –bajo el argumento de que fue aprobada por un parlamento democrático– sin entrar a analizar los hechos y, sobre todo, sin comprobar si en ellos se aprecia la intencionalidad política que requieren los delitos amnistiados en 1977. En manos del Tribunal Supremo, la ley de amnistía es un salvoconducto hacia la impunidad, un triunfo de la dictadura y sus crímenes frente al Estado democrático y sus víctimas.

## BIBLIOGRAFÍA

- ADORNO, T.W.: *Dialéctica negativa*, trad. J.M. Ripalda, Madrid, Taurus, 1975, 410 pp.
- AGUILAR, P.: *Políticas de la memoria y memorias de la política*, Madrid, Alianza, 2008, 548 pp.
- «Transitional or Post-Transitional Justice? Recent Developments in the Spanish Case», *South European Society and Politics*, vol. 13, n.º 4, 2008, pp. 417-433.
- ARÓSTEGUI, J.: «Retos de la memoria y trabajos de la historia», *Pasado y Memoria. Revista de Historia Contemporánea*, n.º 3, 2004, pp. 5-58.
- ARTHUR, P.: «How «Transitions» Reshaped Human Rights: A Conceptual History of Transitional Justice», *Human Rights Quarterly*, vol. 31, 2009, pp. 321-367.
- BASTIDA, X.: *La nación española y el nacionalismo constitucional*, Barcelona, Ariel, 1988, 238 pp.

- BENJAMIN, W.: *Tesis sobre la historia y otros fragmentos*, trad. B. Echeverría, México, UACM-ITACA, 2008, 118 pp.
- BLAKELEY, G.: «Digging Up Spain's Past: Consequences of Truth and Reconciliation», *Democratization*, vol. 12, n.º 1, 2005, pp. 44-59.
- CAPELLA, J.-R.: «La Constitución tácita», en Capella, J.-R. (ed.); *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 17-41.
- CHINCHÓN, J.: «Proceso penal y Derecho internacional: Imposibilidad de castigar vs. Obligación de investigar: algunas reflexiones y propuestas», *Diario La Ley*, n.º 7845, pp. 1-10.
- DE ESTEBAN, J.: *Las Constituciones de España*, 2.ª ed., Madrid, BOE-CEPC, 2000, 427 pp.
- DE GREIFF, P.: «Repairing the Past: Compensation for Victims of Human Rights Violations», en De Greiff, P. (ed.); *The Handbook of Reparations*, Nueva York, OUP, 2006, pp. 1-18.
- DÍAZ, E.: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 8.ª ed., Madrid, Taurus, 1992, 174 pp.
- DÍEZ-PICAZO, L.M. y ELVIRA, A.: *La Constitución de 1978*, Madrid, Iustel, 2008, 469 pp.
- ESCUADERO, R.: «La declaración de ilegitimidad de los tribunales franquistas: una vía para la nulidad de sus sentencias», en Martín Pallín, J.A. y Escudero, R. (eds.); *Derecho y memoria histórica*, Madrid, Trotta, 2008, pp. 209-234.
- ESPINOSA, F.: *Callar al mensajero. La represión franquista, entre la libertad de información y el derecho al honor*, Barcelona, Península, 2009, 256 pp.
- «La represión franquista: un combate por la historia y por la memoria», en Espinosa, F. (ed.); *Violencia roja y azul. España, 1936-1950*, Barcelona, Crítica, 2010, pp. 17-78.
- FERRAJOLI, L.: *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, trad. P.A. Ibáñez, Madrid, Trotta, 2011, 109 pp.
- HALBWACHS, M.: *Les cadres sociaux de la mémoire*, París, PUF, 1925, 211 pp.
- HALBWACHS, M.: *La mémoire collective*, París, PUF, 1950, 105 pp.
- IBÁÑEZ, J. (2009); *Antígona y el duelo. Una reflexión moral sobre la memoria histórica*, Barcelona, Tusquets, 2009, 404 pp.
- JELIN, E.: «Silences, Visibility, and Agency: Ethnicity, Class, and Gender in Public Memorialization», en Arthur, P. (eda.); *Identities in Transition. Challenges for Transitional Justice in Divides Societies*, Nueva York, CUP, 2011, pp. 187-213.
- JEREZ, A.: «Transición», en Escudero, R. (coord.); *Diccionario de memoria histórica. Conceptos contra el olvido*, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2011, pp. 51-57.
- JULIÁ, S.: *Hoy no es ayer. Ensayos sobre la España del siglo XX*, Barcelona, RBA, 2010, 384 pp.
- KYMLICKA, W.: «Transitional Justice, Federalism, and the Accommodation of Minority Nationalism», en Arthur, P. (eda.); *Identities in Transition. Challenges for Transitional Justice in Divides Societies*, Nueva York, CUP, 2011, pp. 303-333.
- LACASTA, J.I.: *Cultura y gramática del Leviatán portugués*, Zaragoza, Prentice-Hall, 1988, 527 pp.
- «La memoria arrinconada en la Filosofía del Derecho española», *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXVII, 2011, pp. 111-136.

- LEGUINA, J.: *El duelo y la revancha. Los itinerarios del antifranquismo sobrevenido*, Madrid, La Esfera de los Libros, 2010, 224 pp.
- LINZ, J.: *Sistema totalitario y regímenes autoritarios*, Madrid, CEPC, 2009, 600 pp.
- LÓPEZ GUERRA, L.: «The Application of the Spanish Model in the Constitutional Transitions in Central and Eastern Europe», *Cardozo Law Review*, vol. 19, 1998, pp. 1937-1951.
- MANZANO, E.: «La memoria, el olvido y la historia», en Pérez Garzón, J.S. y Manzano, E.; *Memoria histórica*, Madrid, CSIC-Los Libros de la Catarata, 2010, pp. 71-95.
- MARTÍN PALLÍN, J.A. y ESCUDERO, R. (eds.); *Derecho y memoria histórica*, Madrid, Trotta, 2008, 250 pp.
- MATE, R.: *La herencia del olvido*, Madrid, Errata naturae, 2008, 227 pp.
- MÉNDEZ, J.: «Accountability for Past Abuses», *Human Rights Quarterly*, vol. 19, 1997, pp. 255-282.
- MONEDERO, J.C.: *La Transición contada a nuestros padres. Nocturno de la democracia española*, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2011, 232 pp.
- NAVARRO, V.: *Bienestar insuficiente, democracia incompleta*, Anagrama, Barcelona, 2002, 216 pp.
- NORA, P. (dir.); *Les lieux de mémoire*, vol. I, París, Gallimard, 1984, 76 pp.
- ORENTLICHER, D.: «Settling Accounts» Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency», *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 1, n.º 1, 2007, pp. 10-22.
- PECES-BARBA, G.: *La elaboración de la Constitución de 1978*, Madrid, CEC, 1988, 299 pp.
- PÉREZ GARZÓN, J.S.: «Entre la historia y las memorias: poderes y usos sociales en juego», en Pérez Garzón, J.S. y Manzano, E., *Memoria histórica*, Madrid, CSIC-Los Libros de la Catarata, 2010, pp. 23-69.
- PISARELLO, G.: «Constitución y gobernabilidad: razones de una democracia de baja intensidad», en Capella, J.R. (ed.); *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid, Trotta, 2003, pp.129-149.
- SÁNCHEZ SOLER, M.: *La Transición sangrienta. Una historia violenta del período democrático en España (1975-1983)*, Barcelona, Península, 2010, 520 pp.
- SAUCA, J.M.: «El derecho ciudadano a la memoria histórica», en Martín Pallín, J.A. y Escudero, R. (eds.); *Derecho y memoria histórica*, Madrid, Trotta, 2008, pp. 73-104.
- TEITEL, R.G.: *Transitional Justice*, Nueva York, OUP, 2000, 292 pp.
- TODOROV, T.: *Memoria del mal, tentación del bien. Indagación sobre el siglo XX*, trad. M. Serrat, Barcelona, Península, 2002, 267 pp.

Fecha de recepción: 31/03/2012. Fecha de aceptación: 20/12/2012.

# El sistema de normas e interconexión de sistemas jurídicos: la incidencia del Derecho Comunitario en el sistema de fuentes interno\*

Por ANA GARRIGA DOMÍNGUEZ  
Universidad de Vigo

## RESUMEN

*La adhesión de España a la Comunidad Europea supuso la necesidad de una reordenación de nuestro sistema de fuentes. La interacción entre ordenamientos y la consiguiente alteración del sistema de fuentes exige reajustes en el seno del sistema, pero de ello no se derivará necesariamente una modificación de los rasgos básicos del sistema: la coherencia y la unidad.*

Palabras clave: *Sistema jurídico, fuentes del Derecho, unidad, criterios de aplicación.*

## ABSTRACT

*Spain's accession to the European Community led to the need for a reorganization of our system of sources. The interaction between systems and the change of the sources system requires adjustments within the system. However, a modification of the basic features of the system: the coherence and unity will not be derived from it.*

Key words: *Legal system, sources of law, unity, application criteria.*

---

\* Una versión inicial de este trabajo ha sido publicado en Barranco Avilés, M.<sup>a</sup> C., Celador Angón, Ó. y Vacas Fernández, F. (coords.): *Perspectivas actuales de las fuentes del derecho*, Dickinson, Madrid, 2011.

**SUMARIO:** I. LA HETEROGENEIDAD DE LAS FUENTES Y EL SISTEMA JURÍDICO.—II. SISTEMA DE NORMAS Y PRINCIPIOS DEL DERECHO COMUNITARIO: SU RELACIÓN CON LOS ORDENAMIENTOS INTERNOS.—III. LA UNIDAD Y LA COHERENCIA DEL SISTEMA JURÍDICO.—IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

## I. LA HETEROGENEIDAD DE LAS FUENTES Y EL SISTEMA JURÍDICO

Su paulatina transformación y cada vez mayor complejidad, son rasgos muy actuales de las fuentes del Derecho. En el contexto de la globalización se modifican gradualmente las estructuras políticas, pero también los centros de producción normativa<sup>1</sup>. La rápida transformación y los cambios que caracterizan nuestro tiempo tienen un importante reflejo en el Derecho, habiendo alcanzado esta marea transformadora incluso «aquellos ámbitos del ordenamiento jurídico que parecían inasequibles a la innovación, como el de las fuentes del Derecho»<sup>2</sup>. La revisión de la noción de soberanía estatal supone igualmente la revisión del sistema de fuentes<sup>3</sup>. Por otra parte, uno de los rasgos esenciales de los sistemas de fuentes es su temporalidad<sup>4</sup> y obviamente, en nuestro ámbito, en este constante incremento en el número y complejidad de normas, influye muy decisivamente la Unión Europea, pues puede afirmarse que la adhesión de España a la Comunidad Europea supuso la necesidad de una reordenación de nuestro sistema de fuentes. Ante esta situación, puede parecer complicado el seguir «afirmando desde la teoría del ordenamiento jurídico que las normas que lo integran forman un sistema perfecto al que se

<sup>1</sup> ZOLO, D., *Globalización. Un mapa de problemas*, trad. de Miguel Montes, Ediciones Mensajero, Bilbao, 2005, p. 105 y ss. Destaca Danilo Zolo la consolidación del espacio jurídico global, que se difunde en estrecha conexión «con la ideología del "globalismo jurídico"».

<sup>2</sup> PÉREZ LUÑO, A.E., *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993, p. 76.

<sup>3</sup> Señala Pérez Luño, que la cualidad de la soberanía estatal, respecto del sistema de fuentes se manifestaba en tres postulados básicos: la suprema potestad estatal en la creación de las normas jurídicas, el monopolio del Estado en la determinación y creación del sistema de fuentes, y el carácter autógeno del proceso creador de normas por parte del Estado. La profunda revisión de estos tres postulados hace «*imprescindible tomar en consideración ese nuevo contexto significativo y operativo de las fuentes jurídicas*» [en PÉREZ LUÑO, A. E., *Las fuentes del Derecho y su problemática actual*, en BARRANCO AVILÉS, M. C. y otros (coords.): *Perspectivas actuales de las fuentes del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 52.].

<sup>4</sup> *Vid.*, entre otros, NAVARRO, P. E., *La eficacia del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990. Asimismo, sobre la mutabilidad de la naturaleza del Derecho, vid entre otros, RAZ, J., «¿Puede haber una Teoría del Derecho?», en RAZ, J., ALEXY, R. y BULYGUIN, E., *Una discusión sobre la teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2007, especialmente pp. 57 y ss.

atribuyen las notas de unidad, coherencia y plenitud». Características que hacen que «el Derecho en su conjunto sea un Ordenamiento, esto es, un ente nuevo, diferente de cada una de las normas que lo componen»<sup>5</sup>. Si bien es cierto, que estas notas características de la concepción del Derecho como sistema son «de difícil realización práctica»<sup>6</sup>, no hay que olvidar que la noción de sistema jurídico cumple una importante función metodológica en orden a servir de instrumento para el análisis del fenómeno jurídico. Como recoge Pérez Luño, la idea de ordenamiento como sistema puede explicar la existencia del Derecho, nos permite comprender lo que el Derecho es y, finalmente, a través de «la idea de ordenamiento jurídico como sistema se puede conocer lo que es derecho»<sup>7</sup>. Pues, cuando hablamos de sistema jurídico damos cuenta de la naturaleza específica del Derecho. A través de un debate «en términos de sistema y en torno a nociones como clausura, comunicación, normatividad, autonomía, intercambios, y operatividad»<sup>8</sup>, podemos explicar de su naturaleza. Por otra parte, las exigencias de unidad y coherencia del sistema determinarán la necesidad de interpretar sistemáticamente las normas que lo componen. La primera consecuencia del carácter sistemático del ordenamiento jurídico será la exigencia de «solventar las antinomias y contradicciones que puedan aparecer»<sup>9</sup>. Igualmente, la concepción de sistema, superadora de las tesis tradicionales que definen el concepto de sistema a partir de las normas jurídicas, permite mediante la noción de pertenencia definir las normas jurídicas que integran el sistema y «la ventaja más evidente que se deriva de la consideración sistemática del Derecho consiste en que permite solucionar de forma satisfactoria la cuestión de la identificación de sus componentes»<sup>10</sup>.

---

<sup>5</sup> BOBBIO, N., *El positivismo jurídico*, trad. de Rafael de Asís y Andrea Greppi, Debate, Madrid, 1993, p. 202.

<sup>6</sup> DE ASÍS ROIG, R., *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 23.

<sup>7</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, sexta edición, Tecnos, Madrid, 2007, p. 203.

Igualmente, señala Prieto Sanchís, que la idea del sistema y del legislador racional cumple una importante función, obligando a interpretar y a aplicar el Derecho con arreglo a la exigencia de racionalidad «que implica que entre todos los ingredientes que forman el ordenamiento existe una unidad sistemática: no es el Derecho en sí quien aparece como sistema, sino el Derecho en cuanto que examinado como conjunto de normas unidas y entrelazadas». PÉREZ SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 184.

<sup>8</sup> ARNAUD, A. J. y FARIÑAS DULCE, M. J., *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996, p. 244.

<sup>9</sup> JULVE HERRANZ, B. y FUERTES BIARGE, M.<sup>a</sup> T., *Interpretación sistemática*, en CALVO GARCÍA (ed.): *Interpretación y argumentación jurídica*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1995, p. 36.

<sup>10</sup> CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson – Instituto

Son varias las ideas de sistema que podemos utilizar<sup>11</sup> y, por otro lado, los sistemas jurídicos son una subclase de los sistemas normativos y ello hace más compleja la tarea de esclarecer su naturaleza a partir de sus propiedades (institucionalización, coactividad, normatividad, organización jerárquica, etc.). Las distintas explicaciones de dichas propiedades determinarán «la reconstrucción de distintos conceptos de sistema jurídico»<sup>12</sup>.

Ahora bien, para poder abordar la cuestión de cuál es la incidencia del Derecho de la Unión Europea en el sistema de fuentes de los Estados miembros, resulta necesario ofrecer una definición de partida del sistema jurídico, así como una concreción de sus rasgos característicos. El sistema jurídico puede ser definido con Rafael de Asís como «un conjunto de normas jurídicas (creadas por y creadoras de instituciones), y sus derivaciones lógicas, existentes en un determinado momento, susceptible de ser descompuesto en subsistemas»<sup>13</sup>. Respecto de sus rasgos, los sistemas jurídicos se caracterizan por las notas de unidad, coherencia y plenitud, ya que la sistematicidad, «en cuanto conjunto o combinación de elementos ordenado en cierta disposición y unidad de sentido»<sup>14</sup>, se encuentra en relación necesaria con la idea de consistencia, entendida como ausencia de contradicciones. En la mayoría de las definiciones de sistema hay dos notas que se repiten: el orden y la unidad. La noción de orden se refiere a la exigencia de «una coherencia interna racionalmente captable, es decir, fundada en la misma cosa»<sup>15</sup>, mientras que la unidad ha de reconducirse a unos pocos y determinantes principios básicos.

Por otra parte, debemos detenernos en el análisis de qué y cuáles son las fuentes del Derecho; pues tiene un evidente interés práctico «manejar una concepción del Derecho como sistema de normas mínimamente determinado»<sup>16</sup>. Como señala, entre otros Pérez Luño, la polisemia del término «fuente» ha sido responsable de multitud de equívocos, pues la «multivocidad del término “fuente” en el lenguaje

---

de derechos humanos «Bartolomé de las Casas», Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2008, p. 1.

<sup>11</sup> A este respecto, resulta clásico recoger el análisis de Tarello quien distingue seis significados de sistema jurídico. Vid. TARELLO, G., *Cultura jurídica e política del diritto*, Ed. Il Mulino, Bolonia, 1988, p. 164 y ss.

<sup>12</sup> MORESO, J. J. y NAVARRO, P. E., *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 27.

<sup>13</sup> DE ASÍS ROIG, R., *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, *ob. cit.*, p. 22.

<sup>14</sup> RUIZ SANZ, M., *La construcción coherente del Derecho*, Dykinson – Instituto de derechos humanos «Bartolomé de las Casas», Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2009, p. 30.

<sup>15</sup> CANARIS, C-W., *El sistema en la jurisprudencia*, trad. de Juan Antonio García Amado, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 20.

<sup>16</sup> DE ASÍS ROIG, R., *El juez y la motivación en el Derecho*, Cuadernos de Derechos Humanos, Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2005, p. 61.



natural, se traduce en abierta equivocidad al ser trasplantado a los dominios de lo jurídico»<sup>17</sup>. Con Bobbio, podemos definir las fuentes del Derecho como los hechos o actos a los que «un determinado Ordenamiento Jurídico atribuye idoneidad o capacidad para la producción de normas jurídicas»<sup>18</sup>. Es decir, son los modos de producir normas jurídicas, aquellos procedimientos o hechos establecidos y reconocidos como válidos para crear normas jurídicas.

Desde un punto de vista técnico-jurídico para conceptualizar las fuentes del Derecho, ha de partirse del concepto formal de fuente referido a «aquellas normas jurídicas que determinan el órgano competente y el procedimiento a través del cual se crean las normas jurídicas»<sup>19</sup>. Esta aproximación supone considerar las fuentes desde un punto de vista interno al propio ordenamiento jurídico, en el sentido de que para analizar la cuestión de la creación de las normas jurídicas sólo se tendrán en cuenta los factores jurídicos, que proporciona el propio sistema. Por contraposición a esta categoría de fuentes formales, suelen identificarse las denominadas fuentes materiales que harían referencia a «todos los factores extrajurídicos que inciden sobre la creación de las normas jurídicas»<sup>20</sup>. Desde este punto de vista, ha de señalarse que la estructura del sistema de fuentes vendrá determinada por la existencia de un conjunto de normas de segundo grado o meta-normas, normas secundarias según la terminología de Hart<sup>21</sup>, que establecen los procedimientos para crear o reconocer normas jurídicas. Pues, obviamente, para que un procedimiento o un acto cree una norma, habrán de estar previstos en otra norma del sistema y esta norma será de un nivel diferente a las creadas por ella.

Por otra parte, resulta útil detenerse en la distinción entre actos jurídicos y fuentes-acto. Los primeros presuponen una regla que confiere poderes a determinados sujetos para que, a través de la realización de ciertas acciones, produzcan determinados resultados institucionales. Las fuentes-acto hacen referencia a la regla de competencia «a la regla que confiere poderes; autoridades, a los sujetos titulares de esos poderes; y disposiciones jurídicas, documentos normativos dotados de autoridad o fuentes del Derecho, a los resultados institucionales»<sup>22</sup>. Además, en los sistemas jurídicos que han alcanza-

---

<sup>17</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, ob. cit., p. 14.

<sup>18</sup> BOBBIO, N., *El positivismo jurídico*, ob. cit., p. 169.

<sup>19</sup> LÓPEZ RUIZ, F., *Sistema jurídico, interpretación y criterios de producción normativa*, Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, núm. 2, 1994, p. 247.

<sup>20</sup> AGUILÓ REGLA, J., *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, segunda edición, Ariel, Barcelona, 2008, p. 40.

<sup>21</sup> HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro R. Carrión, segunda edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

<sup>22</sup> AGUILÓ REGLA, J., *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, ob. cit., p. 72.

do un cierto nivel de desarrollo, la autoridad comprende no sólo al sujeto normativo, sino que incluye también los procedimientos. Es decir, «la autoridad de un resultado normativo proviene de que cierto sujeto haya seguido un determinado procedimiento»<sup>23</sup>. Pero, los sistemas jurídicos desarrollados se caracterizan por reconocer más de una fuente de producción del Derecho y la distribución de poderes normativos tiene una dimensión formal, pero también otras dimensiones, como son la territorial, la material o la personal. Esta distribución de poderes normativos se explica a través de la noción de delegación y así puede afirmarse que se delega poder en una autoridad para que mediante la producción de determinados resultados institucionales, las fuentes-acto (competencia formal) regulen ciertas materias (competencia material)<sup>24</sup>. Así, parte del Derecho «consiste en nuevas normas de competencia que constituyen nuevas autoridades, las que a su vez pueden ser competentes para establecer otras autoridades»<sup>25</sup>. Es más, en los ordenamientos contemporáneos esa parte del Derecho cobra una gran importancia, resultando imprescindible la delegación de poderes puesto que, «por su multiplicidad y heterogeneidad, las normas jurídicas que requiere una sociedad avanzada para su funcionamiento cubren un campo tan extenso que es imprescindible un sistema plural de fuentes»<sup>26</sup>.

## II. SISTEMA DE NORMAS Y PRINCIPIOS DEL DERECHO COMUNITARIO: SU RELACIÓN CON LOS ORDENAMIENTOS INTERNOS

La Unión Europea es un organismo supraestatal autónomo que ejerce determinados poderes que han sido previamente cedidos por los Estados miembros que la integran. La primera nota característica importante que hay que señalar es que las competencias de la Unión Europea son de simple atribución<sup>27</sup>, ya que la cesión de soberanía es

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 73.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 79. Igualmente, Alf Ross señalaba que las normas de Derecho legislativo reciben su autoridad de las normas de competencia que definen las condiciones bajo las cuales la sanción tendrá fuerza legal. Estas condiciones son de dos clases. En primer lugar, formales de competencia, que definen el procedimiento para la sanción de la norma, incluyendo la identificación de los sujetos calificados para adoptar los distintos procedimientos. El segundo grupo lo integran las condiciones materiales, que «definen el objeto o contenido de la norma que puede ser sancionada mediante el procedimiento indicado». En Ross, A., *Sobre el Derecho y la Justicia*, tercera edición, Eudeba, Buenos Aires, 2005, p. 109 y 110.

<sup>25</sup> ROSS, A., *Sobre el Derecho y la Justicia*, *ob. cit.*, p. 110.

<sup>26</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, *ob. cit.*, 207.

<sup>27</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo I*, undécima edición, Civitas, Madrid, 2002, p. 154.

limitada. Las relaciones entre el Derecho comunitario y los ordenamientos internos de los Estados miembros se rigen por los principios de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad. De acuerdo con el principio de atribución, la Unión Europea deberá actuar dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos establecidos en los mismos. El contenido y la forma de la acción de la Unión no podrá exceder de lo necesario para alcanzar esos objetivos, en virtud del principio de proporcionalidad. Las competencias que los Tratados no atribuyan a la Unión corresponderán a los Estados miembros. No obstante, aún en los ámbitos que no son de su competencia, la Unión Europea podrá intervenir cuando «los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión»<sup>28</sup>. En este caso, los Parlamentos nacionales velarán por el respeto del principio de subsidiariedad.

En el caso español, esa atribución competencial se produjo de acuerdo con lo establecido en el artículo 93 de la Constitución. A través de esta norma, la Constitución dejó abierto el camino para que el Estado español cediese competencias legislativas, ejecutivas y judiciales, permitiendo que un Derecho supranacional, con incidencia directa en los ciudadanos desde el momento mismo de nuestra integración en las Comunidades Europeas «sin necesidad de proceder a ningún ajuste ulterior, ni de pasar por el intermedio de ningún mecanismo interno de conversión»<sup>29</sup>, condicionase nuestro ordenamiento jurídico. Así, como consecuencia del Tratado de Adhesión de España a la CEE, «España recibe de lleno el acervo comunitario, al que se le da carácter preferente sobre el derecho interno»<sup>30</sup> al igual que ocurre con todo el Derecho comunitario posterior.

Uno de los rasgos de la naturaleza de la integración europea que primeramente fue destacado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) es el de «su caracterización como ordenamiento jurídico conceptualmente autónomo»<sup>31</sup>. En su sentencia de 5 de febrero de 1963, asunto Van Gend & Loos, el TJCE afirmó que:

«la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limita-

---

<sup>28</sup> Artículo 5 del Tratado de la Unión Europea en su versión consolidada.

<sup>29</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo I*, p. 153.

<sup>30</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del Derecho*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2004, p. 48.

<sup>31</sup> ALONSO GARCÍA, R., *Sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, segunda edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales – Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2003, p. 15.

do sus soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales.»

En esa misma sentencia, el TJCE caracterizó al Derecho comunitario como un Derecho autónomo respecto de los ordenamientos nacionales de los Estados miembros, que crea tanto obligaciones como derechos para los ciudadanos de esos estados, que se incorporan a su patrimonio jurídico. Tales derechos nacerían, no sólo directamente cuando el Tratado los atribuye explícitamente, sino también «en razón de obligaciones que el Tratado impone de manera perfectamente definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias»<sup>32</sup>. Sobre esta cuestión insistiría un año más tarde en su sentencia de 15 de julio de 1964, asunto Flaminio Costa, reiterando la autonomía del Derecho Comunitario:

«a diferencia de los Tratados Internacionales ordinarios, el Tratado CEE creó un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del Tratado y que vincula a sus órganos jurisdiccionales; que, en efecto, al instituir una Comunidad de duración indefinida, dotada de instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional y, más en particular, de poderes reales derivados de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, éstos han limitado su soberanía, aunque en materias específicas, y han creado así un cuerpo normativo aplicable a sus nacionales y a sí mismos.»

Como consecuencia de ello, señalará el Tribunal, esta integración en el Derecho de cada Estado miembro de disposiciones normativas procedentes de fuentes comunitarias hace imposible que los Estados hagan prevalecer frente al ordenamiento jurídico comunitario, «una medida unilateral posterior, que no puede, por tanto, oponerse a dicho ordenamiento».

Recapitulando, la Unión Europea y el Derecho que crea constituyen un ordenamiento jurídico *sui generis*, distinto del ordenamiento internacional y de los ordenamientos de los Estados miembros. No obstante, este particular ordenamiento se integraría en los sistemas jurídicos nacionales. El Derecho Comunitario forma parte del Derecho de los Estados miembros, «constituye Derecho propio de cada uno de ellos, en la misma medida que el Derecho creado por los órganos constitucionales de cada Estado»<sup>33</sup>. Que el ordenamiento comunitario sea autónomo significa, desde una perspectiva institucional o estructural, que la Unión está dotada de personalidad jurídica, cuenta

<sup>32</sup> STJCE de 5 de febrero de 1963, asunto Van Gend & Loos.

<sup>33</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo I*, ob. cit., p. 157.

con sus propias Instituciones, con poderes normativos y ejecutivos propios, conforme a sus propias reglas procedimentales y sustantivas y, en último término, se encuentra bajo su propio control jurisdiccional, integrado por el Tribunal de Primera Instancia<sup>34</sup> y el Tribunal de Justicia. Esta autonomía, desde un punto de vista sustantivo, «se traduce en un conjunto de principios propios, que presiden sus relaciones con los ordenamientos nacionales»<sup>35</sup>: primacía, eficacia y aplicabilidad directa, seguridad jurídica y principio de responsabilidad de los Estados miembros frente a los particulares por infracción del Derecho Comunitario.

El sistema de normas de la Unión Europea puede dividirse entre normas originarias –los Tratados constitutivos y las normas convencionales que los han ido modificando– y normas derivadas, que formarían «un conjunto de modos de instrumentación jurídica con fundamento en la norma constitutiva»<sup>36</sup>. La mayoría de estas normas derivadas proviene del sistema de atribución de competencias recogido en el Derecho originario, que constituye la esencia misma del modelo, otorgando «al sistema institucional los poderes jurídicos necesarios para la consecución de los fines y objetivos establecidos en la norma originaria»<sup>37</sup>. Los diferentes tipos de competencias, exclusivas o compartidas, se instrumentalizan, fundamentalmente a través de los denominados «actos típicos»: reglamentos, directivas y decisiones. De entre ellos, las formas normativas que mayor impacto tienen en los ordenamientos internos de los Estados miembros son el reglamento y la directiva. El primero «es, sin duda, el acto institucional de mayor potencia normativa»<sup>38</sup> y por ello se utiliza para regular las materias sobre las que la Unión Europea tiene atribuida amplias competencias de intervención. El reglamento comunitario se caracteriza por ser obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable, es decir, produce por sí mismo efectos jurídicos en los sistemas jurídicos internos, sin que sea necesaria la asistencia o su desarrollo por normas estatales.

A diferencia de los reglamentos, las directivas carecen por definición de aplicabilidad directa y, como consecuencia de ello, de efecto directo. La directiva impone a los Estados una obligación de resultado, pero que va más allá de una simple consecución en abstracto de ese resultado, «sino que impone a los Estados la obligación de adoptar las medidas nacionales necesarias para alcanzar dicho resultado»<sup>39</sup>,

---

<sup>34</sup> Tribunal, que desde el Tratado de Lisboa, se denomina Tribunal General.

<sup>35</sup> ALONSO GARCÍA, R., *Sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, ob. cit., p. 16.

<sup>36</sup> MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, quinta edición, Tecnos, Madrid, 2005, p. 335.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> PÉREZ DE LAS HERAS, B., *Hacia un Derecho Común en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 19.

<sup>39</sup> MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, ob. cit., p. 367.

pero con libertad de elección de la forma y los medios. No obstante, también la directiva es susceptible de producir efecto directo cuando haya sido transpuesta incorrectamente o no lo haya sido dentro del plazo prescrito en la propia norma comunitaria.<sup>40</sup> No obstante, «se trata de un “efecto directo vertical”, ya que se contempla en la relación del particular frente al Estado»<sup>41</sup>, pero no en sentido contrario, ya que el Estado incumplidor, «no puede invocar, frente a los particulares su propio incumplimiento de las obligaciones que ésta (la directiva) implica»<sup>42</sup>.

Las decisiones pueden ir dirigidas, tanto a un particular, como a un Estado o Estados. Se caracterizan por ser obligatorias en todos sus elementos, tanto en la forma, como en los medios y el resultado.

Aunque recogidas tan someramente las fuentes principales y los principios del Derecho de la Unión Europea, considero que será suficiente para poder ir adelantando alguna de las consecuencias que se producen en relación con los sistemas jurídicos nacionales. En primer lugar, debe señalarse que la integración europea ha supuesto en la práctica para los parlamentos nacionales, entre ellos también el español, una subordinación a órganos dotados de una potestad legislativa de superior rango. Pero esta transcendencia es mayor, si tenemos en cuenta que la mayoría de la producción legislativa de la Unión Europea no procede del Parlamento Europeo y queda generalmente fuera del control y de la posibilidad de intervención por parte de los parlamentos nacionales en su fase de elaboración. Pues y aunque las formas de producción normativa comunitaria son muy diversas, tanto el Derecho originario, como el Derecho derivado, tienen primacía o preferencia de aplicación sobre el Derecho interno, como resultado de la cesión de soberanía realizada. Ese Derecho además, en muchos casos, tiene eficacia directa y crea derechos y obligaciones para los ciudadanos de los Estados miembros y, claro está, también la correlativa obligación de los tribunales estatales de aplicar esas normas<sup>43</sup>.

Por otra parte, puede afirmarse que, desde una perspectiva estructural o institucional, el sistema de integración comunitario requiere, verticalmente, el ser complementado por los Estados miembros, «asociados al proceso normativo comunitario a través de la intervención de las autoridades públicas nacionales en ejecución de las normas emanadas de las instituciones comunitarias, eliminando el Derecho nacional incompatible con ellas e integrando aquellas normas comunitarias carentes de naturaleza self-executing»<sup>44</sup>. En este contexto, se hace

---

<sup>40</sup> En este sentido, la STJCE de 19 de enero de 1982, asunto Ursula Becker.

<sup>41</sup> MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, ob. cit., p. 370.

<sup>42</sup> STJCE de 19 de enero de 1982, asunto Ursula Becker.

<sup>43</sup> CALVO GARCÍA, M., *Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 127.

<sup>44</sup> ALONSO GARCÍA, R., *Sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, ob. cit., p. 16.

patente una permanente interacción jurídica de los Derechos de los Estados miembros con el Comunitario. Los sistemas jurídicos nacionales no sólo no son ajenos a las reglas de funcionamiento de las instituciones comunitarias, sino que «participan como fuente de inspiración de la que surgen principios europeos, en unos casos positivizados, en otros casos consagrados vía pretoriana» por el TJCE<sup>45</sup>. Por ejemplo, a partir de la sentencia *Stauder*<sup>46</sup>, dando un giro a su jurisprudencia anterior y para frenar la rebelión iniciada por algunos Tribunales Constitucionales nacionales<sup>47</sup>, el TJCE incorpora al Derecho comunitario la protección de los derechos fundamentales por la vía de los principios generales del Derecho comunitario. Su jurisprudencia posterior, supondría un perfeccionamiento metodológico y una clarificación de las fuentes de las que el TJCE se valdría para colmar las lagunas existentes en el Derecho comunitario respecto de los derechos fundamentales. Estas serán principalmente las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos a los que los Estados miembros se han adherido, especialmente el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales<sup>48</sup>. Por lo tanto, no solamente el ordenamiento comunitario influye decisivamente en los derechos internos de los Estados miembros sino que, a su vez, éstos han influido en el Derecho de la Unión Europea, incluso a través de la remisión que el Tribunal de Justicia ha hecho a los propios derechos nacionales<sup>49</sup>.

Otra cuestión que ha de tenerse en cuenta es que no sólo las normas infraconstitucionales de los Estados miembros resultan afectadas y, en su caso, desplazadas por las normas de Derecho Comunitario. El

---

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>46</sup> Sentencia de 12 de noviembre de 1969.

<sup>47</sup> A los Tribunales Constitucionales italiano y alemán les resultó difícil aceptar la validez jurídica de las normas comunitarias limitativas de los derechos fundamentales de sus ciudadanos, garantizados por las constituciones nacionales (*vid.* la sentencia de Tribunal Constitucional italiano de 27 de diciembre de 1973 –caso Frontini– y la del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana de 29 de mayo de 1974 –Solange I–).

<sup>48</sup> Para el TJCE, el Convenio Europeo de Derechos Humanos tiene una singular importancia: su importancia es mucho mayor que la de cualquier otro tratado internacional, hasta el punto de que a juicio del TJCE no pueden admitirse en la Unión Europea medidas incompatibles con el respeto de los derechos humanos reconocidos y garantizados por éste. Así entre otras, Sentencia de 18 de diciembre de 1997 (caso Annibaldi). Esto no significa, sin embargo que el Convenio devenga en una fuente directa de Derecho comunitario, ya que para ello, la Unión Europea tendría que ser parte en el Convenio. Sobre estas cuestiones *vid.* CHUECA SANCHO, A.G., «*Por una Europa de los derechos humanos: la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos*», en FERNÁNDEZ SOLA, N. (Coord.): *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 45 y ss.

<sup>49</sup> *Vid.* ALONSO GARCÍA, R., *Derecho comunitario y derechos nacionales: autonomía, integración e interacción*, *ob. cit.*, pp. 183 y ss.

paulatino y cada vez más intenso proceso de integración europea, ha ido produciendo una modificación sustancial del régimen establecido por las constituciones de los Estados miembros, teniendo lugar una «verdadera suplantación de la reserva constitucional a la Ley interna de determinadas materias»<sup>50</sup>, que son ocupadas por normas del Derecho de la Unión Europea, sustituyendo la función normativa del Derecho interno.

Ya se ha tratado como los principios de primacía y efecto directo del Derecho comunitario suponen el desplazamiento del derecho interno, pero debe destacarse igualmente que la aplicación de estos principios producen una consecuencia muy relevante en la práctica: «la alteración de la posición y la función constitucionales del Juez, que lo es, además y de modo indirecto, del Derecho comunitario europeo»<sup>51</sup>. De manera reiterada, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido estableciendo que las normas de Derecho interno contrarias al Derecho comunitario han de ser inaplicadas, lo que supone una modificación de los criterios formales, pero sobre todo materiales de la validez normativa. En la STJCE de 9 de marzo de 1978, asunto *Simmenthal*, se establece que el principio de primacía del Derecho comunitario sobre los ordenamientos nacionales de los Estados miembros hace, no solamente inaplicable de pleno derecho, por el hecho mismo de la entrada en vigor de las normas comunitarias, toda disposición de la legislación nacional existente que sea contraria a las mismas, sino también, impide «la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que sean incompatibles con las normas comunitarias».

Así pues, y como consecuencia del principio de primacía, señala Luciano Parejo, el juicio de constitucionalidad que pueda realizarse sobre cada Tratado que pretenda firmarse y ratificarse en el proceso de integración supranacional, «representa la única ocasión en que la Constitución del Estado miembro sirve efectivamente de criterio de decisión»<sup>52</sup>. Ulteriormente, cuando el Tratado ha entrado en vigor, el órgano a quien va a corresponder la competencia para efectuar el juicio de validez y por tanto de inaplicabilidad de las normas de Derecho interno corresponderá al TJCE y el papel del juez nacional se reducirá al de un mero colaborador de éste. Pero, no se verá alterada únicamente la posición del juez nacional, «sino que de una forma parecida se ve afectado el equilibrio constitucional interno del las Administraciones territoriales»<sup>53</sup>. La relación de interferencia entre el Derecho Comunitario y el español se caracteriza por el desplazamiento del Derecho

---

<sup>50</sup> PAREJO ALFONSO, L., *Las mutaciones constitucionales. Algunos ejemplos extraídos de la experiencia española y europea*, en AA.VV.: Libro homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba Martínez, volumen I, p. 884.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 887.

<sup>53</sup> *Ibidem*.



interno y la aceptación automática del Derecho de la Unión Europea; el Derecho Comunitario pasa a ser Derecho interno y, aunque cada nuevo Tratado ha de ser aprobado por el Parlamento español, el derecho derivado se nos impone automáticamente.

Así se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional. El artículo 93 CE se configura como el soporte constitucional básico de ordenamientos distintos del español a través de la cesión del ejercicio de competencias constitucionales, que deben coexistir con el español y aunque se trate de ordenamientos autónomos en origen. Una vez producida la integración, «la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquélla, si bien la Constitución exige que el Ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos»<sup>54</sup>.

### III. LA UNIDAD Y LA COHERENCIA DEL SISTEMA JURÍDICO

Como hemos visto, resulta patente que los ordenamientos jurídicos actuales son cada vez más complejos, a lo que contribuye muy decisivamente la paulatina y progresiva integración europea con un flujo normativo heterogéneo, constante e incesante. Ello, como también se ha señalado, afecta decididamente al sistema interno de fuentes de los Estados miembros y que determinan, sino la crisis del Derecho estatal, al menos su desplazamiento en muchos casos. Esta supraestatalidad normativa y la consiguiente aparición de nuevos poderes normativos exigen, como contrapartida, la aceptación por parte de los Estados miembros de unas reglas jurídicas determinadas por la organización supranacional, produciéndose un desajuste entre las fuentes del Derecho interno y del Derecho Comunitario<sup>55</sup>. En esta coyuntura el problema de las fuentes reside más que en su sistematización en su «resistematización en un nuevo orden que dé cuenta de las relaciones entre los nuevos tipos de normas»<sup>56</sup>.

La interacción entre ordenamientos y la consiguiente alteración del sistema de fuentes exige reajustes en el seno del sistema, pero de ello

---

<sup>54</sup> Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004. Requerimiento 6603-2004. Formulado por el Gobierno de la Nación, acerca de la constitucionalidad de los artículos I-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004. Constitución española al repetido Tratado internacional. BOE núm. 3, de 4 de enero de 2005.

<sup>55</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, ob. cit., p. 76 y ss.

<sup>56</sup> PÉREZ SANCHÍS, L. y otros: *Lecciones de Teoría del Derecho*, MacGraw Hill, Madrid, 1997, p. 204.

no se derivará necesariamente una modificación de los rasgos básicos del sistema: la coherencia y la unidad. Si partimos de la idea de una ingente cantidad y de diversa procedencia de normas lo primero que hemos de indagar es dónde descansa la unidad del ordenamiento jurídico. ¿Qué es lo que unifica en un mismo ordenamiento a esas normas válidas?

La unidad del ordenamiento viene articulada por un tipo de normas que determinan los elementos que componen el sistema jurídico, las normas que establecen la forma de producción de otras normas y que proporcionan los criterios de pertenencia al ordenamiento. Las normas que regulan la producción normativa o metanormas y las normas que regulan la conducta imponiendo o prescribiendo que «los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no»<sup>57</sup>.

A lo largo de la historia han ido sucediéndose diferentes explicaciones teóricas sobre la unidad del ordenamiento jurídico. Pero, sin duda las dos teorías que más influencia han tenido en el Siglo XX han sido la de Kelsen y la de Hart. Como ha señalado Norberto Bobbio, es con Kelsen cuando por primera vez la teoría del Derecho se orienta definitivamente hacia el estudio del ordenamiento jurídico en su conjunto, ya que en su obra busca «el elemento característico del Derecho en el modo como las normas a las que habitualmente damos el nombre de normas jurídicas se disponen y componen como sistema»<sup>58</sup>. El sistema jurídico será caracterizado como un sistema dinámico<sup>59</sup>: las normas jurídicas son válidas si son creadas de una determinada forma establecida por la norma básica de ese orden jurídico<sup>60</sup>. En la teoría de Hans Kelsen, la unidad del sistema jurídico descansa sobre la norma fundamental, «puesto que la norma fundante básica es el fundamento de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden jurídico, constituye ella la unidad dentro de la multiplicidad de esas normas»<sup>61</sup>. Este presupuesto lógico-transcendental es la fuente común de validez de todas las normas del ordenamiento jurídico. «El fundamento de la validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma. La norma que representa el fundamento de la validez de otra es caracterizada, metafóricamente, como una norma superior

---

<sup>57</sup> HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, ob. cit., p. 101.

<sup>58</sup> BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, segunda edición, Debate, p. 345.

<sup>59</sup> La distinción entre sistema estático y sistema dinámico permite a este autor distinguir el Derecho natural del Derecho positivo, porque en último término, «en su dimensión ontológica la oposición estático/dinámico expresa por un lado una opción por un modo positivista de ver la realidad jurídica y, por ende, un rechazo al modelo *iusnaturalista*». CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, ob. cit., p. 59.

<sup>60</sup> KELSEN, H., *Teoría General de Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Maynez, Imprenta Universitaria, México, 1949, p. 137.

<sup>61</sup> KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, novena edición, trad. de Roberto J. Vernengo, Editorial Porrúa, México, 1997, p. 214.

en relación con otra inferior»<sup>62</sup>. La validez de cada norma jurídica depende de la validez de las normas jurídicas inmediatamente superiores hasta llegar así a la norma suprema, a la norma fundamental, pues no podemos proseguir hasta el infinito. La norma fundamental no es válida sino que se presupone válida. Las normas del sistema jurídico son normas impuestas, positivas, «tienen que ser producidas mediante un acto de imposición»<sup>63</sup>. Pero, la norma suprema ha de ser presupuesta, «dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior»<sup>64</sup>. A través de la norma fundamental, Kelsen resuelve la cuestión de qué es lo que permite convertir en sistema una multitud de normas, ya que «todas las normas cuya validez puede ser referida a una y la misma norma fundamental constituyen un orden o sistema normativo»<sup>65</sup>.

A diferencia de Kelsen, la unidad del ordenamiento en la Teoría de Hart no descansa en la idea de una norma hipotética fundamental, sino en una norma de derecho positivo que ofrece al operador jurídico los criterios últimos de validez y certeza jurídica: la regla de reconocimiento. La regla de reconocimiento «especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo»<sup>66</sup>. Hart reconoce que cuanto más desarrollado es un sistema jurídico, más complejas son las reglas de reconocimiento<sup>67</sup>, identificando las reglas primarias, no exclusivamente por su referencia a una lista o a un texto, sino a través de una característica o un rasgo general que éstas posean. La regla de reconocimiento introduce la idea de un sistema jurídico, «porque las reglas no son ya un conjunto discreto inconexo, sino que, de una manera simple (a través de la marca de autoridad que proporciona la regla de reconocimiento), están unificadas»<sup>68</sup>. La combinación de una estructura basada en normas primarias y secundarias con sus reglas de cambio<sup>69</sup> y adjudicación y una regla de reconocimiento en la cúspide daría unidad a ese sistema. Entre las reglas de cambio y de reconocimiento existe una estrecha conexión «porque donde existen las primeras, las últimas necesariamente incorporarán una referencia a la legislación como característica identificatoria de las reglas»<sup>70</sup>. Las reglas de adjudicación permiten

---

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 201.

<sup>63</sup> LÓPEZ RUIZ, F., *Fuentes del Derecho y ordenamientos jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 61.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 202.

<sup>65</sup> KELSEN, H., *Teoría General de Derecho y del Estado*, *ob. cit.*, p. 114.

<sup>66</sup> HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, *ob. cit.*, p. 117.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 126.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 118.

<sup>69</sup> Aquella que faculta a una persona o a un grupo de personas a introducir nuevas reglas primarias y a dejar sin efecto las reglas anteriores. Es decir, son aquéllas que establecen quién y cómo se han de crear nuevas normas primarias.

<sup>70</sup> HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, *ob. cit.*, p. 119.

determinar a las personas que pueden juzgar, así como los procedimientos a seguir, si en una ocasión determinada se ha transgredido una regla primaria. Al igual que otras reglas secundarias, las de adjudicación están íntimamente relacionadas entre ellas, pues «un sistema que tiene reglas de adjudicación está también necesariamente comprometido a una regla de reconocimiento»<sup>71</sup>, aunque ésta fuera de tipo elemental e imperfecto.

A través de la regla de reconocimiento se introduce también la idea de validez jurídica, pues afirmar que una determinada regla es válida implica reconocer que «satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por lo tanto, que es una regla del sistema»<sup>72</sup>. Cuando los sistemas jurídicos son muy complejos, introduciendo una pluralidad de fuentes de Derecho, la regla de reconocimiento se vuelve igualmente más compleja: los criterios de identificación son múltiples y «en la mayor parte de los casos se adoptan provisiones para posibles conflictos, clasificando esos criterios en orden de subordinación y primacía relativas»<sup>73</sup>.

En el sistema jurídico español, la unidad del sistema vendría dada por la Constitución. La Constitución contiene el criterio formal de pertenencia, ya que concreta las formas de producción normativa y los órganos con potestad normativa; pero, señala Rafael de Asís, al lado del criterio formal aparece un criterio material de unidad: «los valores superiores del artículo 1.1»<sup>74</sup>. Como ha señalado Peces-Barba, «la unidad del ordenamiento no se produce sólo con la perspectiva formal, a través de la construcción jerárquica de las normas, en una ordenación de normas que crean poderes y de poderes que crean normas, sino también con la perspectiva material de unas normas conformes con los valores superiores»<sup>75</sup>.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 120.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 129.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 126.

<sup>74</sup> DE ASÍS ROIG, R., *Jueces y normas*, *ob. cit.*, p. 26.

<sup>75</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 94.

El Derecho originario comunitario no contiene una norma semejante a la que en el Ordenamiento español recoge los valores superiores. Como es sobradamente conocido, el sistema de protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea ha estado basado tradicionalmente en el activismo judicial, se trata de un modelo pretoriano de protección. No obstante, desde el Tratado Ámsterdam se producen avances, al menos desde una perspectiva política en esta materia. El Tratado de la Unión Europea, modificado por el de Ámsterdam, declara expresamente que los derechos humanos se encuentran entre los principios comunes a todos los Estados miembros de la Unión, en los que ésta se basa. Se afirma igualmente que Unión Europea se basa en los principios de libertad, democracia, respeto a los derechos humanos y al Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros (artículo 6.1). Además el artículo 49 de dicho Tratado convierte dichos principios en requisito de ineludible cumplimiento para cualquier Estado que quiera ingresar en la Unión y, el artículo 7 (modificado en Niza) añade «un tímido procedimiento de control al prever que la violación “grave y persistente” de estos principios por un Estado miembro puede con-

La aceptación de la Constitución de 1978 como norma suprema sería, así, el eje central de la regla de reconocimiento del sistema jurídico español. «La regla de reconocimiento remite, pues, directamente a la constitución e indirectamente a las normas dictadas o recibidas de acuerdo con ella»<sup>76</sup>. Desde este punto de vista la interacción del Derecho comunitario en el sistema de fuentes español, no afectaría a su unidad. En la medida en que la Constitución, en cuanto regla de reconocimiento, proporcionaría tanto los criterios de identificación de normas como «la guía de conducta y un criterio de valoración para los particulares y para los órganos de producción y de aplicación del Derecho»<sup>77</sup>.

El otro requisito o nota ideal, que caracteriza los sistemas jurídicos y que nos interesa evaluar en relación con la recepción del Derecho comunitario en los ordenamientos nacionales y su incidencia en el sistema de fuentes, es el de su coherencia. Desde este punto de vista, el sistema jurídico se concibe como un conjunto ordenado y sistematizado de normas que cuenta con una coherencia interna de los elementos que lo componen. Esta concepción ideal de sistema jurídico parte de «la aceptación del postulado de la racionalidad del legislador»<sup>78</sup>. Desde estas premisas teóricas, se presume la inexistencia dentro del sistema de normas incompatibles o contradictorias o, en su caso, la

---

llevar la suspensión de algunos derechos de índole constitucional o autonómica» (AMENZÚA AMENZÚA, L.C., Los derechos fundamentales en la Unión Europea, Revista de Derecho (Valdivia), vol. XVI, julio de 2004, p. 11).

Por su parte la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000, representa la síntesis de los valores comunes de los Estados miembros de la Unión Europea. Su objetivo se explica en el preámbulo: «*Por ello es necesario, dotándolos de mayor presencia en una Carta, reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos*». La Carta recoge y se fundamenta en los valores comunes que constituyen el patrimonio moral y espiritual de la Unión Europea, «*Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho*». Estos valores comunes beben de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, en la jurisprudencia del los TEDH y TJCE, así como en otros muchos instrumentos jurídicos internacionales como son la Declaración Universal de derechos, el CEDH, el Convenio Europeo de Derechos Sociales, la Carta Social Europea o los Tratados constitutivos de la UE, así como las directivas relevantes en materia de derechos humanos. Resulta «*expresiva de la voluntad de la Unión Europea de recoger de una manera clara y visible (...) los derechos fundamentales en vigor, los valores y principios comunes de la Unión fundada en la dignidad de la persona humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad y los principios de la paz, la democracia y el Estado de Derecho*» (RODRÍGUEZ BEREJO, A., *La Carta de los Derechos Fundamentales de la unión Europea y la protección de los derechos humanos*, en FERNÁNDEZ SOLA, N.(Coord.): *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 22).

<sup>76</sup> ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, p. 154.

<sup>77</sup> *Ibidem*.

<sup>78</sup> GARCÍA CALVO, M., *Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 182.

existencia de unos criterios que permitan solucionar la posible presencia de normas incompatibles, pues la propia noción de sistema no tolera la coexistencia de normas incompatibles entre sí, el Derecho no tolera antinomias<sup>79</sup>. Esto es, la coherencia es un requisito esencial del Derecho, «hasta el punto de que debe constituirse como criterio de identificación e incluso como elemento legitimador»<sup>80</sup>.

Unidad y coherencia son dos rasgos que no se identifican, pero se encuentran estrechamente relacionados. Para la solución del caso, no es tan relevante que las normas del sistema jurídico sean coherentes entre sí, de hecho no lo son con relativa frecuencia, sino que mediante ciertas operaciones pueda reconstruirse la unidad. El postulado de la unidad no exige ni presupone que todas las normas sean coherentes entre sí, sino que sea «posible hacer hablar al Derecho con una sola voz»<sup>81</sup>. En este sentido, cabe destacar que tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros procuran evitar que se produzca un conflicto radical entre las exigencias derivadas del Derecho comunitario y las Constituciones nacionales, hipótesis de antinomia que debería «quedar excluida en razón de la incorporación al Derecho comunitario, en cuanto principios generales comunes a los sistemas jurídicos de los Estados miembros, de estos principios constitucionales, que son sustancialmente comunes a los estados de la Comunidad, los cuales comparten los mismos valores esenciales»<sup>82</sup>.

Los ordenamientos jurídicos proporcionan los criterios para resolver las incoherencias y contradicciones normativas que puedan producirse en su seno. De entre estos criterios de resolución de antinomias (jerarquía, cronológico, de especialidad...), en los sistemas jurídicos complejos adquiere una cada vez mayor importancia el criterio de competencia, ya que existe una gran variedad de sujetos normativos que concurren en la tarea de creación del Derecho y «el criterio de competencia traduce el pluralismo de centros de poder»<sup>83</sup>. El criterio de competencia tiene en cuenta la distribución de materias entre las distintas fuentes en un ordenamiento jurídico. Las normas jurídicas que distribuyen los ámbitos materiales sobre los que pueden ejercerse las competencias normativas, realizan una distribución horizontal. Son normas que también condicionan la validez de los actos normativos y, lógicamente, la de las disposiciones o normas creadas por estos<sup>84</sup>.

---

<sup>79</sup> BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, ob. cit., p. 195 y ss.

<sup>80</sup> DE ASÍS ROIG, R., *Jueces y normas*, ob. cit., p. 28.

<sup>81</sup> AGILÓ REGLA, J., *Teoría general de las fuentes del Derecho*, ob. cit., p. 153.

<sup>82</sup> ORTIZ VAAMONDE, S., *El Tribunal Constitucional ante el Derecho Comunitario*, Revista Española de Derecho Constitucional, número 61, enero-abril, 2001, p. 345.

<sup>83</sup> PÉREZ SANCHÍS, L. y otros: *Lecciones de Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 275.

<sup>84</sup> *Ibidem*.

El principio de competencia es una regla de gran utilidad, que opera mediante la separación de los ámbitos materiales en los que deban producirse de manera válida normas jurídicas. El principio de competencia implica una relación normativa indirecta que conlleva un deber de respeto de los ámbitos de vigencia o de un ordenamiento hacia los de otras normas, «deber que se fundamenta en la obediencia a una tercera norma (habitualmente de la Constitución)»<sup>85</sup>. Uno de los rasgos más relevantes del principio de competencia es que, lo verdaderamente relevante, no es la forma que una norma reviste, sino su contenido. La invalidez de la norma competente no se producirá por la diferente posición jerárquica de las normas incompatibles, sino por el incumplimiento de la norma que haya realizado la distribución de competencias. Por otra parte, cuando se produce una antinomia como consecuencia de la invasión competencial de una norma por la otra, la invalidez de la norma competente no tiene porqué suponer la nulidad de la incompetente, «pues con frecuencia el resultado es, simplemente, la inaplicación de la norma»<sup>86</sup> incompetente.

Junto con el principio de competencia, las relaciones entre el Derecho comunitario y el español se rigen por el principio de prevalencia. Es un principio cuyo objetivo es resolver los problemas derivados de la posible colisión entre normas que provengan de ordenamientos distintos. Se trata de un criterio de resolución de antinomias que opera en el ámbito de las competencias concurrentes caracterizado porque «los enunciados en conflicto operan dentro de sus respectivos ámbitos competenciales»<sup>87</sup>. En la relación de prevalencia, entre las normas en conflicto ha de existir identidad en el ámbito material de validez, esto es, deben regular la misma materia. Este rasgo del principio de prevalencia es común con el principio de jerarquía y lo diferencia del competencial. Además, el principio de prevalencia podrá operar también «sobre la misma categoría normativa de regulación: al igual que en la relación competencial, que puede haber prevalencia entre dos normas de distinto o igual rango»<sup>88</sup>, puesto que este elemento resulta irrelevante desde el punto de vista de la prevalencia. En virtud de este principio el Derecho interno del Estado español no es derogado por la norma de Derecho comunitario con la que entre en colisión, sino que simplemente es desplazado y procede su inaplicación. Es decir, el principio de primacía del Derecho comunitario no implica la aplicación del principio de jerarquía y, por tanto, no tiene como consecuencia la derogación de la norma del derecho interno. Así lo ha estableci-

---

<sup>85</sup> LÓPEZ RUIZ, F., *Fuentes del Derecho y ordenamientos jurídicos*, ob. cit., p. 182.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 184.

<sup>87</sup> ITURRALDE SESMA, V., *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 170.

<sup>88</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F., *Fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 157. Asimismo, LÓPEZ RUIZ, F., *Fuentes del Derecho y Ordenamientos jurídicos*, ob. cit., p. 190.

do el TJCE en su sentencia de 22 de octubre de 1998, asunto IN. CO. GE. 90. Para el TJCE

«de la sentencia Simmenthal (...) no puede deducirse que la incompatibilidad con el Derecho comunitario de una norma de Derecho nacional posterior produzca el efecto de determinar la inexistencia de ésta. Ante semejante situación, el Juez nacional está obligado, en cambio, a descartar la aplicación de esa norma, en la inteligencia de que esta obligación no limita la facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales competentes para aplicar, entre los distintos procedimientos del ordenamiento jurídico interno, aquellos que sean apropiados para salvaguardar los derechos individuales reconocidos por el Derecho comunitario.»

No obstante, El TJCE en su sentencia de 15 de octubre de 1986<sup>89</sup> señala que en los supuestos de incompatibilidad del Derecho interno con el comunitario no es suficiente que el juez nacional inaplique la norma interna que resulta contraria, pues corresponderá a los poderes públicos de suprimirla «mediante disposiciones internas de carácter obligatorio que tengan el mismo valor jurídico que las disposiciones internas que deban modificarse»<sup>90</sup>. Es decir, aunque la inaplicación de la norma de Derecho interno incompatible, permite la aplicación preferente de la norma comunitaria «un Estado miembro que mantiene en vigor una norma nacional contraria (...) está incumpliendo su obligación de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de los Tratados y de los actos de las Instituciones»<sup>91</sup>.

El TJCE exige que los Estados miembros eliminen aquellas situaciones de incertidumbre derivadas de la existencia de normas en el Derecho interno incompatibles con el europeo, pues el simple mantenimiento por un Estado miembro de un texto contrario es, en todos los casos, fuente de ambigüedad y de inseguridad jurídica, constituyendo un incumplimiento de la obligación general de colaboración<sup>92</sup>.

También ha señalado el Tribunal Constitucional que el principio de primacía no debe confundirse con el de jerarquía normativa, sino que es una «exigencia existencial» del Derecho comunitario, a fin de lograr en la práctica el efecto directo y la aplicación uniforme de sus normas en todos los estados.

«Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supre-

<sup>89</sup> STJCE de 15 de octubre de 1986, Comisión vs. Italia, número 168/85.

<sup>90</sup> Vid. Fundamento jurídicos 13 y 14.

<sup>91</sup> MANGAS MARTÍN, A., «*Relaciones entre Derecho Comunitario y Derecho Interno*», en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J. (Dir.): *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, p. 93.

<sup>92</sup> Vid. el Informe de la Comisión de Estudios del Consejo de Estado de 15 de diciembre de 2010.



macía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía (...) salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación.»<sup>93</sup>

Asimismo, debe señalarse que la elección de la norma aplicable de acuerdo con los criterios de coherencia corresponde al juez ordinario. Incluso en los casos en los que la norma incompatible con el Derecho comunitario sea una norma de rango legal, el juez estará obligado a aplicar el principio de prevalencia desplazando la norma nacional incompatible y aplicando la comunitaria. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en su sentencia 28/1991, de 14 de febrero. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento Vasco contra los arts. 211, apartado 2 d), y 214, que la Ley Orgánica 1/1987 introdujo en la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General, para la regulación de las elecciones al Parlamento Europeo. El recurso se fundamenta en la inconstitucionalidad de esta norma por contradecir el art. 5 del Acta relativa a la elección de los representantes en el Parlamento Europeo por sufragio universal directo, adoptada por el Consejo Europeo el 20 septiembre 1976 (Decisión 76/19787/CECA, CEE, Euratom). Tal contradicción determinaría, en opinión del Parlamento vasco, la vulneración de los arts. 93, 96.1 y 9.1 CE, y también de su art. 14. La oposición a la Constitución de la norma impugnada descansa exclusivamente en la pretendida conculcación de la norma comunitaria, que de este modo se convertiría, según el razonamiento de la parte recurrente, en medida de enjuiciamiento constitucional de la validez de la norma impugnada.

El Tribunal Constitucional no comparte esta tesis y rechaza que los artículos 93 y 96 CE puedan «servir para convertir a los Tratados comunitarios o al Derecho derivado en canon de constitucionalidad»<sup>94</sup>:

«a partir de la fecha de su adhesión, el Reino de España se halla vinculado al Derecho de las Comunidades Europeas, originario y derivado, el cual –por decirlo con palabras del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas– constituye un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros

<sup>93</sup> Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004.

<sup>94</sup> ALONSO GARCÍA, R., *El juez español y el Derecho comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, p. 33.

y que se impone a sus órganos jurisdiccionales (S 15 julio 1964 Costa/E.N.E.L.).

Ahora bien, la vinculación señalada no significa que a través del art. 93 se haya dotado a las normas del Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales, ni quiere en modo alguno decir que la eventual infracción de aquellas normas por una disposición española entrañe necesariamente a la vez una conculcación del citado art. 93 CE. Este precepto constituye ciertamente el fundamento último de tal vinculación, dado que la aceptación de la misma –instrumentada en el Tratado de Adhesión, que es su fundamento inmediato– expresa la soberanía estatal. Ello no permite olvidar, sin embargo, que el precepto constitucional, de índole orgánico procedimental, se limita a regular el modo de celebración de una determinada clase de Tratados internacionales, lo que determina que únicamente tales Tratados puedan ser confrontados con el art. 93 CE en un juicio de constitucionalidad, por el hecho de ser dicha norma suprema la fuente de validez formal de los mismos.»

Tampoco el artículo 96 CE se puede utilizar de canon de constitucionalidad de las normas con rango de Ley que contravengan el Derecho comunitario. A este respecto el Tribunal Constitucional señala que

«Ningún tratado internacional recibe del art. 96.1 CE más que la consideración de norma que, dotada de la fuerza pasiva que el precepto le otorga, forma parte del ordenamiento interno; de manera que la supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que, por tanto, deba ser resuelto por el Tribunal Constitucional (STC 49/1988, f. j. 14.º “in fine”).»

Por lo tanto, la incompatibilidad de una norma con rango de Ley, posterior a nuestra entrada en las Comunidades Europeas, no supone un juicio de validez desde la norma constitucional, sino simplemente un «puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto»<sup>95</sup> cuya resolución corresponde a los órganos judiciales. Ya que se trata de un conflicto de normas infraconstitucionales, ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria. Es decir, la resolución de la incompatibilidad del Derecho interno con el comunitario corresponderá al juez ordinario, quien ostenta la competencia para declarar su invalidez y consiguientemente su inaplicabilidad. Este «control difuso de la conformidad de la Ley con el Derecho Comunitario por el juez

---

<sup>95</sup> La consideración del Derecho comunitario como infraconstitucional, puede provocar, para Ricardo Alonso, «*graves distorsiones a la hora de abordar el control judicial del Derecho Comunitario derivado, induciendo a situar el control en un marco, el constitucional interno, que no le corresponde, en detrimento de su parámetro natural de validez, que es el constitucional estrictamente comunitario, esto es, el Derecho originario*» (en *el Juez español y el Derecho Comunitario*, ob. cit., pp. 39 y ss.).

del litigio concreto es una competencia reconocida por el Derecho Comunitario y exigida para garantizar el pleno efecto de la norma comunitaria»<sup>96</sup>.

El principio de primacía se desenvuelve en el orden de la aplicación de la norma válida que se sustenta en la distinción entre diferentes ámbitos de aplicación de normas diferentes, pero ambas válidas. Es decir, para el Tribunal Constitucional la aplicación del principio de primacía para resolver las posibles contradicciones entre las normas de Derecho interno y de Derecho comunitario supone un problema puro de selección de la norma aplicable<sup>97</sup>. Entendido en estos términos, el principio de primacía del Derecho Comunitario reduce las relaciones entre el Derecho español y el Derecho de la Unión Europea a una cuestión de mero desplazamiento de la norma nacional y, en ningún caso, implica la invalidez de ésta por contradicción con la norma comunitaria. Las antinomias entre el Derecho comunitario y las normas nacionales habrán de ser resueltas por el órgano jurisdiccional con arreglo a criterios de aplicabilidad<sup>98</sup>, prevaleciendo las normas del primero sobre las nacionales, por más éstas continúen siendo válidas, «dado que al encuadrarse en sistemas normativos diferentes y carecer, por ello, de una norma común y superior a ambas (...) no responden en ningún caso a las mismas condiciones de validez»<sup>99</sup>. El Derecho comunitario, podría afirmarse, es así un «sistema privilegiado: los criterios de aplicabilidad de las normas que el juez usa tienen que pertenecer a ese sistema»<sup>100</sup>.

---

<sup>96</sup> MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, ob. cit., p. 518. Estos autores, no obstante, son muy críticos con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia considerando que la misma provoca una «fractura constitucional» «en la indefensión de los ciudadanos, en la seguridad jurídica y en la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas» (p. 526).

<sup>97</sup> Duramente criticada es esta conclusión por Ricardo Alonso, para quien en su Declaración 1/2004, el Tribunal Constitucional incurre de nuevo en el error «en que incurrió en su Sentencia 28/1991, al generalizar la calificación de la contradicción entre Derecho comunitario, estimado en su conjunto, con el Derecho interno, también globalmente considerado, como un puro problema de “selección de la norma aplicable”». En ALONSO GARCÍA, R., *Constitución española y Constitución Europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía*, Revista Española de Derecho Constitucional, número 73, enero-abril, 2005, p. 360 y 361.

<sup>98</sup> Es decir, aquel conjunto de directivas dadas a los jueces que establecen qué normas han de aplicarse en un caso concreto. Por lo tanto, normas que se refieren a la aplicabilidad de otras normas y que pertenecen a un nivel superior o metanormas que imponen deberes a los jueces de aplicar ciertas normas del primer nivel. Vid. GULYGIN, E., *Time and Validity*, en MARTINO, A., *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, North-Holland Publishing Co., Amsterdam, vol. II, pp. 65-81.

<sup>99</sup> REQUEJO PAGES, J. L., *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento*. La Constitución como norma sobre aplicación de normas, MacGraw Hill, Madrid, 1995, p. 65.

<sup>100</sup> GULYGIN, E., *Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos*, DOXA, núm. 9, 1991, p. 267.

Estaríamos ante un supuesto de «no aplicación» de la norma de Derecho interno, que presupone una concepción dualista de ambos ordenamientos, es decir, en una cuestión de simple elección de la norma aplicable en el plano hermenéutico. La no aplicación se encontraría incluida en aquel conjunto de actividades que parten de la individualización de la norma para, a través de la interpretación, alcanzar la norma que se aplicará al caso concreto<sup>101</sup>. No obstante y por otra parte, la determinación final por parte del órgano jurisdiccional de la norma aplicable nos proporcionaría la clave de los criterios de identidad del sistema, ya que «en la medida en que la mayoría de los sistemas jurídicos reconocen diversas fuentes del derecho, el único medio para determinar cuáles son los procedimientos y las instituciones jurídico-creadoras de un sistema jurídico dado, es determinando qué fuentes del derecho son reconocidas por los tribunales»<sup>102</sup>; pues, como señala López Ruiz, uno de los criterios de identidad de los sistemas jurídicos consiste en la existencia de ciertos criterios comunes de reconocimiento adoptados por los órganos de aplicación del Derecho, en virtud de los cuales una norma puede ser válida por su pertenencia a un sistema jurídico o por su aplicabilidad por los órganos primarios del sistema jurídico<sup>103</sup>.

Así pues, la unidad del sistema, incluso cuando adoptamos una postura dualista, no se resiste aunque las normas que lo componen tengan su origen en subsistemas normativos autónomos, ya que las normas que ambos generan se confunden en el momento de su aplicación jurisdiccional. El ordenamiento interno y el comunitario «no pueden concebirse más que como subsistemas autónomos de producción de normas que, haciendo de la Constitución su punto de encuentro, se confunden a partir de ella y en los estadios normativos subsiguientes hasta configurar un sistema normativo unitario»<sup>104</sup>. La auténtica articulación de las normas con origen en los diferentes sistemas se produce en el momento de su aplicación por el órgano judicial, de forma que la unidad del conjunto del ordenamiento se encontrará precisamente en la garantía de validez y aplicabilidad de cada una de las normas de ambos sistemas que proporcionarán los órganos jurisdiccionales.

---

<sup>101</sup> Vid. FERRARI, E., «Cittadinanza italiana e cittadinanza europea tra disapplicazione a causa di invalidità e principio di specialità», en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1991, p. 1088.

<sup>102</sup> RAZ, J., *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y moral*, trad. de Ronaldo Tamayo y Salmorán, UNAM, México, segunda edición, 1985, p. 117.

<sup>103</sup> LÓPEZ RUIZ, F.: *Fuentes del Derecho y Ordenamientos jurídicos*, ob. cit., p. 125.

<sup>104</sup> REQUEJO PAGES, J. L., *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento. La Constitución como norma sobre aplicación de normas*, ob. cit., p. 74.

#### IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

La adhesión de España a la Comunidad Europea ha supuesto que el sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico sea mucho más complejo y, asimismo, ha implicado la necesidad de reordenarlo. La supraestatalidad normativa y la aparición de nuevos poderes normativos requiere que los Estados miembros acepten unas reglas jurídicas impuestas por la organización supranacional, lo que va a determinar la necesidad de reordenación del sistema de fuentes. El Derecho de la Unión Europea constituye un ordenamiento jurídico autónomo, pero que se integra en los derechos de los Estados miembros. Entre ambos, Derecho Comunitario y Derecho interno se produce una mutua y permanente interacción jurídica. Por una parte, el Derecho de la Unión Europea influye decisivamente en los derechos de los Estados miembros, pero, por otra, los derechos internos han influido en el Derecho comunitario, incluso a través de la remisión que el Tribunal de Justicia ha hecho a los derechos nacionales, en numerosas ocasiones.

Los principios de primacía y efecto directo del Derecho comunitario suponen el desplazamiento del Derecho interno, lo que implica una modificación de los criterios de validez, formales y materiales. Una vez que se ha producido la integración, el marco de validez de las normas comunitarias no será la Constitución sino el Tratado que instrumenta la cesión competencial. No obstante, la interacción entre el Derecho español y el Derecho de la Unión Europea no afecta a la unidad del sistema, ya que la Constitución, en cuanto regla de reconocimiento, sigue proporcionando los criterios de identificación de normas, así como de valoración para los órganos de producción y de aplicación del ordenamiento y para los ciudadanos. Por otra parte, la posible colisión entre el Derecho comunitario y las constituciones de los Estados miembros queda excluida en la medida en que se han incorporados al primero, como principios generales, los principios constitucionales sustancialmente comunes a los derechos de los Estados, que comparten los mismos valores esenciales.

Igualmente, para resolver los problemas derivados de las posibles contradicciones entre normas del Derecho interno y del ordenamiento comunitario, las relaciones entre ambos ordenamientos se rigen por los principios de competencia y prevalencia. Este último, el principio de prevalencia opera en el ámbito de las competencias concurrentes. Su aplicación supone que la norma nacional no es derogada por la de Derecho comunitario con la que entra en colisión, sino que solamente va a ser desplazada y procederá su no aplicación. De acuerdo con estos criterios de coherencia, corresponderá al juez ordinario la elección de la norma aplicable. Pues, como ha señalado el Tribunal Constitucional, la aplicación del principio de primacía para resolver las contradicciones entre normas españolas y de normas del Derecho Comunitario supone un puro problema de selección de la norma apli-

cable, ya que la primacía del Derecho Comunitario sólo comporta el desplazamiento de la norma de Derecho interno y en ningún caso su invalidez. La no aplicación de la norma de Derecho interno, que parte de la concepción dualista de ambos ordenamientos, se reduce a una simple cuestión de determinación de la norma aplicable por parte del órgano jurisdiccional, lo que nos proporcionaría los criterios de unidad del sistema. La verdadera articulación de las normas de ambos sistemas normativos se producirá en ese momento y, como se ha señalado, la unidad del conjunto del ordenamiento se encontrará precisamente en la garantía de validez y aplicabilidad de cada una de las normas de ambos sistemas que proporcionarán los órganos judiciales.

Fecha de recepción: 31/03/2012. Fecha de aceptación: 20/12/2012.

# El derecho al desarrollo en el sistema de Derechos Humanos: entre los derechos de la personalidad y la actividad del Estado

Por FERNANDO H. LLANO ALONSO  
Universidad de Sevilla

*«They wondered about human nature, human passions,  
human hopes and fears, the struggles, triumphs and defeats,  
the cares and joys and sorrows, the lives and deaths of  
common men and women!»*

*Charles Dickens, Hard Times (1854)*

## RESUMEN

*El presente artículo pretende justificar la necesidad de fundamentar adecuadamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad desde una perspectiva ética y filosófico-jurídica. Sin embargo, al igual que sucede con los demás derechos humanos de nueva generación, el derecho al desarrollo también adolece de una manifiesta falta de concreción conceptual, lo cual no es una razón suficiente para comprometer dicha fundamentación, ni tampoco para impedir la eficaz puesta en práctica de un derecho con una dimensión ético-jurídica tan universal.*

*Palabras clave: derecho al desarrollo; dignidad humana; humanismo cosmopolita; justicia universal.*

## ABSTRACT

*This article attempts to justify the need to adequately substantiate the right to free development of personality from an ethical and philosophical-legal perspective. However, as with other new-generation human rights, the right to development also suffers from a manifest lack of conceptual clarity. Still, this is not reason enough to compromise its foundation, nor to prevent the effective implementation of this universal right, which has a legal-ethical dimension.*

*Key words: right to development; human dignity; universal justice; cosmopolitan humanism.*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA NOCIÓN DE DESARROLLO Y SU ALCANCE NORMATIVO EN LA DECLARACIÓN DE 1986.—3. LA DIGNIDAD HUMANA Y EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONA DESDE UNA PERSPECTIVA IUSFILOSÓFICA.—4. EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONA EN LA DOCTRINA UNIVERSALISTA CONTEMPORÁNEA. 4.1 *John Rawls: la dignidad como bien primario y el desarrollo moral de la persona en una sociedad justa.* 4.2 *Amartya Sen: el desarrollo como libertad.* 4.3 *Martha C. Nussbaum: el enfoque de las capacidades y el desarrollo humano.* 4.4 *Charles Beitz y Thomas Pogge: desarrollo humano y contractualismo global.* 4.5 *Onora O'Neill: la justicia económica transnacional y el derecho al desarrollo.*—5. CONCLUSIÓN.

## 1. INTRODUCCIÓN

Existe un amplio consenso doctrinal en clasificar el derecho al desarrollo dentro del catálogo de los derechos humanos de tercera generación<sup>1</sup>. De acuerdo con esta interpretación mayoritaria, el derecho al desarrollo formaría parte de los también denominados «derechos emergentes» (*emerging human rights*), cuya titular es la humanidad entera y tiene a la solidaridad como principal valor referencial. A diferencia de lo que ocurre con los derechos de la primera generación (derechos civiles y políticos) y los de la segunda generación (derechos económicos, sociales y culturales), esta nueva generación de derechos humanos tiene una significación tan heterogénea que se encuentra aún lejos de conformar una lista cerrada y bien definida. Además del derecho al desarrollo, están integrados en tan extenso y variado elenco: el derecho a la paz, al medio ambiente, al patrimonio cultural e histórico de la humanidad, a la calidad de vida y a la libertad

---

<sup>1</sup> Consúltese, a este respecto, la completa bibliografía aportada por M.<sup>a</sup> E. Rodríguez Palop en la edición corregida y aumentada de su libro: *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Dykinson, Madrid, 2010 (2.<sup>a</sup> ed.), p. 91, nt. 111.



informática, entre los más representativos. Por eso, se ha podido afirmar, y no sin razón, que estos derechos constituyen más bien «un marco de referencia, todavía *in fieri*, de las demandas actuales más acuciantes que afectan a los derechos y libertades de la persona»<sup>2</sup>. Esta circunstancia, la naturaleza difusa de los derechos humanos de tercera generación, condiciona necesariamente su status jurídico y complica extraordinariamente la tutela judicial efectiva de los mismos tanto en el ámbito interno de los Estados, como en el de las relaciones internacionales.

Al igual que los demás derechos humanos de nueva generación, el derecho al desarrollo también adolece de una manifiesta falta de concreción conceptual, lo cual no sólo compromete la adecuada fundamentación, sino también la eficaz puesta en práctica de un derecho con una dimensión ético-jurídica tan universal. En este sentido se ha pronunciado un sector importante de la doctrina internacionalista contemporánea, acaso la más especializada en el estudio del contenido y la trayectoria recorrida por el derecho al desarrollo, como *soft-law*, en su proceso de positivación o de adquisición de normatividad internacional<sup>3</sup>. Ahora bien, conviene advertir que la aceptación de la idea de un derecho humano al desarrollo no es del todo unánime. Hay autores que, en contra de la opinión mayoritaria, sostienen que la inclusión del derecho al desarrollo en el catálogo de derechos humanos es contraproducente por dos motivos: en primer lugar, por carecer de base ética y jurídica; y, en segunda instancia, porque su asimilación resulta nociva para la teoría de los derechos humanos, en la medida en que contribuye a enturbiar el significado y diluir la justificación no sólo de los derechos humanos de tercera generación ya consolidados, sino también a rebajar el relieve de los derechos y libertades de las anteriores generaciones<sup>4</sup>. Este criterio restrictivo es el que parece haber predominado, precisamente, en la lista de derechos humanos propuesta por John Rawls en uno de sus últimos escritos: *The Law of Peoples* (1999)<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., *La tercera generación de derechos humanos*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 33 y ss.

<sup>3</sup> GÓMEZ ISA, F., «El derecho al desarrollo en el 25 aniversario de la Declaración sobre el derecho al desarrollo», *Derechos y libertades*, núm. 26, enero 2012, p. 186. Véase también, en sentido análogo: MARINO, F., *Derecho internacional público. Parte General*, Trotta, Madrid, 1993, p. 183; CARRILLO SALCEDO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público. Introducción a su estructura, dinámica y funciones*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 133; Díez de Velasco, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2007 (16.ª ed.), p. 728; NORMAND, R., *Human Rights at the UN: The Political History of Universal Justice*, eds: R. Normand and S. Zaidi, Indiana University Press, Bloomington (Indiana), 2008, pp. 303-304.

<sup>4</sup> DONNELLY, J., «In Search of the Unicorn: The Jurisprudence and Politics of the Right to Development», *California Western International*, Vol. 15, 1985, pp. 477 y ss.

<sup>5</sup> RAWLS, J., *The Law of Peoples*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts)-London, 1999, pp. 65, 80 y ss.

A propósito de estas reservas respecto a la ampliación de la lista de derechos humanos en general y, en particular, del derecho al desarrollo, cabe hacer un par de consideraciones:

En primer lugar, es preciso señalar que, si se contempla el proceso de formación y consolidación de los derechos humanos en perspectiva histórica, es posible entender la razón por la que Karel Vašák -pionero en la propuesta de división de los derechos humanos en tres generaciones- afirma que el catálogo de estos derechos y libertades no constituye un elenco cerrado, sino más bien una lista abierta a los constantes cambios y problemas más acuciantes que afectan al hombre contemporáneo (precisamente el que vive en el tiempo de las nuevas tecnologías)<sup>6</sup>. Naturalmente, esta incorporación de nuevos derechos y libertades exige una selección rigurosa, puesto que de ser aceptada indiscriminadamente (como derecho humano emergente) cualquier demanda del individuo por el mero hecho de ser novedosa, se correría el riesgo de incurrir en una verdadera inflación de derechos humanos aparecidos «como por arte de magia»<sup>7</sup>.

En segundo lugar, de conformidad con el requisito de rigor selectivo al que se acaba de hacer mención, hay que consignar como una prueba justificativa de la inscripción del derecho al desarrollo en el registro de los derechos humanos de la tercera generación el hecho de que, desde que a principios de la década de los 70 se proclamara su existencia en el ámbito iusinternacionalista<sup>8</sup>, el derecho al desarrollo ha ido adquiriendo carta de naturaleza merced a sucesivas resoluciones y conferencias internacionales auspiciadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Entre las medidas y acuerdos promovidos por el principal órgano deliberativo de la ONU merecen ser destacada, por su especial contribución a la formalización jurídica de esta nueva concepción del derecho al desarrollo como derecho humano la «Declaración sobre el derecho al desarrollo», adoptada en 1986 por

---

<sup>6</sup> VAŠÁK, K., *Pour les droits de l'homme de la troisième génération*, Institut International des Droits de l'Homme, Strasbourg, 1979. Véase también, de este mismo autor: «Les différents catégories des droits de l'homme», en *Les dimensions universelles des Droits de l'Homme*, dir: A. Lapeyre, F. de Tinguy, K. Vasak, UNESCO-Bruxylant, Bruxelles, 1990, p. 297.

<sup>7</sup> ALSTON, P., «Conjuring up New Human Rights: A Proposal for Quality Control», *American Journal of International Law*, Vol. 78, 1984, p. 607. En sentido análogo, cfr., MARKS, S., «Emerging Human Rights: A New Generation for the 1980s?», *Rudgers Law Review*, Vol. 33, 1981, p. 436. El subrayado es de: GÓMEZ ISA, F., *El derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, p. 65.

<sup>8</sup> M'BAYE, K., «Le droit au développement comme un droit de l'homme», *Revue des Droits de l'Homme*, 1972, pp. 503-534. En España, la primera referencia al derecho al desarrollo la hizo el Prof. Juan Antonio CARRILLO SALCEDO en su artículo: «El derecho al desarrollo como derecho de la persona humana», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XXV, 1972, pp. 119-125. El subrayado es de: GÓMEZ ISA, F., *El derecho al desarrollo: entre la justicia y la solidaridad*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1998, p. 19, nt. 21.

Resolución 41/128 de la AGNU. En el siguiente epígrafe veremos, precisamente, la interpretación que se hace en este texto tan relevante de las nociones de «desarrollo» y «derecho al desarrollo», y veremos también la magnitud de su influencia en otras declaraciones posteriores, en las cuales el desarrollo sostenible (producto de la vinculación entre el desarrollo y la sostenibilidad del medio ambiente) se contempla como una opción alternativa al desarrollo económico<sup>9</sup>.

El tercer epígrafe estará dedicado al estudio del fundamento iusfilosófico del derecho al desarrollo que, en mi opinión, debe ser concebido en sintonía con la idea de libre y pleno desarrollo de la personalidad humana. Es más, la referencia a la dimensión moral del derecho al desarrollo en cuantas Declaraciones se han aprobado desde la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (mencionado expresamente en los artículos 6, 22, 26.2 y 29.1 de la misma), pasando por la ya citada Declaración de 1986 (en cuyo preámbulo y artículo 2 se manifiesta solemnemente que: «la persona humana es el sujeto central del desarrollo y debe ser el participante activo y el beneficiario del derecho al desarrollo»)<sup>10</sup>, sin olvidar la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993 (en cuya Acta final, punto 10, se reconoce el derecho al desarrollo como «un derecho humano inalienable»), hasta las últimas resoluciones sobre desarrollo sostenible y medio ambiente, no puede entenderse sin una referencia obligada a la noción de dignidad humana. De ahí que, como se podrá constatar más adelante, quepa afirmar la existencia de una evidente asociación de ideas entre el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana, que es la base sobre la que se construye la moderna teoría de los valores y los derechos humanos. En el proceso histórico de consolidación de la *dignitas* como categoría moral y jurídica que

---

<sup>9</sup> Así, entre las convenciones internacionales más importantes sobre esta materia figuran: la Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Río de Janeiro, 1992); la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993); la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 1994); la Conferencia Mundial de la Cumbre sobre desarrollo social (Copenhague, 1995); y la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible (Johannesburgo, 2002). Cfr., ABELLÁN HONRUBIA, V., «El Derecho Internacional Económico (I): La promoción del desarrollo», en: M. DÍEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, *op. cit.*, pp. 713-731.

<sup>10</sup> A diferencia de la tradición dualista del Derecho Internacional clásico, que entendía que los individuos eran sólo objetos de dicho ordenamiento y que la sociedad internacional tenía una estructura fundamentalmente interestatal, la tendencia del Derecho Internacional contemporáneo es la de ir humanizándose y socializándose (o bien, dicho en otras palabras, moralizándose) paulatinamente, a la vez que reconoce una cierta subjetividad del individuo. En este sentido, como ha señalado el Prof. Pastor Ridruejo: «El Derecho Internacional contemporáneo, aun anclado fundamentalmente en una estructura interestatal de yuxtaposición (...) ha añadido a las funciones relacionales y competenciales la del *desarrollo integral de los individuos* y pueblos mediante una cooperación en muchos casos institucionalizada». Cfr., PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional público y Organizaciones internacionales*, Tecnos, Madrid, 2007 (11.ª ed.), p. 185.

engloba las exigencias de libertad, igualdad y solidaridad jugó un papel trascendental la doctrina iusnaturalista racionalista (especialmente dos figuras de la historia del pensamiento jurídico germánico: Samuel Pufendorf e Immanuel Kant)<sup>11</sup>.

De acuerdo con la tradición universalista, iusracionalista y liberal de los derechos del hombre que tiene su origen en la Ilustración, y que antepone a la persona (por encima de los colectivos, e incluso de entidades supraindividuales tan abstractas como los pueblos) como sujeto moral del derecho al desarrollo, en el cuarto epígrafe me centraré en el estudio de algunas de las principales contribuciones teóricas del presente –la gran mayoría procedentes de la doctrina anglosajona– en las que la reflexión en torno al desarrollo trasciende los límites de la economía de mercado y aterriza en el campo de los derechos humanos y las libertades fundamentales. En este sentido, sin ánimo de ser exhaustivo, creo que podrían citarse como ejemplos ilustrativos los trabajos de Amartya Sen (que entiende el desarrollo en términos de libertad), Martha C. Nussbaum (que, en su «enfoque de las capacidades», apuesta por la educación y la recuperación de los valores e ideales del humanismo cosmopolita para afianzar la protección del derecho al libre desarrollo de la persona), o Thomas Pogge (que considera el derecho al desarrollo como una condición previa y necesaria para poder acceder a la justicia universal), entre otros autores.

Antes de concluir la presente introducción, y de proceder con el tratamiento de cuantas cuestiones se han planteado, es necesario aclarar que el concepto de desarrollo tiene un significado que trasciende su acepción estrictamente económica, pues en realidad comporta un proceso global de contenido indudablemente económico (piénsese, a este respecto, en la función tan relevante que desempeña el Nuevo Orden Económico Internacional como marco institucional del Derecho Internacional *del* desarrollo donde se mantiene el diálogo Norte-Sur), aunque también posee un carácter social, cultural y político<sup>12</sup>. Por otra parte conviene advertir que, pese a que del tenor literal de los artículos 1.2 y 2.2 de la Declaración sobre el derecho al desarrollo se deduce que este derecho –según el criterio de sus redactores, que parecen haberse guiado por un criterio más ideológico que jurídico<sup>13</sup>– tiene una doble dimensión individual y colectiva, de manera que se consideran titulares del mismo tanto a las personas como a los pue-

---

<sup>11</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., *Dimensiones de la igualdad*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 111.

<sup>12</sup> Cfr., LACHS, M., «Economic, Law and the Right to Development», *Development Studies: Critique and Renewal*, E. J. Brill, Leiden, 1986, p. 69. PELÁEZ MARÓN, J. M., *La crisis del Derecho Internacional del desarrollo*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1987, p. 29.

<sup>13</sup> ABELLÁN HONRUBIA, V., «Derecho al desarrollo», en *Los desafíos de los derechos humanos hoy*, coords: R. de Asís, D. Bondía y E. Maza, Dykinson, Madrid, 2007, p. 452.

blos, el enfoque iusfilosófico de mi estudio se centra exclusivamente en la persona humana, considerada como sujeto central del desarrollo que debe ser participante activo y beneficiario de este derecho humano de última generación. Esta necesidad de concretar el sujeto titular de todo derecho humano en general, y del derecho al desarrollo en particular, debe entenderse como *conditio sine qua non* para una adecuada fundamentación del mismo (con las dificultades que este proceso entraña) y, por extensión, como un requisito previo a cualquier debate en torno a las medidas que haya que adoptar para su efectiva protección<sup>14</sup>.

## 2. LA NOCIÓN DE DESARROLLO Y SU ALCANCE NORMATIVO EN LA DECLARACIÓN DE 1986

Señalábamos en el anterior apartado que, al igual que el resto de los derechos humanos de la tercera generación, el derecho al desarrollo carece de una definición precisa y clara. Dicha indeterminación incide ineludiblemente en su mayor o menor grado de normatividad en el ámbito del Derecho Internacional, por lo que, en última instancia, la eficacia del derecho humano al desarrollo dependerá proporcionalmente de su nivel de concreción conceptual. En este sentido, a una mayor confusión semántica del término «desarrollo» le corresponderá un menor consenso en relación con las medidas que deben tomarse para garantizar su promoción. Por el contrario, mientras más preciso sea el significado de esta noción, menos problemática será llegar a un acuerdo sobre su valor jurídico como derecho humano<sup>15</sup>.

Por cuanto respecta a la noción de desarrollo, ya hemos visto que su formulación no es novedosa en el Derecho Internacional contemporáneo. En el preámbulo de la Declaración de 1986 se reconoce la influencia que en la *voluntas legislatoris* han ejercido los propósitos y

---

<sup>14</sup> A juicio de Bobbio, uno de los principales obstáculos con los que se topan los juristas en su búsqueda del fundamento absoluto de los derechos humanos es, precisamente, su vaguedad, hecho que dificulta extraordinariamente la realización de los valores últimos que éstos condicionan. Cfr., BOBBIO, N., «Sobre el fundamento de los derechos del hombre», en *El tiempo de los derechos*, trad. cast., R. de Asís, Sistema, Madrid, 1991, p. 56.

<sup>15</sup> Respecto al objetivo de la promoción del desarrollo, hay que señalar que son los Estados que han ratificado la Declaración de 1986 los primeros en asumir, a nivel interno, el deber y la responsabilidad de garantizar a sus ciudadanos el pleno disfrute de este derecho fundamental, y de remover los obstáculos que impidan su ejercicio, así como la obligación de colaborar en la formación de un consenso universal, especialmente en el seno de organizaciones internacionales como la ONU, para formular una estrategia global de defensa del derecho humano al desarrollo. Cfr., SENJUPTA, A., «Poverty Eradication and Human Rights», *Freedom from Poverty as a Human Right. Who owes what to the very poor?*, ed: T. Pogge, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 338-339.

principios que inspiran la Carta de San Francisco de 1945, en cuanto al reforzamiento de la cooperación internacional en aras del «desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales de todos» (párrafo 1). Con posterioridad a la fecha de constitución de la ONU, se ha ido consolidando progresivamente la vinculación entre la idea de desarrollo y el Derecho; así, en la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo social, adoptada en 1969 por Resolución 2542 (XVII) de la AGNU, se proclama que «el progreso y el desarrollo en lo social se fundan en el respeto a la dignidad y el valor de la persona humana, y debe asegurar la promoción de los derechos humanos». Ahora bien, lo que en cierto modo sí constituye una novedad es la concepción del desarrollo como derecho humano universal e inalienable, tal y como se desprende del tenor literal de dos textos fundamentales anteriormente citados: el correspondiente a la Declaración sobre el Derecho al desarrollo (1986) y el de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993)<sup>16</sup>.

En relación con el contenido de los textos anteriormente citados, pero muy en especial el que nos sirve de referencia obligada para tratar rigurosamente el tema del derecho al desarrollo, es decir, el texto correspondiente a la Declaración de 1986, cabe hacer dos consideraciones que afectan a la noción y al valor jurídico del derecho al desarrollo que allí se expresa:

En cuanto al concepto del derecho al desarrollo, el texto hace una descripción a grandes rasgos y lo formula desdoblándolo en dos sentidos: uno individual («todo ser humano») y otro colectivo («todos los pueblos»). Empero, mientras que la titularidad individual del derecho al desarrollo no plantea ningún problema, por cuanto que —como indica Victoria Abellán— la idea de la titularidad del ser humano se ha consolidado en todos los instrumentos internos e internacionales sobre derechos humanos, la referencia que se hace a los pueblos en el primer artículo de la Declaración sobre el derecho al desarrollo es «políticamente confusa y de muy difícil concreción jurídica»<sup>17</sup>. La equivoicidad del término «pueblo» queda patente al comprobar las diversas acepciones que pueden diferenciarse cuando se hace uso del mismo tanto en singular como en plural. Respecto a las diversas connotaciones del término, Antonio E. Pérez Luño ha distinguido cuatro significados posibles: entendido en su versión singular, el vocablo «pueblo» puede tener un sentido *filosófico* (concebido como totalidad orgánica,

---

<sup>16</sup> Arts. 1, pf. 1 y Acta final, punto 10, respectivamente. En relación con la evolución normativa de la noción desarrollo en el marco del Derecho Internacional contemporáneo, *vid.*, ABELLÁN HONRUBIA, V., «Codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional del Desarrollo», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XXIX, 1976, pp. 369-396. Véase también, de la misma autora: «Derecho al desarrollo», en *Los desafíos de los derechos humanos hoy*, *op. cit.*, p. 447.

<sup>17</sup> ABELLÁN HONRUBIA, V., «Derecho al desarrollo», en *Los desafíos de los derechos humanos hoy*, *op. cit.*, p. 450.

de acuerdo con la interpretación característica del Romanticismo y la Escuela histórica del Derecho, y también de pensadores como Hegel y Schelling), pero también posee un significado *jurídico*, propio del lenguaje de los científicos del Derecho, tal como pone de manifiesto Kelsen en la última edición de su *Reine Rechtslehre* (1960) y según el cual, el pueblo expresaría el ámbito de validez personal del ordenamiento jurídico estatal. Por otra parte, contemplado en su acepción plural, el término «pueblo» puede considerarse como una categoría *sociológica* que alude a la población cuantitativamente mensurable que conforman el Estado, o bien puede entenderse en sentido *ideológico* (una acepción meramente descriptiva que sirve para referirse a un conjunto de representaciones mentales que, por ser mayoritarios o predominantes dentro de un colectivo de personas, se identifica con el pueblo)<sup>18</sup>.

Sin embargo, la Declaración de 1986 no aclara a qué pueblos se refiere, ¿tal vez a los Estados, quizás a los pueblos (o naciones) sin Estado, o incluso a las minorías étnicas como los pueblos indígenas? La cuestión no es baladí, sobre todo si se tiene en cuenta que la condición de titular del derecho al desarrollo (condición que comparten –según un amplio sector de la doctrina internacionalista– los seres humanos y los pueblos) determina también sus derechos y responsabilidades. De este modo, nos encontramos ante una situación paradójica: mientras los seres humanos y los pueblos tienen reconocida por igual la facultad de participar, contribuir y disfrutar del desarrollo, únicamente a los pueblos se les reconoce el derecho a la autodeterminación y a la soberanía sobre sus riquezas y recursos naturales (en este sentido, los redactores de la Declaración del derecho al desarrollo parecen haber soslayado el principio ilustrado de la emancipación del ser humano que se basa en la autonomía de la voluntad libre y soberana del individuo)<sup>19</sup>, en tanto que sólo los seres humanos (pero no los pueblos) asumen responsabilidades y deberes respecto al desarrollo. Sin embargo, según se desprende del artículo 3, el contenido obligacional de la Declaración de 1986 no recae ni en los seres humanos ni en los

---

<sup>18</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, (cito por la 10.ª ed. de 2010), pp. 197-198.

<sup>19</sup> Conviene recordar, a propósito de este olvido en el texto de la Declaración de 1986 de una referencia expresa a la autodeterminación (o emancipación) de la humanidad, la advertencia realizada por Immanuel Kant en su opúsculo *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung? (Respuesta a la pregunta ¿Qué es la Ilustración?)*: «Sería un crimen contra la naturaleza humana, cuya determinación original consiste, precisamente, en este progreso; y, por ello, la posteridad está en su pleno derecho de rechazar todo acuerdo tomado de modo incompetente y ultrajante». Cfr., KANT, I., *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?* (1784), *Kants Werke. Band VIII*. Akademie Textausgabe. Unveränderter photomechanischer Abdruck des Textes der von der Preussischen Akademie der Wissenschaften 1902 begonnenen Ausgabe von Kants gesammelten Schriften. Abhandlungen nach 1781, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1968, p. 39.

pueblos, sino en los sujetos principales del Derecho Internacional: los Estados<sup>20</sup>.

Pero la ambigüedad de la titularidad del derecho al desarrollo, cuando se refiere a los pueblos, no es la única indeterminación semántica que presenta la Declaración; de hecho existen lagunas de cierta consideración que afectan a la realización del derecho al desarrollo. La abstracta redacción del artículo 10 de la Declaración del derecho al desarrollo no concreta su ámbito de aplicación, ni aclara cuáles son las medidas a adoptar, ni los mecanismos para su efectiva puesta en práctica y el control de su aplicación:

«deben adoptarse medidas para asegurar el pleno ejercicio y la consolidación progresiva del derecho, inclusive la formulación, adopción y aplicación de medidas políticas, legislativas y de otra índole en el plano nacional e internacional.»

Con posterioridad a la fecha de la Declaración, y ante la falta de un Tratado internacional que implemente adecuadamente el contenido del texto de 1986, en términos de concreción y de eficacia jurídica, las Naciones Unidas han establecido diversos mecanismos para informar sobre los avances realizados en torno a la aplicación del derecho al desarrollo<sup>21</sup>. Precisamente con este fin, es decir, la aclaración y la difusión de los principales elementos que configuran el derecho al desarrollo, se constituyó en 1998 el Grupo de Trabajo de Expertos Gubernamentales (cuya acción es completada a través de otros mecanismos: como el informe de un experto independiente y un Equipo especial de alto nivel sobre el ejercicio del derecho al desarrollo)<sup>22</sup>. La realización del derecho al desarrollo se implementa también por medio de programas nacionales de desarrollo basados en el enfoque de los derechos humanos y de pactos internacionales para la aplicación de esos programas en países en desarrollo. Hay que advertir, no obstante, que pese a que dichos mecanismos suponen un ostensible progreso en la estrategia nacional e internacional de aplicación eficaz del derecho al desarrollo, es conveniente, por obvio que resulte decirlo, que el enfoque de los estudios e informes dedicados al desarrollo no se centre exclusivamente en el crecimiento económico o la prosperidad de los Estados, sino también (y sobre todo) en la mejora paralela de la calidad de vida de sus ciudadanos. Aludiendo a la necesaria *personalización* del enfoque de los informes sobre el derecho al desarrollo, el economista paquistaní Mahbub ul Haq (que fue precisamente

---

<sup>20</sup> Como advierte oportunamente la Prof.<sup>a</sup> Victoria Abellán Honrubia, es a los Estados a quienes les corresponde adoptar medidas necesarias para la realización del derecho al desarrollo y garantizar su ejercicio. Cfr., ABELLÁN HONRUBIA, V., «Derecho al desarrollo», en *Los desafíos de los derechos humanos hoy*, op. cit., p. 451.

<sup>21</sup> ASSEFA TADEG, M., «Reflections on the Right to Development: Challenges and Prospects», *African Human Rights Journal*, vol. 10, núm. 2, 2010, pp. 325-344.

<sup>22</sup> Cfr. Resoluciones 1998/72 y 2004/7 de la Comisión de Derechos Humanos.



quien inauguró los Informes sobre Desarrollo Humano del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en 1990), ha señalado lo siguiente:

«[l]a verdadera riqueza de una nación está en su gente. El objetivo básico del desarrollo es crear un ambiente propicio para que los seres humanos disfruten de una vida prolongada, saludable y creativa. Esta puede parecer una verdad obvia, aunque con frecuencia se olvida debido a la preocupación inmediata de acumular bienes de consumo y riqueza financiera.»<sup>23</sup>

A propósito del enfoque sobre la dignidad y el desarrollo de las capacidades de la persona, Martha C. Nussbaum ha afirmado recientemente que, en este aspecto concreto, «todas las naciones son países en vías de desarrollo», ya que todas están fracasando (en mayor o menor medida) a la hora de cumplir con el objetivo de garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad de oportunidades para cada individuo<sup>24</sup>. En el siguiente epígrafe volveremos sobre este «enfoque de las capacidades» que nos propone la filósofa estadounidense.

### 3. LA DIGNIDAD HUMANA Y EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONA DESDE UNA PERSPECTIVA IUSFILOSÓFICA

La dignidad y el desarrollo de la dimensión moral de la persona son dos nociones complementarias que entroncan con el discurso de las facultades y las capacidades humanas. Por otra parte, la influencia de la interacción entre ambos conceptos en el origen de la moderna teoría de los valores jurídicos básicos y los derechos humanos resulta incuestionable. En este sentido, a nivel doctrinal basta recordar que, desde el iusnaturalismo racionalista y el contractualismo de la Ilustración, hasta el humanismo cosmopolita contemporáneo, la dignidad humana y el proceso histórico de emancipación del hombre, como ser éticamente libre, han venido siendo las dos categorías universales y omnicomprendivas que engloban, por excelencia, las exigencias de libertad, igualdad y solidaridad entre los hombres<sup>25</sup>.

De acuerdo con la tesis de Samuel Pufendorf, artífice, en su tratado *De iure naturae et gentium* (1672), de un sistema de derechos naturales que tendrá una gran repercusión entre los iusfilósofos de la

<sup>23</sup> PNUD, *Desarrollo humano: Informe 1990*, Bogotá, 1990, p. 31.

<sup>24</sup> NUSSBAUM, M. C., *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*, trad. cast., A. Santos Mosquera, Paidós, Madrid, 2012, p. 35.

<sup>25</sup> Existe un discurso sobre la *dignitas hominis* previo a la Ilustración que sirve como precedente teórico, me refiero al que surge en la Antigüedad grecorromana (Aristóteles, Estoicismo), pasando por la Edad Media (Santo Tomás de Aquino), y llega hasta el Humanismo renacentista (Pico della Mirandola).

*Aufklärung* –entre los que se cuenta, evidentemente, Immanuel Kant– la *dignitas* representa, en el tránsito de la humanidad desde la fase natural y primitiva de *imbecillitas* (en la que los individuos viven permanentemente en lucha entre sí, y actúan egoístamente siguiendo sus instintos), hasta el estado de la *socialitas* (en el cual se establece una convivencia ordenada por normas que regulan el funcionamiento de las instituciones sociales), precisamente la afirmación del hombre como sujeto consciente y moralmente emancipado.

Siguiendo los pasos de Pufendorf, también Kant le dedica una especial atención al valor de la dignidad humana y al compromiso con el objetivo del libre desarrollo de la personalidad. Como es sabido, para el pensador de Königsberg, la dignidad humana expresa la dimensión moral de la personalidad, que tiene por fundamento la autonomía y la libertad del hombre como ser racional<sup>26</sup>. Según Kant, la dignidad humana constituye una doble garantía negativa y positiva: de un lado, la dignidad supone que la persona, como *sacra res*<sup>27</sup>, no puede ser humillada ni instrumentalizada por nadie (ni tan siquiera por Dios); de otro lado, la persona, como ser racional, es *un fin en sí mismo* (obsérvese que en esta expresión va implícito, como un *desideratum*, el principio del libre desarrollo de la personalidad de cada individuo)<sup>28</sup>. De ahí que, para Kant, el completo desarrollo de la personalidad implica, por una parte, el pleno reconocimiento de la autodisponibilidad que tiene todo hombre de hacer uso, sin interferencias ni límites externos, de sus capacidades y posibilidades de actuación y, por otra parte, representa la autodeterminación que surge de la libre proyección histórica de la razón humana y no de una predeterminación natural<sup>29</sup>.

Ya en el siglo XX, tras el *agotamiento* de las utopías sociales decimonónicas, algunos autores han reivindicado la herencia his-

<sup>26</sup> *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785), *Kants Werke. Band IV, op. cit.*, pp. 439-440. En esta obra presenta Kant la autonomía de la voluntad como fundamento de la dignidad humana y de toda naturaleza racional.

<sup>27</sup> La expresión «*Homo, sacra res homini*» es característica del optimismo antropológico, y fue acuñada por el pensador estoico Lucio Anneo Séneca en sus *Cartas a Lucilio*, XCV, 33.

<sup>28</sup> KANT, I., *Kritik der praktischen Vernunft* (1788), *Kants Werke. Band V, op. cit.*, pp. 87 y 131-132; *Die Metaphysik der Sitten* (1797), *Kants Werke. Band VI, op. cit.*, p. 444.

<sup>29</sup> Cfr., PÉREZ LUÑO, A. E., «El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos», en el vol. col. a cargo de G. Peces-Barba y E. Fernández, *Historia de los derechos fundamentales*. Tomo II. Siglo XVIII. Vol. II, *La Filosofía de los derechos humanos*, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de Las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid, 2001, p. 471. Sobre el desarrollo de la dignidad humana en los siglos XVII y XVIII, *vid.*, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de Las Casas». Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2002, pp. 38-61. DWORKIN, R., *Principles for a New Political Debate. Is Democracy Possible Here?*, Princeton University Press, Princeton & Oxford, 2006, pp. 16-17.

tórica del iusnaturalismo<sup>30</sup>. A este respecto, para Ernst Bloch, uno de los pensadores que más se ha destacado por su compromiso con el humanismo y la justicia social, aún cuando las grandes utopías sociales y el iusnaturalismo compartían un objetivo común: el logro de una sociedad más humana<sup>31</sup>, entre ambas había dos diferencias esenciales: en primer lugar, las utopías sociales pretendían alcanzar la felicidad humana, en tanto que el iusnaturalismo persigue la dignidad humana; en segundo lugar, las utopías sociales diseñaban de antemano situaciones «en las que dejan de existir los *agobiados y oprimidos*», mientras que el iusnaturalismo construye situaciones «en las que dejan de existir *humillados y ofendidos*»<sup>32</sup>. Es por ello que Bloch, siguiendo el legado iusnaturalista-rationalista de Pufendorf y Kant, reclama sin vacilar la liberación del hombre de las cadenas que le impiden desarrollar dignamente su condición de persona. Precisamente en esta dirección –la de conseguir una liberación que, por fin, «vincule al hombre a sí mismo, a su singularidad susceptible de desarrollo»– apuntan los tres valores que inspiraron el lema de la Revolución francesa de 1789: «Libertad, igualdad y fraternidad»<sup>33</sup>. Efectivamente, como indica Bloch, en el proceso histórico de la plena consagración de la dignidad humana ocupan un puesto privilegiado los tres términos claves

---

<sup>30</sup> Como señala oportunamente el sociólogo norteamericano Daniel Bell en su conocido ensayo sobre el fin de las ideologías: «Las utopías que se produjeron tan profusamente en el siglo XIX daban por supuesto que en el curso de la evolución la “razón” encontraría su camino y que la sociedad perfecta surgiría (...) el movimiento “socialista científico” se mofó de estas irrealidades utópicas. Sólo la organización del proletariado podría traer un mundo mejor. Sin embargo esta manifiesta conexión con el mundo era una ilusión. El dilema socialista seguía siendo el de cómo hacer frente al problema de “en el mundo y de él” y en la práctica el primitivo movimiento socialista “rechazaba” el mundo; esperaba, simplemente, el nuevo (...) Para el movimiento socialista, que vive en el mundo pero no de él, ésta era una sabiduría que no podía aceptar. La doctrina persistió, pero el movimiento fracasó». Cfr., BELL, D., *El fin de las ideologías. Sobre el agotamiento de las ideas políticas en los años cincuenta*, J. Abellán (coord.), trad. cast., A. Saoner Barberis, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992, pp. 317 y 331. En sentido análogo, sobre la des-utopización del socialismo, *vid.*, ULAM, A., «Socialismo y utopía», en *Utopías y pensamiento utópico*, F. E. Manuel (comp.), trad. cast., M. Mora, Espasa-Calpe, Madrid, 1982, pp. 155-175.

<sup>31</sup> En la misma línea argumental, el etnólogo e historiador francés Jean Servier ha señalado que, para los humanistas, la utopía es: «como un sueño que mitiga su *Weltschmerz*, dolor del mundo, dolor de vivir, siempre de la misma manera, con pocas variaciones en sus temas y en sus formas de expresión, en los distintos momentos de la historia. Es, antes que nada, una voluntad de retorno al urbanismo y a las leyes inmutables de las ciudades tradicionales, ancladas en su conformidad, a un modelo mítico primigenio, del que los humanistas se sienten los señores iluminados: una ciudad que se levanta más allá de las aguas revueltas del sueño, como una isla al final del océano, la Ciudad del Hombre liberado de sus angustias, liberado del peso de su libertad, de su libre arbitrio al final de la noche»: *vid.*, SERVIER, J., *La utopía*, trad. cast., E. Carlota Zenzes, México, Fondo de Cultura Económica, 1982, p. 20.

<sup>32</sup> BLOCH, E., *Naturrecht und menschliche Würde*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1961, p. 13, trad. cast., F. González Vicén, Aguilar, Madrid, 1980, p. XI.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 176 (trad. cast., F. González Vicén, Aguilar, Madrid, 1980, p. 156).

de la bandera tricolor, los cuales se implican mutuamente y se hallan en exacta dependencia entre sí. Por lo demás, advierte Bloch, queda aún pendiente la realización de estos tres ideales, por cuya defensa vale la pena comprometerse, pues, de acuerdo con sus propias palabras:

«La lucha por la libertad crea la igualdad; la igualdad como final de la explotación y de la dependencia mantiene la libertad, y la fraternidad es la recompensa de una igualdad en la que nadie necesita, ni puede tampoco, ser un lobo respecto a los demás»<sup>34</sup>.

La libertad, la igualdad y la fraternidad (concepto que en la actualidad se ha sustituido por el término ‘solidaridad’), tendrían que entenderse como valores necesariamente interdependientes, pues cada uno de ellos alcanza su sentido pleno si interrelaciona con los demás, pero no aislándose ni contraponiéndose entre sí<sup>35</sup>. Por otra parte, resulta difícil concebir dichos valores, como bienes o fines a perseguir<sup>36</sup>, sin conjugarlos con la idea de dignidad humana, en la medida en que ésta debería interpretarse, según Eusebio Fernández, «no solamente como lo más valioso, lo que no tiene precio, lo que exige un respeto inmediato, sino también como el derecho a tener derechos»<sup>37</sup>.

Ahora bien, si nos detenemos a analizar la problemática realidad de estos valores en el mundo contemporáneo, y si, a mayor abundamiento, examinamos cuál es el grado de cumplimiento efectivo por parte de los Estados con la garantía de los derechos y libertades de sus ciudadanos y, en general, con el objetivo de garantizar el desarrollo y la calidad de vida de las personas, hay razones para convenir que no le falta razón a Norberto Bobbio cuando desmiente a quienes, fijándose solamente en las dotes naturales de los hombres, sin tener en cuenta sus condiciones sociales e históricas, se apresuran a afirmar que «todos los seres humanos nacen iguales y libres en dignidad y derechos», tal y como reza el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. A este respecto, observa el profesor turinés, si se

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 194 (trad. cast., p. 172).

<sup>35</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., *Dimensiones de la igualdad*, *op. cit.*, p. 114. Abundando en esta idea, comenta el profesor de la Universidad de Sevilla: «La dignidad humana, en cuanto se concreta en el libre desarrollo de la personalidad, no puede ser ajena a la libertad; ésta, a su vez, no sólo se halla inescindiblemente vinculada a la dignidad, sino que en sus dimensiones positiva y comunitaria implica a la igualdad, porque difícilmente se puede hablar de libertad para todos, si todos no son iguales entre sí; al propio tiempo que la igualdad persigue y se orienta hacia la dignidad y la libertad, puesto que repugnaría a su propia condición de valor el que se la pudiera concebir (aunque de ello no hayan faltado ni faltan ejemplos históricos) como igualdad en la humillación y en la opresión».

<sup>36</sup> BOBBIO, N., *Igualdad y libertad*, trad. cast., P. Aragón Rincón, Paidós-I.C.E./U.A.B., Barcelona, p. 55.

<sup>37</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de Las Casas». Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2001, p. 13.

interpreta esta expresión *in extenso*, más allá de su estricta literalidad, podrá comprobarse que, en rigor, no es tan obvia como pudiera parecernos *prima facie*. Que los seres humanos nacen libres e iguales, afirma Bobbio, «quiere decir en realidad que *deben* ser tratados como si fuesen libres e iguales»<sup>38</sup>. Por consiguiente, lo que se expresa en el citado precepto de la Declaración Universal no es la descripción de un hecho, sino la prescripción de un deber. A los gobiernos de los Estados que han suscrito esta Declaración de derechos y libertades les corresponderá, por lo tanto, incorporarla en sus ordenamientos jurídicos y garantizar su ejercicio y pleno disfrute por parte de sus ciudadanos. Sin embargo, en la actualidad, casi siete décadas después de su proclamación en la Declaración Universal, observamos que este deseo se encuentra aún lejos de convertirse en una gozosa realidad para la humanidad.

En el siguiente epígrafe veremos las diferentes propuestas que, desde la doctrina humanista-cosmopolita neokantiana, han realizado algunos de los autores que más han despuntado en la búsqueda de soluciones que aseguren una defensa efectiva de los derechos humanos, y en el establecimiento de bases firmes sobre las que se puedan erigir sólidamente instituciones globales democráticas que garanticen el imperio de la razón y la prevalencia del Derecho, así como la extensión universal de la justicia global a todos los seres humanos, en un mundo sin fronteras.

#### 4. EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONA EN LA DOCTRINA UNIVERSALISTA CONTEMPORÁNEA

En el octavo principio de su *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht* (1784), Immanuel Kant enuncia una idea que se puede considerar el corolario de la universalidad de los derechos humanos, y que ha tenido gran influencia en la doctrina cosmopolita contemporánea: que el individuo puede desarrollar todas sus disposiciones y capacidades en la humanidad<sup>39</sup>. Desde esta perspectiva universalista, moderna e ilustrada de los derechos humanos parte el análisis de la problemática actual que rodea a los derechos humanos de la tercera generación respecto a la garantía de su tutela y a la eficacia de su puesta en práctica. A continuación se hará referencia sucinta, aunque no de manera exhaustiva, a algunas de las aportaciones teóricas más importantes de esta doctrina renovadora del humanismo-cos-

<sup>38</sup> BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, op. cit., p. 40.

<sup>39</sup> KANT, I., *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht*, *Kants Werke. Band VIII*, op. cit., p. 27. Kant consideraba que este perfeccionamiento moral de la humanidad respondería, en realidad, a un plan oculto de la naturaleza que se había ido realizando a lo largo de su historia.

mopolita kantiana en relación con lo que algunos denominan «derechos emergentes», en general, y al derecho al desarrollo, en particular.

#### 4.1 John Rawls: la dignidad como bien primario y el desarrollo moral de la persona en una sociedad justa

Se ha podido afirmar oportunamente que muy pocos autores han sido capaces de conjugar de forma tan sistemática los requerimientos de libertad, igualdad y solidaridad, como lo ha hecho John Rawls desde su original planteamiento contractualista, liberal y progresista<sup>40</sup>. En su fundamentación contractualista, Rawls nos presenta la idea de justicia como equidad (*justice as fairness*) como una reformulación del constructivismo kantiano. Esta propuesta contractualista neokantiana no solo supone una alternativa teórica a la tradición doctrinal dominante en la filosofía moral y política anglosajona durante mucho tiempo: el utilitarismo, sino que también introduce elementos correctores al individualismo que es tan característico de las versiones más conservadoras del liberalismo. Si, ya a finales del siglo XVIII, Kant había intentado superar sin éxito el dilema moral objetivista-subjetivista en la *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, dos siglos más tarde, Rawls, pretende constituir una sociedad justa partiendo de un procedimiento contractual basado en una posición original de ignorancia (*original position*), y en la búsqueda posterior de un equilibrio reflexivo entre las partes contratantes a partir de dos principios de justicia que, sin ser puramente formales, tampoco son manifiestamente materiales<sup>41</sup>. La formulación definitiva de ambos principios queda enunciada en *A Theory of Justice* (1971) del siguiente modo:

«Primer principio: Cada persona ha de tener un igual derecho al más amplio sistema de iguales libertades básicas compatible con un sistema similar de libertad para todos.

Segundo principio: Las desigualdades económicas y sociales han de articularse de modo que al mismo tiempo: a) redunden en el mayor beneficio de los menos favorecidos, compatible con el principio de ahorros justos, y b) estén adscritas a cargos y posiciones

<sup>40</sup> RODILLA, M. A., *Leyendo a Rawls*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006, p. 52. En sentido análogo, *vid.*, NAGEL, T., «Rawls and Liberalism», *The Cambridge Companion to Rawls*, ed: S. Freeman, Cambridge University Press, Cambridge (UK), 2002, p. 63. PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, *op. cit.*, p. 162. Incluso algunos de sus críticos más reconocidos, como es el caso de Bruce Ackerman, admiten que, hasta llegar a Rawls, han tenido que pasar dos siglos desde que alguien hiciera un esfuerzo similar al suyo para dotar a la vaga idea contractualista de una estructura sistemática; *cfr.*, ACKERMAN, B., *Social Justice in the Liberal State*, Yale University Press, New Haven & London, 1980, p. 266.

<sup>41</sup> WOLFF, R. P., *Para comprender a Rawls. Una reconstrucción y una crítica de Teoría de la Justicia*, trad. cast., M. Suárez, Fondo de Cultura Económica, México, 1981, p. 26.

accesibles a todos en condiciones de equitativa igualdad de oportunidades<sup>42</sup>.»

Rawls presenta estos principios de justicia en «orden léxicográfico», es decir, atendiendo a un criterio de prioridad que se concreta en dos reglas de prioridad: la primera regla de la *prioridad de la libertad* (según la cual, «la libertad sólo puede ser restringida en aras de la libertad»); por otra parte, la segunda regla es la que consagra la *prioridad de la justicia sobre la eficiencia y el bienestar*.

La concepción general de la justicia encarnada por ambos principios, que a su vez son gobernados por las reglas de prioridad, podría expresarse, según el filósofo estadounidense, con esta sentencia:

«Todos los bienes primarios sociales –libertad y oportunidad, ingresos y riqueza, y los fundamentos de la dignidad– tienen que distribuirse igualmente a menos que una distribución desigual de uno de estos bienes o de todos ellos sea ventajosa para los menos favorecidos»<sup>43</sup>.

Al referirse a la dignidad (*self-respect*), Rawls emplea conscientemente un término que también puede entenderse como amor propio o autoestima (*self-esteem*). En cualquier caso, ambas son palabras sinónimas que sirven para expresar dos ideas: en primer lugar, la conciencia que tiene la persona de su propio valor, la firme convicción de que merece la pena realizar este bien y su proyecto racional de vida; en segundo lugar, ambos conceptos (dignidad y amor propio) implican la confianza por parte del individuo en su capacidad para cumplir sus intenciones, en la medida en que esté en su poder hacerlo. Por eso, si no encontrásemos satisfecho nuestro sentimiento de dignidad y de amor propio, advierte Rawls, resultaría inútil cualquier esfuerzo que hiciéramos para llevar a la práctica nuestros proyectos, ya que careceríamos de la voluntad, la fuerza y la determinación necesarias para intentarlo; ni siquiera seríamos capaces de valorar en su justa medida a los demás bienes primarios; todo deseo y actividad se volvería vacío y vano, y nos hundiríamos en la apatía y el cinismo. De ahí que las partes contratantes deseen evitar a toda costa, en la posición original, las condiciones sociales que menoscaban la dignidad. Es más, el hecho de que la justicia como equidad contribuya a reforzar más la dignidad o el amor propio que otros principios supone un motivo fundamental para que las partes se decidan a adoptarlo con carácter preferente. Esta consideración explica, en

---

<sup>42</sup> RAWLS, J., *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts)-London, 1971, p. 302.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 303 (el subrayado es mío).

definitiva, la razón por la que Rawls cree que la dignidad es el más importante de los bienes primarios<sup>44</sup>.

Como se ha indicado antes, para Rawls, el contractualismo es una vía alternativa al utilitarismo, en la medida en que esta última doctrina filosófica, por su inestabilidad e insostenibilidad, no reúne ni propicia las condiciones necesarias para que los individuos puedan gozar plenamente de su dignidad<sup>45</sup>. No se puede negar que, si enfocásemos la cuestión del uso de las aptitudes de los contratantes en la posición original desde una perspectiva estrictamente utilitarista, éstos serían perfectamente capaces de identificar, entre las opciones de las que disponen, las más factibles y, seguidamente, decantarse por la más deseable de todas ellas. Siguiendo esta lógica utilitarista, tampoco puede soslayarse el hecho de que, en última instancia, las partes podrían reducir la justicia a una forma derivativa de la eficiencia. Teniendo en cuenta estas observaciones, cabe preguntarse qué lleva a Rawls a proponer un enfoque contractualista de la justicia en vez de apostar por el modelo utilitarista. A este respecto, la clave la encontramos, precisamente, en su tesis sobre la dignidad de la persona como bien primario y el desarrollo de las facultades morales del individuo en una sociedad justa y bien ordenada<sup>46</sup>.

Ciertamente, en la posición original los agentes son *racionalmente autónomos*, es decir, que entienden cuáles son sus propios intereses y saben cómo avanzar hacia ellos, aunque es fuera de esa posición, o sea, en una sociedad bien ordenada y gobernada por los principios de justicia, donde los seres humanos son *completamente autónomos*. En este sentido, conviene aclarar que, para Rawls, lo racional se incorpora y está subordinado, al mismo tiempo, a lo razonable<sup>47</sup>. Como es sabido, al suscribir el contrato original, las partes escogen, de una vez para siempre («a perpetuidad»), las pautas que habrán de dirigir sus perspectivas de vida. De modo que, los contratantes deben cumplir lo acordado incluso si se dieran las peores circunstancias, puesto que, actuando de otra manera (egoístamente), no estaríamos obrando de buena fe. Por eso mismo, las personas se toman muy en serio los principios de la justicia en la posición original, puesto que son conscientes de lo que éstos entrañan en el «mundo real»: lo que Rawls denomina

---

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 440. Véase también, del mismo autor: «The Basic Liberties and Their Priority», *Liberty, Equality and Law. Selected Tanner Lectures on Moral Philosophy*, ed: S. M. McMurrin, University of Utah Press/Cambridge University Press, Salt Lake City/Cambridge (UK), 1987, p. 32. «The Sense of Justice» (1963), *John Rawls. Collected Papers*, ed: S. Freeman, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts)-London, 2001, p. 115.

<sup>45</sup> KUKATHAS, CH.-PETTIT, P., *Rawls. A Theory of Justice and its Critics*, Policy Press, Oxford, 1990, p. 61.

<sup>46</sup> RAWLS, J., *A Theory of Justice*, *op. cit.*, p. 543. Véase también: «The Basic Liberties and Their Priority», *op. cit.*, pp. 33-34. *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993, p. 187.

<sup>47</sup> GRAHAM, P., *Rawls*, Oneworld Publications, Oxford, 2007, p. 33.



«rigores del compromiso» (*strains of commitment*), en alusión a los principios elegidos en el contrato original<sup>48</sup>.

En definitiva, para el que fuera profesor de la Universidad de Harvard, la base de la autoestima y la dignidad, en una sociedad justa, no puede ser la parte de los beneficios que corresponda a cada individuo, sino la distribución igualitaria y públicamente confirmada de los derechos y libertades fundamentales de sus ciudadanos. Así pues, en una sociedad bien ordenada, la dignidad está asegurada por la pública afirmación del status de igual ciudadanía para todos; la distribución de medios materiales se deja a su propio cuidado, de acuerdo con la idea de pura justicia procedimental. Aunque, por supuesto, esta distribución igualitaria requiere la presencia de las instituciones de fondo, las cuales reducen la gama de desigualdades e impiden que pueda surgir la envidia entre los ciudadanos<sup>49</sup>.

A modo de conclusión, podríamos convenir que la concepción rawlsiana de la persona que defiende es claramente liberal, porque considera fundamental la capacidad de los individuos para cooperar socialmente en condiciones de igualdad. Por otra parte, estos pueden desarrollar sus facultades morales y su dignidad como personas libres dentro de una sociedad justa y bien ordenada. A fin de cuentas, concluye Rawls, los bienes e intereses personales se pueden coordinar y desarrollar perfectamente dentro de un ámbito mayor y más diverso: el que corresponde al beneficio de la humanidad (cuyo bien e interés general es, por definición, como suma de bienes e intereses particulares, más global e integrador)<sup>50</sup>.

## 4.2 Amartya Sen: el desarrollo como libertad

Dentro de la doctrina liberal progresista, uno de los planteamientos teóricos más estimulantes, a propósito del derecho al desarrollo, corresponde al filósofo y economista indio, Amartya Sen<sup>51</sup>. En su particular enfoque del desarrollo, entendido como un proceso de las libertades reales que disfrutan las personas, Sen se centra en la teoría de los bienes primarios expuesta por John Rawls en *A Theory of Justice*. Así, a diferencia de Rawls, que contempla los bienes primarios como medios que ayudan a los individuos a promover sus respectivos objetivos, Sen desconfía de esta búsqueda tan subjetiva y mudable del bien, porque su concepción del mismo varía en la medida en que cada persona tiene sus preferencias y se responsabiliza la elección que haga de ellas. Sin embargo, puntualiza Sen, el problema de la valuación de bienes primarios no puede ser una cuestión de todo o nada. La libertad

---

<sup>48</sup> RAWLS, J., *A Theory of Justice*, *op. cit.*, pp. 175-176.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 544.

<sup>50</sup> RAWLS, J., «The Basic Liberties and Their Priority», *op. cit.*, pp. 86-87.

<sup>51</sup> Amartya Kumar Sen fue el ganador del Premio Nobel de Economía de 1998.

de elección de los individuos sobre un catálogo, tan amplio como heterogéneo, de bienes primarios, muestra solo una pequeña parte de una teoría compleja en la que tampoco pueden faltar: una valuación social, la razón pública, el debate social, el acuerdo democrático, el consenso y la aceptación. Se trata, en definitiva, de que el procedimiento de selección de bienes primarios no termine convirtiéndose en una operación tecnocrática de unos pocos (aquellos que, por su posición aventajada dentro de la sociedad, están en disposición de desarrollar sin limitaciones sus capacidades) en vez de un ejercicio democrático que va más allá del enfoque basado en la mera distribución de recursos. A fin de cuentas, concluye Sen, la realización de la justicia social no sólo depende de las formas institucionales (incluyendo el juego de normas y reglas democráticas), sino también de efectiva puesta en práctica<sup>52</sup>.

Abundando en estas consideraciones, Sen alerta sobre los riesgos que conlleva todo enfoque que reduzca el concepto del derecho al desarrollo a la idea de bienestar económico. La disyuntiva, planteada a sus ciudadanos por algunos gobiernos de países en vías de desarrollo, entre dar preferencia a la defensa efectiva de los derechos fundamentales y las libertades públicas, o dar prioridad a la satisfacción de las necesidades económicas, entraña en realidad un dilema tan falaz como innecesario entre la democracia y el crecimiento económico<sup>53</sup>. A propósito de la falacia desarrollista, se pregunta Sen: ¿cabe legitimar a los gobiernos autoritarios como el de la República Popular China atendiendo solamente a los excelentes datos de crecimiento económico que ha registrado en los últimos años? ¿Son acaso los habitantes de los países del tercer mundo menos sensibles a las libertades y los derechos civiles que los de los países democráticos occidentales? En primer lugar, responde Sen al argumento aducido por los gobernantes autoritarios, según el cual el recorte de derechos y libertades de sus ciudadanos vendría a ser un incentivo para el desarrollo económico, se le puede rebatir con un ejemplo formulado *a sensu contrario*: el de la República de Botsuana, uno de los pocos países democráticos africanos que, desde su independencia del reino Unido en 1966, ha pasado de ser una de las 25 naciones más empobrecidas del planeta, a tener un crecimiento económico interanual del 9%, y una deuda exterior insignificante, además de ser uno de los países más estables de África. En relación con la segunda cuestión, el único modo de conocer el verdadero sentimiento de los pueblos sometidos al yugo

---

<sup>52</sup> SEN, A., *Development as Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 78-79 y 159.

<sup>53</sup> Hay que distinguir los «derechos humanos» de los «derechos fundamentales». Mientras la fórmula «derechos humanos» suele utilizarse en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales, la denominación «derechos fundamentales» designa los derechos humanos positivados a nivel interno por vía constitucional. Cfr., PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., p. 33.

de la dictadura respecto a los valores de la democracia es a través de la convocatoria de unas elecciones libres, algo que no parece probable que los gobernantes autoritarios estén dispuestos a aceptar<sup>54</sup>.

Aparte de denunciar la falta de escrúpulos de quienes, amparándose en la falacia desarrollista, hacen depender el compromiso con la defensa de los derechos y las libertades del crecimiento económico, Amartya Sen considera, como especialista en la elaboración de algunos informes anuales de desarrollo encargados por la ONU, que para juzgar el desarrollo de los países no basta con el estudio de indicadores, como el PIB o el PNB, que solo sirven para medir la producción de riqueza o la expansión económica de un país dentro y fuera de sus fronteras nacionales. En opinión de este autor, un informe completo sobre el nivel de desarrollo de un Estado, no puede soslayar el impacto de la democracia y las libertades en las vidas y capacidades de sus ciudadanos<sup>55</sup>.

#### 4.3 Martha C. Nussbaum: el enfoque de las capacidades y el desarrollo humano

Aun cuando la teoría y el lenguaje de los derechos siguen siendo hoy tan necesarios como importantes, en la medida en que pone de relieve la idea de los derechos humanos arraigados en la idea de justicia básica, en la práctica –como ha advertido en uno de sus últimos trabajos Martha C. Nussbaum– los derechos y libertades de los hombres no son más que meras palabras hasta que la acción de los Estados de Derecho no los convierte en una realidad tangible como derechos fundamentales de los ciudadanos<sup>56</sup>. Sin embargo, advierte la profesora de la Universidad de Chicago, aunque es en los gobiernos de los Estados de Derecho en los que recae la responsabilidad de garantizar el disfrute de los derechos y las libertades, e incluso sus gobiernos pueden delegar una parte de esa labor en entidades privadas (ONGs, plataformas de voluntariado...), hay espacios en los que la acción del Estado podría entrar en conflicto con la libertad negativa de los individuos, por ejemplo, el que corresponde a su vida privada (sobre todo en el ámbito del hogar). En este sentido, la inacción del Estado en este ámbito da lugar a veces a situaciones de abuso o privación de derechos y libertades que surgen y se silencian dentro de la esfera familiar<sup>57</sup>. Es en casos como este, en los que se pone de manifiesto el profundo abismo que separa ocasionalmente la teoría de la realidad de los

---

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 149.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 150.

<sup>56</sup> NUSSBAUM, M. C., *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*, *op. cit.*, p. 87.

<sup>57</sup> La familia debería ser tratada –según Nussbaum– como un ámbito de gran valor, pero no «privado». Cfr., NUSSBAUM, M. C., *Frontiers of Justice. Disability, Nationality, Species Membership*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts)-London, 2006, p. 321.

derechos fundamentales, donde se hace necesario el recurso al enfoque de las capacidades. Según Nussbaum, el enfoque de las capacidades permitiría al Estado actuar en aras de la salvaguardia de los derechos de sus ciudadanos, incluso en el supuesto de que tuviera que invadir excepcionalmente los límites de la privacidad de quien se ampara en el ejercicio de su libertad negativa para atentar contra la dignidad de las personas que forman parte del núcleo familiar. Este particular enfoque, que también es compartido por Amartya Sen, debe entenderse como una forma de liberalismo político, y estaría compuesto por una serie de capacidades centrales de la persona (que la pensadora norteamericana cifra en diez) que actúan como condiciones morales de los derechos fundamentales<sup>58</sup>. El enfoque de las capacidades está centrado en la protección de ámbitos de libertad tan cruciales que, de no existir, la vida no podría considerarse humanamente digna. Este enfoque propugna, por lo tanto, el principio kantiano de que cada persona es un fin en sí misma<sup>59</sup>.

Pero el enfoque de las capacidades complementa también al enfoque convencional de los derechos humanos. En este sentido, Sen y Nussbaum han coincidido al señalar que existe una conexión conceptual entre las capacidades centrales y los derechos humanos<sup>60</sup>. Por otra parte, ambos autores mantienen una postura común en la defensa de la validez del enfoque de las capacidades como parámetro alternativo a los índices convencionales que miden el desarrollo de los pueblos sólo en términos de crecimiento económico, pero no de avance en las condiciones ideales de libertad, justicia social y calidad de vida de las que debe gozar todo individuo para realizarse plenamente como persona<sup>61</sup>. Convendría, por tanto, que los informes anuales sobre el desarrollo humano tuvieran en cuenta el enfoque de las capacidades, en la medida en que introduce la filosofía moral en la economía del desarrollo, lo cual consti-

---

<sup>58</sup> *Ibid.*, pp. 76-78. El decálogo de capacidades centrales que, caso de reunirse en su totalidad, permitirían a las personas llevar una vida digna y próspera por encima de unos mínimos exigibles sería el siguiente: 1. Vida; 2. Salud física; 3. Integridad física; 4. Sentidos, imaginación y pensamiento; 5. Emociones (desarrollo emocional); 6. Razón práctica (protección de la libertad de conciencia y de observancia religiosa); 7. Afiliación (vivir con y para los demás sin discriminación por razón de sexo, raza, religión, origen, etc...); 8. Convivencia respetuosa con otras especies del reino animal y vegetal; 9. Juego; 10. Control sobre el propio entorno a nivel político (democracia participativa) y material (derecho de propiedad). Una de las principales vías de implementación de las capacidades centrales se encuentra, según Nussbaum, en el sistema de adjudicación constitucional de derechos fundamentales vigente en cada nación.

<sup>59</sup> NUSSBAUM, M. C., *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*, op. cit., pp. 52-55 y 101.

<sup>60</sup> SEN, A., *The Idea of Justice*, Penguin Books, London, 2010, p. 253.

<sup>61</sup> SEN, A., *Development as Freedom*, op. cit., p. 147; NUSSBAUM, M. C., «Poverty and Human Functioning: Capabilities as Fundamental Entitlements», *Poverty and Inequality*, ed: D. Grusky and R. Kanbur, Stanford University Press, Stanford (California), 2006, p. 49.

tuye en sí mismo un progreso en la comprensión del desarrollo *lato sensu*, integralmente, es decir, más allá de los estrictos márgenes del análisis del mercado. En este sentido, frente a los analistas que defienden que en dichos informes debe dársele prioridad al bienestar económico (satisfacción) y a la maximización de los recursos (renta y riqueza), Sen y Nussbaum proponen un enfoque más amplio, en el que se tengan en cuenta las principales capacidades centrales (la salud, la educación, la justicia social mínimamente exigible, la libertad en sus diferentes dimensiones, la integridad física y moral...) como precondiciones o requisitos esenciales para que la vida esté realmente dotada de dignidad humana<sup>62</sup>.

#### 4.4 Charles Beitz y Thomas Pogge: desarrollo humano y contractualismo global

Al inicio de la Sección segunda de su tratado *Zum ewigen Frieden* (1795), el cual contiene los artículos definitivos para la paz perpetua, Immanuel Kant establece un paralelismo entre los hombres y los pueblos: ambos *deben salir del status naturalis*, que más bien es un estado de permanente guerra e inseguridad, y constituir una sociedad civil regulada racionalmente por leyes jurídicas. Partiendo de esta premisa, el filósofo prusiano diseña tres esferas concéntricas de normatividad por las que tendrían que regirse: 1.º) las relaciones de los ciudadanos de las distintas repúblicas o Estados de Derecho (*ius civitatis*); 2.º) las relaciones internacionales entre los Estados de Derecho libres (*ius gentium*); y 3.º) los hombres y los pueblos, considerados en sus mutuas relaciones externas, como ciudadanos de un Estado humano universal (*ius cosmopoliticum*)<sup>63</sup>.

En relación con este paralelismo entre individuos y Estados que abandonan el estado natural para, por medio de un pacto o contrato originario, constituir una sociedad de individuos y Estados libres, cabe destacar la sugerente reformulación del enfoque contractualista rawlsiano que han propuesto Charles Beitz y Thomas Pogge. Para ambos autores, el mejor modo de traducir las instituciones de Rawls en una teoría de la justicia global distributiva (*international distributi-*

---

<sup>62</sup> SEN, A., «Capability and Well-Being», *The Quality of Life*, ed: M. C. Nussbaum and A. Sen, Clarendon Press, Oxford, 1993, pp. 30-53. NUSSBAUM, M. C., *Not for Profit. Why Democracy Needs the Humanities*, Princeton University Press, Princeton & Oxford, 2010, p. 24. La inviolabilidad de la persona no sólo se refiere, como ha recordado en diferentes sentencias nuestro Tribunal Constitucional, en su interpretación del art. 15 CE, a la invulnerabilidad de la persona «no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular» (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8; 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5; y 5/2002, de 14 de enero, FJ 4).

<sup>63</sup> KANT, I., *Zum ewigen Frieden* (1795), *Kants Werke. Band VIII, op. cit.*, pp. 348-349.

ve justice) es aplicar la posición original a todo el mundo<sup>64</sup>. De acuerdo con esta interpretación, las partes establecerían, como individuos, un contrato en el que todo estaría por decidirse (*global veil of ignorance*), para crear así una estructura universal justa. Por consiguiente, este nuevo orden global que, como veremos a continuación, apunta a una democracia cosmopolita, no estaría basado en las jerarquías de poder existentes, sino que será justo con todos los seres humanos (los cuales son moralmente iguales y libres de elegir el orden global resultante que más deseen)<sup>65</sup>.

Cabe hacer, en función de quiénes sean las partes contratantes (países o individuos), un par de observaciones a la teoría del contrato global propuesta por Beitz y Pogge: en primer lugar, si el contrato se plantea entre países habrá que convenir que, al menos desde una perspectiva kantiana-rawlsiana, no todos los Estados son Estados de Derecho, hecho que dificulta extraordinariamente el consenso de la comunidad internacional, tan necesario para la resolución de conflictos bélicos, sobre todo cuando en ellos se vulneran flagrantemente los derechos humanos de la población civil; en segundo lugar, si quienes suscriben el contrato global son las personas individuales, entonces la situación cambia por completo, dado que los contratantes son iguales, al menos desde un punto de vista moral<sup>66</sup>.

Sin embargo, como ha indicado oportunamente Nussbaum, antes de aplicar esa suerte de posición original a nivel global, a la que se refieren Beitz y Pogge en sus escritos, se puede constatar que no todos los países tienen el mismo nivel de desarrollo, ni todos los individuos que en ellos habitan disponen de las mismas opciones vitales<sup>67</sup>. Conscientes de estos desequilibrios y desigualdades, ambos autores pretenden justificar la conveniencia de extender el sistema de derechos e instituciones democráticas vigente en las sociedades liberales a los pueblos sometidos a regímenes antidemocráticos. Una interpretación

---

<sup>64</sup> NUSSBAUM, M. C., *Frontiers of Justice. Disability, Nationality, Species Membership*, op. cit., p. 264. A propósito de la idea de justicia distributiva global, John Tasioulas ha establecido una clarificadora distinción, por un lado, entre los «principios de justicia distributiva transnacional» (*principles of transnational distributive justice*), que son aquellos que presiden las relaciones establecidas entre los ciudadanos de un Estado, o también, entre el gobierno de un Estado y sus ciudadanos, y que regulan, precisamente, relaciones distributivas dentro de las diversas comunidades políticas y, por otro lado, los «principios de justicia distributiva internacional» (*principles of international distributive justice*), que regulan relaciones distributivas entre agentes que no forman parte de la misma comunidad política. Cfr., TASIIOULAS, J., «Global Justice Without End?», *Global Institutions and Responsibilities. Achieving Global Justice*, ed: C. Barry and T. W. Pogge, Blackwell, Oxford, 2005, p. 3.

<sup>65</sup> BEITZ, C., *Political Theory and International Relations*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 1979, pp. 154-161. POGGE, T., *Realizing Rawls*, Cornell University Press, Ithaca, 1989, p. 247.

<sup>66</sup> NUSSBAUM, M. C., *Frontiers of Justice. Disability, Nationality, Species Membership*, op. cit., p. 268.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 269.

amplia de este argumento, podría inducirnos a creer que existe una relación directamente proporcional entre democracia y desarrollo: a mayor grado de democratización de un país, mejores condiciones de vida de sus habitantes. Sin embargo, ni Beitz ni Pogge son ajenos a las múltiples paradojas y dificultades que entraña la realidad cotidiana de los derechos humanos, en general, y del derecho al desarrollo, en particular, incluso en los países democráticos más prósperos y tecnológicamente más avanzados<sup>68</sup>. Ahora bien, aunque Beitz y Pogge detestan y condenan las desigualdades en las oportunidades vitales básicas de los hombres allí donde se produzcan, los dos admiten que el marco democrático universal es el más idóneo para aplicar su versión de la posición original rawlsiana al contrato global. Al fin y al cabo, solamente donde se garantizan la libertad e igualdad formal entre los contratantes, ya sean éstos individuos o Estados, pueden asentarse las bases de una sociedad internacional más justa y solidaria dentro de un orden institucional cosmopolita<sup>69</sup>.

#### 4.5 Onora O'Neill: la justicia económica transnacional y el derecho al desarrollo

Entre los autores contemporáneos más influenciados por la doctrina ética e iusfilosófica kantiana, en su particular enfoque de las libertades y de los derechos humanos, destaca Onora O'Neill. En efecto, mientras otros discípulos de Rawls se decantan por una interpretación bidimensional de la teoría de la justicia (*intraestatal e interestatal*), esta filósofa y politóloga británica hace una doble propuesta: en primer lugar, la expansión de la idea de justicia más allá de las fronteras nacionales; y, en segundo lugar, el reconocimiento de nuevos agentes del Derecho internacional contemporáneo, a parte de los Estados, que están adquiriendo un protagonismo creciente en un mundo cada vez más globalizado e interconectado (desde las grandes multinacionales hasta las agencias no gubernamentales). Es por ello que O'Neill plantea la reformulación de la justicia en términos transnacionales (*transnational justice*), de modo que sus fundamentos humanistas y universales no queden constreñidos dentro de los límites convencionales de los Estados<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> BEITZ, C., «Democracy in Developing Societies», *Freedom in the World. Political Rights and Civil Liberties*, ed: R. D. Gastil, Greenwood Press, Westport (Connecticut)-London, 1982, p. 162. POGGE, T., *World Poverty and Human Rights*, Polity Press/Blackwell Publishers, Oxford, 2002, pp. 30 y ss.

<sup>69</sup> BEITZ, C., «Justice and International Relations», *The Cosmopolitanism Reader*, eds: G. W. Brown and D. Held, Polity Press, Cambridge, 2010, pp. 98-99. POGGE, T., «Cosmopolitanism and Sovereignty», *The Cosmopolitanism Reader, op. cit.*, pp. 114-133.

<sup>70</sup> O'NEILL, O., *Bounds of Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 115.

De acuerdo con la tesis de Onora O'Neill, todo análisis de la justicia económica transnacional que pretenda ser riguroso, deberá contar con un informe previo y completo sobre las necesidades básicas (*basic needs*) de los seres humanos que, en aras no solo del desarrollo, sino de la propia supervivencia, necesitan ser atendidas con urgencia. En este sentido, añade O'Neill, es un hecho incontrovertible que, para conseguir que la vida humana sea viable, es preciso que el individuo pueda beber agua potable y comer alimentos en condiciones higiénicas aptas para el consumo; tampoco parece discutible que, en una hipotética lista de necesidades básicas, figure al menos un refugio en el que guarecerse de las condiciones climatológicas extremas, y una mínima atención sanitaria sin la cual el hombre enfermaría y/o moriría pronto<sup>71</sup>.

La apelación a una conciencia ética cosmopolita, por parte de O'Neill, parece estar implícita en su defensa de la justicia económica transnacional. En este sentido, argumenta esta pensadora británica, mientras los derechos y obligaciones derivados del libre comercio internacional vinculan efectivamente a las partes contratantes (y cuyo incumplimiento puede ser denunciado ante instancias internacionales como la Organización Mundial del Comercio, la Cámara de Comercio Internacional, o el Tribunal Permanente de Arbitraje), hay otros derechos que, como derechos humanos, también son universalmente exigibles, pero cuya obligatoriedad queda muchas veces en entredicho<sup>72</sup>. A este respecto, O'Neill trae a colación dos ejemplos recurrentes: el derecho a la alimentación y el derecho al desarrollo. De nada sirve que constituyan, junto a otros derechos básicos, el núcleo de los denominados *Manifesto rights*, si no hay una contraparte que esté dispuesta a satisfacerlos, ni un agente claramente competente al que recurrir para exigir su tutela<sup>73</sup>.

La indeterminación de algunos derechos humanos (en especial de los de tercera generación) y la asimetría existente, en términos de titularidad y coercibilidad, entre la *liberty* y los *welfare rights*, y los derechos que afectan a los bienes y necesidades básicas de los más vulnerables, ha motivado la firme defensa que O'Neill ha hecho, invocando

---

<sup>71</sup> Como puede apreciarse, la lista de necesidades básicas de O'Neill es más restrictiva que la lista de capacidades básicas de Amartya Sen y Martha C. Nussbaum. Para la filósofa inglesa, se podrá cuestionar si la necesidad de vida familiar, educación, participación política, etc... pueden considerarse o no «necesidades básicas»; sin embargo, esta discusión es impensable tratándose de alimentos, agua potable, refugio, vestido, etc. *Ibid.*, pp. 118-119.

<sup>72</sup> O'NEILL, O., «The Dark Side of Human Rights», *International Affairs*, vol. 2, 2005, p. 437. Véanse las acotaciones críticas que Charles BEITZ realiza a O'Neill a lo largo del capítulo séptimo de su libro: *The Idea of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

<sup>73</sup> El término «Manifesto rights» fue acuñado por Joel FEINBERG en: *Rights, Justice and the Bounds of Liberty: Essays in Social Philosophy*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 1980. Cfr., O'NEILL, O., *Bounds of Justice*, *ibid.*, pp. 126-127.



el legado doctrinal del humanismo cosmopolita kantiano, de la idea del imperio de la justicia global dentro de una sociedad democrática universal donde todo ser humano pueda desarrollarse libremente como persona<sup>74</sup>.

## 5. CONCLUSIÓN

A lo largo del presente trabajo se ha realizado una aproximación a uno de los derechos humanos de tercera generación que quizás sea de los menos precisos, pero también de lo más emblemáticos. En nuestro particular acercamiento al fundamento del derecho al desarrollo se han destacado tres elementos comúnmente aceptados tanto por el universalismo liberal, como por el cosmopolitismo en cualquiera de sus dimensiones: el *individualismo*, la *universalidad* y la *generalidad* de los derechos humanos<sup>75</sup>. La primera característica, el individualismo, se refiere a que el núcleo de estos derechos es el ser humano (luego podrán añadirse o no otros beneficiarios: las comunidades, los pueblos, las naciones..., pero, en última instancia, la persona es la genuina titular de esos derechos). Por cuanto respecta a la segunda característica, la universalidad, conviene recordar que los derechos humanos (y las obligaciones que conllevan) son inherentes y conciernen por igual a todo individuo sin excepción. Finalmente, en relación con la tercera característica, la generalidad, hay que señalar que la titularidad de los derechos humanos se ejerce *erga omnes*, es decir, que no sólo se hace valer antes quienes son nuestros vecinos, conciudadanos, correligionarios, compatriotas, etc..., sino que vinculan globalmente a la humanidad entera.

Por otra parte, hay que hacer tres consideraciones que, pese a ser evidentes, en ocasiones son inexplicablemente soslayadas: en primer lugar, que los derechos humanos no constituyen un catálogo cerrado en una declaración solemne, sino que se hallan en un estado de permanente cambio, *in fieri*, porque, a fin de cuentas, son esencialmente temporales, tanto como la naturaleza humana que los define y recrea. En segundo lugar, no debe soslayarse que cada ser humano es en sí

---

<sup>74</sup> O'NEILL, O., *Towards Justice and Virtue. A Constructive Account of Practical Reasoning*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, pp. 172-173. Véase también, de esta misma autora: «A Kantian Approach to Transnational Justice», *The Cosmopolitanism Reader*, *op. cit.*, pp. 72-73.

<sup>75</sup> A mi juicio, hay dos formas básicas de cosmopolitismo: el *moral* y el *jurídico*. Sin embargo, para algunos especialistas en esta materia, como Thomas Pogge, cabría ampliar esta tipología con la inclusión de otras dos subcategorías: el cosmopolitismo *interaccional* y el *institucional* (el primero postula principios fundamentales de la Ética, en tanto que el segundo postula principios fundamentales de la Justicia social). Cfr., POGGE, T., «Cosmopolitanism and Sovereignty», *The Cosmopolitanism Reader*, *op. cit.*, p. 115.

mismo un proyecto de vida único que debe desarrollarse en su plenitud. Porque la vida, como nos enseña José Ortega y Gasset, es un quehacer cotidiano, una realidad radical que cada cual debe ir forjando en su particular circunstancia<sup>76</sup>. Finalmente, en tercer lugar, hay que insistir en el hecho de que el enunciado formal de un concepto, en este caso de un derecho humano como el derecho al desarrollo, no basta para crearlo ni hacerlo realidad como si de un enunciado performativo se tratase<sup>77</sup>. Aunque todos los seres humanos sean formalmente iguales, según la Declaración de 1948, no todos nacen iguales, ni disfrutan de los mismos derechos, ni tienen las mismas oportunidades a lo largo de su vida. Por ello, parece oportuno introducir el discurso de las capacidades y de la dignidad humana, antes de pasar a ocuparnos de los derechos y las libertades. Según este enfoque, que en realidad entronca con el ideal clásico de la *paideia*, la enseñanza integral y libre (no dogmática) de la persona debe servir para que esta desarrolle su potencialidad física y espiritual<sup>78</sup>.

A la reivindicación de la emancipación de los seres humanos más desamparados y frágiles, los niños, por medio de la educación humanista e ilustrada, dedicó Charles Dickens una de sus más famosas novelas: *Oliver Twist* (1838). Como se recordará, el libro narra las desventuras de un pobre niño huérfano en la Inglaterra previctoriana que lucha por salir del

<sup>76</sup> ORTEGA Y GASSET, J., *Historia como sistema* (1941), *Obras completas. Tomo VI. 1941/1955*, Fundación José Ortega y Gasset/Taurus, Madrid, 2006, p. 47.

<sup>77</sup> El concepto de performatividad es uno de los conceptos-clave de la disciplina llamada Pragmática. Por otra parte, el adjetivo «performativo» (*performative*) es un neologismo derivado del verbo inglés «to perform» (que significa: «realizar», «llevar a cabo»). El primero en emplear este término fue el filósofo del lenguaje John Langshaw Austin (1911-1960), en su ensayo póstumo: *How to Do Things with Words* (1962). Finalmente, el enunciado performativo actúa lo que el enunciado mismo significa. En definitiva, parafraseando al poeta español Ramón Pérez de Ayala, en este tipo de enunciados, «la cosa y la palabra es uno mismo». Para una información más detallada sobre la performatividad, *vid.*, CONTE, A. G., «Performativo vs. Normativo», *Filosofia del linguaggio normativo (II). Studi (1982-1994)*, Giappichelli Editore, Torino, 1995, pp. 591-607.

<sup>78</sup> A diferencia de la pedagogía sofista, que enseña la *areté* (virtud) para triunfar en la vida, la *paideia* socrática, defendida por Platón en sus diálogos *Protágoras* y *Gorgias*, postula que, el cultivo del *ethos* de «lo bueno» o del «bien», marca al hombre el camino natural para que éste pueda llegar a una venturosa armonía con la naturaleza del universo (*eudemonía*). En este sentido, según ha explicado Werner Jaeger, aunque en el sentimiento profundo de la armonía entre la existencia moral del hombre y el orden natural del universo, Sócrates coincide con la conciencia griega de todos los tiempos anteriores y posteriores a él: «La nota nueva que trae Sócrates es la de que el hombre no puede alcanzar esta armonía con el ser por medio del desarrollo y la satisfacción de su naturaleza física, por mucho que se la restrinja mediante vínculos y postulados sociales, sino por medio del dominio completo sobre sí mismo con arreglo a la ley que descubra indagando en su propia alma. El eudemonismo auténticamente griego de Sócrates deriva de esta remisión al alma como a su dominio más genuino y peculiar, una nueva forma de afirmación de sí mismo frente a las crecientes amenazas que la naturaleza exterior y el destino hacen pesar sobre su libertad». Cfr., JAEGER, W., *Paideia: Die Formung des griechischen Menschen* (1933), trad. cast., W. Roces, Fondo de Cultura Económica, México, 1957, p. 422.

mundo de miseria y delincuencia al que ha sido arrastrado por una cadena de infortunios. Después de superar los múltiples avatares y penalidades que debe afrontar en sus primeros años de vida, el joven protagonista recupera la libertad, ve reconocida la posición social que le correspondía legítimamente desde su nacimiento, y encuentra un hogar en el que crecer felizmente y que nada tiene que ver con el sórdido hospicio en el que fue recluido desde su más tierna infancia. A partir de ahora, su bondadoso tutor, Mr. Brownlow, se preocupará de darle a su joven pupilo los cuidados, el afecto y la educación necesarios para que se desarrolle libre e integralmente como persona<sup>79</sup>. A mi juicio, pocos personajes de la historia de la literatura han encarnado tan bien como Mr. Brownlow el compromiso con la emancipación y la realización del ser humano por medio de una enseñanza orientada a desplegar sus capacidades y aptitudes. No en vano, en las últimas líneas de su inmortal novela, nos desvela Dickens:

«De qué manera el señor Brownlow fue llenando, día tras día, la imaginación de su hijo adoptivo con montones de conocimientos, sintiéndose cada vez más unido a él a medida que se desarrollaba su naturaleza y mostraba cómo florecía la semilla de todo lo que él quisiera que llegase a ser»<sup>80</sup>.

Fecha de recepción: 31/03/2012. Fecha de aceptación: 20/12/2012.

---

<sup>79</sup> De acuerdo con el art. 27.2 de la Constitución española, la educación y al sistema diseñado para el desarrollo de la acción en la que ésta consiste, «tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales». En este sentido, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado a propósito de la interpretación del art. 2.1 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación afirmando que: «La educación a la que todos tienen derecho y cuya garantía corresponde a los poderes públicos como tarea propia no se contrae, por tanto, a un proceso de mera transmisión de conocimientos [cfr. art. 2.1 h) LOE], sino que aspira a posibilitar el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos [cfr. art. 2.1 a) LOE] y comprende la formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural [cfr. art. 2.1 d) y k) LOE] en condiciones de igualdad y tolerancia, y con pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales del resto de sus miembros [cfr. art. 2.1 b), c) LOE]». Cfr. STC 133/2010, FJ 7.

<sup>80</sup> DICKENS, C., *Oliver Twist*, Wordsworth, Ware, Hertfordshire (UK), 1992, p. 353. En su inglés original, el fragmento seleccionado y traducido para el final de este trabajo, dice lo siguiente: «How Mr Brownlow went on, from day to day, filling the mind of his adopted child with stores of knowledge, and becoming attached to him more and more, as his nature developed itself, and showed the thriving seeds of all he wished him to become».



# Algunas reflexiones sobre los presupuestos metateóricos en «*Principia iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*», de Luigi Ferrajoli

Por GEMA M. MARCILLA CÓRDOBA  
Universidad de Castilla-La Mancha

## RESUMEN

*Este trabajo tiene por objeto reflexionar sobre los presupuestos metateóricos de la teoría del Derecho y de la democracia que se desarrollan en la Introducción a Principia iuris, la última y descomunal obra de Luigi Ferrajoli<sup>1</sup>. El estudio de tales premisas metateóricas es relevante por cuanto conocerlas permite comprender mejor el conjunto de la obra, evitar malentendidos o reconstrucciones poco adecuadas de las tesis del autor, y, de esta forma, proyectar, en su caso, las críticas sobre aspectos realmente discutibles. El orden en que se exponen los presupuestos metateóricos es fiel a la presentación de Ferrajoli, y se vincula a los tres niveles del lenguaje distinguidos por Charles Morris: la semántica (objeto), la pragmática (finalidad) y la sintáctica (método).*

*Con todo, a este propósito principal se unen otros dos: de un lado, destacar la magnitud de la obra, y de otro lado, interrogarse por su actualidad.*

*Por lo que respecta a su magnitud, ésta se pone de manifiesto en la amplitud de su objeto, si se atiende a los paradigmas jurídicos reconstruidos y a la diversidad de enfoques, y en la forma de justificar su ambiciosa concepción de una ciencia jurídica no sólo descriptiva sino también normativa, con pro-*

---

<sup>1</sup> L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia* (2007), 3 vols., trad. de P. Andrés, J. C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto, A. Ruiz Miguel, Trotta, Madrid, 2011.

yección práctica o capacidad de incidir en la transformación de las instituciones. Con todo, el carácter titánico de la empresa teórico-jurídica de Ferrajoli se pone de manifiesto sobre todo en el empleo del método axiomático, al que el profesor italiano considera el aspecto constitutivo e indispensable de la teoría.

Por lo que respecta al interrogante sobre su actualidad, es decir, por la pregunta acerca de las perspectivas de desarrollo, no ya de esta teoría en particular, sino de la teoría jurídica de corte analítico o formal en general, es llamativo que Ferrajoli tome tan en cuenta el contexto en el que tal teoría habría de desenvolverse, a saber: una grave recesión económica (tal vez un nuevo Crash), y una esfera de poder público estatal progresivamente venida a menos –en relación con el poder en manos de poderes privados. Al menos a la luz de *Principia iuris*, la teoría jurídica tiene ante sí un vasto campo de investigación, por cuanto resulta importante desarrollar conceptos capaces de, cuando menos, explicar la nueva realidad jurídica. Resulta asimismo urgente dilucidar las técnicas que puede ofrecer hoy el Derecho para conservar el *Rule of Law*; para embridar a las nuevas sedes de poder, que aumentan en progresión geométrica, y que presentan grandes posibilidades de refugiarse en una especie de limbo normativo, en los márgenes del Estado de Derecho.

Palabras clave: *Principia iuris*, Ferrajoli, Estado constitucional de Derecho, presupuestos metateóricos, perspectivas semántica, pragmática y sintáctica de la teoría del Derecho.

## ABSTRACT

*This article seeks to carry out some considerations about «Principia iuris. Theory of Law and Democracy» –the last and huge work of Luigi Ferrajoli– from the point of view of its meta-theoretical grounds, following the author's perspective in the introductory pages.*

*The analysis of such meta-theoretical grounds or bases is worthy because it lets us understand better the work as a whole, avoiding misunderstandings or inappropriate Ferrajoli's thesis reconstructions. This way allow to project the criticism, if it were the case, on aspects actually questionable.*

*Following Ferrajoli's, the meta-theoretical bases explanation can be linked to the three branches or levels of language, which Charles Morris distinguishes from the point of view of the semiotics studies: Semantics (meaning), Pragmatics (purpose) and Syntactics (method-based on relations between signs and formal structures).*

*Beside this main purpose, the reflections try to highlight two things: the eminence of «Principia iuris», on one hand, and its up-to-date character, on the other hand. Regarding its eminence, this is reflected in the vastness of its object, as it is plain by attending to the reconstructed legal paradigms, to the diversity of approaches, and to the way of justifying its ambitious vision of a legal science not only with a descriptive character but also a normative one in the sense of capacity to have influence in order to transform the institu-*

tions. And perhaps what reveals the titanic idiosyncrasy of the legal-theoretical construction is the use of the axiomatic method, which, as Ferrajoli says, is a constituting and an elemental aspect of his work.

In reference to the second aspect, that is to say, its up-to-date character and the outlook for the future, not only of Ferrajoli's legal theory, but also of the analytical or formal legal theory in general, it is worthy to take into account our current social context, like Ferrajoli does as a departure point of his «Principia». That is, above all, a severe economic decrease (may be a new Crash), joined to a public power sphere becoming less in comparison with private powers sphere. From this perspective, «Principia iuris» author considers that a formal or analytical legal theory has a wide researching province, since it is necessary to develop new conceptual constructions, unless able to explain the actual legal reality. It is urgent too, that the legal theory studies research the law techniques as a means to maintain the principle of Rule of Law, by stringing the new power «headquarters», which increase in a geometrical ratio, and take refuge in a «legal limbo».

Key words: *Principia iuris*, Ferrajoli, Constitutional Rule of Law, meta-theoretical grounds, Semantics, Pragmatics and Sintactics branches in legal theory.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA MAGNITUD DE *PRINCIPIA IURIS*.—III. LOS CIMIENTOS TEÓRICOS DE *PRINCIPIA IURIS*: UNA TEORÍA DEL DERECHO DESDE LA PERSPECTIVA SEMÁNTICA (OBJETO), PRAGMÁTICA (FINALIDAD) Y SINTÁCTICA (MÉTODO). 1. *La semántica: el Derecho del Estado constitucional como objeto privilegiado de la teoría del Derecho*. 2. *La pragmática: la finalidad constructiva y el papel performativo de la teoría jurídica*. 3. *La sintáctica: la axiomatización como método de la teoría del Derecho en Principia iuris*. 3.1 La plausibilidad de la axiomatización en la teoría del Derecho. 3.2 Las ventajas de la axiomatización en la teoría del Derecho. 3.3 La fiabilidad de la axiomatización en la teoría del Derecho.—IV. ¿ES *PRINCIPIA IURIS* UNA TEORÍA «ACTUAL»?—V. A MODO DE RECAPITULACIÓN.

## I. INTRODUCCIÓN

Las páginas que siguen pretenden esclarecer las cuestiones que —a mi modo de ver— resultan más relevantes o destacadas de los presupuestos metateóricos de la teoría del Derecho y de la democracia que se desarrolla en *Principia iuris*, la más reciente obra magna de Luigi Ferrajoli. Tales presupuestos metateóricos son expuestos por el propio autor en la «Introducción», seguramente porque conocer el punto de

partida de esta empresa catedralicia ejecutada por el iusfilósofo italiano, es útil –quizás ineludible– para una adecuada comprensión o aprovechamiento de cada una de las partes y del conjunto de su teoría del Derecho y de su teoría «jurídica» de la Democracia. Así, Ferrajoli estima relevante informar al lector de tres aspectos: por supuesto del *objeto* de su teoría, pero también de la *finalidad* o propósito de aquella, y por último de las peculiaridades del *método* de investigación. El *Prefacio*, la *Introducción* y las páginas *Preliminares* podrían considerarse una suerte de manual de instrucciones o de hoja de ruta acerca de, usando su propia terminología, qué cuestiones aborda la teoría del Derecho (semántica), cuál es su finalidad o propósito (pragmática) y cómo se procede a su formulación (sintáctica).

Así, *la razón de ser fundamental de las reflexiones que siguen no estriba en dar cuenta de la teoría jurídica de Ferrajoli; tampoco se pretende participar en el abundante debate en torno a la misma*<sup>2</sup>. *El propósito es exponer sistemáticamente los cimientos en los que se sustenta la construcción*. Y ello porque aproximarse de modo directo a la lógica interna de *Principia iuris*, es decir, *disponer de un esquema claro de su estructura basilar, contribuye, creo, a una mayor eficiencia y posibilidad de avance en la teoría jurídica, tanto si se trata de compartir las tesis del autor, como si, por el contrario, lo que se pretende es realizar una crítica verdaderamente útil y original*. Porque, naturalmente, la extensión y profundidad de la obra no la exime del interés de que pueda tener realizar observaciones, ya sea desde una perspectiva interna, detectando las fallas o contradicciones en las que incurre conforme a su propia lógica, ya sea para formular objeciones desde una perspectiva externa, incidiendo en las razones para rechazar las concepciones de base. De hecho, *el propio Ferrajoli, cuando sus tesis son puestas en el blanco de las miradas críticas, insiste en clasificar objeciones respondiendo separadamente las de carácter teórico y a las que juzga que atañen a la metateoría*<sup>3</sup>. Por lo demás, con cierta ironía, Ferrajoli apela a una mejor comprensión de tales postulados

<sup>2</sup> El número 31 de la Revista *DOXA* (2008), recoge un interesantísimo debate sobre *Principia iuris*. Discuten con Ferrajoli teóricos del Derecho españoles y extranjeros de reconocido prestigio y de muy diversas adscripciones teóricas (Atienza, Bovero, Bulygin, Greco, Gascón, Guastini, Mazzarese, Moreso, Palma, Prortinaro, Preterossi, Prieto, Ruiz Miguel, Senese, Tarufo). *Vid. DOXA* 31 (2008), pp. 207-393.

<sup>3</sup> *Vid.*, por ejemplo, el artículo de Ferrajoli en el número que inaugura la nueva revista de teoría y filosofía jurídica y política dirigida por José María Sauca, *Eunomía*. «Doce cuestiones en torno a *Principia iuris*», donde distingue entre objeciones propiamente teóricas y objeciones metateóricas, incluyendo en estas últimas objeciones, como las que se dirigen al uso del método axiomático, y otras muy conocidas, como las que ponen en cuestión el tándem normativismo-realismo en una teoría jurídica formalizada, la doble aproximación *externa* e *interna* de la ciencia jurídica, su visión del constitucionalismo como paradigma reforzador del positivismo metodológico, o la exigencia «teórica» o «lógica» de completitud en los ordenamientos constitucionales. *Vid. Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, número 1, septiembre 2011-febrero 2012, pp. 3-34.



metateóricos para que las críticas a su teoría no arranquen de malentendidos o tergiversaciones, triviales de cara al avance teórico<sup>4</sup>.

En cualquier caso, es obvio que unas reflexiones verdaderamente logradas sobre las premisas acerca del objeto, finalidad y método de la teoría jurídica del profesor italiano, requerirían de un «retorno» o vuelta a las premisas, una vez analizadas en profundidad o con detalle las distintas partes y el conjunto de su teoría jurídica: I. La deóntica; II. El Derecho positivo; III. El Estado de Derecho; IV. La democracia constitucional. En realidad, una óptima reformulación de los «cimientos teóricos» de *Principia iuris*, sólo podrían ser realizados desde la especialización en la trayectoria teórica del legatario de Norberto Bobbio y Uberto Scarpelli. No son estas las condiciones de las que se parte en estas Reflexiones.

Declarados el alcance y los límites del contenido de estas páginas, dos más son los aspectos sobre los que se pretende incidir: de un lado, y al comienzo, sobre la *magnitud* de *Principia iuris*, en la que merece la pena detenerse un poco antes de adentrarse en la sistematización de los presupuestos metateóricos de los *Principia*. De otro lado, y más bien como cierre o aspecto conclusivo, sobre sobre la *actualidad* –virtualidad, utilidad– no ya de la teoría jurídica de *Principia iuris*, sino de la teoría jurídica en general. En este sentido, anticipo que coincido en buena medida con las conclusiones de Ferrajoli: aunque a primera vista parezca que unos estudios nacidos y desarrollados alrededor del Estado-nación están actualmente en franco retroceso, *cabe pensar que a día de hoy se abren un magnífico campo de estudio y grandes desafíos para la teoría del Derecho, y justamente por la transformación radical o sustancial de las formas políticas y jurídicas que está aconteciendo*.

## II. LA MAGNITUD DE *PRINCIPIA IURIS*

Basta mirar hacia una estantería en la que estén colocados los tres gruesos libros de los que consta *Principia iuris* para intuir que estamos ante una obra fuera de lo común. Pero su carácter extraordinario no sólo se advierte por las miles de páginas publicadas, sino por los títulos de los volúmenes que las contienen: un primer volumen dedicado a la Teoría del Derecho; el segundo a la Teoría de la Democracia, y el tercero, titulado la Sintaxis del Derecho («el aspecto más llamati-

<sup>4</sup> Así, señala Ferrajoli en uno de sus últimos trabajos a propósito de las objeciones a sus tesis: «Lamentablemente me veré forzado a proponer muchas tesis ya sostenidas en el pasado. Sin embargo, espero que los argumentos con los que las justificaré en este texto, y también a la luz de las críticas que me han dirigido y las aclaraciones que me han solicitado, éstas resulten ahora más convincentes», *Vid.* L. FERRAJOLI, «El constitucionalismo garantista. Entre paleo-positivismo y neo-iusnaturalismo», *DOXA* 34 (2011), p. 315.

vo e inusual de la teoría», como dice el propio Ferrajoli<sup>5</sup>). Este último, se halla enteramente dedicado a la exposición de la teoría de acuerdo con el método axiomático, con el correspondiente aparato de fórmulas en lenguaje simbólico. Por lo demás, un rasgo que confirma especialmente la primera impresión de obra descomunal, es saber que un autor tan prolífico como Luigi Ferrajoli ha dedicado más de cuarenta años a su terminación y publicación definitiva.

A un observador externo le resultaría curioso que siendo relativamente escaso el tiempo transcurrido desde que una obra tan inmensa vio la luz, sean ya bastantes los debates que ha suscitado en distintos foros, celebrados principalmente en Italia<sup>6</sup> y pero también en España<sup>7</sup>. Un participante, en cambio, comprendería que los *Principia* representan una obra conclusiva de la trayectoria teórico-jurídica y teórico-política de su autor, y por tanto, buena parte de las cuestiones que aborda habían sido con carácter previo ampliamente desarrolladas, particularmente, en la primera obra magna de Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*.

Pero la intuición sobre la magnitud de la obra se convierte en una certeza incluso antes de ahondar en los capítulos y partes de la obra con la mera lectura del *Prefacio*, la *Introducción* (de los presupuestos metateóricos) y quizás también las páginas *Preliminares*: el contenido de estas primeras ochenta páginas es suficiente para constatar que probablemente se trate de la teoría jurídica más completa y acabada de los últimos tiempos, comparable en este sentido con las de Kelsen, Hart, Ross, Bobbio, Dworkin o Alchourrón y Bulygin. Así de *Principia iuris* puede decirse, como ha señalado M. Atienza, que representa un hito fundamental en la cultura jurídica contemporánea<sup>8</sup>, y ello sin perjuicio de las objeciones y críticas de las que cualquier teoría, por vasta y refinada que sea, es susceptible.

<sup>5</sup> L. FERRAJOLI, en el *Prefacio a Principia iuris*, p. VIII.

<sup>6</sup> Junto al anteriormente citado número de *DOXA* que, en buena parte, recoge el Seminario de Brescia, Paolo Di Lucia coordina una obra que recoge y prosigue el debate sobre la teoría del Derecho que tuvo lugar en unas jornadas celebradas en la Universidad de Milán los días 28 y 29 de octubre de 2008. Vid. P. DI LUCIA, *Assiomática del normativo. Filosofía crítica del diritto in Luigi Ferrajoli*, LED Edizioni Universitarie, 2011. Algunas de tales contribuciones se refieren o contienen problemas de tipo metateóricos, como la del propio Paolo di Lucia, Aurelio Gentili, Ricardo Guastini, Claudio Luzzati, Ana Pintore, Luis Prieto, o Adrián Rentería.

<sup>7</sup> Destaca el congreso «*Principia iuris*» de LUIGI FERRAJOLI, Universitat de Valencia, 26 y 27 de Abril, bajo la dirección de José García Añón y Cristina García Pascual, y contando con las intervenciones de J. J. Moreso, J. Ruiz Manero, M. La Torre, J. Ansuátegui, M. Gascón, J. M. Villajosana, M. Atienza, J. C. Bayón, A. Ruiz Miguel, J. De Lucas, P. Andrés, y por supuesto las del propio Luigi Ferrajoli. Asimismo, el 25 de abril tuvo lugar en la misma sede el I Encuentro de Jóvenes Investigadores de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, en torno a diversos aspectos de la teoría jurídica de *Principia iuris*.

<sup>8</sup> M. ATIENZA, «Tesis sobre Ferrajoli», *DOXA* 31 (2008), pp. 213-216.

Desde luego, los presupuestos o los cimientos teóricos de la teoría (sobre todo los relativos al objeto) constatan la dimensión de *Principia iuris*. De hecho, para insistir en ello puede ser útil comentar previamente las páginas Preliminares *in fine*, que, anticipando el objeto de las cuatro partes en que se ha estructurado *Principia iuris*, demuestran su amplitud teórica.

Así, en las tres primeras partes el profesor de la Università Roma-Tre presenta una teoría formal de otros tantos modelos o paradigmas de Derecho, de intensión creciente y extensión decreciente, correspondientes, de modo aproximado, a otras tantas fases históricas de la experiencia política<sup>9</sup>. De ahí que una perfecta conocedora de la obra de Ferrajoli, Marina Gascón, haya definido la teoría jurídica de *Principia iuris* como «amplia» y «elástica»<sup>10</sup>.

Así, la I parte, La deóntica, es una teoría de los sistemas deónticos, susceptible, por consiguiente, de explicar cualquier sistema normativo. De ahí que sea útil para dar cuenta del Derecho premoderno, no formalizado. En el capítulo II, El Derecho positivo, la teoría se refiere a los sistemas deónticos específicamente jurídicos y, concretamente, a los sistemas jurídicos modernos, positivos por su carácter enteramente puesto o artificial. Esta teoría es apta para dar cuenta del Estado legislativo de Derecho. En la parte III, titulada el Estado de Derecho, la teoría está enfocada a los sistemas jurídicos de estructura escalonada o estratificada en niveles de normas relacionados entre sí jerárquicamente. Asimismo, en esta parte el aspecto fundamentalmente resaltado es la vinculación a normas jurídicas preestablecidas de todos los poderes públicos, incluido el legislativo. En esta parte, se incrementa la intensión del concepto «teoría jurídica», es decir, aumentan las propiedades o cualidades del concepto; se incrementa, por así decir, su densidad y complejidad conceptual, y, por consiguiente, disminuye en extensión, por cuanto su universo se ciñe a los Estados de Derecho que se pueden calificar de constitucionales o, más concretamente, de garantistas.

En efecto, en el mapa conceptual idóneo para reconstruir teóricamente el paradigma jurídico del Estado constitucional de Derecho destaca, sin lugar a dudas, la noción de «garantía», como concepto distinto al de «derecho» y al de la «expectativa», negativa o positiva, que aquél genera. La referencia a las garantías, primarias y secundarias, permite dar cuenta de la distancia o la divergencia –irremediable hasta un cierto punto, pero patológica si se cruzan ciertas líneas rojas– entre el Derecho que, en el paradigma constitucional, debe ser y el

<sup>9</sup> Vid. el párrafo 6 de las páginas Preliminares, titulado «El mapa de la teoría», en *Principia iuris*, cit., p. 99.

<sup>10</sup> Vid. M. GASCÓN, «*Principia iuris*: caracterización de una teoría jurídica», *DOXA* 31 (2008), pp. 234-235. Esta es la caracterización que realiza Gascón por lo que respecta a la extensión, pues, por lo que se refiere a la intensión, destaca como la teoría cohonesta la perspectiva del normativismo y del realismo. *Ibid.*, pp. 235 y ss.

*Derecho que es.* Es decir, entre el modelo normativo que cabe interpretar que impone el Estado constitucional y las prácticas jurídicas efectivamente existentes.

Ahora bien, *la evidencia más clara de la magnitud de la obra es su método*: la axiomatización de la teoría jurídica, una extraordinaria empresa, única, consistente en la «reelaboración del lenguaje jurídico teórico en su conjunto a través de la definición implícita, de todos sus términos y la fundamentación, ya sea por vía de asunción o de demostración, de todos sus enunciados»<sup>11</sup>. Así, *Principia iuris* hace apología del método analítico, usándolo, no ya para tratar un problema particular, sino para abordar enteramente la teoría del Estado constitucional. En palabras de Ferrajoli: «El método axiomático es un potente instrumento de análisis [...] porque impone una reflexión sobre todo el ámbito de temas y problemas de la teoría. Equivale, por así decirlo, al método analítico aplicado a gran escala»<sup>12</sup>.

*Principia iuris* pretende una perfecta arquitectónica. De hecho, el propio Ferrajoli compara hasta cierto punto su teoría con una edificación:

«Una teoría construida de este modo es como un mosaico o, si se prefiere, como un complicado edificio del que en primer lugar hay que poner los cimientos, alzar luego las paredes maestras y sólo después construir los tabiques y disponer los ornamentos interiores. Con la diferencia de que en el trabajo teórico no se dispone desde el principio ni del diseño completo, ni de los materiales de construcción, y ni siquiera se sabe cuál será la forma definitiva del edificio. O por decirlo mejor, hay un diseño inicial, que es el que ha motivado la empresa: en este caso, una teoría del estado constitucional de derecho y de las técnicas de garantía de los derechos subjetivos, comenzando por los derechos fundamentales. Pero a medida que el trabajo avanza el diseño cambia, se hace más articulado y complejo y al final, en su forma originaria, resulta poco más que un borrador. En definitiva, es imposible construir una parte del conjunto sin haber construido antes las partes subyacentes» (L. Ferrajoli, en el Prefacio a *Principia iuris*, cit., p. VII).

Este fragmento permite darse una idea del enorme esfuerzo que debió de atenuar al autor hasta completar la obra. También lo revela en esta afirmación a modo de confesión: en el supuesto de derivar tesis ostensiblemente absurdas –señala Ferrajoli, «se está obligado a cambiar. Y ello conlleva costes elevadísimos, tanto mayores cuanto más se refiera el cambio a tesis primitivas [...] Se trata en efecto, cada vez, de rectificar la secuencia completa de las tesis que tienen a la tesis vieja entre sus premisas y, en alguna ocasión, de sacrificar partes enteras de la teoría que se apoyaban en ella. El cambio mismo, cuando

<sup>11</sup> L. FERRAJOLI, «Prefacio», en *Principia iuris*, cit., p. VII.

<sup>12</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., p. 53.

se ha alcanzado grado relativamente avanzado de elaboración, se torna por tanto altamente problemático: entre otras cosas porque no siempre se está en condiciones de prever todas las innovaciones que es capaz de producir. Y son frecuentes los casos en los que, al pasar por la prueba del cálculo, el cambio proyectado se revela infructuoso o incluso sumamente dañino y se ve uno forzado a volver sobre el camino anterior»<sup>13</sup>.

### III. LOS CIMIENTOS TEÓRICOS DE *PRINCIPIA IURIS*: UNA TEORÍA DEL DERECHO DESDE LA PERSPECTIVA SEMÁNTICA (OBJETO), PRAGMÁTICA (FUNCIÓN) Y SINTÁCTICA (MÉTODO)

Una completa teoría jurídica, que abarca desde formas de Derecho premodernas, pasando por el Estado legislativo de Derecho, y culminando en el Estado constitucional; que atribuye a esa misma teoría un papel performativo y no meramente descriptivo, y sobre todo, que lleva a cabo un procedimiento de axiomatización del lenguaje teórico a prueba de cálculos lógicos (con lo que este sometimiento a la lógica implica en cuanto a la constante revisión y eventual replanteamiento de las tesis sostenidas), merece, cuando menos, ser visitada a la hora de embarcarse en cualquier empresa teórica. Más exactamente, la aproximación a *Principia iuris*, conociendo de antemano sus presupuestos metateóricos, posee un interés notable para el conjunto de los saberes jurídicos: para un saber de tipo formal como es la teoría del Derecho, pero también –si se quieren hacer distinciones significativas– para la dogmática, la sociología jurídica, y finalmente para la filosofía moral o política.

En suma, parece cuando menos razonable o conveniente acudir a los presupuestos metateóricos si se desea obtener el mayor provecho a la teoría expuesta en *Principia iuris*. Pues bien, Ferrajoli explica tales presupuestos recurriendo a las tres clásicas dimensiones del lenguaje distinguidas por Charles Morris. Así, la dimensión *semántica* de la teoría explicita su objeto; la *pragmática* su finalidad o función, y la *sintáctica*, su método científico.

#### 1. **La *semántica*: el Derecho del Estado constitucional como *objeto privilegiado* de la teoría**

Como es sabido, la teoría jurídica alcanza su status de disciplina autónoma en el siglo XX, aunque el tipo de aproximación de la misma cuenta con precedentes en el siglo XX, en la pandectística y la jurisprudencia

<sup>13</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., pp. 52-53

dencia de conceptos, en el continente europeo, y en la llamada *jurisprudence* del ámbito anglosajón. Ferrajoli caracteriza a la teoría del Derecho por su carácter «empírico» y configurada como un *conjunto de conceptos* acerca de un *universo u objeto*. La teoría jurídica relaciona tesis/enunciados con fenómenos/experiencias. Estos fenómenos son, en primer lugar, el lenguaje legislativo; en segundo lugar, las prácticas jurídicas; en tercer lugar, el discurso sobre las opciones valorativas que están detrás de los enunciados y prácticas.

Enlazando con esta tradición, el objeto de la teoría (semántica) son las formas o estructuras del Derecho con independencia de los valores que lo informan y de sus contenidos concretos. Pero *Principia iuris* también se aparta algo de aquella, en la medida en que distingue, en relación con el objeto, un punto de vista *extensional* y un punto de vista *intensional*.

Así, desde la perspectiva *extensional*, es decir, del universo u objetos al que se refiere o designa el concepto «teoría del Derecho», ésta se ocupa de desarrollar el aparato conceptual correspondiente a las diversas formas que históricamente ha presentado el Derecho. Por ello, la teoría del Derecho (enunciados) evoluciona conforme lo hace la experiencia jurídica (enunciados jurídicos, prácticas, valores). Y dado que la experiencia jurídica es cada vez más compleja, la teoría jurídica necesita de un aparato conceptual también cada vez más sofisticado o complejo. La presencia de normas constitutivas, junto a las regulativas, es habitualmente mostrada como ejemplo de dicha complejidad.

Desde la *perspectiva intensional*, es decir, del contenido o significado del concepto «teoría del Derecho», esta puede adoptar tres enfoques (interpretaciones) que se refieren al mismo universo discursivo. Se trata del enfoque axiológico de la filosofía del Derecho, al que le compete la comparación entre el contenido del Derecho positivo y los principios de una moral externa o crítica; el de la dogmática jurídica, que se ocupa de los variables contenidos del Derecho; y el de la sociología jurídica, que atiende a las prácticas jurídicas.

Esta triple interpretación que admite el concepto «teoría del Derecho», pone de manifiesto que la teoría jurídica expuesta en *Principia iuris intenta coherencia el método de la teoría jurídica normativista y el de la realista*, sin renunciar tampoco a una evaluación moral o externa del Derecho.

Quizás *la clave para comprender el efecto sinérgico* que a juicio de Ferrajoli resulta de combinar *normativismo y realismo* se encuentra en entender dos aspectos irrenunciables de la teoría jurídica de Ferrajoli: primero, la *estructura estratificada (escalonada) del ordenamiento jurídico*; y segundo, la posibilidad que brinda dicha estructura para evaluar o analizar el Derecho bien desde el prisma de las normas superiores (¿son efectivas o realmente cumplidas por sus destinatarios?), bien desde el prisma de las normas inferiores (¿son válidas conforme a las normas que regulan su producción jurídica?).

Así, si el Derecho se observa desde el plano de las normas inferiores, el método es eminentemente el del *normativismo*, pues se analizan sus márgenes de *ilegitimidad*, como los supuestos de *invalidéz* de normas por poseer un contenido incongruente con el contenido de normas de rango superior.

En cambio, si el Derecho se observa desde el plano de las normas superiores, entonces el método prevalente es el del *realismo*: de estas normas superiores no tiene sentido analizar su validez, sino su *efectividad* o eficacia, entendiendo por tal la capacidad para disciplinar los comportamientos de los destinatarios. Y, en este sentido, uno de los aspectos más originales de Ferrajoli es que resalta que los destinatarios no son exclusivamente los aplicadores del Derecho y los ciudadanos, sino también los propios autores de las normas; a los legisladores, en la medida en que estén «obligados» a la producción de normas inferiores, de acuerdo con las formas y contenidos que establecen las normas superiores. La eficacia o efectividad de las normas superiores (perspectiva del realismo) se revela en la ausencia de antinomias y lagunas (perspectiva del normativismo)<sup>14</sup>. Por otro lado, si lo que se evalúan son las normas en relación con los comportamientos de los destinatarios últimos (ciudadanos, jurisdicción), naturalmente el método de análisis es el propio del realismo, y en este caso la teoría jurídica tiene sentido como sociología jurídica. El concepto clave vuelve a ser el de la eficacia o efectividad, aunque en este supuesto no en relación con el comportamiento del legislador, sino del resto de destinatarios, es decir, de los ciudadanos y de los aplicadores del Derecho.

De hecho, Ferrajoli señala explícitamente que su teoría da cuenta del Derecho, desde el punto de vista interno de las normas, y externo de los hechos (Hart), o de la perspectiva de las normas pero también de los hechos (Weber); o del Derecho en los libros y del Derecho en acción (R. Pound; Bentley). Por tanto, la teoría del Derecho parte de la constatación de varias divergencias o distancias entre el *Derecho que debe ser* y el *Derecho que es*, para después derivar conceptos y enunciados, mediante los que la dogmática, pero también la sociología jurídica –e incluso la filosofía política– pueden evaluar el Derecho.

Así, la *primera divergencia* es la que se puede dar entre las normas inferiores y las superiores (generalmente, preceptos constitucionales que incorporan los *principia iuris et in iure*): el contenido de las normas inferiores puede ser coherente o incoherente con el contenido de

---

<sup>14</sup> No hace falta recordar que Ferrajoli atribuye a los conceptos de antinomia y laguna un significado distinto del habitual en la teoría jurídica, y que dicho concepto se basa en resaltar las relaciones existentes entre normas de distinto nivel. Ello no significa, no obstante, que ignore o que no dé cuenta del sentido tradicional en la teoría jurídica de antinomia y de laguna. Por lo demás, nótese que Ferrajoli relaciona las antinomias y lagunas con la expresión *márgenes de ilegitimidad*, para denotar normas contradictorias con el contenido de normas superiores, ya se incurra en tal contradicción por acción, o por omisión, dejando indebidamente de producir de normas.

normas superiores, pero sólo como resultado de una acción del legislador, es decir, de la producción de una norma. De esta relación y eventual divergencia se deriva el concepto de *validez* que usa la teoría del Derecho, en tanto que *dogmática jurídica*.

La *segunda divergencia*, que compete detectar también a la teoría jurídica en tanto que dogmática jurídica, es la que potencialmente puede tener lugar entre normas y actos normativos: desde esta óptica se pueden examinar dos aspectos: adecuación en las formas o procedimientos; adecuación entre normas y hechos. Es decir, primero, cabe evaluar si los actos normativos se adecuan o no a las formas o procedimientos establecidos por normas superiores. Para este análisis sirve el concepto de *vigencia*, que en la teoría de Ferrajoli es propia, como se acaba de destacar, del mapa de conceptos de la dogmática. Y segundo, una tiene sentido evaluar si las normas superiores son *efectivas* o eficaces, en el sentido de comprobar si su contenido se ve realizado en virtud de actos normativos o por el contrario hay una ausencia indebida de normas. No hace falta recordar que atribuir este quehacer a la dogmática jurídica es una de las señas de identidad –y también uno de los aspectos más discutidos– de la teoría de Ferrajoli. En efecto, a su juicio esta falta en la práctica de diseño de normas-técnicas de garantía para hacer efectivas expectativas negativas o de no lesión, o expectativas positivas, de establecimiento de una facultad o de una prestación, implica la indebida presencia en el Derecho de las *lagunas*, que, al igual que las *antinomias*, ha de detectar la dogmática.

Nótese que, ante una laguna, el único concepto disponible para la dogmática –de acuerdo con la lógica interna de la teoría de Ferrajoli– es el de efectividad (falta de efectividad de normas superiores). En el caso de antinomias, en cambio, son dos los conceptos dogmáticos en uso: validez (falta de validez por infracción del contenido de una norma superior), y efectividad (falta de efectividad) porque también en este último caso se evidencia la escasa o nula fuerza regulativa de la norma superior. Con todo, la expresión «márgenes de ilegitimidad» sí parece ser el criterio que permite aunar el defecto en el que el legislador incurre tanto en actos normativos que dan lugar a antinomias, como cuando puede hablarse de una inacción u omisión indebida en el caso de las lagunas.

La *tercera divergencia* es la que eventualmente pudiera darse entre lo que ordenan las normas y la observancia de las mismas por otros destinatarios (aplicadores del Derecho, ciudadanos), y ello porque naturalmente, el déficit de *efectividad* también puede referirse a los actos del resto de los destinatarios del Derecho, la jurisdicción y los ciudadanos. Así, suponiendo que estén diseñadas las garantías primarias (normas de obligación, prohibición o permiso) y las secundarias (normas de sanción o nulidad para los incumplimientos de las normas que establecen obligaciones, prohibiciones o permisos), corresponde también a la teoría del Derecho, en esta ocasión en su acepción de *sociología jurídica*, analizar su grado de efectividad.



Cabe una *cuarta divergencia*, para la que la teoría jurídica suministra un aparato conceptual, que es la que puede tener lugar entre el contenido de las normas, de un lado, y el significado de los valores y principios de una moral externa o crítica, de otro. Es esta cuarta divergencia la que permite a Ferrajoli mantenerse o fiel al postulado del positivismo metodológico, por cuanto admitir la posibilidad de esta última divergencia supone la no conexión necesaria entre Derecho y moral. Este plano de evaluación axiológica se corresponde con el criterio de la *justicia* de las normas y del Derecho en general, ámbito o campo de teoría jurídica, como *filosofía o teoría de la justicia*. También esta supuesta fidelidad al positivismo metodológico es puesta en tela de juicio por muchos teóricos del Derecho, bien por revelar dosis de cognoscitividad en materia de interpretación jurídica y de objetivismo moral (es la crítica al constitucionalismo garantista de quienes rechazan el constitucionalismo y se adscriben al positivismo excluyente); bien por deslindar artificiosamente los campos de la moral y del Derecho (es la crítica al constitucionalismo garantista por parte de quienes sostienen el neoconstitucionalismo principialista asentado en la unidad del razonamiento práctico).

## 2. **La pragmática: la finalidad constructiva y el papel performativo de la teoría jurídica**

En la tradición positivista, el estatuto científico de las disciplinas jurídicas, se preocupa –de manera obsesiva– por una aproximación avalorativa o neutral al objeto de conocimiento. Por tanto, la función de la dogmática y de la teoría jurídica es la descripción de los contenidos del Derecho, en el caso de la primera, y la reconstrucción de los conceptos y estructuras formales del mismo, en el caso de la segunda, esto es, de la teoría.

El positivismo evolucionado, representado fundamentalmente por las corrientes normativista y realista, pone de relieve la imposibilidad de que el discurso dogmático tuviera ese carácter puramente descriptivo. De ahí, que el estatus científico de la dogmática se conectase con la descripción de las distintas opciones interpretativas, sin perjuicio de la opinabilidad como consecuencia de la ambigüedad y vaguedad del lenguaje jurídico (tesis de la discrecionalidad, propia del normativismo), o con la descripción de las prácticas jurídicas tal y como realmente tienen lugar (método empirista del realismo y de la sociología jurídica).

Pero el paradigma constitucional se compagina mal con tal obsesión por la neutralidad valorativa, como baluarte de científicidad del quehacer dogmático: la dogmática posee un inevitable carácter normativo, no pudiendo ser puramente descriptiva, debido, en primer lugar –señala Ferrajoli– a la idiosincrasia del Derecho del Estado constitucional unida a la *función normativa que desempeña la lógica*

*del sistema, presidido por los ideales de coherencia y plenitud*, y, en segundo lugar, a que *el jurista persigue algún propósito*, de modo que la teoría posee papel performativo de la teoría. Dadas estas dos condiciones, y tal y como se ha señalado en el apartado anterior, al tratar del significado de la teoría del Derecho en su dimensión intensional, se convierte en función primordial de la dogmática no sólo dar cuenta del sentido del lenguaje legislativo, sino también evidenciar supuestos de normas vigentes pero inválidas (antinomias como consecuencia de incoherencias de normas con los contenidos de normas superiores); o de normas de rango superior inefectivas (lagunas a raíz de la omisión de actos normativos para cumplir con las expectativas negativas o positivas que generan las normas de un nivel superior).

En particular, con esta idea de la función pragmática de la teoría o de la ciencia jurídica, Ferrajoli justifica un presupuesto metateórico de su teoría que contrasta con la tradicional presentación de la teoría jurídica como aséptica, descriptiva y neutral: el teórico persigue inevitablemente algún propósito con su construcción, pero es que además la preeminencia práctica de una construcción teórica influye o alimenta la práctica institucional. Es decir, el teórico puede elegir u optar entre distintos conceptos y postulados para construir su teoría. Los propósitos u objetivos del científico del Derecho son variados. (1) Pueden ser propósitos estrictamente teóricos, en el sentido de buscar la mejor estrategia explicativa, o los términos estéticamente más adecuados o persuasivos. (2) Pero también la elección de las herramientas conceptuales pueden responder a la toma en consideración de las implicaciones o consecuencias prácticas de sus elecciones teóricas. (3) Finalmente, las construcciones teóricas impulsan unos u otros diseños político-jurídicos, así como la puesta en práctica de tales diseños. Por ello, Ferrajoli considera importante que el teórico sea consciente y declare el propósito de las construcciones teóricas y, en su caso, la teoría jurídica predilecta es el constitucionalismo garantista, que busca identificar las garantías de la efectividad de las normas superiores o constitucionales.

Más concretamente, la vertiente pragmática de la teoría jurídica de *Principia iuris* es consecuencia de dos características: *a)* una de ellas relacionada con las notas o características propias del paradigma constitucionalista, esto es, de la idiosincrasia del Derecho del Estado constitucional; *b)* y otra característica, vinculada en parte a la anterior, y relacionada con el carácter inevitablemente constructivo de la ciencia jurídica.

*a)* En primer lugar, la dimensión pragmática de la teoría jurídica es fruto de las divergencias entre «deber ser» y «ser» intramuros y extramuros del Derecho, propias del Derecho del Estado constitucional. Por lo que respecta a la divergencia, entre ser y deber ser interno al Derecho, ésta es consecuencia de la función normativa que desempeñan los principios *iuris tantum*, es decir, los postulados lógicos de

coherencia y plenitud, frente a los *principia iuris et in iure* (positivizados o incorporados al Derecho positivo)<sup>15</sup>.

Así, los principios *iuris tantum* exigen el establecimiento de garantías, bien para reparar la vulneración de normas superiores, bien para cumplir el mandato que aquellas contienen. Dicho sintéticamente, la teoría jurídica del Estado constitucional no puede ser meramente descriptiva por la existencia de dos postulados lógicos: el de no contradicción y el de plenitud, lo que impone a la ciencia jurídica la tarea de poner de relieve las antinomias y las lagunas.

En realidad Ferrajoli extrae mayores consecuencias que anteriormente de las exigencias de la lógica: anteriormente sostuvo que el principio de legalidad en el Derecho desempeña en la teoría un papel similar al de no contradicción en un sistema lógico. En *Principia iuris* subraya el valor normativo de la lógica en el Derecho, por cuanto el principio de no contradicción puede verse también como una regla jurídica; una regla con valor normativo o metanormativo en el sentido de que impone la normatividad de los *principia iuris et in iure*<sup>16</sup>.

Junto a la distancia o divergencia observable entre «deber ser» y «ser» desde el punto de vista interno al Derecho, puede también constatarse la divergencia entre «deber ser» y «ser» desde una doble perspectiva externa al mismo, contrastando dos eventuales distancias: primera, entre el Derecho que debe ser conforme a los *principia iuris et in iure*, y que de hecho no tiene lugar en la práctica porque son principios inefectivos (ya sea en sede legislativa o jurisdiccional); segunda, entre el Derecho que debe ser conforme a la moralidad crítica y el Derecho tal y como ha sido positivizado.

La consciencia sobre estas posibles divergencias evitan una teoría jurídica que incurra en tres falacias: la iusnaturalista, que reduce la validez a la justicia, sin tomar en consideración que hay normas injustas pero válidas; la legalista, que reduce la justicia a la validez, sin tener en cuenta que las normas se pueden reputar o evaluar como injustas aun siendo válidas; y la realista, que reduce la validez a la eficacia o efectividad, sin contemplar la existencia de normas válidas que no son eficaces o eficientes; y viceversa: que existen normas en una dimensión fáctica sin correspondencia en el plano normativo.

<sup>15</sup> La teoría de Ferrajoli distingue entre dos tipos de *Principia iuris*: *principia iuris et in iure* y *principia iuris tantum*. Por ejemplo, el principio de legalidad (establecimiento por norma de límites a la actuación de los poderes públicos y privados) es un principio *iuris et in iure*. En cambio, no contradicción y plenitud son principios *iuris tantum*, es decir, postulados de la lógica en la que se basa la teoría del Derecho (de Ferrajoli). El principio de no contradicción se relaciona con las modalidades deónticas (O, Ph, P). El principio de plenitud, se relaciona con las expectativas, negativas (que obligan al establecimiento de prohibiciones) o positivas (que obligan al establecimiento de prestaciones).

<sup>16</sup> *Vid.* nota 33 de la Introducción. Una cuestión que suscita el logicismo de la teoría de Ferrajoli es su valor para explicar y diseñar instituciones, en ámbitos normativos en los que las fuentes del Derecho se multiplican y se relacionan, no de modo vertical, siguiendo una estructura escalonada, sino más bien en red.

b) En segundo lugar, la dimensión pragmática de la teoría jurídica obedece al carácter artificial y simbólico (no natural) del Derecho, de modo que la teoría desempeña un papel estipulativo y a la postre de construcción de su propio objeto. Es decir, los contenidos del Derecho, aparte de principios institucionales o formales, son también principios elaborados por las teorías políticas y de la justicia, que han interaccionado con el sentir común. Al ser el Derecho esencialmente simbólico, vinculando signos y significados, la teoría tiene una función «performativa» sobre el Derecho: el teórico no es un mero espectador sino que, al explicar o interpretar el Derecho, contribuye a su construcción. ¿Y qué tipo de estipulaciones lleva a cabo? Redefiniciones de términos del lenguaje teórico-jurídico (causa, imputación); redefiniciones del lenguaje teórico-político o filosófico-político (principio de igualdad, principio de legalidad, principio de separación de poderes), que, de forma explícita o implícita, se introducen en el Derecho positivo (*Principia iuris et in Iure*). En resumen, la dimensión pragmática de la teoría jurídica es consecuencia de tratarse de un léxico artificial, en cuya construcción las elecciones-opciones del teórico a la hora de construir sus conceptos y postulados están guiadas, justificadas o puestas a prueba, como se ha dicho, por la fecundidad explicativa (resulta preferible una estrategia explicativa mejor que cualquier alternativa que explique peor el fenómeno a explicar), por el carácter persuasivo-estético de ciertos términos, y finalmente también por las repercusiones prácticas que posee la estipulación de un término. Un clarísimo ejemplo que Ferrajoli usa para resaltar los efectos o repercusiones prácticas del trabajo teórico es la teoría de Kelsen de la estructura escalonada del ordenamiento jurídico, que influyó decisivamente en la implantación de sistemas de control de constitucionalidad de la ley y de procedimientos con mayorías cualificadas para su modificación.

Precisamente desde esta óptica pragmática de la función performativa de la teoría del Derecho queda meridianamente explicada la relación entre la teoría del Derecho y la teoría de la democracia en *Principia iuris*. A su juicio, la teoría jurídica es la premisa de la teoría de la democracia. Dicho de otro modo, la teoría jurídica normativa (garantista = que persigue hacer efectivos los límites y los vínculos que establecen las normas constitucionales, y así los derechos fundamentales, ya sean políticos, civiles, de libertad o sociales) es una condición necesaria aunque no suficiente de la democracia. Dice Ferrajoli, que la democracia depende de otros factores políticos, sociales, y económicos. Pero el «pilar jurídico» de la democracia es su condición de posibilidad, por cuanto la democracia presupone un poder regulado y limitado, para que no se convierta en poder absoluto.

Por lo demás, resulta especialmente esclarecedor del papel pragmático de la teoría el planteamiento de Ferrajoli o más precisamente, la función performativa de la teoría, el planteamiento de Ferrajoli a

propósito de cómo podría ser útil la teoría garantista o del Estado constitucional si las formas de organización política relegan al Estado-nación como monopolizador de la producción del Derecho. Según Ferrajoli, la teoría jurídica que trata de ampliar y afianzar las garantías de los derechos fundamentales puede «redefinir» la esfera pública, y adaptarse a las nuevas sedes extra y supra-estatales de poder<sup>17</sup>.

### 3. La sintáctica: la axiomatización como método de la teoría del Derecho en *Principia iuris*

Como se ha señalado anteriormente, los *Principia* a los que se refiere el título de la obra de Ferrajoli son de dos tipos: *iuris et in iure*, que son los principios sustantivos incorporados al Derecho positivo, y los principios *iuris tantum* de coherencia y plenitud. Pues bien, los *principia iuris tantum* están en la base del método: la axiomatización de la teoría jurídica. La teoría del Derecho es empírica, pues su objeto es, como se ha indicado, el discurso acerca del Derecho. Sin embargo, la peculiaridad de la teoría es que su lenguaje es de tipo formal: no explica cuál es el significado o contenido del Derecho positivo, ni cómo debería ser desde un punto de vista axiológico, ni cómo de facto el Derecho es. Así, el lenguaje de la teoría está formado por conceptos y enunciados, bajo los que se estipula qué se entiende por una norma, una obligación, una expectativa, un derecho fundamental, etc., respondiendo el discurso en su conjunto a los imperativos de coherencia y plenitud.

Brevemente, la teoría del Derecho de *Principia iuris* da cuenta de las estructuras o de las formas comunes a todo ordenamiento jurídico, siendo un discurso presidido por las reglas de la lógica, esto es, la plenitud y coherencia. El método axiomático «consta de cuatro tipos de operaciones» (p. 48): *a*) estipulación de reglas de formación y transformación del lenguaje teórico; *b*) estipulación de conceptos primitivos o postulados (que son 16); *c*) definiciones (que son 274); *d*) teoremas o proposiciones deducidas o derivadas.

#### 3.1 LA PLAUSIBILIDAD DE LA AXOMATIZACIÓN EN LA TEORÍA DEL DERECHO

Para dar cuenta de la plausibilidad del método axiomatizado en la teoría jurídica, Ferrajoli recurre a la dicotomía de la filosofía del lenguaje proto-neopositivista de Rudolf Carnap, distinguiendo entre lenguajes teóricos y lenguajes observacionales. Estos últimos, se caracterizan por que sus términos tienen una referencia empírica u observable directa. En cambio, los lenguajes teóricos son artificiales, no conectados *directamente* a entidades observables.

<sup>17</sup> Vid. página 30 de la *Introducción*.

Según Ferrajoli, la distinción nítida entre lenguajes observacionales y teóricos es discutible pero se adecua bien a la relación que media entre teoría del Derecho y otras disciplinas jurídicas que comparten el mismo universo empírico. Así, la plausibilidad del método axiomático para una teoría del Derecho encuentra apoyo en las características propias del nivel del lenguaje teórico, frente a otros niveles de discurso también jurídicos, en concreto la dogmática jurídica, pero también la sociología y la filosofía de la justicia.

Así, en primer lugar, la diferencia entre dogmática y teoría estriba en que la *dogmática* es un metalenguaje cuyo objeto es un lenguaje natural (el lenguaje del legislador); un lenguaje efectivamente técnico o especializado, pero a fin de cuentas un lenguaje natural. En la medida en que el universo normativo es de naturaleza lingüística, la dogmática usa un método similar a las ciencias experimentales. Digamos que se trata del método exegético, consistente en el conocimiento del sentido del lenguaje legal, con todo el margen de incertidumbre y opinabilidad que conlleva la tarea interpretativa. Es un metalenguaje que reformula o redefine el lenguaje del legislador. En cambio, la *teoría* representa un nivel distinto de lenguaje por cuanto es un lenguaje formalizable en virtud de una serie de estipulaciones y posteriores operaciones de demostración. Es decir, la *teoría* formula conceptos que son abstracciones o convenciones, susceptibles de ser formalizadas y desarrolladas por el método axiomático. Términos como «norma», «ordenamiento», «validez», «ilícito», etc., designan conceptos carentes de relación semántica directa con la realidad del derecho.

En segundo lugar, la diferencia entre *dogmática* y *teoría* (o entre *sociología jurídica* y teoría) se encuentra en las cualidades que se predicán de los conceptos y enunciados de las primeras frente a las cualidades que se predicán de los conceptos y enunciados (primitivos) de la segunda: de la dogmática se predica la verdad o falsedad de los conceptos y enunciados según sí, atendiendo a si las convenciones lingüísticas, se corresponden tales enunciados y conceptos con el significado que atribuye la dogmática al lenguaje legislativo. De los conceptos y enunciados de la sociología jurídica, también se predica la verdad o falsedad atendiendo a si aquéllos se ajustan a la descripción de los hechos. Sin embargo, el lenguaje teórico o de la teoría del Derecho se evalúa por su rendimiento explicativo en relación con el material doctrinal de la dogmática (o los enunciados de la sociología jurídica).

### 3.2 LAS VENTAJAS DE LA AXIOMATIZACIÓN EN LA TEORÍA DEL DERECHO

Con carácter general, la ventaja de los lenguajes teóricos es que al mismo tiempo que son idóneos para explicar los resultados de la experiencia observacional, no están conectados directamente con ésta y por ello, pueden ser desarrollados deductivamente con arreglo a una sintaxis preestablecida.

La sintaxis de la teoría jurídica en *Principia iuris* pretende que la explicación de los modelos de Derecho sea clara, lo más desideologizada posible y capaz de evitar el «aguijón semántico» al que se refiere Dworkin en *Law's Empire* (1986) haciendo referencia a los desacuerdos teóricos persistentes que surgen entre participantes igualmente competentes cuando interpretan el Derecho. En efecto, el lenguaje teórico ordinario de la ciencia jurídica adolece de ambigüedad por la indeterminación del significado extensional y por la imprecisión del significado intencional de sus términos. El método axiomático impone depurar el lenguaje teórico de esa ambigüedad, por las constricciones que imponen las reglas de formación y transformación<sup>18</sup>: «Una definición teórica, en particular, debe estipular con rigor las condiciones tanto necesarias como suficientes para el uso del término definido<sup>19</sup>».

Junto a la claridad y precisión de los conceptos de una teoría jurídica axiomatizada, Ferrajoli resalta una segunda ventaja, que vendría a ser la cierta facilidad que el método axiomatizado supone para objetarla, refinarla y avanzar en su construcción. La teoría es un sistema abierto: «sus premisas siempre pueden ser puestas a prueba, ampliadas o cambiadas, está llamada a crecer sobre sí misma»<sup>20</sup>. En suma, por muy acabada que parezca una teoría jurídica así formulada, en realidad no

---

<sup>18</sup> Así explica Ferrajoli la plausibilidad y utilidad de la teoría jurídica axiomatizada: «La dogmática jurídica [...] es el conjunto de conceptos y enunciados con los que se interpreta y reformula sistemáticamente el significado de los enunciados normativos expresados, en el ordenamiento investigado, por las autoridades competentes para la producción del Derecho [...] El lenguaje legal, aun configurándose como un específico lenguaje técnico, es institucionalmente un lenguaje “común”, en el sentido en el que el adjetivo común se contrapone a los adjetivos “convencional”, “artificial” o “formalizado”. Y un lenguaje común no es susceptible de formalización, sino que tan sólo es analizable, como ocurre en las disciplinas jurídicas positivas, en un meta-lenguaje igualmente común aunque dotado de mayor claridad y precisión. Y lo mismo puede decirse de las tesis de la sociología del Derecho y de la filosofía de la justicia, formuladas también en el lenguaje común que es propio de todos los discursos de nivel observacional y valorativo. La teoría del Derecho, por el contrario, al estar elaborada en un lenguaje enteramente artificial y convencional, es un sistema de conceptos y enunciados que puede perfectamente ser organizado según una estructura formal rigurosa y exactamente preestablecida. Es esta organización de sus conceptos y enunciados la que el método axiomático puede llevar a cabo mediante la formalización del lenguaje en el que están formulados. Este método consta de cuatro tipos de operaciones: a) la estipulación de una serie de reglas de formación y transformación del lenguaje teórico; b) la estipulación, según las reglas de formación preestablecidas de un número restringido de conceptos no definidos, llamados por ello “conceptos primitivos”, así como proposiciones no derivadas de otras proposiciones de la teoría, llamadas por esa razón “postulados”; c) la definición, según las mismas reglas, del resto de los conceptos de la teoría, por medio de conceptos primitivos y/o de otros conceptos definidos a su vez con anterioridad; d) la derivación, según las reglas de transformación preestablecidas, del resto de las proposiciones de la teoría a partir de los postulados y/o de las definiciones y/o de otras proposiciones derivadas con anterioridad del mismo modo», L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., pp. 48 y 49.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 56.

es cerrada o definitiva, sino abierta en el sentido de susceptible de cambio, pues si los conceptos y enunciados primitivos (conceptos primitivos o postulados) no son correctos (porque faltan, por ejemplo, condiciones necesarias) o si los teoremas resultan absurdos, es preciso cambiar las premisas o las conclusiones. Es decir, es un método que permite el avance o progreso característico de la ciencia<sup>21</sup>.

### 3.3 LA FIABILIDAD DE LA AXIOMATIZACIÓN EN LA TEORÍA DEL DERECHO

La teoría axiomatizada, al margen de poseer una lógica interna, necesita ser apta para explicar su objeto, el universo del Derecho. Merece la pena reproducir textualmente el párrafo que sigue: «Es claro que la verdad de los teoremas con respecto a las premisas depende solamente de la corrección del cálculo. Toda la teoría así construida, por lo demás, es un sistema cuya validez depende únicamente de su coherencia lógica interna, con independencia de referencias semánticas directas y específicas. Pero es, igualmente claro que, para que un sistema semejante pueda valer como teoría del Derecho, confirmable sobre la base de la experiencia jurídica y apta para ofrecer modelos explicativos adecuados de la misma, ha de existir un nexo entre el nivel del lenguaje teórico [...] y el nivel observacional del lenguaje de la dogmática y/o de la sociología jurídica»<sup>22</sup>.

## IV. ¿ES *PRINCIPIA IURIS* UNA TEORÍA DEL DERECHO «ACTUAL»?

Como fue señalado al comienzo de estas páginas, el propósito del trabajo ha sido, en primer lugar, poner de manifiesto la magnitud de la obra, especialmente por el alcance del método axiomatizado; en segundo lugar, dar cuenta de los aspectos más destacables de los Presupuestos metateóricos de *Principia iuris*, y por último llegar a alguna conclusión sobre la virtualidad de la teoría del Derecho, y ello porque la teoría jurídica misma puede estar atravesando una crisis, sin saber si, en un contexto de cambio sustancial de la realidad jurídica, el análisis conceptual corre el peligro de acercarse más a la especulación trivial que a la estipulación conceptual necesaria para explicar una experiencia jurídica que ya ha experimentado un cambio radical.

Probablemente, si *Principia iuris* se hubiera publicado hace un par de décadas, la obra, dado su carácter de teoría jurídica omnicomprendensiva, hubiera destacado esencialmente por ser una estación no de paso, sino de visita obligada o al menos muy recomendable para ensayar cualquier análisis conceptual. En realidad, muchas de las tesis de

<sup>21</sup> *Ibíd.*, p. 56.

<sup>22</sup> *Ibíd.*, p. 49.



*Principia iuris*, desarrolladas extensamente en monografías y artículos han sido y siguen siendo las herramientas conceptuales predilectas de quienes pretenden la expansión jurídica de las garantías de los derechos fundamentales<sup>23</sup>, condición necesaria pero no suficiente de la democracia, según el autor<sup>24</sup>.

En efecto, en la teoría jurídica de Ferrajoli, revisten especial importancia las definiciones relativas a los poderes, derechos y garantías (capítulo X) y a la distinción entre derechos fundamentales y patrimoniales, y entre esfera pública y esfera privada (capítulo XI). Desde esta perspectiva, tal vez una de las propuestas más interesantes de los *Principia* de Ferrajoli sea la relativa a una nueva clasificación de los derechos fundamentales, divididos ahora, no ya en derechos civiles, políticos y sociales, sino en derechos políticos, civiles, de libertad y sociales. Esta propuesta representa una alternativa a la tipología tradicional de la que dio cuenta Thomas Marshall en *Citizenship and Social Clash* (1950). Pues bien, la justificación de la nueva clasificación de los derechos representa un punto de partida idóneo para repensar la justicia distributiva en tiempos de crisis, donde resulta de suma importancia encontrar criterios racionales para establecer prioridades de gasto público. Sin embargo, la importancia del tema referido no resta urgencia a otra cuestión teórica inaplazable: idear las técnicas para que el pulso entre imperio de la ley y dominio de los mercados se resuelva a favor del primero, en virtud de una esfera pública democrática y posiblemente global en algunos aspectos.

La línea de investigación sugerida es, obviamente, una apreciación llena de subjetividad acerca del interés de *Principia*. Pero intuyo que no es descabellada: a día de hoy *Principia iuris*, que declara su carácter perentorio o no definitivo, plantea nuevos desafíos teórico jurídicos y políticos: dirige una llamada a los juristas, pero también el conjunto de la sociedad alertando, de las nefastas consecuencias del debilitamiento del Derecho como regulador del poder<sup>25</sup>; de la necesidad, en definitiva, de «luchar por el Derecho»<sup>26</sup>.

En efecto, asistimos a un nuevo *Crash*, una crisis económico-financiera, con el único precedente histórico de la Gran Depresión

<sup>23</sup> G. PISARELLO, «Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿qué garantías?». *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 4 (2001).

<sup>24</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., p. 30.

<sup>25</sup> Admítase la licencia de usar el símil del film «La última llamada», dirigido por Joel Schumacher y protagonizada por Colin Farrel en 2002.

<sup>26</sup> R. IHERING, *La lucha por el Derecho*. Estudio Preliminar por J. L. Monereo. Comares, 2008. Precisamente en este sentido de que el campo de los juristas son las ideas y éstas tienen fuerza transformadora, recurre M. Alemany al segundo Ihering quien «en revuelta contra su formalismo anterior» dice que el Derecho «no es una idea lógica, sino una idea de fuerza», «Los juristas frente a la globalización. Consideraciones teórico-prácticas a partir de las visiones de Capella, Ferrajoli y Laporta sobre el Derecho y la justicia en la sociedad global», III Seminario Interdisciplinar «Globalización y Derecho», Facultad de Derecho de Albacete, 15 de junio de 2012 (en prensa).

del 29<sup>27</sup>. Esta crisis puede ser vista, en buena medida, como un corolario de la crisis de la razón jurídica de la que habla Ferrajoli: la aspiración ilustrada a una creación y aplicación racional del Derecho se convierte en un ideal regulativo cada vez más lejano cuando instituciones y poderes privados se infringen u obvian demasiado frecuentemente y/o de modo intolerable las normas preestablecidas. Pero, en este contexto, *la teoría jurídica, lejos de estar convirtiéndose en un juego verbal, o, peor, en una entelequia de juristas acomodados, ajenos o autistas frente a una realidad normativa y social sustancialmente distinta a la del siglo pasado, tiene ante sí una ingente labor por desempeñar*, y ello sobre todo debido al retroceso irreversible del Estado nación y al surgimiento de un nuevo Derecho. Me parece que esta conclusión puede valer con independencia de que se suscriban en todo, en parte, o incluso si se rechazan las reelaboraciones teóricas del Derecho y las propuestas políticas de Luigi Ferrajoli en sus Principia<sup>28</sup>.

## V. A MODO DE RECAPITULACIÓN

Una aproximación a los presupuestos metateóricos de la obra *Principia iuris*, es, cuando menos interesante, para una adecuada comprensión y, en su caso, crítica, de las tesis que en ella se contienen. Ello, sin perjuicio de que la exacta u óptima comprensión de tales presupuestos requeriría profundizar en el conjunto de la obra y retomar o volver entonces a reflexionar sobre los presupuestos o fundamentos.

De *Principia iuris*, puede decirse que se trata de una obra magna (y ello con independencia de que no se suscriban las concepciones que subyacen a la misma, o muchas de las tesis que en ella se desarrollan). Así, destacan el carácter omnicomprensivo de su *objeto*, apto para explicar los sucesivos modelos o paradigmas de Derecho que históricamente han tenido lugar; el planteamiento sin tapujos de una *finalidad* de la teoría jurídica no sólo informativa sino también normativa y reconstructiva de modelos que pretendan incidir en la vida real. Pero

<sup>27</sup> P. KRUGMAN, *El retorno de la economía de la depresión*, trad. de J. Pascual y F. Esteve, Crítica, Madrid, 2009.

<sup>28</sup> La propuesta política de Ferrajoli, desarrollada fundamentalmente en la parte IV, es que constituye una elección enteramente humana (política) el avance hacia un Estado de Derecho multinivel (local, estatal, pero también mundial o global), o el regreso hacia formas de organización jurídica sumamente deficitarias desde el punto de vista democrático. En efecto, la IV parte de *Principia Iuris*, La democracia constitucional, analiza las distintas dimensiones de la democracia originadas por la estipulación de otras tantas clases de derechos fundamentales. Esta es una teoría normativa: propone el constitucionalismo global como alternativa al derrumbamiento de la razón jurídica y política por el nuevo mapa de los poderes, las fuentes y las relaciones sociales generados en la era de la globalización por los actuales procedimientos de integración y por la desintegración de los viejos estados nacionales.

sobre todo, creo que hay que poner el foco en lo hercúleo de su *método*, consistente en la completa formalización del lenguaje teórico, a partir de la elaboración de una serie de reglas de formación y transformación, conceptos y postulados primitivos, definiciones y por último teoremas o enunciados derivados de acuerdo con las reglas de cálculo preestablecidas.

Resumiendo, en estas páginas se ha tratado de reflejar de modo sintético los presupuestos metateóricos, con fidelidad al orden y a buena parte de la terminología del propio Ferrajoli. Así, tales presupuestos teóricos de la teoría jurídica y política de *Principia iuris* son explicados con arreglo a la distinción entre tres niveles de discurso: el de la *semántica* (objeto), el de la *pragmática* (finalidad) y el de la *sin-táctica* (método).

Por lo que respecta al objeto desde el punto de vista *extensional del objeto*, *Principia iuris* desarrolla tres modelos formales de teoría jurídica, correspondientes de modo aproximado al Derecho premoderno, al Estado legislativo de Derecho y al Estado constitucional. De los tres, el más complejo es el correspondiente al paradigma constitucional<sup>29</sup>, por cuanto su referente es el Derecho de los ordenamientos jurídicos contemporáneos en los países desarrollados, presidido por principios sobre la justicia y los derechos, que establecen la obligación de llevar a sus últimas consecuencias el imperio de la ley o principio de legalidad, en la medida en que todos los poderes públicos, incluido el legislador, están sujetos al Derecho. Cabría decir que en el modelo del Estado constitucional, el postulado del imperio de la ley es más denso todavía que en el Estado legal o legislativo de Derecho. Al igual que en el Estado legal de Derecho, el legislador puede, en virtud de su legitimidad democrática o representativa, adoptar las medidas políticamente más adecuadas, pero, a diferencia de lo que sucede en aquel modelo, en el paradigma neoconstitucionalista, el marco obligado de la actuación político-legislativa viene dado por los preceptos formales y sustantivos de la Constitución.

A esta realidad del cambio de paradigma se refiere Luigi Ferrajoli mediante los *Principia iuris et in iure*, que son aquellos que recoge –que «incorpora»– el Derecho positivo, a través de las Constituciones aprobadas con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. Pues bien, tomando en serio la normatividad constitucional, los saberes jurídicos, que constituyen interpretaciones o sentidos del objeto de la teoría (punto de vista *intensional*) cuya función es examinar o evaluar críticamente el Derecho a través de los cuatro consabidos criterios de *vigencia*, entendida como criterio que permite evaluar la conformidad de los actos normativos con lo establecido en normas superiores de carácter formal, usado por las disciplinas dogmáticas;

---

<sup>29</sup> Lo es en el plano formal, porque en el plano normativo el Estado constitucional de Derecho posee alcance global, como lo proyecta Ferrajoli en su teoría de la democracia.

*validez*, considerada como concepto paradigmático del Estado constitucional de Derecho, por cuanto es una herramienta para evaluar la coherencia del contenido de las normas inferiores con el contenido de las normas superiores de carácter sustancial; de hecho, esta evaluación sustantiva o moral del Derecho –anteriormente tarea de la filosofía o teoría de la justicia– se erige en el Estado constitucional en misión de la dogmática; *efectividad*<sup>30</sup>, en el sentido de característica (gradual) en virtud del cual es posible evaluar si de hecho las normas disciplinan la conducta de sus destinatarios, es decir, de los ciudadanos y de los aplicadores del Derecho, pero también de los productores de normas, evaluando si las normas superiores, de hecho, regulan la producción de los actos normativos desde el punto de vista formal y material; por ello, un criterio exclusivo de la sociología jurídica o de una teoría del Derecho no normativista o realista, se convierte en el Estado constitucional en un concepto útil también para el dogmático; y, por último, la justicia, ésta sí, perspectiva exclusiva de la filosofía de la justicia, o de la filosofía moral y política, y que se refiere a la valoración o enjuiciamiento desde un punto de vista externo o crítico del Derecho dado, el Derecho constitucional positivo.

La teoría del Derecho tiene un papel integrador; es un «punto de encuentro» entre distintos enfoques (axiológico, jurídico, sociológico). Unos mismos conceptos pueden ser analizados conforme a distintos puntos de vista. La teoría «distingue» y al tiempo «relaciona», constatando las tres divergencias señaladas. Esta necesidad de la teoría de tomar en cuenta las divergencias entre el «ser» y el «deber ser» del Derecho, unida a su carácter artificial, simbólico o estipulativo, con capacidad de influir en el diseño efectivo de las instituciones, es lo que impide proseguir el planteamiento paleopositivista de que la ciencia jurídica posee una función meramente explicativa o descriptiva. En efecto, desde el punto de vista *pragmático*, Ferrajoli destaca el *papel constructivo de la ciencia jurídica*: junto a los Principios *iuris et in iure*, se encuentran los principios propiamente teóricos o *iuris tantum* de la coherencia y plenitud. Más exactamente, estos últimos operan como una regla que impone el cumplimiento de los principios *iuris et in iure*. En esta medida, la teoría también tiene una dimensión *pragmática*: es función o *finalidad* de la dogmática desde luego explicar e interpretar los variables contenidos del Derecho, pero también es su misión advertir si las normas inferiores infringen las normas superiores por entrar en contradicción con ellas, es decir, su misión es denunciar supuestos de *invalides* de normas inferiores, es decir, *antinomias*. Asimismo, la dogmática, situándose en el plano de las normas superiores, debe evaluar la *efectividad* de las mismas, comprobando si

---

<sup>30</sup> Existe más tradición de uso del término «eficacia». Sin embargo, Ferrajoli justifica las razones de preferir el vocablo «eficiencia», dejando el de eficacia para designar otros fenómenos más próximos a lo que por eficacia se entiende en la dogmática civil, es decir, como producción de efectos jurídicos.

en efecto disciplinan la producción de actos jurídicos exigidos por los *principia iuris et in iure*, y si tales actos jurídicos dan lugar a normas de las que se puede predicar su validez y vigencia; es decir, si el grado de efectividad es suficiente como para que no se produzcan ni lagunas, ni antinomias, ni infracciones de preceptos formales relativos a la producción de las normas.

Todos estos criterios son relevantes, al mismo tiempo que para las disciplinas enunciadas, para la teoría jurídica, capaz de enlazar las aportaciones de unos y otros saberes. Por ejemplo, la teoría jurídica elabora el concepto de *validez*, que la dogmática debe usar para mostrar que los requisitos materiales también informan la pertenencia de las normas al sistema jurídico en el Estado constitucional. Esta es la perspectiva «normativista». Pero también elabora la teoría jurídica la noción de *vigencia* y de *efectividad*, usando la perspectiva propia del «realismo jurídico», que no confunde el Derecho de los libros con el Derecho en acción. Esta noción, además de ser usada por la sociología jurídica, poniendo de relieve la divergencia entre lo que ordenan las normas y el grado de cumplimiento por los ciudadanos, es usado por la dogmática, considerando que las normas pueden verse también como «actos normativos» que se ajustan en mayor o menor medida a las normas formales o materiales de rango superior.

Finalmente, la teoría jurídica formula el sentido del criterio de *justicia*, útil para la filosofía jurídica, que lleva a cabo un discurso de crítica externa con respecto al Derecho positivo. Precisamente, en este es el escudo teórico de Ferrajoli para evitar que se efectúe una lectura de sus tesis en clave neoconstitucionalista o no positivista. En la separación entre Derecho y moral, propia del positivismo metodológico, previene de la eventual reducción de la justicia a la validez, y en esta importante distinción entre validez y justicia, encuentra Ferrajoli su rasgo de distinción frente a los teóricos del neoconstitucionalismo principialista y no positivista, como Dworkin, Nino o Alexy<sup>31</sup>.

Aquí cabría especular, de acuerdo con consabidas clasificaciones del espectro de la teoría de corte positivista, sobre si su teoría se ajusta al positivismo incluyente o excluyente: el profesor italiano sostiene que las Constituciones pueden tener cualquier contenido. Ahora bien, el referente empírico de la teoría jurídica más compleja expuesta en *Principia iuris* es la democracia constitucional, representada por ordenamientos jurídicos que han incorporado al Derecho principios ético-políticos como la separación de poderes, la representación política o los derechos fundamentales.

La teoría jurídica de Ferrajoli se presenta a sí misma como capaz de mantenerse en las filas del positivismo excluyente: no se confunde Derecho y moral aun cuando la función de los juristas en el Estado de Derecho constitucional sea dotar de coherencia y plenitud al Dere-

---

<sup>31</sup> Vid. A. J. GARCÍA FIGUEROA, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2009.

cho, de acuerdo con los *principia iuris et in iure*, es decir, los incorporados al Derecho a través de normas constitucionales; aun cuando la función del jurista sea idear técnicas de garantía de la efectividad de los preceptos constitucionales relativos a derechos fundamentales. Sin embargo, la teoría de Ferrajoli parece incurrir en problemas semejantes a los que se objetan al positivismo inclusivo, que, grosso modo, consisten en una excesiva mitificación del paradigma constitucionalista<sup>32</sup>. Imaginemos ciertos cambios importantes en el referente empírico de la teoría (por ejemplo, incorporación de principios regresivos en lo que respecta a derechos políticos y sociales). En este caso, el garantismo ya no serviría para dar cuenta de la función de los juristas en el Estado constitucional de Derecho, por mucho que el legislador siguiera sometido a principios formales y sustantivos. Piénsese en la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria<sup>33</sup>, que hace depender el buen funcionamiento de la economía de que el déficit de las cuentas estatales se aproxime lo más posible a cero. Este principio limitador del déficit y del endeudamiento público, estrecha sumamente los márgenes de acción política, por cuanto resulta obligado tenerlo presente antes de dar efectividad a otros principios sobre los derechos y la justicia incluidos en la Constitución. Así, ese nuevo Derecho constitucional, regido por el principio de la eficiencia económica en un contexto de austeridad en el gasto público, bloquea el debate democrático, de una parte, y la reduce –por no decir que prácticamente elimina– las condiciones de posibilidad de demandar garantías para la efectividad de otras normas constitucionales, de otra.

Y para terminar con la cuestión de los presupuestos metateóricos, cabe destacar que la *sintáctica* es, al decir de Ferrajoli, «el aspecto más llamativo e inusual» de su teoría». El aparato simbólico reunido en el Volumen 3, insiste Ferrajoli en que no es «un agregado o elemento accesorio de la teoría que habría podido omitirse. En rigor la teoría es *toda y sólo* la expresada por el cálculo. El resto es traducción, interpretación empírica y comentario. El cálculo es por consiguiente factor constitutivo de la teoría e instrumento insustituible del análisis teórico»<sup>34</sup>.

Y poniendo punto y final a esta recapitulación: *Principia iuris* abre –en mi opinión– un vivo debate acerca de la eventual futilidad de la teoría jurídica en un escenario de transformaciones, siendo significativa la crisis irreversible del Estado nación, y la desregulación que le acompaña. En efecto, *Ferrajoli reconoce la escasa actualidad que, desde distintos puntos de vista, presenta su obra*. En concreto, desde el punto de vista teórico –sostiene Ferrajoli– que la escasa actualidad

<sup>32</sup> F. LAPORTA, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007.

<sup>33</sup> Vid. A. EMBID IRUJO, *La Constitucionalización de la crisis económica*, Iustel, 2012.

<sup>34</sup> L. FERRAJOLI, en el *Prefacio* a *Principia iuris*, p. X.

tiene que ver con que el discurso teórico-jurídico hace referencia al Derecho moderno, mientras que la experiencia jurídico-política actual es radicalmente distinta a ese modelo que gravitaba en el Estado-nación.

Ahora bien, Ferrajoli en ningún caso desdeña la teoría. Al contrario: le atribuye una tremenda virtualidad práctica, hasta el punto, señala el autor, de que al teórico le cabe elegir entre el declive del Estado de Derecho y la democracia, o el Estado constitucional de Derecho Global.

En definitiva, se comparta o no el modelo normativo de «teoría jurídica» de la democracia, es decir, el constitucionalismo global; incluso se compartan o no las consecuencias prácticas del paradigma del Estado constitucional, lo cierto es que la teoría jurídica, aparentemente en peligro de extinción por tratarse de una especulación superflua, tiene ante sí el increíble reto de, como mínimo, elaborar conceptos explicativos adecuados a una experiencia jurídica sin precedentes.

Fecha de recepción: 31/03/2012. Fecha de aceptación: 20/12/2012.





# Publicidad y prostitución

Por JOSÉ JUSTO MEGÍAS QUIRÓS  
Universidad de Cádiz

## RESUMEN

*La publicidad de actividades relacionadas con la prostitución ha sido objeto de debate durante la última década. La autorregulación se ha mostrado insuficiente para proteger la dignidad de la mujer en este campo. Su presentación como mercancía, los mensajes degradantes y las imágenes vejatorias llevaron a la propuesta de modificación de la legislación con el fin de prohibir este tipo de publicidad. En estas páginas se ofrece una aproximación al debate generado.*

Palabras clave: *Publicidad, dignidad, prostitución, autorregulación.*

## ABSTRACT

*Advertising of prostitution-related activities has been discussed over the last decade. Self-regulation has been insufficient to protect the dignity of woman. Its presentation as a commodity, the messages degrading and the images humiliating led to the proposal to amend the legislation to ban such advertising. These pages provide an approach to the debate generated.*

Key words: *Advertising, dignity, prostitution, self-regulation.*

**SUMARIO:** 1. LA INSUFICIENCIA DE LA AUTORREGULACIÓN.—2. EL PROBLEMA DE FONDO: PROSTITUCIÓN Y EXPLOTACIÓN SEXUAL.—3. PUBLICIDAD DE LA PROSTITUCIÓN Y DE CONTACTOS SEXUALES: CRONOLOGÍA DE UN PROCESO.—4. RECOMENDACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO.—5. CONSIDERACIONES FINALES.

Aunque nos hemos acostumbrado a las vallas publicitarias de prostíbulos, así como a la promoción del turismo sexual en países asiáticos o caribeños, las campañas de organismos internacionales y nacionales para la erradicación de esta actividad han generado un creciente rechazo hacia su publicidad, así como una mayor presión social sobre los agentes publicitarios para que procedan a su retirada<sup>1</sup>. Algo similar se percibe en relación a los anuncios de contacto sexual, eliminados voluntariamente por algunos medios de comunicación, y a los que otros no quieren renunciar por lo altos beneficios que generan. Durante los últimos años hemos asistido a un debate sobre la necesidad de prohibir la publicidad de la prostitución por presentar a las personas, especialmente a la mujer, de forma vejatoria y degradante. A pesar del acuerdo parlamentario unánime sobre la necesidad de su restricción, diversas circunstancias han impedido que se lleve a efecto.

## 1. LA INSUFICIENCIA DE LA AUTORREGULACIÓN

La norma 10 del Código de Conducta Publicitaria (CCP) establecía en su versión anterior que la publicidad no debía sugerir «circunstancias de discriminación ya sea por razón de raza, nacionalidad, religión, sexo u orientación sexual, ni atentar contra la dignidad de la persona». No diferenciaba, a efectos de ilicitud, entre la publicidad que tratara de forma vejatoria a la mujer y la que lo hiciera con el varón. Pero la realidad ha puesto de manifiesto que es por lo general la mujer la que sufre en mayor medida un trato degradante en la publicidad. Esta reiteración ocasionó que, tras la modificación de 2011, el citado Código incluyera una referencia explícita a la exigencia de respeto hacia la dignidad de la mujer: «En particular, se evitarán aquellos anuncios que puedan resultar vejatorios o discriminatorios para la mujer»<sup>2</sup>. De

<sup>1</sup> Así sucedió, por ejemplo, con la publicidad insertada en los autobuses de Valencia (octubre de 2011), que promocionaba un prostíbulo con una imagen explícita de su «mercancía». Esquerra Unida exigió en las Cortes valencianas su inmediata retirada al estimar que constituía «apología de la explotación sexual de las mujeres». La Agencia Valenciana de Movilidad, encargada de los transportes públicos en la comunidad, así lo entendió también y ordenó su retirada.

<sup>2</sup> Las medidas normativas de mayor protección de la mujer en el terreno publicitario se iniciaron con la Disposición Adicional 6.ª de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, que

poco ha servido esta modificación, pues el Jurado de la Publicidad, que debe resolver las reclamaciones por vulneración de la norma, no ha querido entrar en el fondo de la prostitución hasta el momento<sup>3</sup>.

La primera reclamación contra la publicidad relacionada con el «consumo» de sexo se presentó en el año 2005. Interpuesta por un particular contra los anuncios de contacto sexual publicados en un diario generalista, denunciaba que tales anuncios lesionaban la dignidad personal por presentar a la mujer de forma vejatoria, como simple mercancía, pudiendo constituir además una influencia negativa en el desarrollo personal de los menores. El Jurado de la Publicidad, sin embargo, desestimó la reclamación por considerar que la prostitución constituía una actividad legal –al no estar prohibida de forma expresa por la ley– y que la sección de anuncios clasificados no solía ser leída por los menores<sup>4</sup>. Simplemente se lavó las manos sobre la cuestión planteada, sin entrar en el fondo del asunto. Rechazaba emitir un juicio sobre la corrección ética de la publicidad denunciada y se conformaba con advertir la no ilegalidad de la actividad publicitada. Pero la reclamación no pretendía que se enjuiciara su legalidad, actividad encomendada a los tribunales ordinarios, sino que emitiera un juicio ético sobre la publicidad de la prostitución, juicio que no llegó a producirse.

A día de hoy el criterio del Jurado no ha variado. La última resolución adoptada por éste en relación al tema que nos ocupa recaía sobre la reclamación presentada por un particular contra la publicidad de un «club de carretera». El propio Jurado hacía constar en su resolución que la valla publicitaria «muestra la imagen de una mujer desnuda posando de forma provocadora (...) cerca de colegios y lugares por

---

modificó el artículo 3.a) de la LGP. Este artículo, tras referirse a la ilicitud de la publicidad que atente contra la dignidad de la persona, recoge expresamente desde entonces la prohibición de «los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados».

<sup>3</sup> Aunque ha desarrollado un trabajo aceptable en relación a la publicidad que fija estereotipos discriminatorios o utiliza mensajes o imágenes vejatorias o degradantes, hasta el momento ha rehusado realizar un juicio ético de la publicidad de la prostitución. Sobre las primeras cuestiones, *vid.* GARCÍA NIETO, M.<sup>a</sup> T. y LEMA DEVESA, C., *Guía de intervención ante la publicidad sexista*. Instituto de la Mujer (Ministerio de Igualdad), Madrid, 2008; SALVADOR MARTÍNEZ, M.<sup>a</sup>, «La imagen de la mujer en los medios. Exigencias del principio de igualdad», *Feminismo/s* 12 (2008), pp. 185-202; y MONTES BERGES, B., «Exposición a estereotipos y categorías de género: consecuencias en tareas y evaluaciones», *Feminismo/s* 13 (2009), pp. 105-118.

<sup>4</sup> «Debemos considerar lícita la publicidad de servicios como los que nos ocupan siempre y cuando –refiriéndose a actividades lícitas– no aparezca difundida en medios dirigidos a menores o cuando ésta aparezca en medios respecto de los cuales se acepta que los menores no deben tener acceso». Resolución de 15 de diciembre de 2005. Citada en *Informe de la Ponencia sobre la emisión de anuncios de contactos sexuales en Televisión*. Consejo Audiovisual de Andalucía, Sevilla, 10 de enero de 2008, p. 15.

los que transitan los menores»<sup>5</sup>. En ningún momento entró a juzgar si tal publicidad constituía una lesión para la dignidad de la mujer al presentarla como mercancía de consumo («un lujo a tu alcance», referido a la chica), sino que se limitaba a considerar que la «publicidad examinada incluye imágenes que deben ser consideradas objetivamente inadecuadas para menores»<sup>6</sup>, por lo que, en aplicación de lo establecido en la Norma 28 CCP (protección del desarrollo de los menores), merecía la calificación de publicidad ilícita. Se produce, en este supuesto, la paradoja de que es imposible pensar que tal publicidad estuviera dirigida a los menores, y así lo llegó a reconocer el propio Jurado, pero se basó en el fácil acceso por parte de éstos para aplicar la Norma citada<sup>7</sup>.

Debemos precisar que el Jurado sí ha declarado ilícita en otras ocasiones la publicidad que incluye imágenes vejatorias o discriminatorias de la mujer, pero siempre cuando se trataba de productos o servicios ajenos a la prostitución<sup>8</sup>.

## 2. EL PROBLEMA DE FONDO: PROSTITUCIÓN Y EXPLOTACIÓN SEXUAL

No es sencillo afrontar humana y jurídicamente el problema de la prostitución, pues nos movemos en un terreno en el que el drama personal está siempre presente. Baste citar, por ejemplo, lo acaecido en París en diciembre de 2011. Mientras la Asamblea Nacional, por iniciativa del Partido Socialista, discutía sobre la admisión a trámite de una proposición de ley para la prohibición de la prostitución, a sus puertas se celebraba una manifestación de *profesionales del sexo* convocada por diversas asociaciones que pretendían frenar la iniciativa. La referida proposición fue aprobada por unanimidad en la Asamblea, iniciándose así el proceso de modificación normativa encaminada a sancionar la demanda de servicios sexuales de terceros.

<sup>5</sup> Resolución del Jurado de la Publicidad de 10 de noviembre de 2011, Particular vs. Sala Glamour, «Glamour», Antecedentes de hecho 2.º y 3.º

<sup>6</sup> Resolución citada, Fundamento Deontológico 3.º

<sup>7</sup> Para una crítica a la laxitud del Jurado de la Publicidad en estas cuestiones *vid.* Salvador Martínez, M.ª; «La imagen de la mujer en los medios...», *cit.*, pp. 197-201.

<sup>8</sup> *Vid.*, a título de ejemplo, Resolución del Pleno del Jurado de 26 de enero de 2006, AUC vs. Importaciones y Exportaciones Varma, «Ron Barceló»; Resolución de la Sección Cuarta del Jurado de 7 de junio de 2006 y del Pleno del Jurado de 4 de julio de 2006, Particular vs. Media Markt, S.A.U., «Verás las mejores delanteras»; Resolución de la Sección Primera del Jurado de 20 de junio de 2006, AUC vs. Air Berlin; Resolución de la Sección Primera del Jurado de 8 de enero de 2007, AUC vs. SEAT, S.A., «Equipo Seat León»; Resolución de la Sección Quinta del Jurado de 23 de septiembre de 2010, AUC vs. Polo de Deauville; Resolución de la Sección Sexta del Jurado de 5 de octubre de 2010, AUC vs. Bet-at-home.com, «Mangas Gaming Group», etc.

En el ejercicio de la prostitución están implicadas la dignidad de la persona, la libertad sexual y la autonomía de la voluntad, lo que hace difícil encontrar una solución que satisfaga a todos<sup>9</sup>. En numerosos países europeos –Suecia, Noruega, Finlandia, etc.– la prostitución constituye una actividad prohibida por considerar que implica una degradación de la persona, sea varón o mujer, al conferirle a su cuerpo un estatus de simple objeto al que se le pone precio para que sea disfrutado sexualmente por otro individuo. Convierte el cuerpo humano y a la propia persona en simple mercancía, con su consiguiente degradación. Esta percepción de la prostitución no es nueva, sino que la acompaña desde tiempo inmemorial, aunque se haya tolerado por la legislación de forma generalizada. Así se desprende, por ejemplo, del Preámbulo del *Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena*, en el que se afirma que «la prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad»<sup>10</sup>.

La prostitución no está regulada en España, aunque se ha afrontado su posible regulación en varias ocasiones<sup>11</sup>. En el año 2006 se planteó el debate sobre su posible regulación en el seno de la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades<sup>12</sup>. Las

<sup>9</sup> Para un estudio detallado de la prostitución, *vid.* OSBORNE, R., *Trabajadoras del sexo. Derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI*. Barcelona, Bellaterra, 2004; BRIZ, M. y GARAIZÁBAL, C., JULIANO, M.<sup>a</sup> D., *La prostitución a debate: por los derechos de las prostitutas*. Madrid, Talasa, 2007; Poyatos i Mata, G., *La prostitución como trabajo autónomo*. Sabadell, Bosch, 2009; Villacampa Estiarte, C. (coord.), *Prostitución: ¿hacia la legalización?* Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

<sup>10</sup> Convenio citado, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 2 de diciembre de 1949 y hecho en Lake Success, Nueva York, el 21 de marzo de 1950, Preámbulo. España, con su ratificación en 1962, se comprometió a su aplicación.

<sup>11</sup> Bilbao fue una de las primeras ciudades en aprobar una norma para regular ciertos aspectos (Ordenanza local del Ayuntamiento de Bilbao sobre establecimientos públicos dedicados a la prostitución, BOB de 4 de Junio de 1999). En la actualidad son numerosas las ciudades que han decidido aprobar ordenanzas similares; *vid.*, por ejemplo, Ordenanza para la Garantía de la Convivencia Ciudadana y la Protección del Espacio Urbano en la Ciudad de Málaga (BOP núm. 228, de 30 de noviembre de 2010), Ordenanza de mendicidad y prostitución en espacios públicos del Término Municipal de Alicante (BOP núm. 57, de 23 de marzo de 2011), etc. En el ámbito autonómico podemos citar el Decreto 217/2002, de 1 de agosto, de la Generalitat de Cataluña, por el que se regulan los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución (DOGC núm. 3695, de 8 de agosto de 2002).

<sup>12</sup> El resultado quedó recogido en el Informe de la Ponencia Sobre la Prostitución en Nuestro País (154/9), aprobado por treinta y siete votos a favor y tres en contra en sesión de la Ponencia de 13 de marzo de 2007 (Comisión Mixta de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades de las Cortes Generales). Además de los diputados participantes en la misma, en ella aportaron sus testimonios casi un centenar de expertos y expertas nacionales e internacionales de todos los ámbitos profesionales relacionados con la cuestión. *Vid.* BOCG, Serie A: Actividades Parlamentarias, núm. 379, de 24 de mayo de 2007, pp. 1-25.

tesis iniciales apuntaban a fijar unas normas para su ejercicio legal, aunque restrictivo, pero los testimonios aportados por expertas<sup>13</sup> en la ayuda a las *profesionales del sexo*, llevaron a proponer la previsión de programas y ayudas para su erradicación<sup>14</sup>. Frente a esta posición, otra minoritaria presentó la prostitución como una faceta más de la libertad personal.

La prostitución ha sido ejercida, según los textos históricos más antiguos, desde los orígenes de la sociedad. Por ello son frecuentes las referencias a esta actividad en las obras clásicas y la discusión sobre si debería estar permitida o prohibida por la ley<sup>15</sup>. En la actualidad, no faltan quienes tratan de defender el ejercicio libre de la prostitución argumentando que se trata exclusivamente de una cuestión moral y privada, y que la ley no debe entrar a regular las cuestiones morales. Esta argumentación, que encierra algo de verdad, no es más que una manipulación de la realidad. En primer lugar porque, aunque se trata de una cuestión privada, tiene su trascendencia pública, pues la oferta siempre es pública y excede del ámbito meramente privado. En segundo lugar, porque si bien es cierto que se considera una actividad inmoral por parte de los moralistas, no es menos cierto que éstos han abogado en numerosas ocasiones por su tolerancia para evitar un mal mayor. De hecho, las regulaciones actuales no suelen sancionar a las prostitutas –salvo excepciones–, sino a quienes demandan servicios de prostitución; y no porque inciten a la inmoralidad, sino porque hacen posible con sus demandas sexuales la degradación de las personas<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Para F. Lucas, Presidenta de AMUNOD, ninguna mujer ejerce la prostitución por libre elección, sino obligada por circunstancias personales –que no le dejan otra alternativa– o por el desconocimiento de la realidad de la prostitución. En similar sentido se pronunciaron representantes de otras instituciones; la Secretaría de Igualdad de UGT (representada por A. Fontecha) y la Plataforma de Organizaciones de Mujeres para la Abolición de la Prostitución (representada por R. Carracedo) coincidieron en que no es posible hablar de derechos laborales en un mundo en el que los derechos humanos son ignorados. *Vid.*, sus intervenciones ante la Ponencia en BOCG, Serie A: Actividades Parlamentarias, núm. 379, de 24 de mayo de 2007, pp. 35-39, 98-102 y 102-107 respectivamente.

<sup>14</sup> «Cabe preguntarse si un país como el nuestro que desde la Constitución ha realizado un gran esfuerzo en pos de la igualdad entre mujeres y hombres puede regular la prostitución normalizando el comercio sexual y *mandando* un mensaje de tolerancia social hacia estas prácticas atentatorias contra los derechos humanos. Tal como nos han expuesto algunas comparecientes estaríamos incurriendo en contradicción con nuestro ordenamiento jurídico tanto en el ámbito interno cuanto en la normativa internacional a la que nos hemos acogido, porque la regularización es contraria al artículo 9 y al artículo 14 de nuestra Constitución, así como a diferentes Convenios y Tratados internacionales con los que nuestro país se ha comprometido». Informe de la Ponencia Sobre la Prostitución en Nuestro País (154/9), *cit.*, p. 19.

<sup>15</sup> *Vid.*, por ejemplo, el estudio de CARPINTERO, F., «Los escolásticos sobre la prostitución», *Anuario de Derechos Humanos* 7 (2006), pp. 217-263; MORENO MENGÍBAR, A. y VÁZQUEZ GARCÍA, F., *Historia de la prostitución en Andalucía*. Barcelona, Fundación José Manuel Lara, 2004, pp. 15 y ss.

<sup>16</sup> «A los efectos de la intervención del Estado nada aporta la distinción entre prostitución libre o forzada que olvida que el ejercicio de la prostitución atenta contra

Cuatro son los modelos que los legisladores suelen utilizar para normar la prostitución<sup>17</sup>, caracterizada en todos ellos como algo negativo. El modelo reglamentista la considera como un mal necesario y actividad indeseable, pero imposible de erradicar, por lo que pretende controlar su ejercicio en establecimientos autorizados o en calles acotadas. El modelo prohibicionista la tipifica como delito, bien de quien la ejerce o de quien demanda los servicios. El modelo abolicionista, al considerar que la prostitución pertenece a la vida privada de los ciudadanos, permite su ejercicio entre adultos cuando no media coacción, impidiendo cualquier forma organizada de la misma<sup>18</sup>. Por último, el modelo legalizador la considera prácticamente una simple actividad económica más, aunque exige ciertos requisitos para su ejercicio y la somete a un control público más estricto que al resto de actividades profesionales<sup>19</sup>.

En España, tras la reforma del Código penal de 1995, el legislador otorgó mayor relieve jurídico a la libertad sexual en general, dejando sin sanción tanto el ejercicio voluntario como la explotación consentida de la prostitución de adultos. Sancionaba exclusivamente la captación de incapaces y menores para el ejercicio de la prostitución, así como aquellas situaciones en las que, mediante coacción o engaño, se forzara a los adultos a ejercerla<sup>20</sup>. La última modificación, introducida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal, vino a reforzar la persecución de la trata de seres humanos y la protección de menores en delitos sexuales o relativos a la prostitu-

---

la dignidad de las personas que la ejercen». Informe de la Ponencia sobre la Prostitución en Nuestro País (154/9), *cit.*, p. 18.

<sup>17</sup> *Vid.*, más extensamente, ARELLA, C., FERNÁNDEZ BESSA, C., NICOLÁS LAZO, G. y VARTABEDIAN, J., *Los pasos (in)visibles de la prostitución*. Barcelona, Lallevir/VIRUS Editorial, 2007, pp. 45-62; exponen detalladamente cada uno de estos modelos. *Vid.* también HEIM, D., «Prostitución y derechos humanos», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 23 (2011), pp. 234-251, y «Más allá del disenso: los derechos humanos de las mujeres en los contextos de prostitución», en *Derechos y Libertades* 26 (2012), pp. 297-327.

<sup>18</sup> *Vid.* RUBIO, A., «La teoría abolicionista de la prostitución desde una perspectiva feminista. Prostitución y política», en Holgado, I. (ed.); *Prostituciones. Diálogos sobre sexo de pago*. Barcelona, Icaria, 2008, pp. 73-94.

<sup>19</sup> Sobre la conveniencia de la legalización, *vid.* LÓPEZ PRECIOSO, M. y MESTRE, R., *Trabajo sexual: reconocer derechos*. Ediciones La Burbuja, Valencia, 2006; MESTRE, R., «Trabajo sexual, igualdad y reconocimiento de derechos», en Serra, R. (ed.); *Prostitución y Trata. Marco jurídico y régimen de derechos*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 13-42; ídem, «La protección cuando se trata de trata en el Estado español», en *Rev. Inter. Mob. Hum.*, Brasília, Año XIX, 37 (2011), pp. 32-34; en este mismo sentido se pronunció durante su comparecencia ante la Ponencia sobre la Prostitución en Nuestro País, de 11 de julio de 2006, BOCG, Serie A: Actividades Parlamentarias, núm. 379 (2007), pp. 179-180.

<sup>20</sup> Sendas modificaciones de 1999 y 2003 introdujeron precisiones para sancionar incluso la explotación sexual de adultos, agravando las penas cuando mediara violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima. *Vid.* más extensamente, MAQUEDA ABREU, M.<sup>a</sup> L., *Prostitución, feminismos y derecho penal*. Granada, Comares, 2009.

ción; dejaba sin penar la prostitución voluntaria entre adultos, pero no su explotación, aunque se tratara de adultos y mediara consentimiento<sup>21</sup>.

Esta visión negativa de la prostitución se aprecia también en las legislaciones europeas y en el Derecho comunitario. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas vino a sostener que, de acuerdo con el Derecho comunitario, el ejercicio de la prostitución puede constituir una actividad económica legal siempre que fuera voluntaria, autónoma y se produjera exclusivamente entre personas adultas<sup>22</sup>. Entiende este Tribunal que la libertad de oficio o profesión la ampara mientras no implique una dependencia respecto de terceros que obtengan beneficios con su explotación.

En definitiva, la prostitución se percibe en general como una actividad no deseable, pero tolerada en algunos casos por los ordenamientos jurídicos, enmarcada en el ámbito de la libertad sexual y de la libertad de oficio, pero rechazable por cuanto comporta una degradación de la persona y un menoscabo de su dignidad<sup>23</sup>. No cabe, por tanto, su justificación –sólo su tolerancia– ni argumentar que la libertad individual debe prevalecer sobre cualquier otra consideración en la que estén implicadas la dignidad y la igualdad<sup>24</sup>. Nuestro ordenamiento ya contempla supuestos de limitaciones de la libertad individual para salvaguardar otros bienes, como la imposibilidad de aceptar un salario inferior al mínimo interprofesional, o la de aceptar un trabajo por cuenta ajena sin alta en la Seguridad Social, o la venta de órganos propios no vitales, o el alquiler de útero para engendrar hijos a otras personas, etc. Es posible que el trabajador prefiera, antes que permanecer en el desempleo, un trabajo mal retribuido o trabajar sin coberturas sociales, pero el Derecho se lo impide para evitar situaciones injustas aun cuando cuenten con su consentimiento. Como tampoco le es posible vender su propio riñón para evitar un estado de indigencia.

<sup>21</sup> Cfr. Comisión de Estudios del Consejo de Estado, Informe N.º E 1/2010, 9 de marzo de 2011, pp. 11-17. La exclusión de la explotación de la prostitución ajena hace que cualquier contrato de estas características sea nulo –por carecer de causa lícita– y no se pueda alegar la existencia de relación laboral entre el explotador y los explotados.

<sup>22</sup> Sentencia del Pleno del TJCE 2001/314, de 20 de noviembre de 2001, Asunto Jany y otras vs. Holanda.

<sup>23</sup> *Vid.*, al respecto, Resoluciones de la Asamblea General de la ONU sobre la trata de mujeres y niñas 61/144, de 19 de diciembre de 2006, y 63/156, de 18 de diciembre de 2008

<sup>24</sup> Comparto, por ello, las propuestas y conclusiones de P. Brufao Curiel al tratar la cuestión, y entiendo que la legalización de la prostitución no ofrece una solución al problema de los derechos. Quizá sí a un sector muy minoritario, pero no a la gran mayoría de las personas que ejercen la prostitución. Cfr. BRUFAO CURIEL, P; *Prostitución y políticas públicas: entre la reglamentación, la legalización y la abolición*. S.L., Fundación Alternativas, 2008, pp. 37-40. Una aportación más completa en su monografía *Las miserias del sexo. Prostitución y políticas públicas*. Madrid, Los Libros de la Catarata, 2011.



Ya indiqué que no estamos ante una cuestión sencilla, y no lo es porque, dependiendo de lo que entendamos por dignidad y de la indisponibilidad subjetiva que concedamos a ésta, podemos ofrecer argumentos muy dispares<sup>25</sup>.

### 3. PUBLICIDAD DE LA PROSTITUCIÓN Y DE CONTACTOS SEXUALES: CRONOLOGÍA DE UN PROCESO

Tras aprobar el informe sobre la prostitución<sup>26</sup>, la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades recomendó en abril de 2007 al Gobierno instar a los medios de comunicación a modificar sus códigos deontológicos. Estimaba necesario incluir la prohibición de publicitar el comercio sexual para evitar una imagen de mujer-mercancía así como no favorecer la actividad de organizaciones delictivas dedicadas a la explotación de mujeres. Parecía una recomendación acertada, pero no logró desplegar efectos inmediatos.

Dos meses más tarde, la Asamblea Andaluza de Mujeres Periodistas, integrada en la Federación Andaluza de Asociación de Periodistas, acordó por unanimidad solicitar al Consejo Audiovisual de Andalucía que prohibiera los anuncios de contacto sexual en las emisoras bajo su competencia<sup>27</sup>. Su petición se fundamentaba en la defensa de la dignidad de las personas y fue acogida favorablemente por el Consejo, quien, declarándose en muchos aspectos incompetente por falta de habilitación legal, se comprometió a dar traslado a otros órganos para su seguimiento y a incoar expedientes sancionadores a las cadenas que insertaran este tipo de publicidad fuera del horario de adultos<sup>28</sup>. El Consejo Audiovisual manifestaba en el documento final sus dudas sobre la legalidad de estos anuncios, tanto por lesionar la digni-

<sup>25</sup> Podemos aceptar que la dignidad implica un mínimo de respeto hacia la persona que ni siquiera el consentimiento puede legitimar determinadas acciones o comportamientos o aceptar que el consentimiento personal lo legitima todo. Uno u otro punto de partida llevan, evidentemente, a conclusiones muy dispares. Vid. HERNÁNDEZ OLIVER, B., «La prostitución, a debate en España», en *Documentación Social* 144 (2007), pp. 75-90, en especial pp. 78-79, 84 y 88-89.

<sup>26</sup> En el Informe de la Ponencia sobre la Prostitución en Nuestro País (154/9), *cit.*, p. 23 se propone, entre otras medidas de sensibilización, «solicitar a los medios de comunicación que en el marco de sus códigos deontológicos se planteen la renuncia a la publicidad relacionada con el comercio sexual para impedir el negocio de las organizaciones mafiosas dedicadas al comercio sexual».

<sup>27</sup> Acuerdo de 16 de junio de 2007, registrado por el Consejo Audiovisual de Andalucía el 19 de junio de 2007. Cfr. Informe de la Ponencia sobre la Emisión de Anuncios de Contactos Sexuales, *cit.*, p. 1.

<sup>28</sup> Cfr. Informe 13/07-FA, de 3 de agosto de 2007, e Informe 135/07-F, de 13 de noviembre de 2007, del Área Jurídica del Consejo Audiovisual de Andalucía; sirvieron de fundamento para sus decisiones.

dad de la mujer, como por el riesgo de influir de forma negativa en el desarrollo personal de los menores<sup>29</sup>.

El 12 de diciembre de 2008 aprobó el Gobierno el *Plan Integral contra la Trata de Seres Humanos con Fines de Explotación Sexual*, con vigencia para los años 2009-2011. Incluía entre sus acciones «Promover el control de los anuncios de contactos en los medios de comunicación», correspondiendo su seguimiento a los Ministerios de la Presidencia y de Igualdad. Y en septiembre de 2009 se comprometía B. Aído en el Pleno del Congreso a promover una autorregulación publicitaria que proscibiera los anuncios de prostitución<sup>30</sup>. Dada la complejidad de la cuestión y la oposición de los medios de comunicación, por el posible amparo de los anuncios de contacto sexual en la libertad de expresión e información, solicitó el 12 de mayo de 2010 al Consejo de Estado un informe sobre las opciones para prohibirlos legalmente<sup>31</sup>.

Paralelamente a la solicitud de la Ministra de Igualdad, se registraron en el Congreso de los Diputados sendas Proposiciones no de Ley presentadas por el Grupo Parlamentario Mixto a instancias del BNG y UPN<sup>32</sup>. La primera de ellas consideraba inadecuado «el tratamiento de

---

<sup>29</sup> «El Consejo considera que la ausencia de regulación expresa permite de hecho que, por condicionamientos culturales, los menores de edad estén accediendo libremente y sin limitaciones técnicas a una publicidad que, más allá de otras consideraciones, contiene mensajes que perjudican su desarrollo físico y moral. Desde las instituciones públicas no se están adoptando las medidas necesarias para proteger efectivamente a la juventud y a la infancia de estos contenidos claramente inadecuados, pese a que la normativa comunitaria faculta a los Estados miembros a exigir a los organismos de radiodifusión el cumplimiento de normas más estrictas o detalladas en los ámbitos regulados por la directiva de Televisión sin Fronteras. En este sentido, sería posible la modificación de los horarios protegidos para adaptarlos a la realidad social del Estado español». Informe de la Ponencia sobre la Emisión de Anuncios de Contactos Sexuales en Televisión, *cit.*, p. 23.

<sup>30</sup> «Estamos hablando de una publicidad que no sólo atenta contra la dignidad de las mujeres sino que, efectivamente, contribuye al éxito de un negocio que se basa en la explotación de las mujeres. Luchar contra la misma es una prioridad para este Gobierno como me consta que lo es para este Parlamento y espero que también para toda la sociedad, y por supuesto también para los medios de comunicación por el papel imprescindible que juegan en la transmisión de roles y de valores. Seguimos trabajando en la línea que marcó este Parlamento casi por unanimidad, señoría, instando a los medios de comunicación a que en el marco de sus códigos deontológicos renuncien a la inclusión de este tipo de publicidad (...). Desde el Gobierno estamos trabajando y lo vamos a seguir haciendo para que la retirada de los anuncios en la prensa generalista sea una realidad en el futuro». Intervención de la Ministra, B. Aído, durante el Pleno del Congreso de los Diputados, celebrado el 30 de septiembre de 2009. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, núm. 109 (2009), p. 17.

<sup>31</sup> Sobre la posible restricción de estas libertades en el campo de la publicidad, *vid.* BALAGUER, M.<sup>a</sup> L., «Género y regulación de la publicidad en el ordenamiento jurídico. La imagen de la mujer», *Revista Latina de Comunicación Social* 63 (2008), pp. 382-391.

<sup>32</sup> BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 395 (2010), pp. 5-6 y 7-8 respectivamente.

estos temas en los medios si no es para alertar o concienciar del grave atentado que dicha esclavitud supone contra los más elementales derechos humanos»; por ello, proponía instar al Gobierno a: «Dar un nuevo impulso a la Comisión Asesora de la Imagen de las Mujeres en la Publicidad y los Medios de Comunicación para: 1. Avanzar en una imagen femenina no sexista y en los conceptos igualitarios de las mujeres en los medios de comunicación y en la publicidad (...) 3. Eliminar de los medios de comunicación escritos la publicidad sobre la prostitución que se hace a través de los anuncios de contactos»<sup>33</sup>.

En la segunda Proposición no de ley, el diputado S. Almendáriz manifestaba que «el panorama de la prensa escrita española generalista en este aspecto continúa resultando desolador y contribuye no poco a una degradada consideración social de la mujer. En particular, perpetúa estereotipos de instrumentalización que incluso pueden degenerar en situaciones de violencia de género y otros ataques a la dignidad de la persona»<sup>34</sup>. Dada la lentitud del Parlamento y del Gobierno en la adopción de medidas efectivas para frenar este tipo de publicidad, proponía la eliminación de «toda publicidad dependiente de la Administración General del Estado en los medios de comunicación generalistas que continúen publicando anuncios de contactos»<sup>35</sup>.

Un mes más tarde sería el Grupo Parlamentario Socialista quien registrara una nueva Proposición no de Ley, en cuya exposición de motivos reflejaba que, de los informes internacionales, se desprendería claramente que la prostitución constituye una explotación de la mujer aunque se ejerza sin coacciones de terceras personas, sin que quepa una equiparación con un verdadero trabajo, pues no se puede hablar de derechos laborales cuando se vulneran los derechos fundamentales<sup>36</sup>. Por ello proponía instar al Gobierno a «Fomentar la autorregulación dentro de la prensa escrita encaminada a eliminar la publicidad de mujeres prostituidas. El establecimiento por parte de las Adminis-

<sup>33</sup> Proposición no de Ley 162/000660, loc. cit., p. 6. Aprobada por la Comisión de Igualdad como Proposición no de Ley 161/001727 y publicada en el citado BOCG, pp. 20-21.

<sup>34</sup> Proposición no de Ley 162/000662, loc. cit., p. 7.

<sup>35</sup> Loc. cit., p. 8. Esta propuesta, junto a la que sería presentada más tarde sobre la eliminación de las subvenciones a estos diarios, fue objeto de consideración por parte del Consejo de Estado. A juicio del Consejo, ambas medidas podrían ser legales si se adoptaran de la forma debida (contemplación de la restricción en las bases de la convocatoria y modificación de la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional, respectivamente), pero ponía en tela de juicio su plena eficacia; bastaría que los diarios renunciaran a las subvenciones o a la publicidad institucional a cambio de seguir percibiendo los cuantiosos ingresos derivados de la publicidad de la prostitución. Cfr. Comisión de Estudios del Consejo de Estado, Informe N.º E 1/2010, cit., pp. 31-33.

<sup>36</sup> Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 431/2010, Proposición no de Ley 162/000702, p. 93. Recoge lo expresado en la Resolución del Parlamento Europeo de 2 de febrero de 2006, que insta a luchar contra la idea de que la prostitución es equiparable a un trabajo.

traciones Públicas de las medidas oportunas que promuevan la desaparición de los anuncios de prostitución»<sup>37</sup>.

El 15 de julio de 2010, el Presidente del Gobierno anunciaba –durante el debate sobre el estado de la Nación– que se buscaban fórmulas para eliminar la publicidad de contactos sexuales. Sus manifestaciones recibieron un aplauso generalizado de la Cámara<sup>38</sup>. Sin embargo, la Asociación de Editores de Diarios Españoles (AEDE) hizo pública inmediatamente una nota de prensa en la que respondía que, para llevar a efecto tal medida, tendrían que prohibir la prostitución. Manifestaba AEDE que, si estos anuncios promovieran una actividad ilícita, los medios serían los primeros en excluir tal publicidad, pero, mientras no existiera prohibición del ejercicio de la prostitución, cualquier restricción de su publicidad constituiría una vulneración de las libertades de expresión e información amparadas por la Constitución<sup>39</sup>. Los Ministerios implicados iniciaron una ronda de contactos con las principales cabeceras de diarios generalistas para solicitar a sus directivas el cese voluntario de la publicidad. Lo único que trascendió de estas reuniones fue la condición impuesta por los diarios: sólo eliminarían la sección a cambio de compensaciones económicas.

Ante la falta de acuerdo, el 21 de septiembre de 2010 el Congreso de los Diputados –tras el debate de la referida Proposición no de Ley de UPN– acordaba por unanimidad instar al Gobierno a iniciar los trámites para prohibir legalmente este tipo de publicidad<sup>40</sup>. Los portavoces de los distintos Grupos Parlamentarios coincidieron en que la prostitución lesiona la dignidad de las personas, hecho por el que los anuncios deberían ser erradicados, bien voluntariamente por los medios, bien por prohibición legal. Como medida de presión se proponía la retirada de la publicidad institucional y subvenciones a los medios que persistieran en difundirlos.

Que la cuestión no era sencilla, y que la coherencia suele escasear en política, se puso de manifiesto un día más tarde en la Cámara foral de Navarra, donde se votó una Proposición de Ley autonómica presentada por UPN para erradicar los anuncios de contactos. Salió adelante con los votos de UPN, NaBai e IU, pero votaron en contra PSN y CDN, que proponían esperar al dictamen del Consejo de Estado

<sup>37</sup> *Loc. cit.*, p. 94.

<sup>38</sup> Cuatro días más tarde, Esquerra Republicana registraba una nueva Proposición no de Ley que, de ser aprobada, instaría al Gobierno a «No subvencionar ni realizar publicidad institucional en aquellos grupos mediáticos que, desoyendo las recomendaciones de este Parlamento, realizan publicidad de la prostitución y hasta que no se proceda a la regulación de la prostitución y su publicidad». BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 441 (2010), Proposición no de Ley 162/000703, p. 3.

<sup>39</sup> Comunicación de la Asociación de Editores de Diarios Españoles, de 16 de julio de 2010. El argumento no es sólido: fumar no está prohibido y, sin embargo, sí lo está la publicidad del tabaco; de igual modo existen restricciones a la publicidad del alcohol y del juego, sin que ni uno ni otro estén prohibidos.

<sup>40</sup> Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 190 (2010), pp. 28-32.

para adoptar una solución homogénea en todo el territorio nacional<sup>41</sup>. Días más tarde la cuestión se debatía en el Parlamento Vasco. A la pregunta del diputado M. Arana (Ezker Batua) sobre las acciones que el Gobierno vasco pretendía iniciar para la eliminación de los anuncios de contacto sexual, el Lehendakari declinó toda intervención de las instituciones públicas, remitiendo la cuestión al ámbito de la autorregulación de los medios de comunicación. Para el Sr. López la prostitución no constituía una actividad prohibida, por lo que la restricción de su publicidad perjudicaría a las mujeres que la ejercen voluntariamente. Al ser ejercida tanto por hombres como por mujeres, tampoco podría –a su juicio– ser restringida alegando una discriminación por razón de sexo. Sí que abogaba por poner empeño, sin embargo, en la persecución de la explotación sexual y en la trata de blancas<sup>42</sup>. Desplazaba de este modo toda posible acción al terreno de la ética y, en concreto, a la autorregulación voluntaria de los medios de comunicación. Este desplazamiento fue confirmado en enero de 2011 por el Sr. Jáuregui, Ministro de la Presidencia<sup>43</sup>, considerando que la supresión radical de los anuncios de contacto supondría para los medios una disminución de ingresos de unos cuarenta millones de euros, lo que hacía inconveniente adoptar tal medida en tiempos de crisis.

El 21 de marzo, el Consejo de Estado hizo público su Informe, fechado el 9 del mismo mes. Recomendaba la prohibición legal de los anuncios de contacto sexual en la prensa escrita por constituir un atentado hacia la dignidad de las personas, y proponía la extensión de tal prohibición a otros medios de comunicación. A preguntas de J. Tardá –diputado de ERC– en el Pleno del Congreso de 31 de marzo sobre la ejecución de la propuesta contenida en el Informe, la Ministra de Sanidad –L. Pajín– anunció el inicio de una ronda de contactos con el resto de los grupos políticos y con los medios para llegar a un acuerdo sobre la regulación<sup>44</sup>.

En junio de 2011, en el seno de la Comisión de Igualdad y con motivo del debate de la ya referida Proposición no de ley de Esquerra

---

<sup>41</sup> Noticia tomada de *Diario de Navarra*, 24 de septiembre de 2010. La proposición de ley optaba por la no inclusión de publicidad institucional en los medios que insertaran anuncios de contacto sexual.

<sup>42</sup> Noticia tomada de *El Mundo*, 7 de octubre de 2010 (edición digital).

<sup>43</sup> El Ministro de la Presidencia, Ramón Jáuregui, había declarado en el programa *Al rojo vivo* de La Sexta (lunes, 24 de enero de 2011) que «si el informe del Consejo de Estado permite al Gobierno intervenir en este tema, propondremos un mecanismo, si no legal, pactado con los medios, para que desde la autorregulación, este tipo de publicidad vaya desapareciendo poco a poco... Nosotros la quitáramos mañana [la publicidad], pero no podemos hacerlo porque producimos una lesión económica a un sector que está en una profunda crisis».

<sup>44</sup> «La voluntad del Gobierno es clara de llegar a un acuerdo con los grupos para avanzar en el camino que nos alumbraba el informe del Consejo, pero también hablaremos con los medios, porque es bueno que conozcan de primera mano por dónde vamos a caminar y escuchar sus razones». *Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente*, núm. 237 (2011), p. 8.

Republicana, varios Grupos Parlamentarios instaron de nuevo a la Ministra a convocar a los representantes e iniciar acciones para retirar la publicidad institucional y las subvenciones a los medios que mantuvieran la sección de contactos<sup>45</sup>. Pocos días después se anunciaba la intención de modificar la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad e introducir la prohibición de los anuncios de prostitución. El Consejo de Ministros celebrado el 22 de julio aprobó la propuesta de modificación, consistente en añadir al artículo 5 un nuevo apartado 6 con el siguiente texto: «6. Se prohíbe la publicidad en prensa de servicios sexuales y de locales dedicados a la prostitución. La prohibición alcanza asimismo a las ediciones digitales de estas publicaciones en la medida en que el acceso a las páginas que contienen estos anuncios no esté limitado a adultos»<sup>46</sup>.

Desgraciadamente, la convocatoria de elecciones generales y disolución de las Cámaras impidieron el debate parlamentario y su consiguiente aprobación<sup>47</sup>. Los diarios generalistas españoles, de momento, continúan en su mayoría publicando los anuncios de contacto, distanciándose de la práctica generalizada en el resto de Europa, donde han sido relegados a los diarios sensacionalistas por iniciativa de los propios medios de comunicación, e incluso prohibidos legalmente, como ocurre en Francia.

#### 4. RECOMENDACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO

Partiendo de las consideraciones jurídicas aportadas por la Vicesecretaría General Técnica del Ministerio de Igualdad en el documento *Estado de situación y posibles actuaciones contra los anuncios de contenido sexual y prostitución*, el Consejo de Estado estimó oportuno fijar, desde un principio, las siguientes premisas:

a) Los anuncios de servicios sexuales contienen mensajes e imágenes que atentan contra la dignidad de la mujer, implican un trato vejatorio y degradante y pueden favorecer roles y estereotipos contrarios a los valores constitucionales, así como transmitir la idea de que la mujer es, respecto del varón, sumisa, subordinada, servil e inferior.

<sup>45</sup> Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 592 (2011), pp. 14-15.

<sup>46</sup> Es el artículo 5 LGP el que regula la posibilidad de establecer restricciones a la publicidad de determinados bienes y servicios a fin de proteger valores y derechos constitucionalmente reconocidos. Con esta propuesta de modificación tendría cabida, de un modo sencillo, la salvaguarda de la dignidad, pero la eficacia no estaría asegurada.

<sup>47</sup> También fueron retiradas las proposiciones no de ley aún pendientes. *Id.*, por ejemplo, BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 626 (2011), pp. 7-8.

b) Contribuyen a perpetuar la presentación de la mujer como un mero objeto sexual, destacando los atributos físicos en detrimento de su valía intelectual.

c) Contravienen los derechos de la infancia y la juventud, pues los medios en los que se insertan son de fácil acceso a todos los públicos sin restricción, pudiendo incidir en la percepción de la prostitución como algo socialmente aceptado, así como favorecer su práctica o ejercicio por parte de menores.

d) Pueden encubrir situaciones delictivas de trata de seres humanos y de explotación de mujeres y menores<sup>48</sup>.

Fracasada la vía de la autorregulación y descartada la posibilidad de tipificar la difusión de los anuncios como delito, el Consejo de Estado propuso como solución más viable para su erradicación la prohibición legal y el establecimiento de un régimen sancionador severo tanto para los anunciantes como para los medios infractores. Entiende el Consejo que tal prohibición no puede establecerse por vía reglamentaria<sup>49</sup>, sino mediante la modificación de una de las leyes existentes o la aprobación de una nueva ley ordinaria que establezca tal prohibición.

Es cierto que toda restricción legal de la publicidad debe estar justificada, pues su conexión con la libertad de expresión, de información y de empresa así lo exige<sup>50</sup>. Pero en el caso que nos ocupa entiende el Consejo que tal justificación existe, dado que «las mujeres se convierten en un objeto de consumo, asumiendo dicho rol», y se produce una «desvalorización completa que pugna frontalmente con su dignidad como persona y es incompatible con los bienes y valores jurídicos reconocidos en la Constitución y en las leyes»<sup>51</sup>.

La publicidad de la prostitución –a juicio del Consejo– podría ser prohibida o restringida porque contribuye a difundir situaciones y hechos que, aun no estando proscritos expresamente por la ley, merecen el rechazo de la sociedad por menoscabar la dignidad de la persona y constituir un desprecio hacia los valores y derechos garantizados

<sup>48</sup> Comisión de Estudios del Consejo de Estado, Informe N.º E 1/2010, *cit.*, pp. 2-5.

<sup>49</sup> Así lo había propuesto la Asociación de Usuarios de la Comunicación en su Informe sobre *Los anuncios de contactos sexuales en la prensa. Consideración legal y propuestas de regulación*. Madrid, julio de 2010, p. 8.

<sup>50</sup> Cfr. RUBÍ I PUIG, A., *Publicidad y libertad de expresión*. Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008, pp. 120-161. Cfr. también TATO PLAZA, A., «Derecho privado, publicidad y libertad de expresión en la Europa de los veinticinco miembros», en Pérez Carrillo, E.F. (coord.); *Estudios de Derecho Mercantil europeo*. Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 105 y ss.; ROZADOS OLIVA, M., *Derecho administrativo de la publicidad*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 49. En el mismo sentido, Comisión de Estudios del Consejo de Estado, Informe N.º E 1/2010, *cit.*, pp. 39-47.

<sup>51</sup> Comisión de Estudios del Consejo de Estado, Informe N.º E 1/2010, *cit.*, pp. 29-30.

por la Constitución<sup>52</sup>: «En tanto simple actividad tolerada [se refiere a la prostitución] resulta adecuado prohibir o restringir su difusión. Su carácter hace que no deba promoverse la competencia en relación con ella o facilitarse la captación de clientela por medio de anuncios a quienes se dedican a ella»<sup>53</sup>.

No utiliza, para proponer esta prohibición, argumentos morales – como pretende hacer ver un sector de quienes abogan por una absoluta libertad-, sino argumentos estrictamente jurídicos, destacando que persigue un fin legítimo y constituye una restricción proporcional a la limitación de las libertades implicadas<sup>54</sup>. Nos encontramos ante una publicidad idónea para difundir valores contrarios a los garantizados por nuestra Constitución, en especial la dignidad, e idónea para influir negativamente en el desarrollo personal y en el bienestar de la infancia y de la juventud<sup>55</sup>.

Su recomendación final, elaborar una nueva ley con este fin ajustándose a una serie de criterios jurídicos<sup>56</sup>, no fue seguida por el Gobierno, que optó por proponer a los Grupos Parlamentarios la modificación de la LGP. Coincido con el Consejo en que, aunque la LGP podría ser idónea para establecer su prohibición, sería más eficaz una norma *ad hoc* que contemple mecanismos más eficaces que el simple requerimiento de cesación o rectificación contemplado en la LGP<sup>57</sup>. En el supuesto que nos ocupa, no se trata de restringir una

---

<sup>52</sup> Para el Consejo, «aunque el ordenamiento tolere situaciones contrarias a los [valores] que sustentan una comunidad, no tiene por qué ser neutral ante ellas. Puede reaccionar limitando su existencia o mitigando su propagación». Comisión de Estudios del Consejo de Estado, Informe N.º E 1/2010, *cit.*, p. 49.

<sup>53</sup> Coincido con el Consejo en que la prohibición debe abarcar incluso los anuncios que carezcan de imágenes o mensajes vejatorios, pues lo que se persigue es impedir cualquier publicidad que implique trato vejatorio, y no existe publicidad de la prostitución que no ofrezca a la mujer como simple objeto de disfrute sexual. «Los anuncios de prostitución femenina, expresivos del rol de las mujeres como mera mercancía –circunstancia que se da incluso aun cuando no haya imágenes o textos vejatorios-, las desvalorizan completamente, violentando lo que es un principio de nuestro derecho». Comisión de Estudios del Consejo de Estado, Informe N.º E 1/2010, *cit.*, p. 49.

<sup>54</sup> «Tratar de limitar la difusión de una actividad tolerada pero no bien considerada por el ordenamiento mediante la prohibición de la publicidad de los anuncios constituye un fin legítimo y el medio empleado, la interdicción, resulta racional, razonable y proporcionado». Comisión de Estudios del Consejo de Estado, Informe N.º E 1/2010, *cit.*, p. 52.

<sup>55</sup> Cuando un padre adquiere *El País*, o el *ABC*, o *La Vanguardia*, o cualquier otro diario generalista que contenga anuncios de contacto, no lo esconde tras su lectura, sino que suele estar accesible a los menores que con él conviven. Similar apreciación de disponibilidad se puede realizar de las versiones digitales de estos diarios.

<sup>56</sup> Cfr. Comisión de Estudios del Consejo de Estado, Informe N.º E 1/2010, *cit.*, pp. 54-57.

<sup>57</sup> Cfr. Comisión de Estudios del Consejo de Estado, Informe N.º E 1/2010, *cit.*, pp. 54-55. Entiende el Consejo que bastaría para su prohibición con una ley ordinaria, sin que se precise de ley orgánica, pues no se trata de desarrollar con ella derecho fundamental alguno. Cfr. Informe citado, p. 53.



publicidad engañosa, o de productos que puedan entrañar un riesgo para la salud, etc., como ocurre con los contemplados hasta ahora en el artículo 5 LGP, sino que se trata de asegurar el respeto hacia la dignidad de las personas, fundamento de todos y cada uno de los derechos y libertades reconocidos en nuestra Constitución<sup>58</sup>.

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

En estas páginas no he tratado de realizar un estudio detallado de la prostitución y la conveniencia de su legalización o prohibición, cuestión debatida en la actualidad que requeriría mayor extensión de lo que permite este artículo. Se trata más bien de enjuiciar la repercusión de la publicidad de la prostitución, tanto sobre las personas que la ejercen como sobre la sociedad en general.

Desde una perspectiva sociológica, no cabe duda de que una amplia mayoría social se ha manifestado a favor de la prohibición de los anuncios de contactos sexuales y de la publicidad de los locales de prostitución. Así se ha puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones en el Parlamento, donde se ha alcanzado un amplio consenso político – extraño en los tiempos que corren– sobre la necesidad de prohibir esta publicidad. Y también es la tesis dominante en los informes de organismos oficiales y en las propuestas de numerosas asociaciones. Pero, aunque la sociología tiene mucho que aportar a la hora de regular la sociedad, ni es determinante ni aporta las razones de mayor peso.

En mi opinión no puede perderse de vista la repercusión negativa sobre la dignidad que conlleva la prostitución, aunque el ejercicio de ésta sea fruto de una opción libre. En todos los modelos de regulación late la idea de esa carga negativa, aunque uno de ellos se incline por su legalización para evitar la desprotección jurídica de quienes se dedican a ella. No basta con querer algo y hacerlo con libertad para convertir en lícito todo lo que la rodea y, en concreto, su publicidad. Ya me he referido al tabaco, por ejemplo, cuya venta y consumo son lícitos y, sin embargo, no puede ser publicitado. Es cierto que no terminamos de ponernos de acuerdo sobre el significado y alcance de la dignidad<sup>59</sup>, pero el derecho nos da pistas para entender que es el fundamento de nuestra libertad y que está por encima de ella, impidiendo que se puedan justificar decisiones libres por el simple hecho de ser libres. Jamás será lícita la tortura de una persona, por mucho

---

<sup>58</sup> Cfr. DE MIGUEL BERIAIN, I., «Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana», *Anuario de Filosofía del Derecho XXI* (2004), pp. 187-212; POLICASTRO, P., «La dignidad de la persona y los principios constitucionales en la época», *Persona y Derecho* 64 (2011/1), pp. 175-206.

<sup>59</sup> Ya he manifestado mi opinión sobre cómo entender la dignidad en «Dignidad, universalidad y derechos humanos», en *Anuario de Filosofía del Derecho XXII* (2005), pp. 247-263.

que ésta la haya consentido, como tampoco se nos permite vender nuestros órganos o someternos a manipulaciones experimentales.

En su comparecencia ante la Comisión Mixta, R. Carracedo, una de las expertas convocadas para hablar sobre la prostitución, afirmó que «la violencia contra las mujeres, y por ello la violencia que representa la prostitución, no es para nosotras un debate sobre opciones personales o sobre interpretaciones singulares o subjetivas que puedan ser aportadas o defendidas por grupos singulares del contexto social, sino un debate sobre un modelo de sociedad, sobre cómo organizamos un modelo de sociedad que deslegitime el uso sexual de las mujeres que representa la prostitución y deslegitime la reducción de las mujeres a meras mercancías o meros objetos comerciales»<sup>60</sup>. Este efecto que denuncia Carracedo se acentúa cuando se permite la publicidad de la prostitución, porque la publicidad presenta sus productos desde la perspectiva que lo hace más deseable y persuade al consumidor de que lo consuma. En el supuesto que nos ocupa, la publicidad presenta a la mujer como una simple mercancía, como un consumible, con imágenes y *claims* que no dejan espacio para dudar del trato degradante que recibe la persona<sup>61</sup>.

Entiendo que, dada la complejidad de la cuestión y a pesar de estar en juego el posible menoscabo de la dignidad personal, los tribunales ordinarios no hayan podido pronunciarse sobre la ilegalidad de la publicidad de la prostitución. Por esta razón instó el Parlamento a modificar la legislación y el Gobierno optó por aprobar el proyecto de cambio en la LGP. Pero entiendo menos al Jurado de la Publicidad, cuyo juicio no debe ser solamente sobre la legalidad de una publicidad, sino sobre su respeto hacia la ética, y basta leer los anuncios de contacto sexual en un periódico cualquiera para encontrar expresiones vejatorias e imágenes degradantes de la mujer.

Fecha de recepción: 31/03/2012. Fecha de aceptación: 20/12/2012.

---

<sup>60</sup> Comparecencia ante la Ponencia sobre la Prostitución en Nuestro País, de 18 de mayo de 2006, BOCG, Serie A: Actividades Parlamentarias, núm. 379 (2007), pp. 102-103.

<sup>61</sup> Esta fue la razón por la que algunos periódicos decidieron eliminar los anuncios de contacto sexual de sus páginas, tales como *Público*, *La Razón*, *20 Minutos*, etc.

# La unidad analógica del término Derecho en Aristóteles\*

Por JOSÉ CARLOS MUINELO COBO  
UNED

## RESUMEN

*El presente trabajo tiene por objeto la «constitución», a través de una tópica del lenguaje corriente guiada por el principio de no-contradicción y el análisis causal, de la unidad objetiva mínima que da razón de los dos grandes modos que articulan el derecho según Aristóteles (el modo final del derecho o «derecho en tanto que justo» y el modo formal –impreso y expreso– del derecho o «derecho en tanto que justicia y ley»), así como la naturaleza común a todos ellos: la igualdad proporcional. Esto confiere al derecho una significación una, de alguna manera, a medio camino entre la simple univocidad genérico-científica y la confusa equivocidad casual y metafórica.*

Palabras clave: *unidad objetiva mínima, analogía, igualdad de proporción, relación trascendental, modos jurídicos.*

---

\* Como se sabe, Aristóteles usa sin más el término «*to dikaion*», traducido indistintamente como justo y derecho. Por nuestra parte, entendemos que *lo justo* y *lo jurídico* (o simplemente *derecho*) significan ciertamente la misma cosa, pero no de la misma manera, sino uno en intención primera y otro en intención segunda. De esta manera cabe dar un sentido a la noción de derecho como distinta de lo justo, sin formalizar esta en aquella y sin distinguirlas dialécticamente. En este sentido, el derecho es lo justo mismo, pero no considerado en sí, sino en intención segunda; por lo que la razón de lo justo sin más es, por relación a la razón de lo justo en general o de *lo justo en tanto que es dicho universalmente* –derecho–, una razón particular –es la razón final, distinguible de la razón de justicia o de ley, por ejemplo–, esto es, la razón de lo justo en general o ser-justo –derecho– considerado en su ejercicio concreto, particular y perfecto de ser. Sólo el empleo adecuado de las diversas distinciones lógicas (distinción de razón –razonada y razonante–, real, modal, virtual) tal y como Aristóteles hace sistemáticamente –aunque, a veces, no expresamente–, permite explicitar estas diferencias.

## ABSTRACT

*The object of the present work is the constitution, across one topic of the current language guided by the principle of non-contradiction and causal analysis, of the objective minimal unit that gives reason of both great manners which articulate the law according to Aristotle (the final mode of law or «law as just» and the formal mode implicit and explicit of law or «law as justice and positive law»), as well as the common nature to all of them: the proportional equality. This gives a unitary meaning to the law somehow, to half a way between the simple generic – scientific uniqueness and the confused chance and metaphorical equivocality.*

*Key words: objective minimal unit, analogy, equality of proportion, transcendental relation, juridical manners.*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.–2. LO JUSTO, OBJETO DE LA JUSTICIA. UNA TÓPICA DEL LENGUAJE CORRIENTE.–3. LA JUSTICIA EN GENERAL.–4. LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA Y CORRECTIVA. 4.1 *La justicia distributiva*. 4.2 *La justicia correctiva*.–5. CONCLUSIONES.

## 1. INTRODUCCIÓN

Frente al proyecto grandioso que constituye la justicia platónica configurada a partir de la idea del bien, sólo accesible a aquellos que, tras una ardua enseñanza y una especial disposición teórica, son capaces de alcanzarla, los filósofos, el análisis aristotélico no puede parecerse sino modesto<sup>1</sup>. De hecho, Aristóteles se limita a distinguir los diversos significados que constituyen el discurso acerca de la justicia y de lo justo a través de una tópica del lenguaje corriente, la cual, partiendo de los *endoxa* –esto es, de las opiniones corrientes o la de los sabios–, le permite llegar a esbozar una especie de definición –a modo de una unidad objetiva mínima– del derecho con la que encuadrar las clasificaciones posteriores. Por nuestra parte, sin embargo, lo importante no es tanto la descripción pormenorizada de todos los detalles de su doctrina iusfilosófica, como el tratar de desvelar la *unidad estructural*<sup>2</sup> que subyace detrás de esta amalgama de distinciones y que permite organizar no sólo el discurso de la justicia

<sup>1</sup> RICOEUR, P., «Historia de la idea de justicia. I. La justicia según Aristóteles», Archipiélago, núm. 3, Barcelona, 1989, pp. 33-39.

<sup>2</sup> Un análisis sistemático de esta *unidad estructural* se encuentra en mi libro: *La invención del derecho en Aristóteles*, Dykinson, Madrid, 2011. En particular, sobre esta cuestión, las páginas 89-112.

y de lo justo en sí mismo, sino también por relación al conjunto de su filosofía. Así, una vez esbozada por el mismo Aristóteles la cuestión jurídica –a modo de pre-comprensión–, trataremos de explicitar cuál es exactamente la unidad objetiva mínima que organiza dicha cuestión, pues sólo de esta manera cabrá inducir los principios y causas de la misma en el seno de una filosofía práctica y primera comprensiva de la filosofía del derecho.

## 2. LO JUSTO, OBJETO DE LA JUSTICIA. UNA TÓPICA DEL LENGUAJE CORRIENTE

Aristóteles comienza su tratado constatando que todos los hombres cuando hablan de la justicia (*dikaio syne*) y de lo justo (*dikaion*) creen que *lo justo no es sino el objeto de la justicia*, pues ésta consiste en «el hábito (*hexis*), en virtud del cual los hombres practican lo que es justo, obran justamente y quieren lo justo; y de la misma manera respecto de la injusticia: el hábito en virtud del cual obran injustamente y quieren lo injusto»<sup>3</sup>. De hecho, este primer esbozo de las principales nociones jurídicas le sirve a Aristóteles para dar una cierta respuesta a las cuestiones que planteaba al comienzo del tratado, y en donde se atisbaba ya, como veremos, el carácter homónimo de todas estas nociones. Decía así: «Respecto de la justicia y la injusticia tenemos que considerar a qué clase de acciones se refieren, y qué clase de término medio es la justicia y de qué extremos es término medio lo justo»<sup>4</sup>. En efecto, si algo le resultaba a Aristóteles evidente desde el principio es que la justicia y la injusticia se dicen de muchas maneras. Procediendo –como es habitual en él– a través del análisis causal, se ve cómo la justicia según su razón material responde a la pregunta por la *clase de acciones* a que se refiere, mientras que según su razón eficiente y final lo hace respecto de los *extremos* de la misma –cuyo término medio es lo justo–; por su parte, si nos acercamos a través de su razón formal, la justicia parece definirse por su término medio, lo justo, lo que hace de ella una *mediedad*: el medio de un medio. Por tanto, si bien la justicia parece ser un término homónimo, que admite diversas significaciones, se pueden de algún modo delimitar éstas según el análisis de las causas. Así, si la justicia es formalmente un término medio, materialmente una acción, y final y eficientemente unos extremos, cabe, pues, concluir que la justicia se dice, en efecto, de muchas maneras y, si bien todas ellas son significaciones propias de la justicia, lo son según una razón causal diversa.

<sup>3</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco (EN)*, 1129 a 7-10. Véase también: TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae (STh)*, II-II, 57, 1 (*Summa Theologiae*, 5 vol., BAC, Madrid, 1951).

<sup>4</sup> ARISTÓTELES, *EN*, *cit.*, 1129 a 1-5.

Este análisis causal de la justicia tiene además la ventaja de permitirnos emparejarla con el resto de las virtudes morales, pues en todas ellas se puede distinguir una estructura similar<sup>5</sup>. Ahora bien, si la justicia es una virtud moral entre otras –en la medida en que comparte los rasgos que definen causalmente a toda virtud moral–, lo cierto es que resulta preciso especificar estos rasgos en el caso concreto de la justicia. A esta necesidad –y no a otra– responde, a nuestro juicio, el tratado aristotélico de la justicia. Se verá así cómo, siendo la justicia materialmente una acción –en la medida en que consiste en acciones–, se trata, a diferencia del resto de las virtudes morales, no de una acción interior, sino exterior o transitiva que tiene que ver con otro –otros sujetos, otras cosas, otros bienes– y no con uno mismo. El sujeto de la virtud de la justicia no es considerado en sí mismo, abstraído del resto de los sujetos, sino por relación a otro. Es una virtud que regula, por tanto, acciones exteriores y, en tanto que tales, regula las relaciones no sólo entre los sujetos, sino también entre las virtudes de éstos; la virtud de la justicia tiene pues, dentro de las virtudes morales, un carácter trascendental, en la medida en que, siendo *inmanente* a todas ellas, está *más allá* de cada una de ellas consideradas particularmente. Este carácter exterior la hace, en segundo lugar, tener como medida –esto es, como *término medio*– una cosa real, exterior, susceptible de ser compartida o repartida, pero, en todo caso, irreductible a la sola consideración del sujeto particular, sea individual o comunitario. Ello no significa que no haya que dar razón de la cosa justa, sino que ésta existe con independencia del sujeto que da razón de ella, a diferencia del resto de las virtudes morales, las cuales, al recaer sobre el sujeto mismo, es éste el que –siendo virtuoso– es al mismo tiempo medida y razón de su propia virtud. La tercera distinción viene dada no sólo porque los *extremos* de la relación justicia sean igualmente exteriores, a diferencia de las otras virtudes morales –en el caso de la justicia general los extremos de la relación de justicia son, como veremos, el legislador y lo justo general, y en el caso de la justicia particular lo son el juez y lo justo particular–, sino porque los extremos de lo justo, en

---

<sup>5</sup> Como señala el filósofo suizo DE MURALT, A., *Comment dire l'être? L'invention du discours métaphysique chez Aristote*, Vrin, París, 1985, p. 200, no. 36: «Sobre el punto de la virtud, la terminología aristotélica y escolástica es particularmente significativa. Desde el punto de vista del objeto, la virtud es la fuerza instrumental (*virtus*) de la potencia activa considerada (*dynamis, potentia*), y también la excelencia (*areté*) del acto de esta potencia, en tanto que perfección existencial de éste. Desde el punto de vista del sujeto, la virtud es un *estado estable adquirido* (*hexis, habitus*) por el ejercicio repetido del acto de la potencia, pues una golondrina no hace verano». Véase, por ejemplo: *EN.*, I, 6, 1098 a 18; II, 1, 1103 a 31; TOMÁS DE AQUINO, *STh.*, I, cit., q. 117, a. 1; I-II, q. 51, a. 2; DE SANTO TOMÁS, J., *Cursus philosophicus thomisticus: I, Ars logica*, Marietti, Torino-Roma, 1949 (2.<sup>a</sup> ed.), II, q. 1, a. 1, 256 a.

tanto que término medio de la justicia, son igualmente injustos, mientras que en los otros casos corresponden a vicios distintos<sup>6</sup>.

Ahora bien, para responder de esta manera era necesario –como dijimos más arriba– apoyarse en el lenguaje corriente, esto es, en lo que piensa la mayoría o los más sabios y utilizar esta información para extraer, a modo de esbozo o punto de partida, una definición de la justicia y de lo justo, que permitiera, al mismo tiempo que vincularla genéricamente al resto de las virtudes morales, especificarla en tanto que virtud moral propia. La definición –se recordará– era la siguiente: «la justicia (*dikaioosyne*) es el hábito (*hexis*) [en el sentido de disposición ordenada], en virtud del cual los hombres practican lo que es justo (*dikaion*), obran justamente y quieren lo justo; y de la misma manera respecto de la injusticia: el hábito en virtud del cual obran injustamente y quieren lo injusto»<sup>7</sup>. Esta definición, como veremos, tiene una gran importancia no sólo porque permite especificar la justicia en tanto que virtud moral propia, sino porque permite entrever el carácter trascendental de lo jurídico en sus razones formales y finales propias. Sin querer precipitar una discusión que nos llevará todo el estudio, lo cierto es que, si observamos con atención, en esta definición de la justicia aparece ya, por de pronto, una noción jurídica distinta de la justicia e igualmente homónima en su relación causal con ella, en tanto que objeto o fin de la misma: me refiero, claro está, a lo *justo*, y a su contrario, *lo injusto*. En efecto, tanto lo justo como lo injusto, al igual que la justicia e injusticia, parecen decirse de muchas maneras: como materia, en tanto que lo justo e injusto son practicable; como forma, en la medida en que son el criterio para obrar justa o injustamente; como fin, en la medida en que son deseables o son el objeto de la voluntad; en tanto que eficiente, porque lo justo y lo injusto son encarnables en el hombre justo e injusto –esto es, en aquel que quiere, usa y practica lo justo e injusto. Pues bien, al igual que ocurre con la justicia e injusticia, todos estos modos, siendo formalmente justos/injustos según razones causales diversas, son, por relación a la justicia/injusticia, el objeto o fin de la misma, lo que permite distinguir no sólo los diversos modos de justicia y de justo considerados en sí mismos, sino también por relación causal entre sí, dando así razón de *lo jurídico* como una unidad objetiva mínima, de la que se pueden distinguir, a su vez, dos grandes modos: *en tanto que justicia* y *en tanto que justo*.

En efecto, este parece ser encubiertamente el punto de partida aristotélico de su reflexión jurídica, y el que permite dotar –como trataremos de mostrar– al discurso de la justicia y de lo justo –al derecho, en definitiva– de una unidad objetiva mínima. De un lado, parece distinguir dos grandes nociones jurídicas que, siendo igualmente homóni-

<sup>6</sup> TOMÁS DE AQUINO, *Comentario a la Ética a Nicómaco (CEN)*. Traducción de Ana Mallea, EUNSA, Pamplona, 2001 (2.ª ed.), pp. 287-288.

<sup>7</sup> ARISTÓTELES, *EN.*, cit., 1129 a 7-10.

mas, están relacionadas recíproca y totalmente en su causalidad propia: ambas son dos modos inescindibles de lo jurídico –una, en tanto que forma o hábito, la otra en tanto que fin u objeto de dicho hábito. De otro, y habiendo distinguido estas nociones en tanto que razones *propias* de lo jurídico, no pueden dejar de ordenarse entre sí según la distinción del *acto* y la *potencia*: en este sentido, al igual que el hábito se dice por relación al objeto y la forma por relación al fin, la justicia –en tanto que potencia de lo justo– se dice por relación a lo justo –en tanto que acto de la justicia. Junto a estas dos grandes distinciones, Aristóteles hace lo propio con cada uno de estos modos jurídicos considerados ahora en sí mismos –esto es, en tanto que *géneros* diferentes del derecho– distinguiendo, dentro de cada uno de ellos, la forma propia de la forma privativa –de hecho se lee siempre *justo* al lado de *injusto*, *justicia* al lado de *injusticia*– como las dos formas contrarias que dividen perfectamente cada uno de estos géneros. Pues bien, esta relación de privación que divide a cada uno de los géneros de lo jurídico está como en potencia por relación a la distinción misma de lo jurídico en sus modos formal y final, por lo que esta última distinción permite dar razón de la trascendentalidad o actualidad de la relación jurídica irreductible a las simples relaciones genéricas o formales que cabe distinguir en su seno: no sólo justicia/injusticia o justo/injusto, sino también, como veremos, legal/ilegal...

### 3. LA JUSTICIA EN GENERAL

Una vez aclarado esto, si se quiere demostrar que la justicia es una virtud moral específica, es preciso analizar no sólo lo que la especifica frente al resto de las virtudes morales, sino también lo que la especifica en tanto que virtud moral misma, para lo cual es necesario observar los diversos sentidos de virtud moral y ver en cual de ellos la justicia es virtud. Pues bien, parece ser que la justicia es virtud en tanto que *hábito* (*hexis*); pero, como este sentido no agota el sentido de virtud, Aristóteles se ve en la obligación de distinguirla, en primer lugar, de lo que no es hábito siendo al mismo tiempo virtud –esto es, de las ciencias y facultades–, al no ser éstas virtudes en tanto que hábitos, sino en tanto que simples facultades o «fuerzas instrumentales» (*virtus*)<sup>8</sup>. En efecto, mientras que el hábito –como veremos más adelante– conlleva, a diferencia de la mera disposición o facultad, un principio de orden o de razón que dispone o faculta al sujeto para realizar de una determinada manera el acto propio de la virtud, la facultad, por el contrario, no dirige la acción en un orden determinado, sino que está en un estado de indeterminación. Algo parecido ocurre con la ciencia; pues si bien ésta es hábito y, en tanto que tal, el sujeto es capaz de

<sup>8</sup> ARISTÓTELES, *EN.*, cit., 1129 a 11 ss.; TOMÁS DE AQUINO, *CEN.*, cit., p. 288.



conocer la razón verdadera, lo cierto es que, en tanto que ciencia, tiene por objeto no el conocimiento de lo verdadero, sino de ambos contrarios: sólo una vez adquirido el hábito de la ciencia conocerá, ya sí, el contrario verdadero.

Pues bien, una vez establecida la distinción entre la mera disposición y el hábito, Aristóteles considera preciso distinguir, dentro de la noción común de disposición, los sentidos contrarios de ésta, como *tal* o *cual* disposición, como buena o mala disposición, pues si la disposición justa es una buena disposición, la injusta es mala, y ambas se conocen por sus contrarios. Por último, dado que la virtud presenta diversos sentidos, será preciso distinguir aquel que –no siendo disposición, hábito o potencia– es virtud en tanto que *acto* y, más en concreto, en tanto que acto perfecto o excelente (*areté*), el cual no es otro –como ya se ha anticipado– que el objeto que perfecciona el hábito de la virtud de justicia: lo justo. En toda esta reflexión, Aristóteles pone en práctica no sólo el método cognoscitivo que consiste en conocer una disposición por su contraria y por las cosas en las cuales se dan<sup>9</sup>, sino algo mucho más importante: *da razón en general de la total reciprocidad causal de todos los modos jurídicos, tanto en sí mismos como en su relación mutua, y, por tanto, de la irreductibilidad e inseparabilidad de todos ellos.*

En efecto, una vez Aristóteles ha realizado las anteriores distinciones, parece inferir claramente algo que, aunque contenido virtualmente en la definición que tomaba como punto de partida, declara ahora expresamente, a saber: que *la justicia e injusticia tienen varios sentidos y, si éstas, también las cosas en las que se dan, así como sus contrarios.* A partir de ahora resulta evidente no sólo que el término *justicia* es homónimo, sino que, como la justicia se da en las cosas justas, *lo justo* también es homónimo, al igual que sus contrarios: injusticia e injusto. Ahora bien, como reconoce el mismo Aristóteles poco después, esta homonimia normalmente pasa desapercibida<sup>10</sup>, a diferencia de otras más evidentes como la del término «llave» o «clave» (*kleis*), que en griego se usa tanto para significar la clavícula del animal como el instrumento para abrir las puertas, cuyos sentidos evidentemente están muy alejados entre sí. La pregunta, sin embargo, no puede dejar de hacerse: si todos estos términos jurídicos distinguidos hasta ahora –justicia, injusticia, justo e injusto– admiten varios significados, ¿son, entonces, como el término griego *kleis*, equívocos u homónimos por azar, los cuales, como sabemos, no tienen más unidad que el nombre o, por el contrario, cabe encontrar alguna naturaleza común a todos estos nombres que los vincule de alguna manera? Y si la hubiera ¿cabría conferir una unidad de alguna manera al discurso de la justicia y de lo justo, aunque fuera mínima, que agrupase todas estas nociones? Aristóteles nada dice al respecto. Nuestro objetivo no puede ser

<sup>9</sup> ARISTÓTELES, *EN.*, cit., 1129 a 16-18.

<sup>10</sup> ARISTÓTELES, *EN.*, cit., 1129 a 26-28.

otro que el de cubrir esta elipsis, defendiendo –como ya se anticipó– una interpretación de estas nociones en un sentido ciertamente homónimo –en tanto que no unívoco–, pero no homónimo por azar o equívoco, sino analógico, a cuya luz aparezca la unidad estructural que rige su filosofía del derecho. Veremos, siguiendo al mismo Aristóteles, cómo es posible.

En efecto, una vez dicho esto, Aristóteles comienza distinguiendo el modo formal de lo jurídico –la justicia/injusticia– a partir de la *causa eficiente*, en la medida en que ésta es una de las cosas donde se da la disposición justa: «Tomemos, pues, al hombre injusto (*adikos*) en todos los sentidos de la palabra». Pues bien, parece ser injusto el ilegal (*paranomos*), el codicioso (*pléonektes*) y el desigual (*anisos*); luego el hombre justo (*dikaíos*) será el que se conforma a la ley (*nomimos*) y el que no vulnera la igualdad (*isos*). Inmediatamente se pasa del sujeto al objeto de la justicia: «Por consiguiente, lo justo (*dikaion*) es lo legal (*nómimon*) y lo igual (*ison*), y lo injusto (*adikon*) lo ilegal (*paránomon*) y lo desigual (*anison*)». Ahora bien, como lo justo se conoce por su contrario, lo injusto, y «el hombre injusto es también codicioso», lo justo e injusto «tendrá que ver» *materialmente* «con los bienes, no con todos, sino con aquellos que se refieren al éxito y al fracaso, bienes que, absolutamente hablando, son siempre bienes, pero para un individuo determinado no lo son siempre». Una vez distinguida la causa eficiente y material de la justicia, hace lo propio con el *fin* de la misma: éste no es otro que el objeto de la voluntad, el cual, aun siendo absolutamente hablando el bien, sólo lo es en cada caso el bien particular debido. De ahí que los hombres justos –dice Aristóteles– piden a los dioses «que los bienes que lo son absolutamente sean también bienes para ellos, y eligen los que son para ellos», en la medida en que, si son justos, son capaces de reconocer, dentro de los bienes absolutamente considerados, cuáles son sus propios bienes<sup>11</sup>. Esto les diferencia del hombre injusto, pues éstos son incapaces de distinguir la razón precisa de bien en cada caso –y, por tanto, el bien debido: quieren arbitrariamente todo lo que se les aparece como bien, que no siempre es «lo que es más, sino también lo menos cuando se trata de males absolutos», y en esto reside su codicia. En efecto, el mal menor es, en cierto modo, un bien; y tanto lo menos de lo malo como lo más de lo bueno es desigual<sup>12</sup>; por tanto, como lo desigual es injusto, lo justo es lo igual de bienes y males, por lo que lo justo no puede sino definirse, por relación al bien, como *lo igual* respecto de bienes y males. Ahora bien, si lo justo es lo igual, lo injusto es lo desigual, y, por tanto, el hombre que quiere lo injusto es injusto y, en tanto que lo

<sup>11</sup> ARISTÓTELES, *EN.*, cit., 1113 a 25-30; 1170 a 14; *Ética a Eudemo (EE.)*, 1248 b 26-30. Véase igualmente el comentario de GAUTHIER, R.A., y JOLIF, J.Y., *L'Éthique a Nicomaque (LEN)*, Tomo II, *Commentaire, première partie, livres I-V*, Publications Universitaires, Louvain, 1970, p. 337.

<sup>12</sup> ARISTÓTELES, *EN.*, cit., 1129 b 10.

injusto es siempre desigual, es desigual, aunque la razón específica de su querencia parezca ser la codicia.

En esta sucinta reflexión<sup>13</sup> se explicitan –como podemos observar– algunos de los aspectos distinguidos más arriba y que Aristóteles irá progresivamente reafirmando. Así, de un lado, se hace referencia a la razón material de lo justo: estos son los bienes exteriores, aquellos que guardan relación con otro y, en tanto que tales, son *bienes comunes* que hay que compartir y repartir en el seno de la comunidad política, a diferencia de los bienes particulares del resto de las virtudes morales<sup>14</sup>. Igualmente se determina la razón formal de lo justo: ¿qué es lo justo? lo igual, ¿qué es lo injusto? lo desigual. *Lo igual* parece definir lo justo en general, y lo desigual lo injusto. Lo igual y desigual permiten determinar, pues, el sentido aún demasiado vago de los términos *justo e injusto*. Veremos, no obstante, cómo lo igual, siendo la razón de lo justo, no opera de modo absoluto, sino siempre en función de la relación y de los bienes en juego. Por lo mismo, encontramos la razón subjetiva o eficiente de lo justo: en efecto, al definirse –parece– lo justo como lo igual y lo injusto como lo desigual, el sujeto de la justicia no puede sino definirse como *ecuánime* –es decir, como aquel que quiere tener igualmente de los bienes y los males– y el de la injusticia como codicioso –aquél que desea poseer más bienes y/o quiere tener menos de los males. Por último, observamos la razón final de lo justo, esto es, aquélla que permite articular la razón material y formal de lo justo en una relación jurídica determinada por el contexto concreto. Ésta nos permite discernir, dentro de los bienes comunes, cuáles son justos y hacen justo a quien los posee teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso. En efecto, los bienes que, considerados absolutamente (*haplôs*), son siempre bienes, no lo son, sin embargo, en toda circunstancia y para todos los sujetos, pues «no siempre son proporcionados para un hombre y no siempre le son convenientes»<sup>15</sup>. Lo que hace del bien en sí o tomado absolutamente un bien particular, *el bien justo*, es, pues, el criterio de lo igual, que habrá que determinar en cada caso: no sólo respecto de los bienes, sino también respecto de los males, pues, aunque tomados absolutamente son siempre males, por relación al sujeto particular que los elige en cada caso, pueden ser bienes. Y esto tal y como haría el hombre prudente; en la medida en que a éste parece estarle reservado reconocer su propio bien –el bien justo– dentro de los bienes humanos en general. De ahí –como veremos más adelante– la importancia que tiene la prudencia, como virtud del bien humano en general, para la determinación justa del bien.

Pues bien, parece aquí encontrarse un punto de anclaje a su doctrina del derecho: *lo justo –en tanto que objeto de la justicia– parece*

<sup>13</sup> ARISTÓTELES, *EN.*, cit., 1129 a 31-1129 b 10.

<sup>14</sup> Excepción hecha, como veremos, de la amistad.

<sup>15</sup> ARISTÓTELES, *EN.*, cit., 1129 b 1-6; TOMÁS DE AQUINO, *CEN.*, cit., p. 290.

*definirse por lo igual, y lo injusto por lo desigual, sea en lo más o en lo menos.* Esto permitiría conferir al derecho una unidad no simplemente de nombre, sino de naturaleza, pues lo igual parece cruzar por todos los modos distinguidos de lo jurídico. Sin embargo, inmediatamente a continuación, Aristóteles parece poner en cuestión esta hipótesis, al distinguir uno de los modos de ser injusto sin hacer referencia al criterio de la igualdad/desigualdad. En efecto, dice: «Como el transgresor de la ley era injusto y el que se conformaba a ella justo, es evidente que todo lo legal es en cierto modo justo, pues lo establecido por la legislación es legal y de cada una de estas disposiciones decimos que es justa»<sup>16</sup>. Esta afirmación casa además con la realizada anteriormente, por la que lo justo y lo injusto se definen no sólo con arreglo a la igualdad y a la desigualdad, sino también con arreglo a la conformidad o no a la ley, distinguiendo entonces dos modos absolutamente diversos de lo justo e injusto: uno como igual/desigual, otro como legal/ilegal.

El razonamiento aristotélico, pensado detenidamente, no deja de tener algo de aporético: en efecto, si lo justo –sin más distinciones– parecía terminar definiéndose como *lo igual* y, por tanto, el hombre injusto sin más parecía definirse como aquél que no respeta la igualdad<sup>17</sup> y, sin embargo, parece decir ahora que el transgresor de la ley es injusto no en tanto que desigual, sino precisamente en tanto que ilegal, y el que se conforma a ella parece ser justo en tanto que legal, entonces, o bien lo legal es justo en tanto que igual –lo que no parece probable, pues junto a lo justo conforme a la ley afirma Aristóteles lo justo conforme a la igualdad–, o lo legal es un modo de lo justo diverso del modo igual de lo justo, habiendo entonces dos modos absolutamente diversos de lo justo, como legal y como igual, y de lo injusto, como ilegal y como desigual. En el primer caso estaríamos ante una concepción unívoca de lo justo, en la medida en que tanto la especie legal como la especie no legal de lo justo se definirían por arreglo a la *igualdad* considerada absolutamente; en el segundo caso –preferido por la mayor parte de los comentaristas modernos– se entendería lo justo como legal y como igual, y, por tanto, como dos formas diversas de lo justo sin un «género» común que las vincule: lo justo legal se definiría simplemente por la ley y lo justo no legal –más adelante llamado «justo parcial»– se definiría por lo igual, lo que haría de lo justo una noción puramente homónima o equívoca sin más unidad que el nombre, en la medida en que la definición de uno y de otro justo, en tanto que objetos de una y otra justicia, sería completamente diversa.

Ahora bien, si por el contrario hubiera algo común o trascendental a los diversos modos de justicia –en tanto que hábito de lo justo– y de justo –en tanto que objeto de la justicia– respetando, sin embargo, en

<sup>16</sup> ARISTÓTELES, *EN.*, cit., 1129 b 11-14.

<sup>17</sup> ARISTÓTELES, *EN.*, cit., 1129 b 10.

cada caso, su modo proporcional propio de ser-justo, entonces, ésta no sería ya una noción puramente equívoca, sino análoga. El que no tengan nada en común parece contradecir la afirmación expresa del propio Aristóteles de que todas las significaciones de justicia comparten una naturaleza o estructura común: *la relación con otro*<sup>18</sup>. Por ésta hay que entender que la justicia recae sobre acciones y bienes que tienen que ver con otro, a diferencia del resto de las virtudes morales<sup>19</sup>, que no transitan al exterior, lo que parece dotar a la justicia en general de una estructura común *desde el punto de vista material*. Ahora bien, como la materia se dice siempre por relación a la forma –pues, para Aristóteles, la materia es un cierto relativo (*pros ti*)<sup>20</sup>–, la estructura común a toda justicia desde el punto de vista material debe corresponderse con una estructura común desde el punto de vista formal. Por tanto, si se quiere salvaguardar la unidad de lo jurídico frente a la simple amalgama de nombres jurídicos que no significan nada en común, o frente a la reducción de todos ellos a una única significación absoluta, es preciso encontrar una *estructura formal* que, siendo común a los diversos modos jurídicos –justicia y justo–, se ejerza de manera *proporcionalmente diversa* en cada uno de ellos y por relación entre sí.

Ésta, a nuestro parecer, no es otra que la *igualdad*, no sin más o absolutamente –lo que haría de lo jurídico ciertamente un término unívoco–, sino en un sentido *proporcional* (*kat`analogian*). En efecto, tanto la justicia que se define expresamente por arreglo a la ley –la justicia legal– como la justicia que, como veremos, se define expresamente con arreglo a la igualdad proporcional –la justicia parcial– tienen en común no sólo la relación material que lo acerca a otro –y que les distingue del resto de las virtudes morales–<sup>21</sup>, sino también el criterio formal que permite vincular adecuada o justamente dicha relación material en una *relación de justicia*. Si bien este criterio, como veremos, es *específicamente* el de la justicia parcial –pues ésta se define como una *igualdad proporcional geométrica* en el caso de la justicia distributiva, y como una *igualdad proporcional aritmética* en el caso de la justicia conmutativa–, lo cierto es que la justicia legal también participa de él, no sólo porque –como veremos a continuación– el objeto de ésta es la justa ordenación de cada una de las diversas virtudes particulares<sup>22</sup> –y, por tanto, también de la virtud particular de la justicia definida por la proporción<sup>23</sup>–, en aras del bien de la comunidad política, sino porque el orden mismo entre cada una de las virtudes particulares por relación a la virtud general de la justicia o justicia

<sup>18</sup> ARISTÓTELES, *EN.*, cit., 1130 b 1.; GAUTHIER y JOLIF, *LEN*, cit., p. 334.

<sup>19</sup> Excluyendo la *amistad*.

<sup>20</sup> ARISTÓTELES, *Física*, 194 b 8.

<sup>21</sup> ARISTÓTELES, *EN.*, cit., 1130 a 32.

<sup>22</sup> ARISTÓTELES, *EN.*, cit., 1129 b 29-30, 32; 1130 a 9-11, 11-14.

<sup>23</sup> ARISTÓTELES, *EN.*, cit., 1130 a 23-25; 1130 b 6-16.

legal, y de los bienes particulares de cada una de ellas por relación al bien de la justicia legal –el bien de la comunidad política– presupone también *de alguna manera, genéricamente hablando*, una *relación de igualdad proporcional* entre las diversas virtudes particulares por relación a la virtud general de la justicia y entre los diversos bienes particulares por relación al bien común, resumido de alguna manera en el bien de la comunidad política. Sólo si se preserva la igualdad –en el sentido, insistimos, de la proporción– entre las diversas virtudes y bienes particulares en sus relaciones mutuas en el seno de la comunidad política –sin que haya desajustes entre ellas–, la justicia general o legal podrá alcanzar su bien propio: la felicidad de la comunidad política y de sus componentes<sup>24</sup>.

El criterio de la igualdad proporcional es, pues, relevante no sólo para distinguir específicamente la virtud particular de la justicia del resto de las virtudes morales particulares –cuyo criterio específico no es ciertamente el de la igualdad, en el sentido de proporción–, sino también, universalmente hablando, para observar cómo todas las virtudes morales participan de alguna manera de esta igualdad, pues todas ellas, aun siendo diversas entre sí, participan de algo común, en la medida en que se inscriben en el seno de la comunidad política, de la virtud general de la justicia y del bien de ésta, ejerciéndolo –en las relaciones con otro– de un modo *proporcionalmente igual*<sup>25</sup>. De hecho, sólo si se preserva esta igualdad proporcional entre las virtudes que operan en una comunidad política queda, como decimos, garantizado el bien de ésta.

<sup>24</sup> ARISTÓTELES, *EN.*, cit., 1129 b 17-19.

<sup>25</sup> Aristóteles se limita únicamente a decir (*EN.*, cit., 1130 b 5-10): «como lo desigual y lo contrario a la ley no son lo mismo, sino distintos como lo es la parte del todo (ya que todo lo desigual es contrario a la ley, pero no todo lo contrario a la ley es desigualdad), tampoco lo injusto y la injusticia son lo mismo en ambos sentidos, sino distintos en uno y otro caso, los últimos como partes y los primeros como todos; esta injusticia es, en efecto, parte de la injusticia total, e igualmente esta justicia de la justicia». Por su parte, TOMÁS DE AQUINO, *CEN.*, cit., p. 296, se desentiende un tanto del asunto, parafraseando casi literalmente a Aristóteles: «Pero lo injusto legal y lo desigual no son enteramente lo mismo, sino que se relacionan entre sí como *la parte con el todo*. De tal manera que todo lo injusto desigual es ilegal pero no viceversa, y a su vez todo lo injusto, que excede hacia lo más, es desigual, pero no viceversa, pues hay cierta injusticia ilegal que es tener de menos en un mal. Repite que cada caso injusto es parte de otro y no son enteramente lo mismo. De la misma manera, la injusticia que se dice desigualdad no es enteramente lo mismo que la injusticia legal, sino que se compara a ésta como la parte al todo. De manera semejante, se compara la justicia de igualdad a la justicia legal». Sin embargo, en otro momento de esta misma obra (p. 290) parece matizar algo más su posición, acercándose a la interpretación defendida aquí: «la ilegalidad –dice– según la cual una persona es transgresora de la ley es una desigualdad, en cuanto que un hombre que no se adecua a la regla de la ley contiene universalmente toda injusticia, y es algo común con respecto a toda injusticia».

#### 4. LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA Y CORRECTIVA

Pues bien, junto a la justicia general, existe la justicia particular, la cual reviste, como se sabe, dos modos: justicia distributiva y correctiva, con sus dos objetos respectivos: lo justo distributivo y lo justo correctivo. Mientras que la justicia distributiva se aplica a las transacciones públicas (distribución de honores, dinero, cargos públicos o cualquier cosa compartida entre los miembros de una comunidad política), pues, en estas distribuciones, uno puede tener una parte igual o no igual a la de otro, la justicia correctiva –la escolástica la llamará conmutativa–<sup>26</sup> regula o corrige las transacciones privadas: éstas pueden ser voluntarias (es el caso de las compraventas, el préstamo de dinero, la fianza, el usufructo, etc., y se llaman así porque el principio de ellas es voluntario), o involuntarias, al menos para quien recibe el perjuicio (es el caso del hurto, robo, homicidio, insulto, etc.)<sup>27</sup>.

##### 4.1 La justicia distributiva

Aristóteles comienza analizando la justicia distributiva. Y lo hace, a mi juicio, a través de una reflexión común a los dos modos de justicia parcial, que toman como razón formal propia la *igualdad* –en el sentido siempre de proporción. Todo gira en torno a esta noción, pues es la significación de lo justo como igual la que sirve de medida a las otras significaciones de lo justo, y de piedra de toque de todo el análisis de lo justo. El razonamiento es el siguiente<sup>28</sup>: si el hombre injusto es desigual y lo injusto es desigual, el hombre justo y lo justo serán iguales; ahora bien, es evidente que existe un término medio de lo desigual por más o por menos –lo igual–, y puesto que lo igual es un término medio, lo justo será también un término medio. Pues bien, como lo igual requiere por lo menos dos cosas, el término medio, un más y un menos, y lo justo dos personas, entonces, lo justo no puede sino ser un término medio e igual en relación con *algo* y con *algunos*. Se observa nuevamente la polisemia de lo justo: como término medio, lo es de unos extremos –es decir, de lo más y de lo menos–, como igual lo es de las cosas o términos de la relación, y en tanto que virtud lo es de ciertas personas. Por tanto, en la medida en que aquellos para

<sup>26</sup> Sobre la conveniencia del nombre «correctiva» para este tipo de justicia, véase las observaciones de GAUTHIER y JOLIF, *LEN*, cit., pp. 358-9. La conclusión que adoptan finalmente estos autores es la recogida expresamente por Aristóteles, a saber: que, aunque el nombre de correctivo hace referencia a una *rectificación*, lo que pudiera hacer pensar que esta justicia únicamente se da en las relaciones no voluntarias, lo cierto es que Aristóteles mismo la aplica tanto a las relaciones voluntarias como a las no voluntarias, adoptando así un sentido doble: conmutativo y correctivo.

<sup>27</sup> ARISTÓTELES, *EN.*, cit., 1130 b 30-1131 a 8.

<sup>28</sup> ARISTÓTELES, *EN.*, cit., 1131 a 10-20.

quienes lo justo son dos y las cosas en las que reside lo justo también son dos, lo justo deberá requerir, por lo menos, cuatro términos. Los términos de la relación de justicia se desdoblan cada uno en una nueva relación. Como este desdoblamiento preside también la justicia legal, la justicia en general, y no sólo la justicia distributiva, se asienta así en el marco de una relación de relaciones.

De hecho, la misma igualdad que hay para las cosas la habrá para las personas, pues como se relacionan las cosas lo hacen las personas<sup>29</sup>. Ahora bien, como en este caso, las cosas no son sino la suma de bienes públicos de una comunidad política determinada, el tipo de igualdad vendrá dado por una participación proporcional en unos bienes que hay que compartir y repartir. El cálculo se hará a partir de las aportaciones respectivas al bien común, en forma de *méritos*<sup>30</sup>, *de los partícipes de dicha comunidad, y según la valoración que esta misma haga de aquellos. Así, por ejemplo, para los demócratas, el mérito fundamental es la libertad; para los oligarcas, la riqueza o nobleza; para los aristócratas, es la virtud.*<sup>31</sup> *En función de la aportación respectiva que cada miembro haga de lo considerado meritorio por dicha comunidad –esto es, de la razón de bien común que rija en esa comunidad– se establecerá cuánto de bien común corresponde a cada uno, y, por tanto, lo justo en cada caso: «de lo contrario –dice Aristóteles– vienen las disputas y reclamaciones, cuando o los que son iguales no tienen o reciben partes iguales, o los que no son iguales tienen y reciben partes iguales»*<sup>32</sup>.

La fórmula adoptada y que expresa la regla conforme a la que se practica lo justo es ésta: *tal parte es a tal otra como el mérito del primer partidario es al mérito del otro*. «Lo justo –concluye Aristóteles– es, pues, una cierta proporción (*analogon ti*), y ésta –explica a continuación– «es una igualdad de razones y requiere, por lo menos, cuatro términos»<sup>33</sup>. La proporción (*analogon*) se define pues aquí, especifi-

<sup>29</sup> «De otro modo –comenta inteligentemente TOMÁS DE AQUINO, *CEN*, p. 300– no tendrían lo igual para sí».

<sup>30</sup> Es preciso incluir junto a la noción de mérito la de «necesidades»; si Aristóteles únicamente se refiere explícitamente a «méritos» es porque está desarrollando una teoría ética y, por tanto, un discurso que presupone cubiertas las necesidades naturales.

<sup>31</sup> De hecho, cabe establecer un orden entre ellos similar al existente respecto de la amistad (*EE.*, 1138 a 31-33; 1241 b 33-41). En este sentido, señalan GAUTHIER y JOLIF, *LEN*, cit., p. 353: «Para Aristóteles, como para todo aristócrata, el fundamento del mérito es la virtud (ARISTÓTELES, *Pl*, cit., 1278 a 20; 1326 b 15; 9, 1329 a 17; 1310 a 14)»; puede ocurrir, sin embargo, que alguien reclame «un cierto mérito (ARISTÓTELES, *Pl*, cit., 1283 a 14) que, siendo secundario por relación al de la virtud (ARISTÓTELES, *Pl*, cit., 1281 a 4-8), pueda llegar a ser determinante si la constitución lo ha elegido como el bien que entiende promover».

<sup>32</sup> ARISTÓTELES, *EN*, cit., 1131 a 22-24.

<sup>33</sup> ARISTÓTELES, *EN*, cit., 1131 a 29-32. La proporción discreta –la propia de lo justo– requiere, en efecto, cuatro términos; pero también la proporción continua, en la medida en que se sirve de uno de los términos como si fueran dos, mencionándolo dos



camente, como una igualdad no considerada absoluta o unívocamente –como sería la del número consistente en unidades abstraídas de las cosas<sup>34</sup>, sino como una igualdad en proporción siempre a los méritos aportados por cada cual y medidos por la razón meritoria de bien común que rige para toda la comunidad política. Aunque esta razón de bien común es relativa a cada comunidad política particular, lo cierto es que esta relación particular entre el bien común y la comunidad política no puede ser considerada absoluta –pues conduciría a un relativismo equivocista por el que el bien no tendría más sentido que el que la comunidad política particular instituyese en cada caso– sino que, por el contrario, la razón de bien común para cada comunidad política lo es siempre por relación a aquella comunidad que naturalmente es la mejor en todas partes<sup>35</sup>. Lo justo, entonces, en tanto que razón cuantitativa de bien común, establece, por relación a la razón de bien común que rige en cada comunidad y que se resume en la noción de *mérito*, la igualdad o desigualdad entre las diversas razones de bien común ejercidas proporcionalmente por cada miembro o elemento de la comunidad, por lo que el tipo de igualdad de lo justo no es absoluto, sino siempre en proporción a dicha razón de bien común ejercida en cada caso y, de modo eminente, a la razón de bien común ejercida en la comunidad perfecta –que es tal, como veremos, en tanto que razón más comprensiva.

Pues bien, esta argumentación es fundamental para entender la unidad de la filosofía del derecho en Aristóteles, y el sentido que tiene la igualdad proporcional en tanto que piedra angular de ésta. En efecto, lo justo distributivo no podría ser una proporción continua –salvo que el término que diese continuidad a la relación se desdoblase, a su vez, en dos–, pues, si fuera continua la proporción, habría un término

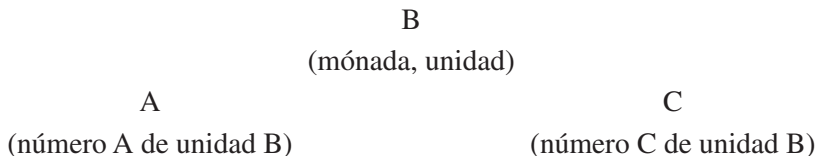
---

veces: por ejemplo, A es a B como B es a C. El término B, al ponerse dos veces, hace cuatro los términos proporcionales (EN., 1131 b 1-2)

<sup>34</sup> El comentario de TOMÁS DE AQUINO, *CEN*, cit., p. 301 es sumamente ilustrativo: «lo justo es según una proporcionalidad, porque ésta no se encuentra sólo en el número de las unidades, que es el número tomado en absoluto y que se llama número gonádico, sino que se encuentra universalmente en todo aquello en donde se encuentre el número. Esto es así porque la proporcionalidad no es sino una igualdad de relación: entre esto y esto otro, y entre aquello y aquello otro se halla la misma igualdad de relación o proporción. Y la proporción no es sino la aptitud de una cantidad respecto de otra. La cantidad tiene razón de medida, la cual se encuentra primero en la unidad numeral, y de ella se deriva a todo género de cantidad, como se ve en la *Metafísica*. Por eso, el número se encuentra en primer lugar en el número de las unidades y de allí se deriva a todo género de cantidad que se mide según la razón de número». GAUTHIER y JOLIF, *LEN*, cit., p. 354, dicen por su parte: «El número gonádico es el número aritmético, formado por adición de unidades abstractas; se opone al número que nombra objetos concretos (ARISTÓTELES, *Metafísica*, 1080 b 30; 1082 a 4-7; 1083 b 16), como, por ejemplo, el número *dos* se opone (...) a *dos burros*».

<sup>35</sup> ARISTÓTELES, *EN.*, cit., 1135 a 5; *Política (PI)*, 1284 a 1-3; 1289 a 30; 1323 a 14. La interpretación de P. AUBENQUE («La loi chez Aristote», *Archives de Philosophie du Droit*, t. 25 (1980), p. 154), en consonancia con su interpretación unívoca de la filosofía primera y práctica aristotélica, es distinta.

numéricamente uno que, en tanto que tal, daría una razón absoluta o unívoca a los dos términos restantes de la relación, con independencia del ser mismo relacional de éstos, lo que resultaría absurdo. El esquema, no obstante, sería el siguiente:



Si fuera la proporción continua, tanto los términos A como C –que, de suyo, son relaciones de bien en la medida en que comparan a una persona con un mérito– no serían más que participaciones *extrínsecas* no sólo materialmente –en tanto que bienes comunes–, sino también formalmente –en tanto que razones determinadas de bien común– de una relación material y formal, común a ambas, e identificable con la unidad numéricamente una o sustancia B. La lógica que articularía esta relación entre los términos sería, más que la univocidad –cuyas especies, A y C, serían iguales por relación a un género B, abstraíble formalmente de sus especies–, la analogía de atribución extrínseca –ya señalada, y que tuvo en Maestro Eckhardt a su máximo exponente–, por la que el bien de la comunidad en su conjunto –esto es, tanto del bien de la comunidad política considerada como un todo, como en sus partes o elementos– se identificaría absolutamente con la sustancia B, mientras que los términos A y C sólo participarían de aquél denominativa y extrínsecamente. Esto supondría eliminar el carácter trascendental de la relación de bien común que rige para toda la comunidad política, y, en consecuencia, el ejercicio propio y autónomo de bien común que cada uno de los miembros o elementos de la comunidad ejerce en sus relaciones propias –términos A y C. En este caso, la relación de los miembros de la comunidad con el bien sería meramente extrínseca y por atribución, en la medida en que, al identificarse el bien común con una entidad numéricamente una abstraíble de los diversos elementos de la comunidad y de sus bienes comunes respectivos, estos no serían más que el producto de una imputación extrínseca –arbitraria y voluntaria– de un bien que, de derecho, sólo corresponde a dicha entidad –príncipe, parlamento, asamblea– y, de hecho, puede ser participada por el resto de los miembros o partes de la comunidad. De ser así, lo justo, en tanto que razón cuantitativa del bien, sería igualmente una imputación extrínseca emanada de aquel que tiene la potestad de hacerlo, en tanto que encarna absolutamente el bien común, distribuyéndolo cuantitativamente de un modo más o menos discrecional.

Ahora bien, como nos advierte insistentemente Aristóteles, lo común no puede identificarse con una sustancia, luego lo común a las diversas relaciones de bien no puede adoptar la forma de una unidad

de bien absoluta, sino relativa, en función siempre de la razón concreta y particular de bien requerida en cada caso. Lo justo distributivo, a través de la virtud correspondiente, garantiza precisamente la heterogeneidad del bien, al tomar como criterio de justicia no la igualdad absoluta –abstraída de cada una de estas relaciones particulares de bien–, sino la igualdad en proporción a cada uno de estas relaciones, irreductibles a una relación o razón de bien comprensiva de todas ellas y particularizable en una entidad determinada. De hecho, Aristóteles niega este tipo de identificación cuando señala que «el todo está respecto del todo en la misma relación que cada parte respecto de cada parte», y que por tanto «la proporción de la justicia distributiva no es continua, pues no puede haber un término numéricamente uno<sup>36</sup> para una persona y para una cosa»<sup>37</sup>, sino que toda relación se enmarca, a su vez, en el seno de una relación, aunque sea principal. Establece por el contrario –tal y como vimos más arriba– una igualdad de razones dentro de un término común discontinuo, esto es, dentro de un término común que constituye –él mismo– una relación y, por tanto, una unidad no ciertamente numérica, pero sí una unidad de alguna manera o universalmente hablando, y que es dicha o –mejor– ejercida discontinuamente –esto es, proporcional aunque propiamente– en cada una de las razones que rigen las relaciones particulares de justicia.

Si bien este término común –del cual participan proporcionalmente todas las razones de justicia, incluida la razón general o legal de justicia– no es otro, desde el punto de vista material, que la suma de bienes exteriores y comunes que hay que compartir y repartir de modo proporcionalmente igual en cada ejercicio de justicia –sea general o particular–, desde el punto de vista formal lo es la igualdad proporcional que debe regir en cada acto de justicia, sea general –según una igualdad proporcional universal o de alguna manera– o particular –según una proporción geométrica en el caso de la justicia distributiva o, como veremos, según una proporción aritmética en el caso de la justicia correctiva. Por lo mismo, si consideramos el término común desde el punto de vista del fin, observamos como este no es otro que el ejercicio concreto del criterio formal y material de lo justo atendiendo a las circunstancias del caso concreto y en aras de la felicidad común –sea de la felicidad de la comunidad política considerada como un todo, en el caso de la justicia general o legal, o sea de la felicidad de la comunidad política considerada en sus elementos o partes, en el caso

---

<sup>36</sup> GAUTHIER y JOLIF, LEN, cit., p. 357 aclaran perfectamente el sentido de la expresión numéricamente uno. Ésta «aparece claramente en el texto de *Metafísica*, 999 b 33: «No hay diferencia en que se hable de numéricamente uno o de individuo; lo que, en efecto, llamamos individuo, es lo numéricamente uno, mientras que llamamos universal lo que es dicho de todos los individuos». La identidad numérica es, así, la identidad real de las cosas por oposición a la identidad analógica tal que se realiza, por ejemplo, en el término universal. Por lo mismo, en *Tópicos* I, 7, la unidad numérica es opuesta a la unidad de la especie y del género».

<sup>37</sup> ARISTÓTELES, *EN.*, cit., 1131 b 14-16.

de la justicia particular. Por último, desde el punto de vista eficiente, el sujeto concreto que realiza proporcionalmente dicho criterio en cada caso será el legislador –si se trata de establecer cuanto de bien común corresponde a la comunidad política considerada como un todo– o el juez –si se trata de establecer cuanto de bien común corresponde a cada una de las partes de la comunidad política. Pues bien, esta relación determinada materialmente por bienes exteriores que hay que compartir y repartir de forma proporcional, atendiendo siempre al fin concreto y particular de la relación de justicia, tal y como lo haría el hombre justo –sea legislador o juez–, constituye no sólo los diversos aspectos que dan unidad a lo justo distributivo, sino a lo justo en general: unidad que es ejercida de modo proporcionalmente igual en cada acto de justicia, sea particular –por relación a lo que pertenece meritoriamente a cada uno, justo distributivo y, como veremos a continuación, justo correctivo– o general –por relación a lo que pertenece a la comunidad política en su conjunto, justo legal.

La diferencia, por tanto, entre la justicia legal y la justicia distributiva está en que, mientras en la justicia legal el bien común es por relación al todo o bien de la comunidad política considerada como un todo, en la justicia distributiva el bien común es por relación a la parte o bien de los elementos de la comunidad política. Lo justo en general –y no sólo lo justo distributivo– se resume, pues, en lo proporcional, y lo injusto, lo que va contra la proporción<sup>38</sup>. Esto hay que tenerlo muy presente, pues al caracterizar a la justicia distributiva como *proporcional*, no la distingue en nada de la justicia correctiva: si lo justo distributivo, en la medida en que es justo es proporcional, en tanto que es justo distributivo ejerce geoméricamente dicha proporción; por lo mismo, si lo justo correctivo, en la medida en que es justo es proporcional, en tanto que es justo correctivo ejerce aritméricamente la proporción<sup>39</sup>. La diferencia, pues, entre ambas justicias no está sólo en que, siendo en ambas la igualdad proporcional la razón que las rige, sea *diversa* en cada una, sino que además lo es en diverso *grado*: pues la justicia distributiva es *principal* por relación a la justicia correctiva. Veamos por qué.

## 4.2 La justicia correctiva

En efecto, el segundo modo de justicia parcial es la justicia correctiva. Esta, en tanto que justicia parcial, tiene en común los rasgos ya definidos de la justicia distributiva, a saber: la igualdad como razón formal propia y la significación de lo justo correctivo como igual y como término medio. Por tanto, en tanto que igual requiere, por lo menos, dos cosas; como término medio, un más y un menos; y como

<sup>38</sup> ARISTÓTELES, *EN.*, cit., 1131 b 17-18.

<sup>39</sup> ARISTÓTELES, *EN.*, cit., 1132 a 1.

justo, dos personas. Lo justo correctivo, como lo justo distributivo, es, pues, un término medio e igual en relación con *algo* y con *algunos*<sup>40</sup>.

Dicho esto, veamos en lo que difieren. En primer lugar, la justicia correctiva trae, de alguna manera, causa de la justicia distributiva: no es más que un complemento de ésta, siendo la justicia distributiva la principal de las justicias parciales y la razón de ser de aquella<sup>41</sup>. ¿Por qué ocurre esto? Porque el fin de la justicia distributiva no es otro que el reparto justo —esto es, igual— de los bienes y cargas públicas, atendiendo a los méritos de los ciudadanos que participan de dicha comunidad, lo que conlleva, dada la naturaleza del bien común a repartir, un tipo de igualdad proporcional a la *cualidad* de los sujetos. Una vez establecido esto en cada momento, adquiere sentido ejercer la segunda, la justicia correctiva, pues ésta toma como punto de partida el objeto de la anterior justicia: su fin no es otro que salvaguardar lo justo de ese reparto —que se presupone siempre— y sólo entra en acción cuando ese reparto se ve injustamente desequilibrado en las relaciones particulares —voluntarias o involuntarias— de los sujetos, considerados ahora no ya en tanto que partes de la comunidad política, sino absoluta e independientemente. Esto último explica, en segundo lugar, que el criterio de igualdad o justicia que permite adecuar esta transacción estrictamente privada no sea ya de tipo geométrico, como en el caso de la justicia distributiva, sino de tipo aritmético<sup>42</sup>. Presuponiendo como punto de partida lo justo en la distribución proporcional de los bienes comunes, se trata, únicamente, de equiparar en las relaciones particulares de los sujetos, la prestación y contraprestación de sus bienes —ya, privados— corrigiendo o rectificando, para ello, con arreglo a un criterio exclusivamente numérico —pues nada hay que repartir, esto ya se ha hecho—, el exceso de uno, sustrayéndoselo, y compensando así la deficiencia del otro.

En este caso, el objeto de la virtud es, pues, un término medio e igual por relación a dos personas, haciendo abstracción de las capacidades o méritos de éstas, y no considerando más que el perjuicio causado. Se trata únicamente de restablecer la igualdad quebrada, volviendo a la situación inicial anterior a la transacción que se da por supuesta y justa, y que no es otra, en definitiva, que el reparto de los bienes comunes utilizando el criterio de la justicia distributiva<sup>43</sup>. Y

<sup>40</sup> Leemos en Aristóteles: «El término medio de éstos era lo igual, lo cual decimos que es lo justo, de modo que la justicia correctiva será el término medio entre la pérdida y la ganancia» (EN, 1132 a 17-19).

<sup>41</sup> De ahí que su lógica no difiere en realidad de la primera, pues, aunque aplicada a supuestos distintos, el sentido último no es otro que el de garantizar, corrigiendo, los desequilibrios habidos en el objeto de la justicia distributiva o justo distributivo.

<sup>42</sup> «En cambio, la justicia de los modos de trato es, sí, una igualdad, y lo injusto una desigualdad, pero no según aquella proporción, sino según la proporción aritmética» (ARISTÓTELES, EN, cit., 1131 b 34-1132 a 1).

<sup>43</sup> «Los términos «ganancia» y «pérdida» proceden de los cambios voluntarios, pues a tener más de lo que uno poseía se le llama ganar y a tener menos de lo que tenía

esto no sólo en los tratos voluntarios, sino también cuando uno recibe involuntariamente un daño, pues también aquí hay, según Aristóteles, un hacer y padecer que igualar o corregir, semejante a toda ganancia y pérdida<sup>44</sup>. Corregir es, pues, *rectificar*, y el garante de esto, dice Aristóteles, es el juez, pues acudir a éste «es acudir a la justicia, porque el juez quiere ser como una encarnación de la justicia; se busca al juez como término medio, y en algunas partes se llama a los jueces mediadores en la idea de que si se alcanza de ellos lo intermedio se alcanzará justicia. Por tanto, la justicia es un término medio, puesto que lo es el juez. El juez restablece la igualdad y es como si, de una línea cortada en partes desiguales, quitara a la mayor el trozo en que excede a la mitad y lo añadiera al segmento menor»<sup>45</sup>. Con esto da por terminado el tratado de la justicia parcial o particular.

## 5. CONCLUSIONES

Dicho esto, Aristóteles resume las conclusiones a propósito de la naturaleza de lo justo e injusto, y de la justicia e injusticia como virtud y vicio de éstos<sup>46</sup>. Recordemos que el propósito último de este análisis era explicitar no sólo la declaración de intenciones con la que comenzaba Aristóteles el tratado sobre la justicia, sino también la definición extraída del lenguaje corriente de las nociones de justicia y justo como los dos modos principales del derecho. En este sentido, el desarrollo de la tópica del lenguaje corriente realizada por Aristóteles nos ha hecho ver, de un lado, la importancia de la *igualdad proporcional* como concepto nuclear de lo jurídico —es lo que define la relación de justicia, es decir, aquello que expresa la esencia de lo jurídico y, por extensión, lo que define toda relación trascendental, que alcanza su carácter eminente en la relación de la materia con la forma en el seno de la sustancia física individual—, y de otro, una serie de conclusiones que, tomando como medida esta igualdad, resumen estructuralmente

---

en un principio, perder, y en todo aquello en que la ley da libertad de acción; y cuando no se tiene ni más ni menos, sino lo mismo que tenían, se dice que tiene lo suyo y que ni pierde ni gana» (ARISTÓTELES, *EN.*, cit., 1132 b 10-15).

<sup>44</sup> «(...) y así, cuando uno recibe un golpe y otro lo da, o uno mata y otro muere, el sufrimiento y la acción se reparten desigualmente, pero el juez procura igualarnos con el castigo quitando del lado de la ganancia, pues en tales casos se usa en general el término «ganancia» aunque no es adecuado a algunos, por ejemplo, refiriéndose al que ha dado un golpe, y el de «pérdida» refiriéndose a la víctima; en todo caso, cuando esta clase de daño se mide, decimos que uno sale ganando y otro sale perdiendo» (ARISTÓTELES, *EN.*, cit., 1132 a 7-14). Como añade GAUTHIER y JOLIF, *LEN.*, cit., pp. 362-3: «sólo si se admite la extensión que propone para los sentidos de las palabras *pérdida* y *ganancia*, cabe formular la definición de la justicia correctiva (ARISTÓTELES, *EN.*, cit., 1132 a 18)».

<sup>45</sup> ARISTÓTELES, *EN.*, cit., 1132 a 20-27.

<sup>46</sup> ARISTÓTELES, *EN.*, cit., 1133 b 30-1134 a 16.

el contenido de la justicia y de lo justo en general. Así, se ha precisado cómo el derecho es una noción homónima o plurívoca, en la que se pueden distinguir dos significaciones principales: una, como justicia, en tanto que hábito; otra, como justo, en tanto que objeto. El derecho, en tanto que justo, es así *objeto* de la virtud moral de la justicia. Ésta, por su parte, al ser una virtud moral entre otras, tiene por objeto un bien; luego lo justo no puede ser sino el bien particular de la justicia en tanto que virtud moral. La razón particular de bien de lo justo – legal o particular– no es otra que la igualdad, en el sentido de la proporción. La igualdad proporcional considerada universalmente informa al bien como justo en tanto que objeto de la justicia general o legal –es lo justo legal–, mientras que lo informa específicamente en tanto que objeto de la justicia particular, sea distributiva o correctiva, como justo particular. A su vez, como lo justo y la justicia particulares son partes de lo justo y de la justicia general o legal, serán, por relación a éstos últimos, justo y justicia legal particular, en la medida en que son *legales* por relación a lo justo y justicia general o legal, mientras que éstos serán, por relación a aquéllos, justo y justicia legal *por sí* o, simplemente, justo y justicia legal sin más. En ambos casos, sin embargo, lo justo, siendo objeto de la justicia, es *acto* de justicia, en la medida en que el objeto particulariza el hábito<sup>47</sup>. Pues bien, en tanto que acto,

<sup>47</sup> En efecto, lo justo, en tanto que acto, es *medio entre cometer injusticia y padecerla* (Aristóteles, EN., cit., 1133 b 31-32), la justicia es un hábito medio, una mediedad: «La justicia es, a su vez, una suerte de *mediedad*, no de la misma manera que las otras virtudes, sino porque es propia del medio, mientras que la injusticia lo es de los extremos» (ARISTÓTELES, EN., cit., 1133 b 32). La justicia, sin embargo, no es medio como el resto de las virtudes morales, que son medios entre dos vicios: por ejemplo, la liberalidad es el medio entre la avaricia y la prodigalidad. La justicia, por el contrario, se define por el medio mismo; pues, lo que no es medio es injusticia, sea por más o por menos. Pero, como cometer injusticia es tener más de lo debido y padecerla es tener menos, lo justo no puede dejar de asentarse en el seno de una relación entre personas y/o cosas y de guardar relación con los bienes y males debidos, definiéndose por la *igualdad proporcional* –sea de algún modo universal, geométrico o aritmético–, luego la igualdad permite dar razón de lo justo en tanto que *causa material*, en la medida en que la materia de lo justo es lo más y lo menos a igualar en el seno de una relación entre personas y/o cosas. Por otra parte, lo justo, siendo acto de justicia, es aquello que practica el hombre justo, el cual, como *causa eficiente* de lo justo, no es otro que aquél capaz de realizar, mediante una elección deliberada –pues la virtud moral es hábito selectivo (ARISTÓTELES, EN., cit., 1107 a 1-2)–, lo justo, distribuyendo entre él mismo y otro –o entre dos– no de manera que de lo bueno –lo deseable– él reciba más y el prójimo menos, y de lo malo a la inversa, sino proporcionalmente lo mismo, e igualmente si distribuye entre otros dos. Como vemos, el criterio formal que permite hacer recta la intención es la igualdad –que es lo que define formalmente lo justo en cada caso–, y ello mediante una elección deliberada, para cuyo sentido preciso se requiere de un análisis psicológico de la acción –tal y como lleva a cabo Aristóteles en el libro III de la *Ética a Nicómaco*– guiado por la virtud de la prudencia. Además, como el bien es el objeto de la voluntad, y ésta el asiento de toda virtud moral –luego también de la justicia en tanto que virtud moral–, lo justo, siendo acto de justicia, es querido por la voluntad en tanto que bueno, y en tanto que tal tiene razón de fin, no absolutamente, sino de algún modo, pues es preciso encontrar, dentro de las cosas absolutamente buenas, el bien justo o debido en cada caso:

se distingue de la justicia, pues ésta es, por relación al acto, potencia, aunque en sí sea la forma que resume la sustancia de lo justo y que se expresa legalmente. Esto permite observar como una reflexión completa de lo jurídico tomado no sólo como disposición o hábito, sino también como objeto, distingue las dos causas principales del ser-justo o derecho: como *forma* y como *fin*.

En esta delimitación de lo justo y de la justicia, falta por ver el papel de la ley. Ésta únicamente se ha considerado hasta ahora como una virtud específica, la virtud legal de la justicia que tiene por objeto lo justo general, pero no *en sí*. Para determinar lo que es en sí la ley, sería preciso hacer referencia a la lógica –virtud propia de la razón–, pues ambas son virtudes de razón que tienen un carácter instrumental<sup>48</sup>, lo que permite, en el caso de la ley, vincular adecuadamente la justicia como virtud a lo justo como acto de ésta. En este sentido, la ley es cierta razón expresa del derecho en tanto que justo; pues, al formular aquello en virtud de lo cual se relacionan justamente las personas y/o cosas, expresa la igualdad, siendo también ésta la que da razón de lo justo en tanto que *causa formal expresa* o ley. Pues bien, de todos estos rasgos se puede concluir que el objeto de la justicia es lo justo, el cual, por relación a ésta, es acto y, en ese sentido, *medio* entre lo más y lo menos definido por lo *igual*; y es realizado intencionalmente por aquél que, en tanto que tal, es *hombre justo* y, en tanto que lo realiza de tal modo, bueno, pues lo justo es el *bien* según la razón de igualdad, expresado en la *ley* como obra política. La igualdad –en su sentido proporcional– parece ser así la matriz común que articula todo el discurso de las principales nociones jurídicas.

En efecto, si nos fijamos detenidamente en estas conclusiones, observamos esta gran distinción: de un lado, encontramos los diversos aspectos materiales de una relación que podemos llamar *justa*; de otro, el criterio formal en virtud del cual se relacionan de manera justa

---

*bien*, en todo caso, informado por la igualdad, en la medida en que ésta da razón de lo bueno como justo. Lo justo, pues, en tanto que bien, es el bien de la justicia, el cual, a diferencia de las otras virtudes morales, recae sobre cosas que guardan relación con otro: no sobre el mismo sujeto, sino sobre la relación entre personas y/o cosas, por lo que el bien de lo justo es un *bien común*. Por otra parte, como la igualdad es aquello en virtud de lo cual se relacionan justamente las personas y/o cosas, lo igual da razón también de lo justo en tanto que *causa final*.

<sup>48</sup> Es el caso, por ejemplo, de la cita en la que Aristóteles dice: «Por eso no permitimos que nos mande un ser humano, sino la razón (*lógon*), porque el hombre hace eso en su propio interés, y se convierte en tirano» (*EN.*, 1134 a 35-1134 b 1). La mayor parte de los comentaristas –TRICOT, BURNET, J. (*The Ethics of Aristotle*, ed. J. BURNET, Londres, 1900, p. 232), JOACHIM, H. H., (*The Nicomachean Ethics, a commentary by the late H. H. J., D. A. Rees*, Oxford, 1951, p. 154)– prefieren la expresión *nómon* (ley) en lugar de *lógon* (razón). Véase, por ejemplo: TRICOT, J., *Éthique a Nicomaque, Introduction, notes et index par J. Tricot, Vrin, Paris*, 1967, p. 249, no. 4. También: ARISTÓTELES, *PI*, cit., 1287 a 31-32.

Como señala de modo excelente TOMÁS DE AQUINO en el *Proemio al Comentario a los «Analíticos Posteriores» de Aristóteles* (traducción de Ana Mallea y Marta Daneri-Rebok, EUNSA, Pamplona, 2002, p. 29.



estos diversos aspectos materiales de la misma. La justicia, así, es una virtud que, en tanto que virtud, es común al resto de virtudes: una disposición ordenada que tiene por objeto un bien particular. El bien de esta relación particular de justicia es lo justo, que se define genéricamente por la igualdad; en este sentido, la relación igual es justa, la desigual es injusta y la igualdad es el criterio que permite relacionar justamente la relación material de personas y/o cosas. Por otra parte, siendo la ley la razón expresa de lo justo, y siendo éste lo igual de una relación, la ley será la expresión de una igualdad, y por tanto ésta su fundamento. Todo gira, pues, en torno a una noción, la igualdad, que define una relación material como justa: en el caso de lo justo porque lo define, en el caso de la relación material que subyace porque la informa, a la virtud de la justicia porque la ordena rectamente a lo justo, y a la ley porque la fundamenta. La igualdad presupone así una relación material dotándola de un criterio de justicia. Ese criterio hace de la relación material una relación justa<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> Ahora bien, a pesar de que esta relación material subyacente a la relación de justicia es análoga o muy próxima a la relación de amistad, lo que hace que «la justicia y la amistad sean lo mismo o casi lo mismo» (ARISTÓTELES, *EE.*, cit., 1234 b 31-32) –pues, en ambos casos, se trata de una relación exterior o de comunidad (ARISTÓTELES, *EE.*, cit., 1241 b 19) cuyo bien, por tanto, no puede ser sino común, distinguiéndose de otras relaciones cuyo bien es privativo de una sola de las partes– (ARISTÓTELES, *EE.*, cit., 1241 b 17-23), lo cierto es que la comunidad, en un caso y en otro, es diversa: así, en el caso de la amistad se trata de una comunidad *interpersonal* cuyo bien es el de los amigos, mientras que en la justicia se trata de una comunidad *institucional* cuyo bien es el de los ciudadanos. El criterio, sin embargo, que garantiza la finalidad de ambas comunidades –el bien de los amigos o el de los ciudadanos– es el mismo: *la igualdad* considerada recíprocamente. Ésta, en efecto, mantiene unida la comunidad y permite el ejercicio del bien en cada caso. Pero, como el bien, en un caso como en otro, es diverso y graduable; pues, si es cierto que el bien de la amistad unas veces es la virtud, otras el placer y otras la utilidad, luego la igualdad será en proporción a la virtud si rige una comunidad interpersonal basada en la virtud, en proporción al placer si rige una comunidad interpersonal sustentada en el placer, o en proporción a la utilidad si es en razón de esto, pero siempre por relación al primero de ellos; en el caso de la justicia, siendo el bien también diverso en función de la comunidad política de hecho instituida, la igualdad será también diversa: sea, por ejemplo, en proporción al bien de una comunidad política aristocrática, monárquica o democrática, pero igualmente por relación al primero de ellos (ARISTÓTELES, *EE.*, cit., 1241 b 34-41). La diferencia, no obstante, entre la amistad y la justicia no es sólo por razón de la materia –en la medida en que una se da en una comunidad interpersonal y la otra institucional–, sino también por razón de la forma: pues mientras que en la amistad la igualdad se presupone (ARISTÓTELES, *EE.*, cit., 1238 b 15-16, 16-25; 1239 a 1-7) –pues los amigos viven voluntariamente juntos, requieren tiempo y trato y son como uno mismo (ARISTÓTELES, *EN.*, cit., 1170 b 6)–, en el caso de la justicia, la igualdad, al estar mediada por una cierta distancia, más que presuponerse, es un objetivo a alcanzar (ARISTÓTELES, *EE.*, cit., 1238 b 15-16, 18-25; ARISTÓTELES, *EN.*, cit., 1158 b 28-31). De ahí que, aunque Aristóteles señala que «cuando los hombres son amigos, ninguna necesidad hay de justicia» (ARISTÓTELES, *EN.*, cit., 1155 a 26-28) pues los amigos son inmediatamente iguales sin necesidad de ninguna mediación institucional (ARISTÓTELES, *EE.*, cit., 1235 a 2-4), lo cierto es que la justicia, al llevar la amistad al ámbito de las instituciones, garantiza un bien mayor o más comprensivo

La igualdad proporcional es, pues, la esencia de lo justo: aquello que permite definir lo justo como una relación de justicia. De ahí que tanto la relación como los términos materiales que la componen son justos porque son iguales, es decir, porque participan de una relación de igualdad definida universal o específicamente por la proporción. De hecho, no cabría dotar de una entidad particular a lo justo distinta de la relación material que le sirve de asiento ni del criterio formal de igualdad que organiza dicha relación material precisamente como justa. Ambos aspectos están entrelazados —embebidos uno en el otro—, tanto la relación material y sus términos como el criterio formal de igualdad que los organiza en una relación justa son así partes inescindibles del ser-justo, irreductibles a su sola consideración material o formal. La identificación de lo justo con su sola consideración material haría de éste una mera relación de hechos sociales dispersos; la identificación con su sola consideración formal haría de éste una igualdad que, paradójicamente, no iguala nada, siempre idéntica a sí misma; la identificación de lo justo con la ley, esto es, con la sola expresión de un criterio formal, haría de lo justo la sola expresión de nada. La igualdad proporcional permite así dar unidad al derecho según una razón analógica, una de alguna manera, en tanto que razón de lo justo, de la justicia y de la ley.

Fecha de recepción: 31/03/2012. Fecha de aceptación: 20/12/2012.

---

que el de la amistad (ARISTÓTELES, *EE.*, ARISTÓTELES, cit., 1241 b 14-15). De ahí que la justicia legal sea la virtud ejemplar en el ámbito moral.

# Apuntes sobre el pensamiento de Spinoza: las dialécticas políticas y jurídicas

Por RAFAEL VEGA PASQUÍN  
Universidad Pontificia Comillas de Madrid

## RESUMEN

*Este estudio sobre el pensamiento dialéctico en la filosofía de Spinoza se puede dividir, a grandes rasgos, en dos partes diferenciadas: lo que Spinoza describe y lo que Spinoza propone. Por un lado, lo que describe Spinoza, y las doctrinas y conceptos de los que se sirve el filósofo para exponer su punto de vista acerca de la ética, la política y el derecho. Y, por otro lado, lo que Spinoza propone; pues, sentadas las bases de su filosofía y aclarados los presupuestos éticos de su pensamiento, el filósofo lleva a cabo ciertos desarrollos y aplicaciones al terreno práctico de la política y el derecho. Y es, precisamente en este terreno, donde ciertas ideas como el derecho natural subjetivo, la renuncia al derecho natural, el pacto social o la promesa de obediencia a la ley, contribuyen a perfilar el concepto spinozista de común decreto o leyes comunes.*

Palabras clave: univocidad, equivocidad, dialéctica, filosofía de Spinoza.

## ABSTRACT

*This study on the dialectical thought in Spinoza's philosophy can divide, in outline, in two differentiated parts: what Spinoza describes and what Spinoza proposes. On the one hand, which Spinoza describes, and the doctrines and concepts which it is served the philosopher to expose his point of view*

*brings over of the ethics, the politics and the law. And, on the other hand, what Spinoza proposes, so, laid the foundations of his philosophy and clarified the ethical budgets of his thought, the philosopher carries out certain developments and applications to the practical area of the politics and the law. And it is, precisely in this area, where certain you design as the natural subjective right, the resignation to the natural right, the social agreement or the promise of obedience to the law, they help to outline the concept spinozista of common decree or common laws.*

Key words: *univocity, equivocality, dialectics, Spinoza's philosophy.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA UNIDAD DE LA FILOSOFÍA DE SPINOZA.—III. LO QUE SPINOZA DESCRIBE.—IV. UNIVOCISMOS, EQUIVOCISMOS Y DIALÉCTICAS.—V. LO QUE SPINOZA PROPONE.—VI. LAS DIALÉCTICAS EN LA FILOSOFÍA PRÁCTICA DE SPINOZA.—VII. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo se centra en el pensamiento jurídico-político de Baruch Spinoza y estudia concretamente el funcionamiento del derecho natural subjetivo y el común decreto spinozista. Esto es, de la filosofía de Spinoza nos interesa su base ética, su fuerte fundamentación metafísica pero, sobre todo, las consecuencias y repercusión de sus teorías y conceptos en los terrenos de la política y el derecho. De ahí que nos centremos sobre todo en cuestiones como el paso del estado de naturaleza al estado político y la discusión en torno a la relación entre las leyes de la naturaleza y las leyes humanas.

No obstante, Spinoza es un clásico del pensamiento y, como tal, constituye una referencia ineludible en el ámbito filosófico. Ciertamente, la filosofía de Spinoza es una fuente inagotable de sugerentes lecturas e interpretaciones. Aunque no sea éste el objeto de nuestro estudio (y, por tanto, sin ánimo de ser exhaustivo), trataré brevemente de ordenar aquí algunas de aquellas lecturas e interpretaciones. Breve panorámica u ordenación para, dentro de la diversidad y dispersión, clarificar y mostrar en cierto modo la unidad y el sentido del tratamiento que aquí se quiere dar a la filosofía de Spinoza. Asimismo, para llevar a cabo este estudio y poder explicar con mayor claridad los diferentes problemas y dificultades que se susciten, me serviré principalmente de las cuatro causas de la filosofía aristotélica. Recurriré, igualmente, a los cuatro modos de comprender la

noción de ley, según Michel Bastit: ley analógica, unívoca, equívoca y dialéctica<sup>1</sup>.

El objeto de este estudio consiste, pues, en ordenar y distinguir las causas de la filosofía práctica de Spinoza, así como contribuir a desvelar y destacar los posibles univocismos, equivocismos y dialécticas. Por un lado, se van a manejar algunas de las principales interpretaciones de la filosofía de Spinoza. Y, por otro lado, centraremos nuestro trabajo en un análisis detallado de los textos clave de Spinoza. Se pretende, pues, que el estudio de las interpretaciones y de los textos nos conduzca a ciertas aportaciones que contribuyan a una mejor comprensión de la filosofía de Spinoza. En definitiva, un método hermenéutico de trabajo que tratará de apoyarse y de poner en ejercicio la lógica analógica de cierto aristotelismo<sup>2</sup>. Es decir, buscamos que una estructura de pensamiento más comprensiva (como la filosofía aristotélica) nos permita analizar y exponer más coherentemente diferentes doctrinas filosóficas (las filosofías modernas y, concretamente, la filosofía de Spinoza en este caso). Con el método de estudio de las estructuras de pensamiento trataremos de ordenar las diferentes y aun contrapuestas interpretaciones de Spinoza a partir de una estructura de pensamiento analógica. Por tanto, esta hermenéutica analógica es la encargada de proporcionar unidad y sentido a este estudio. En suma, dicho método nos ha de permitir alcanzar al final ciertas conclusiones y poner en ejercicio, ahora, una unidad, una lógica analógica o simplemente una relación comprensible entre las muy diversas lecturas de Spinoza.

---

<sup>1</sup> ARISTÓTELES (2002 y 2000) realiza el análisis de las causas, entre otros lugares de su obra, en *Metafísica* I 983a 25, *Física* II 194b 15 y más concretamente en *Física* II 198a 20-25: «Y puesto que las causas son cuatro, es tarea propia del físico conocerlas todas, pues para explicar físicamente el “por qué” tendrá que remitirse a todas ellas, esto es, a la materia, a la forma, a lo que hace mover y al fin.» Por su parte, M. BASTIT (2005) divide su importante libro en tres partes. La primera parte desarrolla la ley analógica en Santo Tomás. La segunda parte –dedicada a la ruptura nominalista– se ocupa de la ley unívoca en Escoto y de la ley equívoca en Ockham. Y, finalmente, en la tercera parte expone la ley dialéctica en Francisco Suárez. M. BASTIT (2005: 63 y 64), al interpretar la ley analógica en Santo Tomás, propone una vuelta a Aristóteles. Un retorno a Aristóteles porque el orden del que habla se fundamenta en el movimiento del ser, asumiendo el devenir. ¡Cuidado, entonces! Bastit rechaza abiertamente los teologismos jurídicos, pues considera que un orden descendente de jerarquía destruye la realidad de los grados inferiores y tiende a rechazar la experiencia del movimiento.

<sup>2</sup> Referencia ineludible en este campo son los trabajos de A. de MURALT (2008, 2002, 1985). Por su parte, J. C. MUINELO (2011: 24 y ss.), se ha propuesto completar la estructura de la filosofía del derecho aristotélica. Por ello, frente a los múltiples equivocismos, Muinelo restablece y pone en funcionamiento una unidad de analogía y no de univocidad. Igualmente, en MUINELO (2005a, 2005b, 2003). Y en esta misma línea de trabajo: M. BEUCHOT (2003), J. A. GÓMEZ (2009), J. L. MUÑOZ DE BAENA (2007) o R. VEGA (2011 y 2007).

## II. LA UNIDAD DE LA FILOSOFÍA DE SPINOZA

Tradicionalmente Spinoza suele aparecer de dos formas contrapuestas e irreconciliables: escándalo o fascinación<sup>3</sup>. Esto es, o bien envuelto en terribles escándalos o bien, contrariamente, presentado como un individuo excepcional que inspira una extraña fascinación. ¿Es posible, entonces, estudiar la filosofía de Spinoza a partir de una unidad analógica? Consideramos que entre el escándalo y la fascinación cabe aproximarse a Spinoza como a un filósofo clásico, interesante y vigente, es decir, tratar de comprenderlo con la mayor objetividad posible. En definitiva, trataremos de huir –siendo fieles a nuestro método de trabajo– de univocismos y equivocismos en nuestra exposición.

Sin duda, hay varios Spinozas<sup>4</sup>. Lo que ha llevado a distinguir entre diversas interpretaciones del filósofo: una interpretación materialista<sup>5</sup>, una interpretación en función de las religiones<sup>6</sup>, una interpre-

<sup>3</sup> G. ALBIAC (1987: 25), sobre Spinoza, señala que «Nadie despertó en su siglo tanto temor ni tanto odio. Tan tiránica seducción, por tanto. El terror desmedido que supiera imponer a sus contemporáneos lo ha salvado para siempre del olvido, ha sido su arma contra el exterminio; ese afirmarse suyo en el límite de lo concebible lo sitúa fuera del tiempo. Pero volvamos a preguntarnos hoy, ¿quién temió, de tal modo fascinado, a Baruch de Espinosa? ¿Qué se temió, qué se teme, en su aplicada obra, de moralista perverso? Me pregunto si no será, tal vez, la explicitación teórica de un hecho histórico irreversible: la experiencia marrana, la experiencia del fin (que sigue a su apoteosis) de toda religión de salvación.»

<sup>4</sup> H. A. WOLFSON (1983). En su profundo y exhaustivo estudio de la *Ethica*, observa Wolfson que hay, al menos, dos Spinozas: el Spinoza explícito, el de las definiciones, axiomas y proposiciones (al que llama Benedictus); y el Spinoza implícito, que se revela ocasionalmente en los escolios (al que denomina Baruch). Para Wolfson, Benedictus es el primero de los filósofos modernos y Baruch el último de los medievales.

<sup>5</sup> Entre otros, G. ALBIAC (2011), J. P. GARCÍA DEL CAMPO (2008), A. MATHERON (1983), V. PEÑA (1974) o A. TOSEL (1994). Por su parte, A. NEGRI (1993: 354), considera la filosofía novedosa y diferente de Spinoza como una concepción radicalmente materialista del ser y del mundo. Para Negri, en la filosofía de Spinoza, el consenso sustituye al contrato y el método de la colectividad se impone a la individualidad. Es la multitud la potencia constitutiva. Y este materialismo revolucionario lo formula NEGRI (2000: 46), del siguiente modo: «Aquí, Spinoza, llega a determinar la paradoja revolucionaria según la cual el carácter ilimitado del poder sólo puede darse cuando el Estado quede firmemente limitado y condicionado por la potencia del consenso. De ahí que, al contrario, la ruptura de la norma consensual desencadene inmediatamente la guerra –la ruptura absolutista de un derecho civil constitucional es, por sí misma, un acto del derecho de guerra.» Luego la ontología spinoziana, concluye el autor, no es más que una genealogía del comunismo.

<sup>6</sup> P. BAYLE (2010), difundió en los siglos XVII y XVIII la imagen de Spinoza como un filósofo maldito. Spinoza, sintetiza este autor, ha sido un ateo de sistema. Por su parte, P. WIENPAHL (1990: 13 y 64), afirma que la *Ethica* de Spinoza es la versión del siglo XVII de la Biblia. Sin embargo, considera este autor, el *Tratado de la reforma del entendimiento* como el documento filosófico más importante y revolucionario de los tiempos modernos. Ciertamente, el *Tratado de la reforma del entendimiento* de Spinoza es un texto juvenil e incompleto que Spinoza no publicó pero que, no obstante,

tación desde las ideologías políticas<sup>7</sup> o, entre otras, una interpretación de Spinoza desde la cultura judía<sup>8</sup>. Interpretaciones diferentes y muy distintos Spinozas. Pero estos diversos Spinozas pueden ser también ordenados y se puede tratar de mostrar la consistencia lógica y el sentido propio de una unitaria filosofía de Spinoza. Aludiremos aquí a un interpretación general y comprensiva de Spinoza como filósofo moderno. Una interpretación que, englobando coherentemente a las otras, permita además destacar los aspectos unívocos, equívocos y dialécticos de la filosofía de Spinoza.

Así pues, podemos admitir que hay varios Spinozas y muy diversas y válidas interpretaciones de Spinoza. Pero también podemos defender que esa pluralidad y diversas formas de entender a Spinoza cabe comprenderlas a partir de una específica y concreta doctrina de pensamiento que conviene precisar. Y, quizá, determinar y perfilar bien dicha doctrina de pensamiento sea labor ardua y compleja, pero de innegable relevancia. La unidad de la filosofía de Spinoza no es, pues, un obstáculo sino que, al contrario, viene a organizar la diversidad de enfoques y lecturas del filósofo. La filosofía de Spinoza, entonces, podrá encontrar puentes de relación y diálogo no sólo con Maquiavelo, Hobbes y Rousseau sino también con Escoto, Ockham y Suárez.

Por todo ello, hemos preferido destacar los aspectos unívocos de la filosofía de Spinoza (el misticismo, el racionalismo dogmático, la filosofía esencialista), los aspectos equívocos (el nominalismo hobbesiano, el existencialismo ateo, la fuerza de los afectos) y los aspectos dialécticos (la multitud que se guía como por una sola mente, el republicanismo libertario, la filosofía ecosistémica). De esta manera, podremos dar buenas razones para señalar la conexión de Spinoza con, por ejemplo, la cultura de Maimónides, la visión deslumbradora de Giordano Bruno, la gramática de Descartes y, de otra parte, reivindicar su influjo soterrado sobre los ilustrados o su influjo más explíci-

---

contiene las bases de lo que podríamos llamar su doctrina del método. El proyecto inicial de SPINOZA (1988a: 80 y ss.), establecía, entre otras cuestiones, entregarse plenamente a la reflexión para entender la Naturaleza, formar adecuadamente una sociedad y consagrarse a la filosofía moral. Finalmente, L. ESPINOSA (1995: 40 y 112), considera que la ética spinozista es desalienante y, en realidad, anti-ideológica. Más allá de materialismos y misticismos, dice este autor, hay que comprender a Spinoza como un filósofo anómalo y libertario.

<sup>7</sup> Para S. SMITH (2007), hemos de interpretar la filosofía de Spinoza como la primera andanada en la batalla de la Ilustración contra el dogmatismo. A partir de ahí cabría, según este autor, armonizar todos los tópicos del individualismo liberal con los principios spinozistas. Y así, la ética spinozista propondría sencillamente desarrollar la virtud del individuo libre. La *Ética* de Spinoza tiene hoy un especial interés, concluye este autor, porque sigue siendo uno de los documentos fundadores del moderno individualismo democrático. En el mismo sentido J. ISRAEL (2001). Por el contrario, la tradición republicana, renovada por Maquiavelo y Spinoza, es justamente lo que defienden otros intérpretes: H. BLOM (1985), J. DE LUCAS (1987), F. J. PEÑA ECHEVERRÍA (1989), R. PROKHOVNIK (2004) o Q. SKINNER (1998).

<sup>8</sup> S. NADLER (1997), S. SMITH (1998), L. STRAUSS (1997) o W. VAN BUNGE (1997).

to sobre Hegel. Pero también este método de unidad estructural debe servir, como decimos, para comprender y articular estos diversos Spinozas en una precisa y coherente filosofía de Spinoza. Porque, en definitiva, distinguiendo y ordenando estos aspectos, quizás pueda presentarse la filosofía de Spinoza con una mayor neutralidad e imparcialidad. Éste es nuestro propósito<sup>9</sup>.

### III. LO QUE SPINOZA DESCRIBE

La filosofía de Spinoza se apoya, sin duda, en sólidos fundamentos metafísicos. El filósofo racionalista concibió una potente ética intelectualista. Se puede decir, entonces, que la metafísica y la ética del filósofo holandés influyen poderosamente en sus planteamientos y posiciones en el terreno de la política y el derecho. O dicho de otro modo, la filosofía primera y la filosofía práctica en su sistema de pensamiento están coherentemente relacionadas. Partiremos de esta base. La ética intelectualista de Spinoza hunde sus raíces en su filosofía primera para, después, desarrollarse consecuentemente en el ámbito político y jurídico. Lo que Spinoza describe en el ámbito ético es el verdadero recorrido y desarrollo de la libertad del hombre como ser natural. Así pues, su particular concepción de la ética no es sino un intento de mostrar el alcance de la libertad humana dentro de la necesidad natural. Por esta razón Albiac señala muy acertadamente el antiutopismo de Maquiavelo y de Spinoza. La teoría política moderna que proponen estos autores trata de desvelar que toda proyección de los deseos y los fines de los hombres en la política no es sino alucinación o engaño. Por lo tanto, lo que la imaginación va superponiendo sobre el conocimiento conduce invariablemente al error y al enmascaramiento de la realidad. Spinoza, entonces, concebirá la idea de lo político –por decirlo con palabras de G. Albiac (2011: 21 y 230)– como una analítica de las determinaciones.

¿Cómo hay que entender la libertad humana?, ¿cuál es el verdadero alcance de la necesidad natural?, ¿resuelve Spinoza el problema de la libre-necesidad en el hombre? Trataremos de mostrar por qué es importante responder a estas preguntas; y por qué es importante no sólo para entender bien la ética de Spinoza, sino también para conocer la verdadera profundidad de sus propuestas en el ámbito de la política y el derecho. En el terreno político lo que Spinoza describe es el paso del estado de naturaleza al estado político. En el terreno jurídico lo

---

<sup>9</sup> En esta línea general, junto a G. DELEUZE (1999) y A. de MURALT (2002), también podemos citar a A. DOMÍNGUEZ (1979), E. GIANCOTTI (1985), F. LEÓN FLORIDO (1993), R. MISRAHI (1975) o A. DAMASIO (2005) que, desde las más actuales investigaciones en neurobiología, destaca los aciertos de Spinoza y la importancia de sus aportaciones.



que Spinoza describe es la relación entre la ley de la naturaleza y la ley humana. Como dice Albiac, la definición de la libertad en Spinoza es esencial. Y lo es porque termina aboliendo toda contraposición entre libertad y necesidad. Por ello, para articular correctamente esta primera dialéctica entre la libertad y la necesidad, hemos de recordar que Spinoza distingue, en realidad, entre libertad y servidumbre. La libertad, para Spinoza, es necesidad autodeterminativa. Es decir, la libertad humana no es sino la necesidad natural impulsada y, en cierto modo, conducida por el sujeto individual. La servidumbre, para Spinoza, es necesidad heterodeterminativa. Es decir, la necesidad natural impulsada y conducida por las afecciones externas e internas del sujeto individual. Y concluye G. Albiac (2011: 259): «Tan necesario es el acto libre como el acto determinado. Lo que se opone a libertad no es necesidad; lo que se opone a libertad es constricción –*res coacta*, *coacción*–, esto es, causación externa, heterodeterminación.»<sup>10</sup>

Ahora bien, según hemos dicho la ética de Spinoza condiciona su visión de la política y el derecho. Luego si, por un lado, la ética spinozista gira en torno al problema de precisar y determinar el funcionamiento de la libertad humana dentro de la necesidad de la naturaleza; por otro lado, la política spinozista, podemos decir, ha de girar en torno al problema de construir y establecer el estado político dentro del estado de naturaleza. Y, por su parte, el derecho spinozista girará en torno al problema de concretar la ley humana o ley política dentro de las leyes de la naturaleza. Porque el hombre, concluye Spinoza, no es un imperio dentro de otro imperio; esto es, un imperio ético, político o jurídico autónomo y al margen del imperio de la naturaleza. No, de ningún modo, dice Spinoza. La fuerza ética de la naturaleza humana no deja de ser una parte de las fuerzas naturales, y se comprende mejor dentro del desenvolvimiento de toda la naturaleza. Y de igual modo, el poder político y jurídico del hombre son sólo una parte dentro de la naturaleza<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Igualmente, Gabriel Albiac se ha ocupado del problema del sometimiento y la sumisión de los hombres. Observa que los afectos cumplen una función de sumisión. Y, precisamente, este sometimiento es lo que define la subjetividad. Los hombres, como dice Spinoza, están necesariamente sometidos a los afectos. En definitiva, no sólo Spinoza sino el conjunto de la filosofía moderna –permanentemente preocupada con el tema de la naturaleza humana– trataron de alcanzar una mayor precisión a la hora de definir dicha subjetividad. Con ello se pretendía, sin duda, describir mejor al individuo humano pero, sobre todo, se aspiraba a construir adecuadamente una nueva estructura político-jurídica: el Estado moderno. El sujeto moderno descubre que está sometido a la naturaleza, pero que también lo está a un orden político-jurídico. Por ello, ALBIAC (2011: 238), al explicar el pensamiento de Spinoza, establece muy bien en este punto la conexión de la *Ethica* con el *Tratado Político*. Por su parte, A. de MURALT (2002: 159 y ss.), cuando se refiere a este problema alude al clásico problema de la esclavitud voluntaria o la alienación definitiva de la libertad, tanto personal como política.

<sup>11</sup> Cf. SPINOZA (1995: 170, *Ethica III* [en adelante *Eth*], *prefacio*). La ética gnosológica de Spinoza choca contra casi todo tipo de moralismo. Spinoza no puede

Por lo tanto, si estos son los presupuestos spinozistas, tendremos que establecer y analizar las oportunas relaciones entre la ética spinozista y sus propuestas políticas y jurídicas. Esto es, las relaciones entre una ética que parte de la necesidad natural, una política que presupone un estado de naturaleza y un derecho que atiende a las leyes naturales. Se han de analizar las relaciones entre la libertad humana (filosofía ética), la construcción del estado político (filosofía política) y la determinación del orden jurídico (filosofía del derecho). Para, finalmente y dentro ya de cada ámbito propio (ética, política y derecho spinozistas), tratar de perfilar la libertad humana dentro de la necesidad natural a la que se refiere la ética de Spinoza; mostrar el estado político construido sobre la base del estado natural que describe la política de Spinoza; y delimitar el espacio de la ley humana dentro de las leyes de la naturaleza a las que se refiere el pensamiento jurídico de Spinoza.

#### IV. UNIVOCISMOS, EQUIVOCISMOS Y DIALÉCTICAS

Como hemos señalado, Spinoza antes de afrontar los problemas de la política y el derecho profundizó en el análisis de la naturaleza y su conocimiento. Spinoza estudió detalladamente la substancia natural, sus atributos y modos. La substancia única e infinita como *causa sui*. Es decir, construyó un armazón metafísico desde el que despliega, después, su filosofía práctica. Pues bien, el objeto de este artículo es determinar algunos rasgos que caracterizan la filosofía práctica de Spinoza. Esto es, señalar cuáles son los aspectos unívocos y equívocos de la filosofía práctica de Spinoza. Se podría pensar erróneamente que tratamos de ubicar la filosofía spinozista dentro de la tradición escolástica o, quizás, fuera de la línea del racionalismo cartesiano. No es ésa, sin embargo, la intención de este estudio. No pretendemos entender a Spinoza como un mero continuador de la línea escolástica. Ahora bien, no cabe por otra parte negar u ocultar el pensamiento metafísico de Spinoza, la unidad sistemática de su filosofía. De este modo, insistimos en que nos aproximamos al spinozismo desde una lógica analógica capaz de dar cuenta unitariamente de univocidades, equivocidades y dialécticas.

Tenemos, entonces, que estudiar aquí la concreta y precisa relación entre la necesidad natural y la libertad humana. Y, por ello, retomamos

---

entender cómo la mayor parte de los moralistas conciben al hombre dentro de la naturaleza, pero como un imperio dentro de otro imperio. Por un lado, el imperio del orden natural y, por otro lado, y operando con autonomía el imperio del orden moral. De ese modo, los seres humanos podrían oponerse a la naturaleza y, en algunos casos, (lo que es más asombroso para el filósofo) se prescribe moralmente actuar en contra de ella. Spinoza, entonces, niega categóricamente que el hombre perturbe el orden de la naturaleza y rechaza con firmeza que los seres humanos estén únicamente determinados a actuar por sí mismos.

las preguntas planteadas: ¿cómo hay que entender la libre-necesidad en el hombre?, ¿de qué modo la necesidad y la libertad no se oponen? Retomamos las preguntas y se las hacemos a Spinoza. ¿Cuál es el verdadero alcance de la necesidad natural? Según Spinoza, desde el punto de vista de la naturaleza rige la necesidad más absoluta. La *causa sui* y la ley del *conatus* en la substancia natural son las grandes aportaciones de la filosofía de Spinoza (1995: Eth I, def. 1 y Eth. II, prop. VII) en este terreno. Igualmente, por naturaleza debemos entender una substancia única e infinita. Spinoza configura la unidad de una substancia infinita, única y necesaria. Y precisamente este modo de concebir la unidad y la necesidad natural (que, como veremos más adelante, se expande hacia el estado de naturaleza en la política y hacia la ley natural en el derecho) es lo que conduce a que aparezcan los aspectos unívocos en la filosofía de Spinoza (1995: Eth I, prop. XXIX)<sup>12</sup>. A nuestro juicio, ha sido Gilles Deleuze quien mejor ha sabido destacar los rasgos de univocidad de la filosofía de Spinoza. G. Deleuze (1999: 57 y 58) acierta, sin duda, al señalar la raíz escotista del problema: la distinción formal de Duns Escoto. La substancia única spinozista expresa su unidad, dice Deleuze. Parece que de ahí cabría deducir una metafísica inmanente y esencialista. Y su origen teórico –paradójico si se quiere– es la lógica unívoca de Duns Escoto. Pero, curiosamente, también ha sido Deleuze quien mejor ha mostrado el nuevo uso que Spinoza le dio a la distinción formal escotista. Lo sorprendente y genial de la tesis de Deleuze es que es capaz de interpretar la filosofía de Spinoza –desde cierta ambigüedad o tensión dialéctica– no como una metafísica esencialista (próxima a los univocismos), sino como una metafísica de la diferencia (próxima a los equivocismos)<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Para M. BASTIT (2005: 215), –que asocia la univocidad a Escoto– es muy importante destacar el olvido e incluso el desprecio de las cosas en el mundo del derecho que dicha univocidad supone. «En lugar de las cosas está la voluntad del legislador y, si se profundiza el análisis, una voluntad única que circula de una ley a otra y termina por englobar de una manera más o menos directa a la totalidad de las leyes y del orden jurídico. La univocidad de la ley se manifiesta entonces en dos sentidos, ante todo porque a la diversidad de las leyes la sustituye una única voluntad divina, luego porque la diversidad de las relaciones es sustituida, de manera más o menos directa, por una voluntad uniforme tras la cual se encuentra siempre la presencia de la voluntad divina.» Voluntad divina para Escoto, voluntad del legislador para los univocismos jurídicos. También A. de MURALT (2002: 76 y ss.), ha explicitado con suma precisión las profundas, y a nuestro entender insoslayables, consecuencias políticas y jurídicas del voluntarismo de Escoto y Ockham.

<sup>13</sup> G. DELEUZE (1999: 33 y 34), lo subraya una y otra vez: la clave para entender bien la filosofía de Spinoza está en la teoría de las distinciones. La univocidad escotista, entonces, se transforma en causa inmanente spinozista. Sin embargo, la nueva teoría de las distinciones de Spinoza es capaz de expresar la diferencia en el ser. En consecuencia, Deleuze apunta ya a la dialéctica spinozista entre univocidad y equivocidad. Y por ello afirma que el tratamiento de la teoría de las distinciones y el problema de la expresión hacen que Spinoza y Leibniz aparezcan como los verdaderos fundadores de una filosofía post-cartesiana.

¿Cómo entender la libertad humana?, ¿realmente resuelve Spinoza el problema de la libre-necesidad? Desde el punto de vista de la naturaleza humana la cuestión, en efecto, no es tan sencilla y se complica enormemente. Sin embargo, Spinoza es implacable y recuerda permanentemente que cuando hablamos de la naturaleza humana nos referimos a una parte (el hombre o animal racional) de ningún modo separada del todo natural (la naturaleza o substancia única). La esencia del hombre es el deseo, dice Spinoza. Es el deseo lo que hace que el hombre se esfuerce por perseverar en su ser. La ley general del *conatus* en la naturaleza se especifica así en la naturaleza particular del ser humano. Hasta aquí la más pura necesidad de las leyes de la naturaleza. Pero el hombre también posee la capacidad de razonar. Y, de ahí, que la potencia del entendimiento luche y se esfuerce contra la fuerza natural de las afecciones. La libertad humana se entiende, pues, como el resultado de esta lucha permanente, dado que el hombre no es sino deseo consciente. Ahora bien, Spinoza trata de ser un pensador realista y asume que la fuerza del deseo se impone mayoritariamente al orden de las razones. Más que acciones éticas, los hombres padecen afecciones, esto es, se ven arrastrados por las pasiones. Y precisamente esta actividad humana impulsada por el ciego deseo y caracterizada como la voluntad indeterminada y sin fines concretos del sujeto individual es lo que desemboca en los equivocismos que aparecen en la filosofía de Spinoza<sup>14</sup>.

Spinoza, por tanto, no resuelve del todo el problema de la libertad del hombre o, más bien, plantea el problema de otro modo. Y así, Spinoza llama servidumbre a la necesidad heterodeterminativa, ligada a la impotencia y las pasiones. Y llama libertad a la necesidad autodeterminativa, ligada a la acción de un verdadero sujeto ético. En definitiva, si la univocidad y la equivocidad plantean problemas irresolubles y la analogía aristotélica o escolástica se considera una herramienta anacrónica y desfasada, parece que la filosofía de Spinoza se inclina, más bien, por un modo de pensamiento dialéctico con el que tratar de resolver las dificultades. Y así, en el *Tratado de la reforma del entendimiento*, Spinoza (1988a: 104-107), trata de perfilar aquello que constituye la forma de la verdad. Lo que debemos articular correcta-

---

<sup>14</sup> Precisamente esta tensión entre lo unívoco y lo equívoco es lo que dificulta e impide al hombre descubrir y expresar adecuadamente el paralelismo en el orden de las cosas y las ideas. Cf. SPINOZA (1995: Eth III, prop. VI). Por su parte, M. BASTIT (2005: 285), sitúa en Ockham el origen de los equivocismos. «*Al destruir las nociones metafísicas, culminando en el absurdo, permite sólo a la fe responder a las cuestiones que dejan a la inteligencia presa del lenguaje.*» En la misma dirección, J. C. UTRERA (2007: 31 y 32), señala muy bien cómo la falta de unidad y de finalidad de suyo de la sociedad política es el problema radical del ockhamismo. «*El objeto del poder no consiste en la consecución del bien de la comunidad y, en él, de la virtud ciudadana; por el contrario, su finalidad radica en la coerción de comportamientos irreconciliables con la supervivencia social y en la creación de un contexto que haga posible el desenvolvimiento de cada individuo y la búsqueda por su parte de su particular provecho.*»

mente es el orden de las cosas o existencias y el orden de las ideas o esencias. Para Spinoza la forma del pensamiento verdadero hay que buscarla en el pensamiento mismo y hay que deducirla de la naturaleza del entendimiento. La forma de la verdad, entonces, resulta idéntica a la materia de las cosas: la una (forma) representa la esencia, la otra (materia) refleja la existencia. La dialéctica aquí es entre esencias y existencias. Y en el mismo sentido en Spinoza (1995: Eth I, prop. XI). Sin embargo, la esencia del hombre no implica la existencia necesaria, (1995: Eth II, axioma I). El problema sólo se resuelve apelando a la substancia única, apelando a Dios *sive Natura*, (1995: Eth I, prop. XX). A partir de aquí sólo cabe articular una lógica dialéctica<sup>15</sup>.

En los presupuestos de la filosofía de Spinoza, según Deleuze, el único lenguaje es el de la univocidad. La univocidad de los atributos, la univocidad de la causa, la univocidad de la idea. Univocidad del ser, univocidad del producir y univocidad del conocer. Y, no obstante, vemos cómo el pensamiento de Spinoza huye permanentemente de univocismos y equivocismos. Luego la lógica dialéctica, con su necesaria apelación a un tercer término (en la interpretación de Deleuze «lo expresado»), aparece como única alternativa. Para Deleuze, Spinoza acepta los peligros que implica la noción de expresión: por un lado, la immanencia y, por el otro, el panteísmo. Lejos de que la noción de expresión en Spinoza le reconcilie con la creación y la emanación –muy al contrario dice Deleuze– las expulsa. Frente a lo unívoco y lo equívoco, «lo expresado» es la propuesta de Deleuze (1999: 332), «Lo expresado interviene como un tercero que transforma los dualismos. Más allá de la causalidad real, más allá de la representación ideal, se descubre lo expresado como el tercero que hace las distinciones infinitamente más reales, la identidad infinitamente mejor pensada. Lo expresado es el sentido: más profundo que la relación de causalidad, más profundo que la relación de representación.» Y en esta dirección, A. de Muralt (2008: 58 y 86) resalta también la importancia de la doctrina de las distinciones; porque muestra los modos que tiene el hombre de analizar y comprender la realidad y porque saca a la luz la totalidad de las estructuras de pensamiento posibles<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> La articulación dialéctica en el terreno jurídico arranca ya de F. SUÁREZ (1971-1981); específicamente, para la distinción entre esencia y existencia puede verse F. SUÁREZ (1960-1966, disp. XXXI). En esta dirección, M. BASTIT (2005: 376 y ss.), considera a Francisco Suárez –dado que integra distintos elementos del tomismo y del nominalismo– el primer pensador importante en desarrollar una lógica dialéctica. Asocia así la filosofía suareziana y su influjo a los diferentes modos modernos y post-modernos de pensamiento dialéctico. Por su parte, M. WALTHER (2008: 129-152), señala también algunos paralelismos terminológicos entre Suárez y Spinoza.

<sup>16</sup> Por ello, André de Muralt lo afirma con rotundidad: hemos de distinguir lo que es en tanto que sustancia y lo que es en tanto que acto. ¿Por qué esta distinción es clave? Porque si no distinguimos entre una consideración formal (sustancia) y una consideración final (acto), necesariamente se reduce el acto a la forma. Caeremos, consciente o inconscientemente, en univocismos dogmáticos o en equivocismos relativistas. En cambio, si se distingue entrará en juego la analogía. Luego, concluye

## V. LO QUE SPINOZA PROPONE

Spinoza investigó y trató de describir la naturaleza humana, de donde extrajo las reglas de una ética sorprendente, moderna y renovada. Ya nos hemos referido a su particular concepción de la ética. El filósofo se dio cuenta, entonces, que la singularidad de esta ética podía dar lugar a novedosas y sugerentes aplicaciones en el campo de la política y el derecho. Y, obviamente, se sirvió de un recurso ampliamente utilizado en su época: el paso del estado de naturaleza al estado político<sup>17</sup>.

Hemos señalado brevemente los aspectos unívocos, equívocos y dialécticos de la filosofía de Spinoza. Resumamos, entonces, lo descrito por Spinoza situándolo en el ámbito de la política y el derecho, que son los ámbitos que analizaremos con mayor detalle en este artículo. Y así, podemos decir que la necesidad natural resalta y destaca los aspectos unívocos de la filosofía de Spinoza. El sistema filosófico de Spinoza no se comprende sin acudir a la ley del *conatus* y a la substancia única e infinita, entendida como *causa sui*. Una sola substancia y un solo poder para que las cosas existan y continúen existiendo. Por lo que en el ámbito de la naturaleza, parece que sólo cabe desplegar el discurso de la univocidad de raíz escotista. En sentido diametralmente opuesto, también hemos hecho referencia a cómo la consideración de la libertad humana conduce a algunos intérpretes a encontrar y resal-

---

el filósofo suizo, cabe ordenar y distinguir los diferentes univocismos, equivocismos y dialécticas en una lógica analógica comprensiva. Spinoza habla de una substancia única e infinita, pero ¿cómo afrontar el problema de la participación en lo uno junto al problema de la expresión en lo diverso? ¿sólo son posibles univocismos y equivocismos? M. BASTIT (2005: 95 y ss.), se refiere al orden de las analogías del ser. Trata de evitar este autor los univocismos y equivocismos a través de un determinado uso de la relación analógica aristotélica. Santo Tomás, por descontado, también emplea la analogía aristotélica. De este modo, Michel Bastit distingue entre una unidad lógica o un plano teórico y una unidad de ejercicio o plano práctico. La unidad lógica articula la materia y la forma en el plano teórico. Por lo tanto, el problema de la participación en lo uno se resuelve por medio de la analogía de atribución; que evita que caigamos en los teologismos, es decir, en una sustantivación unívoca. Por su parte, la unidad de ejercicio ordena a los agentes y los fines en el plano práctico. Y así, el problema de la expresión de lo diverso se resuelve por medio de la analogía de proporcionalidad; que ha de evitar que caigamos en los ontologismos, esto es, en predicaciones equívocas. Ni univocismos, ni equivocismos, ni dialécticas; Bastit apuesta decididamente por desarrollar una lógica analógica. «Es posible concebir que el orden de participación formal es asumido pero superado por un orden de fines que corresponde al orden de los seres en acto. Por consiguiente, el orden de las leyes retoma el orden de las analogías del ser, en primer lugar de analogía de atribución de un primero con respecto a lo que le sigue, luego, finalmente la analogía de proporcionalidad que implica la primera.»

<sup>17</sup> Las analogías entre la multitud que se guía como por una sola mente de Spinoza y la Voluntad General de Rousseau parecen evidentes. En cierto modo, el Jean Jacques Rousseau del *Contrato social* no es sino un divulgador, cargado de emotividad y romanticismo, de las ideas políticas de Spinoza. Se podría ver a Rousseau como un gran divulgador, atractivo y sugerente, capaz de transmitir complejas filosofías una vez aligeradas de su densidad metafísica.

tar los aspectos equívocos de la filosofía de Spinoza. De un lado, todos los hombres están necesariamente sometidos a los afectos. Sin embargo, la necesidad heterodeterminativa de los hombres, de otro lado, les conduce generalmente a una constante fluctuación equívoca. Los hombres son comúnmente arrastrados por las pasiones, esto es, son siervos de los afectos en tanto que voluntades individuales aisladas, por lo que, más que actuar autónomamente, padecen. Y esto acaba conduciéndonos a la equivocidad nominalista de origen ockhamista.

Pero la tesis de este artículo es otra. Spinoza se decanta, de hecho, por una lógica dialéctica enraizada en la filosofía suareziada<sup>18</sup>. ¿Por qué? Porque según el filósofo holandés la naturaleza humana se ha de definir, en realidad, más precisamente como libre-necesidad, es decir, la potencia del entendimiento puede tomar conciencia y librar una permanente batalla con la fuerza de los afectos. El hombre spinozista, en definitiva, es deseo consciente. En donde el deseo constituye la necesidad natural o, dicho de otro modo, la ley del *conatus* en el hombre; y lo consciente articularía, dentro de esa ley general, la libertad humana, esto es, la voluntad de un individuo que ha tomado conciencia de la necesidad de las cosas. Dicho muy rápidamente, la tradicional lógica analógica aristotélica se va sustituyendo en la modernidad por una lógica dialéctica<sup>19</sup>. Lo que Spinoza está proponiendo, en suma, es resolver de alguna manera estas dialécticas que conducen ahora a univocismos y más tarde a equivocismos. Y, en efecto, en la filosofía de Spinoza (1986: 118, *Tratado político* [en adelante TP]) se resuelven apelando a que el sujeto moderno siga el dictamen de la razón y apuntando a la búsqueda y consecución de lo útil. Pero para ello Spinoza considera necesario el aludido paso del estado de naturaleza al estado político. Es decir, construir teóricamente y elaborar cuidadosamente la vida en sociedad<sup>20</sup>. De la ética del individuo, en tanto que sujeto natu-

---

<sup>18</sup> F. SUÁREZ (1960-1966, disp. XXVIII, sec. 3) enfoca de modo muy particular la cuestión de si el ser es unívoco o análogo. F. CARPINTERO (1977), por su parte, también ha investigado y mostrado el sorprendente e importante papel que cumplió la Segunda Escolástica (concretamente Vázquez de Menchaca, además de Suárez y otros), tanto en la evolución del derecho natural medieval como en la creación del derecho natural racionalista moderno. Para el peculiar uso de la analogía en Suárez: J. HELLÍN (1947) o L. MARTÍNEZ GÓMEZ (1948).

<sup>19</sup> Una mejor comprensión de la libre-necesidad y su compatibilidad o no con la religión cristiana se puede hallar en SPINOZA (1988b: 391-394, Carta 75.). La importancia de la *Correspondencia* de Spinoza reside en que el filósofo explica sus conceptos en tono coloquial a ciertos interlocutores. Escribe con claridad y sencillez, para que se le entienda; ya sea acerca del infinito, la unidad de Dios, la esencia del alma o las llamadas cartas del mal. Ciertamente, el filósofo se halla arropado por la complicidad de quienes se dirigen a él por curiosidad, admiración o el mero afán de conocer.

<sup>20</sup> SPINOZA (1986: 118, 119, TP). «Como la mejor regla de vida que uno puede adoptar para conservarse lo mejor posible, es aquella que se funda en el dictamen de la razón, se sigue que lo mejor es siempre aquello que el hombre o la sociedad hacen con plena autonomía. (...) Por consiguiente, una cosa es gobernar y administrar la cosa pública con derecho y otra distinta gobernar y administrar muy bien. (...)Cuál sea la mejor constitución de un Estado cualquiera, se deduce fácilmente del fin del

ral, pasamos a la política y el derecho de estos mismos individuos; pero en tanto que constituyen una asociación de individuos, un grupo social definido, un estado político. El individuo se torna multitud. Y de ahí que Spinoza (1986: 100 y 104, TP), al trasladarse de plano, empiece a hablar, ya no tanto del hombre que se guía por la razón, cuanto de la multitud que se guía como por una sola mente.

Veamos, nuevamente, la conexión de la ética, la política y el derecho a partir de las nociones de unidad y analogía. Según Spinoza, y dicho muy brevemente, la felicidad consiste en llegar a comprender la libre-necesidad del individuo y del Estado, para poder articular lo útil. El hombre, en el plano ético individual, es deseo consciente, esto es, el permanente enfrentamiento y choque de las pasiones, por un lado, y el entendimiento, por el otro, que se da en todo sujeto individual. Si dicho sujeto individual sigue el dictamen de la razón podrá descubrir y realizar lo útil. Para Spinoza, la mejor regla de vida para conservarse (ley del *conatus*) es aquella que se funda en el dictamen de la razón (libre-necesidad); lo que en el terreno ético equivalía a alcanzar la felicidad individual. En el plano político (el de la vida de los individuos en grupo) el deseo consciente se traduce como la eterna oposición entre el pueblo y sus gobernantes, o dicho con palabras de Spinoza, entre la multitud y las supremas potestades. Sin embargo, lo mejor es siempre aquello que los hombres o, en este caso la sociedad, hacen con plena autonomía. Por ello, dice Spinoza, si buscamos lo útil en lo político (que no es sino la salvación del pueblo o salud pública) la multitud se ha de guiar como por una sola mente. Y ése es el verdadero problema político –dirá Spinoza– que merece la pena resolver. La mejor constitución del Estado, dice Spinoza, se deduce fácilmente del fin del estado político, esto es, la paz y la seguridad de la vida. Vida individual o colectiva, da lo mismo. Spinoza vuelve una y otra vez a apoyarse en la ley del *conatus*. ¿Por qué el fin del estado político tiene que ser la paz y la seguridad, y no cualquier otro? No por libre decisión de nadie, no por ningún acuerdo de voluntades individuales, sino porque es la mejor regla de vida para que la sociedad se conserve.

Y en el terreno del derecho, por último, de igual modo el deseo consciente se puede traducir como la dialéctica entre el derecho natural de los individuos que componen la multitud y el común decreto que dictan las supremas potestades. Por un lado, la potencia del derecho natural subjetivo y, por otro lado, la fuerza de la ley estatal. Pero, seamos objetivos –nos recuerda Spinoza– a la hora de ordenar y componer estas fuerzas enfrentadas. El desorden y las injusticias no deben

---

estado político, que no es otro que la paz y la seguridad de la vida. Aquel Estado es, por tanto, el mejor, en el que los hombres viven en concordia y en el que los derechos comunes se mantienen ilesos. Ya que no cabe duda que las sediciones, las guerras y el desprecio o infracción de las leyes no deben ser imputados tanto a la malicia de los súbditos cuanto a la mala constitución del Estado. Los hombres, en efecto, no nacen civilizados, sino que se hacen.»



ser imputados tanto a la malicia de los hombres cuanto a la mala constitución del Estado. Nuevamente la filosofía de Spinoza apela a lo útil: que los hombres vivan en concordia y se cumplan los derechos comunes; porque, como ha demostrado el filósofo, se puede y se debe guiar a la multitud como por una sola mente. Spinoza, pues, distingue el plano estrictamente individual del plano de la vida en grupo de los individuos. En el plano individual expone su ética, en el plano de la vida en sociedad desarrolla la política y el derecho.

En el plano individual la substancia individual spinozista se resume en el hombre, en tanto que deseo consciente. Las afecciones del cuerpo y la potencia de la mente en permanente lucha dialéctica. La propuesta de Spinoza en el terreno ético se resume en el hombre que se guía por la razón; esto es, la potencia del entendimiento puede y debe moderar la fuerza de los afectos reconduciéndolos. Seguir el dictamen de la razón –por lo que ahora a nosotros interesa– conducirá, entonces, a obedecer las leyes. Por lo que se refiere al plano de la vida en sociedad la substancia política spinozista se resume en una multitud y en unas supremas potestades. La materia política aparece separada o separable de la forma. Esto es, el cuerpo social (el derecho natural de los individuos que componen la multitud o materia) y el alma del Estado (el común decreto de las supremas potestades o forma) aparecen no ordenados de modo natural. Materia y forma políticas son, entonces, fuerzas contrarias a las que no les queda más que enfrentarse o pactar<sup>21</sup>.

La propuesta política de Spinoza será que la unión de fuerzas en el estado político acabe con la vida miserable y de carencias del estado de naturaleza. Por ello, la multitud que se guía como por una sola mente ha de seguir el dictamen político del entendimiento frente a los afectos; lo que nos llevará a construir una política apoyada en el pacto social. La propuesta jurídica de Spinoza será que el orden y la seguridad de las normas comunes sustituya a un anárquico e ingobernable derecho natural de los individuos. Por ello, la multitud que se guía como por una sola mente ha de acatar las normas comunes que dictan las supremas potestades; lo que conducirá a Spinoza a concebir el derecho como la expresión del común decreto y la obediencia a las leyes.

## VI. LAS DIALÉCTICAS EN LA FILOSOFÍA PRÁCTICA DE SPINOZA

Vamos a analizar, ahora, específicamente el funcionamiento de las dialécticas de Spinoza en el terreno de la política y el derecho. Por lo

---

<sup>21</sup> A. DE MURALT (2002: 161), señala cómo el contrato social o pacto en Spinoza refleja, de hecho, una dialéctica fundamental. Para Muralt, toda la ambigüedad equívoca o unívoca de la sorprendente filosofía política spinozista se debe a su estructura de pensamiento ockhamista.

tanto, en vez de tratar el problema de la esencia y la existencia de la substancia, de la necesidad natural y la libertad humana, Spinoza se ocupa ahora del estado de naturaleza y el estado político, del derecho natural subjetivo y el común decreto.

Pero, tanto en la política como en el derecho, la relación analógica aristotélica entre la materia y la forma políticas o entre la ley natural y la ley humana se ha transformado en una relación dialéctica. La filosofía de Spinoza, como excelentemente expone Albiac, se caracteriza como una lógica de la guerra, una lógica de los conflictos entre cosas determinadas, una lógica de la confluencia, composición, absorción, rechazo o destrucción de fuerzas. Ciertamente, G. Albiac (2011: 243) no se refiere explícitamente a una lógica dialéctica, pero termina exponiéndola con envidiable elocuencia. «¿Qué debería implicar en el modelo spinozano esta irrebasabilidad del conflicto entre individuos? En un conflicto entre individuos de estas características sólo hay tres posibilidades. O uno destruye al otro y lo incorpora como elemento potencial suyo; o el otro destruye al uno; o bien es un tercer individuo, de potencia no equiparable a ninguno de los dos, es decir, respecto del cual ninguno de los dos pueda ejercer un combate eficiente, quien impone la regulación de las relaciones entre ambos. El Estado es, para Spinoza, ese tercero.» De manera clara y concisa Albiac expone cómo la dialéctica entre los aspectos unívocos (uno tiene todo el poder) y los aspectos equívocos (todos se destruyen entre sí) de la filosofía de Spinoza se resuelve apelando a un tercer individuo. Ese tercero, el Estado, es el que nos va a permitir comprender y explicar las dialécticas políticas y jurídicas de Spinoza. Retomo íntegramente, pues, el planteamiento de Albiac, al que únicamente añadido por mi parte que refiriéndonos a una lógica dialéctica se puede comprender la dinámica de un enfrentamiento de fuerzas y, por ello, explicar satisfactoriamente esa lógica de la guerra. El campo de fuerzas unívocas y equívocas, que se deriva de la filosofía racionalista de Spinoza, sólo podía acabar demandando una racional y razonable composición dialéctica de dichas fuerzas.

Las propuestas de Spinoza se dirigen, como decimos, a componer las distintas dialécticas que se presentan. En el terreno ético, ante el sujeto individual; en el terreno político y jurídico, ante el individuo compuesto o comunidad política. Del estudio de la dialéctica entre el deseo y la conciencia en el sujeto individual pasamos, ahora, al estudio de la dialéctica entre la multitud y las supremas potestades en la comunidad política. El estado político (en donde opera la libertad humana) debe ser estudiado y constituido dentro del estado de naturaleza (donde rige la necesidad natural)<sup>22</sup>. El hombre que se guía por la razón es la propuesta de Spinoza (1986: 91, TP) y (2003: 140, TTP) en el terreno ético; puesto que así será capaz de reconocer correcta-

<sup>22</sup> Cf. SPINOZA (2003: 342, *Tratado teológico-político* [en adelante TTP]).

mente lo útil y alcanzar el sumo bien. La multitud que se guía como por una sola mente es la propuesta de Spinoza (1986: 104 y 123, TP) en el terreno de la política y del derecho; puesto que sólo de este modo esta especie de Individuo compuesto trabaja por lo útil y reconoce y aprecia la salud pública, la concordia y la paz social.

A Spinoza le interesa construir bien el estado político y, por ello, plantea ciertas cuestiones previas relativas a una materia y una forma políticas que se conciben y operan por separado. ¿Se puede disolver la sociedad?, ¿puede cambiar de forma?, ¿la multitud se transformará en una fuerza revolucionaria, rebelde o, en definitiva, capaz de destruir el estado político?, ¿los que encarnan las supremas potestades se convertirán en tiranos?<sup>23</sup> Esta fuerte tensión dialéctica en el terreno político se debe resolver y encontrar un modo de articular la unión entre el cuerpo y el alma del Estado. Cuerpo y alma del Estado o materia y forma políticas. No vamos a detallar los peligros de una fuerza social revolucionaria, por un lado, o de una fuerza institucional despótica, por el otro lado. Materia y forma políticas, por separado, son igualmente temibles. Más allá, pues, de la unidad analógica de la materia y la forma, Spinoza (2003: 337, 338, 383, TTP) propone el pacto. Y, de este modo, la multitud que se guía como por una sola mente solo desarrolla una auténtica política spinozista cuando se ocupa y alcanza la salvación del pueblo, esto es, la salud pública. «El derecho del Estado o supremas potestades –dice Spinoza (1986: 100 y 104, TP)– no es sino el mismo derecho natural, el cual viene determinado por el poder, no de cada uno, sino de la multitud que se comporta como guiada por una sola mente. Es decir, que, lo mismo que cada individuo en el estado natural, también el cuerpo y el alma de todo el Estado posee tanto derecho como tiene poder. (...) El derecho de la sociedad se determina por el poder de la multitud que se rige como por una sola mente. Ahora bien, esta unión mental no podría ser concebida, por motivo alguno, sino porque la sociedad busca, ante todo, aquello que la sana razón enseña ser útil a todos los hombres.»

En el terreno del derecho también aparece y podemos mostrar la tensión dialéctica. Albiac, por ejemplo, nos presenta de nuevo con enorme claridad el enfrentamiento dialéctico entre los univocismos y los equivocismos. «El poder se dice a sí mismo como derecho –dice G. Albiac (2011: 271)–. Estar sometido a derecho es el modo soportable de decir que se está sometido a fuerza, porque el derecho no es más que la codificación de la fuerza. (...) Sometimiento a derecho propio, o sometimiento a derecho ajeno, no es, por lo tanto, más que el

---

<sup>23</sup> SPINOZA (1986: 112 y 122, TP). «Sólo a las supremas potestades compete el derecho de dictar leyes y, cuando surge alguna duda, de interpretarlas en cualquier caso particular y decidir si el caso planteado está o no acorde con el derecho. (...) La multitud tiende naturalmente a asociarse, no porque la guía la razón, sino algún sentimiento común. (...) De ahí que los hombres tienden por naturaleza al estado político, y es imposible que ellos lo destruyan jamás del todo.»

modo de designar desplazadamente, metafóricamente, a la capacidad de imponer la fuerza propia, o de verse imponer la fuerza ajena.» De aquí se deduce que la servidumbre o la libertad del sujeto individual depende del sometimiento a la fuerza de unos o de otros. Y así, la dinámica dialéctica queda, al menos, planteada por Albiac: los univocismos que una y otra vez imponen el sometimiento a derecho propio se enfrentan a los equivocismos que surgen tratando de evitar el sometimiento a derecho ajeno.

Una cosa queda fuera de toda duda: el derecho spinozista está determinado por el poder. Ahora bien, o se determina por el poder de cada uno (derecho natural subjetivo) o se determina por el poder de la multitud (derecho de la sociedad). Estamos ya, en efecto, en el centro de la dinámica dialéctica. ¿Sólo cabe fluctuar entre la necesidad de la ley natural y la arbitrariedad de la ley humana?, Spinoza (2003: 136 y 137, TTP); ¿cómo se resuelve la tensión entre el estado de naturaleza y el estado político?, Spinoza (1986: 91, 92, 93, TP); ¿el individuo autónomo puede y ha de ceder su derecho natural?, Spinoza (1986: 101 y 102, TP); ¿la potestad suprema, entonces, puede y debe asumir un poder político y jurídico absoluto?, Spinoza (2003: 340, TTP)<sup>24</sup>. Para Spinoza la multitud (que recoge el derecho natural de los individuos) y las supremas potestades (que elaboran el común decreto) funcionan como un Individuo compuesto tras el pacto. Luego cabe afirmar que Spinoza (2003: 334 y 335, TTP) parte del derecho natural individual como presupuesto indiscutible de su pensamiento. En este sentido, A. de Muralt (2002: 115) se ha referido a la elaboración libertaria en la filosofía de Spinoza de la noción de voluntad como poder; lo que, para el filósofo suizo, da lugar a concebir en el spinozismo un derecho subjetivo absoluto. El derecho natural individual sería la clave del spinozismo. Todos los desarrollos (éticos, políticos, y también jurídicos de la filosofía de Spinoza) se fundamentan en esto y aquí hay que volver siempre para poder explicarlos y comprenderlos. A algunos todavía les queda la duda y sostienen la mayor importancia de la sociedad frente al individuo en la filosofía spinozista. Ciertamente, el pacto y la unión de fuerzas dialécticas que ha constituido el estado político –cabe objetar– no deja de ser una tendencia natural. Sin

<sup>24</sup> En este sentido –de destapar y descubrir la dialéctica de lo unívoco y lo equívoco; y no sólo en Spinoza– André de Muralt ha mostrado con sólidos argumentos la herencia escotista y ockhamista de la filosofía moderna en general. Ello explica también las fuertes reacciones equivocistas de la subjetividad moderna. Equivocismos de raíz ockhamista que son consecuencia de lo que MURALT (2002: 181) llama una concepción teológica unívoca del a priori *de potentia absoluta dei*. O dicho de un modo más sencillo, en ausencia de unidad analógica, Muralt va desvelando los univocismos, equivocismos y dialécticas de la filosofía moderna: «Así es como la filosofía práctica moderna prolonga la doctrina ockhamista de la voluntad absoluta de derecho (Descartes, Spinoza, Hobbes, Sartre), que limita el hecho de la ley, prescrita a priori por Dios como una idea innata (Descartes), o convenida por el interés razonable de los hombres (Spinoza, Hobbes), o que expresa el derecho de la propia naturaleza humana (filosofía del derecho natural).»

embargo, esta unión en ningún caso es completamente natural y no deja de ser una unión precaria en la filosofía de Spinoza. El fin del Estado ha de ser la paz social puesto que de otro modo, dice Spinoza (1986: 116 y 117, TP), caducaría el contrato. La subjetividad individual tiene, sin duda, mayor peso. Por lo tanto, lo que verdaderamente nunca se extingue ni puede caducar es el derecho natural individual; principio, causa primera y fundamento de la concepción política y jurídica de Spinoza.

Spinoza plantea otros problemas que requerirían un estudio más concreto y detallado. Me limitaré a enumerarlos. En efecto, cabe también limitar el ámbito de acción del derecho. Spinoza (1986: 104, TP y 2003: 353 y 354, TTP) describe lo que no pertenece al derecho de la sociedad; así como las reservas del derecho natural frente a las supremas potestades. Cabe también analizar el verdadero fin de las leyes; pues el derecho spinozista, con base en el derecho natural subjetivo, se articula y formaliza en el común decreto. Pero eso (el común decreto de los legisladores) es distinto a conocer la verdadera naturaleza de las leyes (el orden necesario de las leyes naturales)<sup>25</sup>. Cabe, por acabar, proponer como mejor solución política y jurídica una democracia absoluta, entendida como una asociación de hombres cuyo poder se ejerza colegialmente<sup>26</sup>. Todos estos temas desbordan, evidentemente,

---

<sup>25</sup> SPINOZA (2003: 138, TTP). «Parece, pues, que la ley debe ser definida, en un sentido más restringido, como la forma de vivir que el hombre se prescribe a sí mismo u a otros por algún fin. Ahora bien, como el verdadero fin de las leyes sólo puede resultar claro a unos pocos, mientras que la mayoría de los hombres son casi completamente incapaces de percibirlo y están muy lejos de vivir de acuerdo con la razón, los legisladores a fin de constreñir a todos por igual, establecieron sabiamente un fin muy distinto de aquel que necesariamente se sigue de la naturaleza de las leyes. (...) De ahí que se ha considerado, ante todo, como ley una forma de vida que es impuesta a los hombres por mandato de otros; y, en consecuencia, los que obedecen a las leyes, viven, como suele decirse, bajo la ley y parecen sus esclavos. La verdad es que quien da a cada cual lo suyo, porque teme al patíbulo, obra coaccionado por el mandato ajeno y por el mal, y no se puede llamar justo; en cambio, quien da a cada uno lo suyo, porque ha conocido la verdadera naturaleza de las leyes y su necesidad, obra con ánimo firme y por decisión propia y no ajena, y se llama justo con razón.» Respecto al sentido de la obediencia, cf. SPINOZA (1986: 95 y 99, TP).

<sup>26</sup> SPINOZA (2003: 340 y 341, TTP). «Tendrá el supremo derecho sobre todos, quien posea el poder supremo, con el que puede obligarlos a todos por la fuerza o contenerlos por el miedo al supremo suplicio, que todos temen sin excepción. Y sólo mantendrá ese derecho en tanto en cuanto conserve ese poder de hacer cuanto quiera; de lo contrario, mandará en precario, y ninguno que sea más fuerte estará obligado a obedecerle si no quiere. Así pues, se puede formar una sociedad y lograr que todo pacto sea siempre observado con máxima fidelidad, sin que ello contradiga al derecho natural, a condición de que cada uno transfiera a la sociedad todo el poder que él posee, de suerte que ella sola mantenga el supremo derecho de la naturaleza a todo, es decir, la potestad suprema, a la que todo el mundo tiene que obedecer, ya por propia iniciativa, ya por miedo al máximo suplicio. El derecho de dicha sociedad se llama democracia; ésta se define, pues, como la asociación general de los hombres, que posee colegialmente el supremo derecho a todo lo que puede.»

el ámbito de este artículo pero podrían, tal vez, ser objeto de próximos y renovados trabajos e investigaciones.

## VI. CONCLUSIONES

Primera. El empleo de la hermenéutica analógica en este estudio nos ha permitido constatar y defender la unidad estructural del pensamiento filosófico. No es sino a través de una lógica analógica como hemos tratado de ordenar y comprender los aspectos dispersos y los diferentes enfoques existentes acerca del pensamiento de Spinoza. La singular y consistente filosofía de Spinoza, como hemos venido señalando a lo largo de este artículo, tiene un profundo enraizamiento metafísico. En estas conclusiones aludiremos primero al plano individual, donde básicamente se desarrolla la ética de Spinoza. Y nos referiremos, después, al plano de la sociedad, donde Spinoza desenvuelve sus postulados con claras implicaciones y repercusión en el terreno de la política y del derecho. Esto es, una vez ordenado el plano del sujeto individual, Spinoza traslada consecuentemente su filosofía al plano de la vida de dichos individuos en grupo. Y del análisis de la substancia individual pasaremos al análisis de lo que Spinoza llama el Individuo compuesto o sujeto social.

Segunda. Analicemos primero muy brevemente la substancia individual. ¿Quién es el agente en la filosofía de Spinoza? ¿cuál es el fin de dicho agente? ¿de qué materia se compone? ¿a qué forma responde? Pues bien, en el plano individual para Spinoza el agente es el hombre, en tanto que sujeto individual. Estamos, podríamos decir, ante la substancia ética. El hombre es el agente y su fin propio es la felicidad. Por ello, la filosofía de Spinoza, como se ha dicho muchas veces, es una filosofía de la alegría. Ahora bien, el hombre como substancia individual se compone de cuerpo y mente. Es decir, todo hombre tiene una materia corporal animada por una forma mental o espiritual. Lo propio de la materia del hombre, dice Spinoza, es el deseo. Y lo propio de la forma del hombre es la conciencia. De ahí que la fórmula spinozista para resumir la materia y la forma en el sujeto individual sea definir al hombre como deseo consciente.

Tercera. Pero sin salir todavía del plano individual, es muy cierto que la filosofía de Spinoza distingue con claridad lo que describe de lo que propone. ¿Cómo es la descripción de Spinoza en este plano individual? Spinoza fue un gran observador de la realidad e investigó y conoció bien la experiencia humana. Efectivamente, su descripción del sujeto individual es para algunos de una cierta crudeza. El hombre común es el hombre que se guía por el deseo. Y el hombre que se guía por el deseo no es un verdadero agente ético. Padece y es arrastrado por las pasiones y los instintos. Escoge mal los fines porque descono-

ce el sumo bien o la felicidad como el verdadero fin de un hombre pleno. El hombre que sin apenas darse cuenta actúa en función de las afecciones (afectos externos e internos) representa la impotencia, la incapacidad del hombre de poner un orden en su vida y de gobernar mínimamente, frente a los diversos e imprevisibles acontecimientos, su propia existencia. A esto le llama Spinoza la servidumbre humana. El hombre acaba siendo siervo de las afecciones y su fin no es sino una vida que fluctúa equívocamente en una u otra dirección.

¿Cuál es, entonces, la propuesta de Spinoza en el plano individual? Spinoza propone, entre otras cosas, la reforma del entendimiento, la sosegada reflexión, la toma de conciencia. El hombre que se guía por el deseo ha de transformarse en el hombre que se guía por la razón. Desde luego no desaparece la materia corporal del hombre, no podemos eliminar el deseo y la fuerza de los afectos, pero sí podemos dar protagonismo a la, se podría decir, forma mental. Y así, el hombre que se guía por la razón no es siervo de las pasiones. El hombre que se guía por la razón es el hombre capaz de comprender la libre-necesidad, en tanto que trata de conocer el verdadero orden de la naturaleza e impulsa y se esfuerza en desarrollar el poder del entendimiento. Aquí va apareciendo la singular ética de Spinoza: el fin u objetivo de este auténtico agente moral es, pues, la felicidad del sujeto individual. El agente ético spinozista, diríamos, tiende a su fin propio: una especie de sabia felicidad. La guía de la mente evita la lamentable fluctuación de los hombres entre los dogmatismos unívocos y los relativismos equívocos. Y de este modo, el hombre que se guía por la razón constituye, pues, el equilibrio de fuerzas que Spinoza propone para el sujeto individual o, dicho de otro modo, su síntesis dialéctica.

Cuarta. Si pasamos, ahora, del plano individual al plano de la sociedad podremos entender mejor los planteamientos de Spinoza en la política y el derecho. Pero ¿quién es el agente en el plano social? ¿cuáles son los fines? ¿de qué materia se trata? ¿qué forma adopta dicho plano social? Pues bien, en el plano de la vida en grupo de los individuos la substancia spinozista no es natural, no aparece dada por la naturaleza. Partimos de un presupuesto básico: hace falta construir el sujeto social en la filosofía de Spinoza. La política y el derecho en la filosofía de Spinoza (como en todos los principales filósofos modernos) se construye artificialmente.

Lo natural son los individuos y el estado de naturaleza. Lo artificial proviene del contrato social, por el que los individuos salen del estado de naturaleza y construyen el estado político. Luego el agente en el plano social es lo que Spinoza llama el Individuo compuesto o, desde un punto de vista histórico, lo que conocemos como la formación del Estado moderno. Los fines del Estado en la filosofía de Spinoza son la paz y la seguridad, esto es, a lo que en ocasiones se refiere como la salvación del pueblo o salud pública. Por su parte, la materia o cuerpo

social se denomina multitud y la forma institucional o los gobernantes aquí aparecen como las supremas potestades.

Quinta. Distinguiremos también, en el plano social, entre descripción y propuesta. Lo que Spinoza describe como una política y un derecho poco racional y sensato es lo que da en llamar la multitud que se guía por intereses particulares. Esto equivaldría a no salir del estado de naturaleza, es decir, no salimos de un plano meramente individual donde la coexistencia de individuos es siempre conflictiva y abocada al estado de guerra de todos contra todos. El estado de naturaleza spinozista refleja ciertamente una materia social sin forma. Dicho en la terminología spinozista, una multitud que expresa la fuerza de su naturaleza: tanto derecho como poder. Bien es verdad que una multitud que se guía por intereses particulares puede no ser estrictamente un estado de naturaleza pero, en cualquier caso, estaríamos ante una materia social con una forma precaria. Los gobiernos inestables, las formas políticas y jurídicas arbitrarias y mal construidas han conducido a los hombres a los mayores desastres y calamidades. En esto Spinoza coincide con el agudísimo Maquiavelo.

¿Cuál es, por tanto, la propuesta de Spinoza en el plano social? El Estado moderno, sin duda, se construye para alcanzar un fin pactado. Spinoza dice que el fin del Estado ha de ser la concordia o salvación del pueblo. Luego es necesario conformar una sociedad, un grupo de individuos que sean una multitud que se guía como por una sola mente. La multitud que se guía por intereses particulares se ha de transformar en una multitud que se guía como por una sola mente. Pero, ¿cómo? Operamos con un derecho natural subjetivo de equívoca forma (tanto derecho como poder), aunque con una finalidad natural unívoca (la satisfacción del interés individual). Y operamos también con un común decreto que, en principio, puede cumplir muy diversos y equívocos fines políticos, pero que se resuelve a través de una forma legal unívoca. La propuesta de Spinoza en este terreno podemos resumirla en su formulación del pacto político y la obediencia a la ley. De este modo cabe afirmar que los univocismos y equivocismos presentes en la filosofía de Spinoza se articulan en una lógica dialéctica. El pacto articula la dialéctica política entre la multitud y las supremas potestades; la obediencia a la ley articula la dialéctica jurídica entre el derecho natural subjetivo y el común decreto. La filosofía de Spinoza compone las fuerzas dialécticas de la materia y la forma sociales. ¿Cómo atemperamos la potencia de una multitud que necesariamente expresa el derecho natural del conjunto de individuos? A través de la renuncia al uso de dicho derecho natural. La multitud de los individuos, en efecto, renuncia al derecho natural subjetivo, pero a cambio de que las supremas potestades se comprometan a gobernar responsablemente, a que los gobernantes renuncien a su vez a los abusos y arbitrariedades. Además, la materia social o multitud también ha de prometer obediencia a la forma de gobierno establecida. Y como con-



trapestación la forma social o supremas potestades han de formalizar razonable y oportunamente el común decreto, esto es, las normas comunes que rigen la convivencia.

Porque, dice Spinoza, el hombre que se guía por la razón es más libre en el Estado, donde vive según leyes que obligan a todos, que en la soledad, donde sólo se obedece a sí mismo. La multitud que se guía como por una sola mente, en conclusión, constituye en el plano de la vida en grupo el equilibrio de fuerzas o síntesis dialéctica que Spinoza propone para la política y el derecho.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBIAC, G. (2011): *Sumisiones voluntarias. La invención del sujeto político: de Maquiavelo a Spinoza*, Tecnos (Edición de Alberto Mira), Madrid.
- (1987): *La sinagoga vacía. Un estudio de las fuentes marranas del espinosismo*, Hiperión, Madrid.
- ARISTÓTELES (2002): *Física*, Gredos, Madrid.
- (2000): *Metafísica*, Gredos, Madrid.
- BASTIT, M. (2005): *El nacimiento de la ley moderna. El pensamiento de la ley de Santo Tomás a Suárez*, EDUCA, Buenos Aires.
- BAYLE, P. (2010): *Escritos sobre Spinoza y el spinozismo*, Trotta, Madrid.
- BEUCHOT, M. (2003): *Hermenéutica analógica y del umbral*, Editorial San Esteban, Salamanca.
- BLOM, H. (1985): «Politics, Virtue and Political Science: An Interpretation of Spinoza's Political Philosophy» en *Studia Spinozana*, vol. 1.
- BUNGE, W. VAN (1997): «Spinoza's Jewish Identity and the use of context» en *Studia Spinozana*, vol. 13.
- CARPINTERO, F. (1977): *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*, Universidad de Salamanca.
- DAMASIO, A. (2005): *En busca de Spinoza: neurobiología de la emoción y los sentimientos*, Editorial Crítica, Barcelona.
- DELEUZE, G. (1999): *Spinoza y el problema de la expresión*, Muchnick, Barcelona.
- DOMÍNGUEZ, A. (1979): «Libertad y democracia en la filosofía de Spinoza» en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid.
- ESPINOSA, L. (1995): *Spinoza: Naturaleza y ecosistema*, Universidad Pontificia de Salamanca.
- GARCÍA DEL CAMPO, J. P. (2008): *Spinoza o la libertad*, Montesinos.
- GIANCOTTI, E. (1985): «La teoría dell'assolutismo in Hobbes e Spinoza» en *Studia Spinozana*, vol. 1.
- GÓMEZ, J. A. (2009): «La estructura filosófica de la postmodernidad político-jurídica. Una hermenéutica estructural de la teoría sistémica de Niklas Luhmann» en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 43.
- HELLÍN, J. (1947): *La analogía del ser y el conocimiento de Dios en Suárez*, Gráficas Uguina, Madrid.
- ISRAEL, J. (2001): *Radical enlightenment: philosophy and the making of modernity, 1650-1750*, Oxford University Press.
- LEÓN FLORIDO, F. (1993): *La sabiduría del cuerpo. El racionalismo y las pasiones*, La productora de ediciones, Madrid.

- LUCAS, J. de (1987): «Notas sobre libertad de expresión y democracia en la obra de Spinoza» en *Doxa* 4.
- MARTÍNEZ GÓMEZ, L. (1948): «Lo existencial en la analogía de Suárez» en *Pensamiento*, Madrid.
- MATHERON, A. (1983): «L'anomalie sauvage d'Antonio Negri», en *Cahiers Spinoza* 4.
- MISRAHI, R. (1975): *Spinoza*, Edaf, Madrid.
- MUINELO, J. C. (2011): *La invención del derecho en Aristóteles*, Dykinson, Madrid.
- (2005a): «La estructura de la filosofía jurídica kantiana. Sus orígenes medievales en Escoto y Ockham» en *Anuario de Filosofía del Derecho*.
- (2005b): «La naturaleza compleja del término “derecho”. Un intento de estructuración de los diferentes planos del discurso jurídico» en *Persona y Derecho*.
- (2003): «La institución procesal: implicaciones hermenéuticas a propósito de la consideración interpretativa y argumentativa en la aplicación del derecho» en *Doxa* 26.
- MUÑOZ DE BAENA, J. L. (2007): «Sujeto y sistema. Las transformaciones en la doctrina del derecho subjetivo durante el XIX» en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 41.
- MURALT, A. de (2008): *La apuesta de la filosofía medieval. Estudios tomistas, escotistas, ockhamistas y gregorianos*, Marcial Pons, Madrid.
- (2002): *La estructura de la filosofía política moderna. Sus orígenes medievales en Escoto, Ockham y Suárez*, Istmo, Madrid.
- (1985): *Comment dire l'être? L'invention du discours métaphysique chez Aristote*, Vrin, Paris.
- NADLER, S. (1997): «Spinoza as a Jewish Philosopher: A Test Case» en *Studia Spinozana* vol. 13.
- NEGRI, A. (2000): *Spinoza subversivo*, Akal, Madrid.
- (1993): *La anomalía salvaje. Ensayo sobre poder y potencia en B. Spinoza*, Anthropos, Barcelona.
- PEÑA ECHEVERRÍA, F. J. (1989): *La Filosofía Política de Espinosa*, Universidad de Valladolid.
- PEÑA GARCÍA, V. (1974): *El materialismo de Spinoza. Ensayo sobre la ontología spinozista*, Revista de Occidente, Madrid.
- PROKHOVNIK, R. (2004): *Spinoza and Republicanism*, Palgrave Macmillan, New York.
- SKINNER, Q. (1998): *Liberty Before Liberalism*, Cambridge University Press.
- SMITH, S. (2007): *Spinoza y el libro de la vida. Libertad y Redención en la Ética*, Biblioteca Nueva, Madrid.
- (1998): *Spinoza, Liberalism and the Question of Jewish Identity*, Yale University Press.
- SPINOZA, B. (2003): *Tratado teológico-político*, Alianza, Madrid.
- (1995): *Ética demostrada según el orden geométrico*, Alianza, Madrid.
- (1988a): *Tratado de la reforma del entendimiento. Principios de filosofía de Descartes. Pensamientos metafísicos*, Alianza, Madrid.
- (1988b): *Correspondencia*, Alianza, Madrid.
- (1986): *Tratado político*, Alianza, Madrid.
- STRAUSS, L. (1997): *Spinoza's critique of religion*, University of Chicago Press.
- SUÁREZ, F. (1971-1981): *De legibus*, 8 vols., CSIC, Madrid.
- (1960-1966): *Disputaciones metafísicas*, 7 vols., Gredos, Madrid.

- TOSEL, A. (1994): *Du matérialisme de Spinoza*, Éditions Kimé, Paris.
- UTRERA, J. C. (2007): «Estudio preliminar» en Guillermo de Ockham, *Sobre el poder de los emperadores y los papas*, Marcial Pons, Madrid.
- VEGA, R. (2011): «Apuntes sobre el pensamiento de Spinoza: el derecho natural» en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 45.
- (2007): «El orden cronológico y el orden estructural en el pensamiento jurídico de Spinoza» en *Revista ICADE* 72.
- WALTHER, M. (2008): «From *potestas multitudinis* in Suárez to *potentia multitudinis* in Spinoza. The foundation of democracy inverted» en *Studia Spinozana* vol. 16.
- WIENPAHL, P. (1990): *Por un Spinoza radical*, FCE, México.
- WOLFSON, H. A. (1983): *The philosophy of Spinoza. Unfolding the latent processes of his reasoning*, Harvard University Press (two volumes in one).

Fecha de recepción: 31/03/2012. Fecha de aceptación: 20/12/2012.



# El pensamiento jurídico de los «Estudios de Gubernamentalidad». Los desarrollos post-foucaultianos acerca del funcionamiento del poder desde una perspectiva jurídica

Por DAVID VILA VIÑAS<sup>1</sup>  
Universidad de Zaragoza

## RESUMEN

*Pese al eco que la obra de Michel Foucault ha tenido en distintos ámbitos de las ciencias sociales, sus primeras lecturas desde la disciplina jurídica-consideraron que no se interesaba por el derecho, al conceptuarlo como una modalidad pre-moderna de ejercicio del poder. Frente a esta interpretación y de manera reciente, se ha producido una revitalización de este pensamiento y un análisis de las tecnologías jurídicas desde el marco foucaultiano de la gobernabilidad, sobre todo a través de los governmentalitystudies. Esto ha llevado a destacar su relevancia para la actividad de gobierno, al menos, en la legitimación de sus prácticas y en la articulación de los distintos espacios, niveles, dispositivos y agentes, así como a definirlo como uno de los regímenes de veridicción centrales para la actividad de gobierno.*

Palabras clave: *Foucault, gobernabilidad, disciplina, derecho, welfare.*

---

<sup>1</sup> Este trabajo se enmarca dentro del *Proyecto Consolider-Ingenio 2010 «El tiempo de los derechos»* (CSD 2008-00007). Coord. Gregorio Peces-Barba, Universidad Carlos III, de Madrid. (A.-Laboratories-rsch). Laboratorio de Sociología Jurídica Universidad de Zaragoza. Responsable: Manuel Calvo García.

## ABSTRACT

*Despite the impact that Michel Foucault's work has had in different areas of the Social Sciences, his first readings from legal discipline considered he wasn't interested in Law, based in his conceptualization of Law as a pre-modern modality of power exercise. Against this perspective, a recent interpretation of this thought has proposed a new analysis of juridical technologies from Foucaultian framework of governmentality-mainly by the «governmentality studies» group. As a consequence, its importance in the governmental activity has been highlighted, at least, in the legitimation of its practices and in the articulation of the different spaces, levels, devices and agents, as well as the definition of Law as a central regime of veridiction in the governmental activity.*

Key words: *Foucault, governmentality, discipline, Law, welfare.*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.-2. LA TESIS INICIAL DE LA «EXPULSIÓN» DEL DERECHO EN FOUCAULT.-3. INCLUSIÓN DEL DERECHO: FUNCIONES. 3.1 *Centralidad del poder en los análisis sobre el derecho: interdependencia en razón de la eficacia.* 3.2 *El derecho como dispositivo de articulación de saberes, objetos y técnicas de gobierno.* 3.3 *Efectos productivos de «lo jurídico».*-4. UTILIDAD DEL DERECHO COMO SABER DE GOBIERNO.-5. CONCLUSIÓN.

## 1. INTRODUCCIÓN

Es bien conocido el impacto de la obra de Michel Foucault en el ámbito de las ciencias humanas y sociales, reavivado con la publicación de cursos, seminarios, entrevistas y materiales inéditos, así como por numerosos análisis de sus trabajos desde diferentes disciplinas. Incluso en el ámbito anglo-sajón, menos proclive a la recepción de las grandes trayectorias filosóficas continentales, se desarrollaron, desde los años 1990s, los llamados *governmentality studies* (Valverde 2010; Rose 2006; Bröckling 2011: 1-10), para designar un conjunto de autorresy líneas de investigación que trasladaban el diagrama analítico de la gobernabilidad a diferentes campos de análisis.

En la última parte de su obra, Foucault elaboró el marco analítico de la *gobernabilidad* para referirse al ejercicio del poder estratégicamente estructurado en las sociedades modernas. En particular, en el curso de 1978, «Seguridad, territorio, población» (Foucault 2008), enmarcó en distintos diagramas generales de ejercicio del poder regí-

menes de prácticas que había analizado en investigaciones anteriores. En este contexto, las formas políticas actuales en Occidente podrían reconstruirse a través de una transición por tres regímenes o diagramas de fuerzas (Deleuze 1987: 61-3): «Se da, en efecto, un triángulo: soberanía-disciplina-gestión gubernamental cuya meta principal es la población y cuyos mecanismos esenciales son los dispositivos de seguridad» (Foucault 1999e: 194). Por tanto, en primer lugar, alude a la formación de un Estado de justicia, correspondiente con un modelo de poder territorial y feudal, donde la técnica principal sería la ley, escrita o consuetudinaria, según un juego de litigios y de obediencias o revueltas, agrupadas de manera binaria. En segundo lugar, se refiere a un modelo de Estado administrativo, «nacido en el xv y xvi en una territorialidad de tipo fronterizo y ya no feudal» (Foucault 1999e: 194) y correspondiente a las sociedades disciplinadas o reglamentarias. Y en tercer lugar, alude a un Estado de *gobierno*, que no está definido por su territorialidad, sino por su población. Aquí, el saber instrumental que destaca es la economía política y sus técnicas principales, los dispositivos de seguridad, que combinan los desarrollos del *pastorado* cristiano, las técnicas diplomático-militares y las técnicas modernas de policía.

Sobre este esquema, en los últimos veinte años, las investigaciones de los *governmentalitystudies* han ofrecido resultados muy interesantes en distintas instancias de análisis: respecto a las racionalidades políticas que se articulaban y enfrentaban en estos regímenes de gobierno; respecto a los campos de discurso cambiantes, dentro de los que se conceptualiza el ejercicio del poder, la justificación moral para determinadas formas de su ejercicio, por parte de distintas autoridades; o respecto a las nociones, formas, objetos y límites de las políticas, así como a la distribución de los asuntos seculares, familiares, militares y espirituales (Rose 1992).

Sin embargo, el ámbito del derecho y, en particular, de la filosofía del derecho, no ha sido un campo de recepción directa del pensamiento foucaultiano y sus actualizaciones<sup>2</sup>. Por supuesto y pese a la ambición del título, no pretendemos analizar aquí toda la relevancia de las investigaciones foucaultianas para el ámbito jurídico. Quisiéramos, en cambio, realizar una aproximación general a este asunto que, en fechas muy recientes, ha adquirido una notoriedad extensa en el campo de las investigaciones socio-jurídicas, a la par que apuntar algunas líneas de desarrollo de estos temas concernientes a la filosofía del derecho.

En una primera etapa de recepción, se consolidó la interpretación de que el pensamiento foucaultiano «expulsaba» al derecho de sus

---

<sup>2</sup> Evidentemente existen aquí excepciones notables en el ámbito de la filosofía del derecho española, amén de las citadas para la sociología jurídica, como, sin ser exhaustivos, la de Serrano (1987), Sauquillo (1989; 2001a; 2001b), Casanovas (1987) o Pelayo (2011, 2003; junto con Moro, 2003).

análisis (Hunt 1994). Siendo ésta una posición que entendemos se ha matizado mucho recientemente (Golder 2009; VV.AA. 2010), mostraremos que encuentra apoyo en la obra foucaultiana, a condición de conservar la concepción estrecha del derecho que Foucault adoptó expresamente en sus trabajos acerca del ejercicio del poder; trabajos de la llamada segunda etapa (Deleuze, 1987), que son, además, sus trabajos más difundidos.

Por nuestra parte, preferimos apostar por un enfoque más amplio, que encuentra desarrollos notables en la obra foucaultiana y en las posteriores y que subraya la relevancia del derecho para el ejercicio de las actividades de gobierno mediante distintas funciones: de legitimación, de articulación orgánica y de producción. Por último, exponremos una de las dimensiones más interesantes de “lo jurídico” en Foucault, cual es su consideración como *régimen de veridicción*, es decir régimen de producción de verdad estructurante y habilitador del ejercicio del poder en nuestras sociedades.

## 2. LA TESIS INICIAL DE LA «EXPULSIÓN» DEL DERECHO EN FOUCAULT

En el estudio del impacto foucaultiano sobre el derecho, el trabajo de Hunt y Wickham (1994) sentó una caracterización influyente, que incidía en la idea de una doble negación o «expulsión» del derecho en Foucault<sup>3</sup>. Esta visión se sustentaría en dos giros analíticos. Primero, Foucault apostaría por la relevancia, en la modernidad, de otros modos de regulación y formalización de las relaciones de poder, en particular por unas disciplinas y una biopolítica extra-jurídicas<sup>4</sup>. Y ello derivado

<sup>3</sup> Por otra parte, el mismo HUNT (2004: 608) reconoce que esa falta de interés directo por la norma «no disminuye el valor de la contribución foucaultiana a nuestra comprensión de los mecanismos modernos de regulación»; de lo que son muestra los trabajos de autores/as post-foucaultianos/as a que aludiremos a continuación.

<sup>4</sup> En esta línea, WALBY (2007: 554-6) ha señalado el carácter excesivo que tiene en Foucault la dicotomía soberanía –ley respecto a disciplina– norma. HUNT y WICKHAM (1994: 60) indican que, en esta fase de la obra foucaultiana, el estudio se centra en exceso en el monopolio del Estado sobre la producción jurídica, sin atender de forma suficiente a la influencia de agentes privados o extra-estatales en esta producción: por ejemplo, a la dispersión del poder real, las formas de autorregulación populares, consuetudinarias, el conflicto entre las distintas jurisdicciones en competencia eclesiástica, comercial, etc. Esta opción habría desconsiderado el carácter, nada pacífico, de la codificación y de la progresiva centralización del derecho en el Estado. Por nuestra parte, sostenemos que la presencia de estos elementos extra-estatales en la producción de normas es rica a lo largo de la obra de Foucault, incluso si el análisis se ciñe a las obras que tratan Hunt y Wickham, por ejemplo en relación con el carácter minoritario y sectario con que se desarrollaron las disciplinas o con la formación de los saberes expertos o de las ciencias de la conducta. Sí es cierto, en cambio, que el modo en que estas normas llegaron a formalizarse jurídicamente permanece bastante desatendido en este periodo.



de una fuerte vinculación entre el derecho, identificado sobre todo con la ley, su ejecución y, en general, el modelo austriano de reglas y sanciones (Tadros 2010: 149), y el modo típico de ejercicio del poder durante el periodo de hegemonía del poder soberano, lo que llevaría a su homólogo decaimiento después (Golder 2009: 55-6). Además, esta fuerte identificación del derecho con la soberanía obscurecería la verdadera ambigüedad y complejidad de estos procesos de modernización, en los que el derecho también tuvo su espacio dentro de las posiciones resistentes a la modernidad, sin que quepa reducir todas las expresiones jurídicas a una repetición del esquema absolutista de la soberanía (Hunt 1994: 53, 64).

En cierto sentido, ésta es la lectura que hacía también Serrano (1987: 82, 143-8), al explicar esta posición «marginal» de lo jurídico en Foucault en la consideración foucaultiana de que el derecho estaba limitado para comprender el funcionamiento y ejercicio del poder, tanto por su dependencia vertical respecto al poder soberano, como por sus rasgos de generalidad y abstracción (de la norma y del sujeto de derecho), que se contraponen al plano de la *microfísica* del poder. Así, y si se atiende solo a esta segunda etapa de la obra foucaultiana, puede resultar exacto el señalamiento de Habermas (1989: 347) acerca de la falta de consideración, dentro de los análisis históricos de Foucault, como los de *Vigilar y castigar* (Foucault 1978), de las transformaciones del Estado y su producción normativa desde el Antiguo Régimen hasta el moderno Estado de Derecho.

Aunque no entendemos que lo más relevante del pensamiento foucaultiano respecto al derecho sea esta actitud de «expulsión» o de falta de reconocimiento, sí consideramos la existencia de notables argumentos para que los análisis expuestos, en cualquier caso muy valiosos, se hayan consolidado. Desde nuestro enfoque, preferimos precisar que el alejamiento no se produce respecto al derecho, sino a ciertas cuestiones de método que acompañaban a su entendimiento más extendido. Por una parte, Foucault atendió, aunque no de manera central, a ciertas cuestiones relativas a la formación del Estado moderno, como la justificación, funcionamiento y límites de la soberanía, que tuvieron también una dimensión jurídica<sup>5</sup>, toda vez que el derecho monárquico, como lenguaje y forma del discurso de soberanía, fue un elemento clave de auto-comprensión de la monarquía<sup>6</sup>.

Ahora bien, esto siempre se hizo a partir de ciertas precauciones de método. En primer lugar, precaución frente a la concepción liberal del

---

<sup>5</sup> «El discurso y la técnica del derecho tuvieron la función esencial de disolver, dentro del poder, la existencia de la dominación, reducirla o enmascararla para poner de manifiesto, en su lugar, dos cosas: por una parte, los derechos legítimos de la soberanía y, por la otra, la obligación legal de la obediencia». (FOUCAULT 2003: 31).

<sup>6</sup> *Vid.* HUNT (1994: 44). FOUCAULT (1984: 62) indicaba: «El derecho no fue simplemente un arma manejada hábilmente por los monarcas; fue el modo de manifestación y la forma de aceptabilidad del sistema monárquico. A partir de la Edad Media, en las sociedades occidentales el ejercicio del poder se formula siempre en el derecho».

derecho, dado que ésta se cerraba en una consideración «pre-moderna» del ejercicio del poder<sup>7</sup>. Por supuesto, aquí sí se advierte, en ocasiones, una identificación demasiado estrecha entre derecho y ley, en los casos en que la crítica se dirige al exceso de visibilidad de la ley y a su efecto de oscurecimiento sobre otras formas de ejercicio del poder, como las disciplinarias (Tadros 2010: 149-52; Hunt 1994: 49), y sobre otras formalizaciones jurídicas, como las instituciones modernas (Burchell 1991: 131). Buena parte del campo de análisis abierto por el concepto de disciplina se funda sobre el reconocimiento de un modo de ejercicio del poder en cierto sentido «infra-jurídico»<sup>8</sup> o, en todo caso, alejado de la cúspide de las pirámides normativas y tanto más eficaz, en cuanto que menos visible como relación de poder: en el decir del mismo Foucault (2003: 33) «captar el poder por el lado del extremo cada vez menos jurídico de su ejercicio»<sup>9</sup>.

Así pues, esto permite delimitar dos líneas de análisis. De un lado, la introducción de unas nuevas tecnologías de ejercicio del poder en un nivel capilar y su expresión jurídica. Y, de otro, el proceso de gubernamentalización del derecho, como tecnología de intervención sobre la población, en el contexto del liberalismo y del neoliberalismo, lo que facilita el abordaje de políticas públicas en distintos órdenes.

A este respecto, aparece la segunda precaución, que se toma respecto a las abstracciones que implica la concentración exclusiva sobre un modo de ejercicio del poder siempre general o de marco, tal como

---

<sup>7</sup> Como FOUCAULT (1984: 63-4) señala: «En el fondo, a pesar de las diferencias de épocas y de objetivos, la representación del poder ha permanecido acechada por la monarquía. En el pensamiento y en el análisis político, aún no se ha guillotinado al rey. De allí la importancia que todavía se otorga en la teoría del poder al problema del derecho y de la violencia, de la ley y la ilegalidad, de la voluntad y de la libertad, y sobre todo del Estado y la soberanía (incluso si ésta es interrogada en un ser colectivo y no más en la persona del soberano). Pensar el poder a partir de estos problemas equivale a pensarlos a partir de una forma histórica muy particular de nuestras sociedades: la monarquía jurídica. Muy particular, y a pesar de todo transitoria. Pues si muchas de sus formas subsistieron y aún subsisten, novísimos mecanismos de poder la penetraron poco a poco y son probablemente irreducibles a la representación del derecho».

<sup>8</sup> «Históricamente, el proceso por el cual la burguesía ha llegado a ser en el curso del siglo XVIII la clase políticamente dominante se ha puesto a cubierto tras de la instalación de un marco jurídico explícito, codificado, formalmente igualitario, y a través de la organización de un régimen de tipo parlamentario y representativo. Pero el desarrollo y la generalización de los dispositivos disciplinarios han constituido la otra vertiente, oscura, de estos procesos. Bajo la forma jurídica general que garantizaba un sistema de derechos en principio igualitarios había, subyacentes, esos mecanismos menudos, cotidianos y físicos, todos esos sistemas de micropoder esencialmente inigualitarios y disimétricos que constituyen las disciplinas. Y si, de una manera formal, el régimen representativo permite que directa o indirectamente, con o sin enlaces, la voluntad de todos forme la instancia fundamental de la soberanía, las disciplinas dan, en la base, garantía de la sumisión de las fuerzas y de los cuerpos. Las disciplinas reales y corporales han constituido el subsuelo de las libertades formales y jurídicas» (FOUCAULT 1978: 224-5).

<sup>9</sup> También en FOUCAULT (1990b: 108) puede verse: «Los que gobiernan la sociedad ya no son los códigos sino la perpetua distinción entre lo normal y lo anormal, la perpetua empresa de restituir el sistema de la normalidad».

el que suele acompañar a la teoría liberal del Estado y la constitución (Foucault 2009: 171-2). Esto se advierte con claridad en las exposiciones sobre la formación de una gubernamentalidad moderna. En tal contexto, sobre todo a partir del siglo XVIII, la posición del derecho, entendido de esta manera restringida, no desaparece, sino que se invierte: «En realidad, el derecho y las instituciones judiciales que habían sido intrínsecas al desarrollo del poder real se convierten ahora, en cierto modo, tanto en exteriores como exorbitantes con respecto al ejercicio de un gobierno según la razón de Estado» (Foucault 2007: 25). De hecho, los opositores a esta línea de desarrollo del Estado (tanto la reacción nobiliaria a la concentración de poder real primero, como los intereses de la burguesía frente a la monarquía absoluta después) usaron estas formas jurídicas como medios de resistencia (Foucault 2003). A su vez, los propios teóricos del Estado estaban desplegando las definiciones de la razón de Estado como un mecanismo discursivo jurídico-político que excedía al derecho.

En este contexto analítico, el progresivo desarrollo de un *arte de gobierno*, de una *gubernamentalidad* principalmente basada sobre la economía política fisiocrática y liberal, toma la concepción jurídica del poder soberano como un punto de contraste para su formación. Si esta economía política pasa a funcionar como un *régimen de veridicción* política, como un código de gobierno, lo hace con características diferentes. En primer lugar, las normas de autolimitación y fomento que impone esta economía política, constituida en saber de gobierno, operan, sobre todo, por la vía de hecho y, aunque algunas de estas reglas puedan transponerse como normas jurídicas, su infracción no afectará tanto a la legitimidad del gobierno, como a su habilidad y capacidad. En definitiva, la utilidad de un conveniente seguimiento de estas reglas limitativas de la acción de gobierno actuará como la razón fundamental de su respeto: «la cuestión económica siempre va a plantearse en el interior del campo de la práctica gubernamental y en función de sus efectos, no en función de lo que podría fundarla en términos de derecho» (Foucault 2007: 32, 26 y ss.).

En segundo lugar, la distinción entre el *agenda / non agenda* no se dirige como prohibición ni prescripción a los gobernados, sino al gobierno, en la diferenciación de los aspectos de la vida que podían ser regulados e intervenidos y los que debían permanecer inviolables (Foucault 2007: 28). A su vez, la especificación de los derechos en este ámbito de intangibilidad (de propiedad, de subsistencia, de trabajo) no se produce a partir de la pre-existencia natural de un ámbito privado o de humanidad última, sino por una razón de economía de gobierno, que excluye de su acción ciertos ámbitos, cuyo desarrollo «espontáneo» resulta funcional al proyecto general del gobierno (Foucault 2007: 39).

Para la filosofía del derecho contemporánea, resultaría muy oportuno recorrer de vuelta este camino y conceptuar de manera explícita la dimensión jurídica, el impacto sobre nuestra concepción del derecho, de estos *régimenes de veridicción* que, decisivos para la actividad de

gobierno, permanecen al margen de «lo jurídico». En parte, ésta sería una tarea, más o menos manifiesta, en las teorizaciones acerca del derecho regulativo (Calvo 2005) y material, que se expandió en la gobernabilidad del *welfare* fordista (Teubner 1986). Estas visiones han podido incorporar al pensamiento jurídico aspectos que, sin formar parte de la norma, constituyen sus condiciones de posibilidad y de ejercicio. Éste es el sentido eminentemente jurídico que, entendemos, tienen muchos de los enunciados foucaultianos, pese a que se realicen en campos, en principio, alejados o «exteriores» a los tradicionales en esta disciplina (e incluso a partir de cierta negación de la misma); conscientes, además, de que tales cuestiones viven hoy un proceso de formalización en su interior, del que podría hablarse, en sentido lato, como una «juridización». Por tanto, estas particularidades en la consideración foucaultiana del derecho explican que el tratamiento, dentro de la disciplina jurídica, haya sido mucho menor que el otorgado en otros ámbitos de las ciencias sociales y humanas, si bien estamos en condiciones de avanzar sobre esta lectura de finales del siglo xx.

### 3. INCLUSIÓN DEL DERECHO: FUNCIONES

En cualquier caso, si adoptamos el derecho material como el horizonte de proyección, en el ámbito jurídico, del pensamiento foucaultiano, vemos relativizarse bastante aquella idea inicial de desconsideración hacia el derecho, que, por otra parte, nunca desapareció del contenido de sus cursos (Foucault 2008, 2003; Valverde 2010). La cuestión es, por tanto, definir mejor la posición de «lo jurídico» en este pensamiento. Para Tadros (2010: 156), esta noción tiene tres niveles en el autor francés: uno referido al derecho en un sentido objetivo y común, que puede formalizarse, en último término, de distintas maneras; otro, referido a las relaciones de poder que atraviesan el derecho en el sentido anterior y que están, con éste, en una relación de interdependencia; y, finalmente, «lo jurídico» como un código inmanente que se justifica a sí mismo y existe en virtud de su eficacia. Éste sería el nivel más originalmente foucaultiano y que centró el brillante análisis de Ewald (1990a, entre otros) respecto a la normatividad disciplinaria.

#### 3.1 Centralidad del poder en los análisis sobre el derecho: interdependencia en razón de la eficacia

Por nuestra parte, entendemos que para precisar la relevancia del derecho en Foucault resulta decisivo considerar la prioridad del poder, cuyo funcionamiento, desde luego, desborda al derecho. Dado que, en tal marco, las nociones jurídicas no tienen por sí una existencia como

universales, la posición del derecho depende de su relevancia para la actualización de dispositivos y prácticas concretas: las prácticas pastorales, las disciplinas, las ciencias de la conducta, etc. En parte, éste es el enfoque de Rose y Valverde (1998: 547-51), al especificar cuatro ámbitos de gobierno, en sentido foucaultiano, donde la regulación jurídica se articula de manera fructífera con las estrategias de intervención: la sujeción-subjetivación, en cuanto a la producción de estatus diferenciados para ciertos colectivos, como la infancia; la normalización, que es un campo típico de las estrategias regulativas; la especialización, en cuanto a la configuración de espacios gobernables a partir de regulaciones específicas de esos espacios, con frecuencia infra-legales y plurales en los agentes de gobierno y administraciones a que implican; y las autorizaciones, en cuanto a todas las cuestiones de la producción, garantía y regulación de ciertas formas de ascendencia y capacidad de conducción de otros, otorgada a ciertos sujetos o instituciones, desde los expertos modernos a las formas contemporáneas de conducción o gobierno a distancia (M. Dean 2003: 169).

Si se adopta esta perspectiva práctica, la funcionalidad principal del derecho proviene de su capacidad de articulación entre los diferentes planos y tecnologías de gobierno. Esto es lo que Tadros (2010: 172-3) quiere señalar cuando compara las funciones del derecho con el «dispositivo de sexualidad» (Foucault 1984), en cuanto a su capacidad para funcionalizar, en el interior de determinadas estrategias de gobierno, tecnologías a distintos niveles, como las disciplinas, las políticas más abstractas sobre la vida o las nuevas técnicas de gobernabilidad. Podremos aclarar bastante el contenido de esta articulación si precisamos la relación entre el derecho y las distintas tecnologías y funciones en que puede concretarse esta utilidad general de recombinación.

En cualquier caso, la emergencia de las disciplinas o de un enfoque de gobernabilidad no implica la exclusión de la norma jurídica a favor de una suerte de norma de conducta para-jurídica. Si tomamos, precisamente, las disciplinas como supuesto tipo de relación del derecho con las prácticas de gobierno, notaremos que existe una relación de interdependencia (Golder 2009: 59-60; Rose 1998), alejada del anterior prejuicio. Por una parte, el derecho, una u otra formalización jurídica de estas relaciones de poder, es relevante para su eficacia y su legitimidad, esto es, para su suerte. A la vez que, solo la activación de una cierta red de micropoderes, es capaz de sostener un determinado marco jurídico. Éste es el sentido en que Montag (2006: 20-1) conceptúa la eficacia de las disciplinas como condición de posibilidad del surgimiento de un Estado y de un derecho liberal. De manera expresa lo había señalado Foucault: «en las sociedades modernas, a partir del siglo XIX y hasta nuestros días, tenemos, por una parte, una legislación, un discurso y una organización del derecho público articulados en torno al principio de la soberanía del cuerpo social y la delegación que cada uno hace de su soberanía al Estado, y, al mismo tiempo, una

apretada cuadrícula de coerciones disciplinarias que asegura, de hecho, la cohesión de ese mismo cuerpo social. Ahora bien, esta cuadrícula no puede transcribirse en ningún caso en ese derecho, que es, sin embargo, su acompañamiento necesario. Un derecho de la soberanía y una mecánica de la disciplina: entre estos dos límites, creo, se juega el ejercicio del poder» (2003: 40).

Con este caso concreto, observamos cómo el contenido de tal relación de interdependencia supone un ensamblaje singular, que se distancia tanto de la visión autopoietica del derecho (Valverde 2006: 8), como de una visión superestructural o derivada respecto al poder; sobre todo porque, desde nuestra perspectiva y cómo veremos a continuación, el derecho opera con unas funciones, como *régimen de veridicción*, derivadas del particular par foucaultiano de *saber-poder*, que no son reducibles a las de una narratividad ni a las de un aparato ideológico (Montag 2006: 20-1).

### 3.2 El derecho como dispositivo de articulación de saberes, objetos y técnicas de gobierno

De vuelta a la especificación de las funciones que el derecho puede desempeñar, como tecnología de articulación, podemos indicar varias. En primer lugar, es habitual señalar una función legitimante y, por tanto, de reforzamiento de las prácticas que se formalizan jurídicamente, algo que resulta más claro respecto a las prácticas emergentes.

En segundo lugar, nos resulta muy interesante la existencia de un conjunto de funciones de articulación de carácter orgánico, en cuanto al ajuste de las distintas capas, tecnologías, discursos y agentes de gobierno en los dispositivos. A este respecto, son muy relevantes los trabajos de Ewald (1990a; 1990b), de fuerte inspiración foucaultiana, siempre que proyectemos hacia el presente algunos de sus postulados relativos a las sociedades disciplinarias. Ewald indica: «Indudablemente la norma se relaciona con el poder, pero se caracteriza menos por el uso de la fuerza o la violencia que por una lógica implícita que permite al poder meditar sobre sus propias estrategias y definir con más claridad sus objetos» (1990a: 139).

De este modo, distingue tres ámbitos donde la noción de norma tiene un sentido notable en nuestras sociedades. El primero corresponde al ámbito de las disciplinas en Foucault. En la sociedad disciplinaria, la norma permitiría a las disciplinas pasar de un conjunto de técnicas de encierro hacia unas dimensiones de eficacia mayores; o dicho de otro modo: «[la norma] funcionaría como la matriz que permite transformar las restricciones negativas de lo jurídico en los controles más positivos de la normalización y ayudar a producir la generalización de la disciplina» (Ewald 1990a: 141). Las normas actúan como moneda de cambio en las sociedades disciplinarias, poniendo en relación las partes más técnicas de la economía política y la producción

con los nuevos saberes sobre la conducta. Ésta es la función que Bergalli (2001: 59) destaca del derecho como organización social: operar como hilo conductor capaz de extender y diversificar las disciplinas desde el interior de la fábrica hacia otros campos de la organización social. De un lado, es imposible pensar el proceso de multiplicación y complejización de las disciplinas (por ejemplo, del orden escolar) y los saberes modernos (por ejemplo, de la contabilidad y la estadística), sin aludir a la dimensión jurídica de estos procesos de institucionalización.

En el desarrollo inicial de las sociedades disciplinarias, esta función de la norma tendría un alcance solo local. Tales limitaciones solo podrían ser superadas a partir de la abstracción de esos mecanismos hacia dispositivos de normalización que fueran operativos en la escala de «lo social», por ejemplo, a través de nociones como la de «riesgo»<sup>10</sup>. Esto subraya el sentido de la actividad normativa en funciones crecientes de estandarización<sup>11</sup>. La normalización, con este sentido de estandarización, no es tanto una actividad industrial como una actividad sobre el lenguaje (composición de vocabularios y códigos comunes), relativa a la elaboración de herramientas comunicativas de uso más eficiente y recorrido más amplio. Por supuesto que ésta no es una actividad puramente técnica, dado que la normalización no solo produce un estándar de medida, sino también un juicio acerca de la medida: «la normalización no produce objetos, sino procesos que conducirán a un consenso general concerniente a la elección de normas y estándares» (Ewald 1990a: 148) y, en tal dimensión, resulta un proceso auto-consciente y teleológico; y, en absoluto, natural o neutral.

Si las técnicas disciplinarias han operado con el objetivo de que los sujetos interioricen tales estándares de puntualidad, respeto, movimiento y conductas varias, de modo que su comportamiento tienda a adecuarse a ellos, los citados estándares de conducta constituyen el marco de referencia hacia el que corregir los comportamientos desviados, manteniendo así la conformidad y la seguridad<sup>12</sup>. Por otra parte, esta actividad de estandarización implica una cierta homogeneización,

---

<sup>10</sup> La noción de «riesgo» cumple una función análoga a la de la «norma» respecto a las disciplinas, al permitir una objetivación de determinados eventos relacionados con la población que son, a partir de ahí, susceptibles de generalización, de previsión y de gestión (EWALD 1990a: 142).

<sup>11</sup> EWALD (1990a: 150) alude aquí a una variedad de funciones: de simplificación, es decir, la reducción del número de objetos posibles, eliminando los superfluos y redundantes; de unificación, es decir, el establecimiento de características comunes entre los objetos de modo que sean compatibles e intercambiables; y de especificación, es decir, de la elaboración de nuevos objetos a partir de los modelos estándares.

<sup>12</sup> Por ejemplo, en la vigilancia, la norma aporta también el criterio en virtud del cual se vigila: qué signos se consideran comportamiento desviado, etc. «es a través de la repetición de las exigencias normativas como se construye lo “normal” y así la disciplina interviene en el aseguramiento de la normalización a través de la interiorización de un patrón de normas determinado a partir de la vida diaria y asegurado mediante la vigilancia» (HUNT 1994: 50).

que debe entenderse en el interior de la racionalidad jurídica pero no identificarse, en exclusiva, con una sola técnica regulativa, ya que progresivamente se diversifican las tecnologías de regulación (normas, contratos, instrumentos que regulan más el proceso de validación que el contenido, como parámetros, estándares, criterios, etc.) (Hunt 1994: 67). Esta normalización es imprescindible para mantener las tecnologías de poder dentro de un control y de una manejabilidad que son las condiciones mismas de su eficacia última. De ahí que exista un constante cruce entre los terrenos de la materialidad tecnológica y su expresión jurídica, por una parte, y los espacios tradicionalmente ocupados por el derecho, por otra<sup>13</sup>.

Se delimita, así, una función de articulación de diversos planos y técnicas de gobierno, no solo en cuanto a la legitimidad de su ejercicio, sino de su posibilidad técnica y epistémica. La relevancia de estas funciones se hace más patente conforme se examina el proceso y las dificultades de funcionalizar las tecnologías y las racionalidades emergentes: las disciplinas sobre el campo del poder soberano (Foucault 2003: 40 y ss); la consolidación de un sistema penal de ejecución carcelaria, con su imprescindible articulación de distintas instancias, como la detención policial, la dogmática penal y la regulación procesal con la regulación del régimen disciplinario (Tadros 2010: 173); la configuración de dispositivos más abstractos de regulación, en contraste con un archipiélago de relaciones disciplinarias de alcance más bien inter-individual (Rose 1996c); o las nuevas tecnologías de gobierno a distancia sobre el escenario de gobierno social «welfarista», entre otras. Se trata, en definitiva, de una compleja actividad de «traducción» o de «reajuste», que Rose y Miller (1992: 9) atribuían a una pluralidad de agentes, que abarca desde los programas políticos, los centros de cálculo y de mando a los grupos e individuos más locales. En último término, sin ella y sin este plano de articulación entre lo abstracto y lo concreto, no pueden componerse, con la suficiente estabilidad, las múltiples y delicadas redes que conectan hoy a los individuos, grupos y organizaciones con las aspiraciones del *gobierno* (Rose 1992: 3).

### 3.3 Efectos productivos de «lo jurídico»

En tercer lugar, «lo jurídico» tiene, en esta actividad de articulación, unos efectos productivos. En el campo del conocimiento, en que nos detendremos a continuación, es visible su implicación en el fomento y formalización de los saberes de gobierno o de las ciencias de la conducta. No solo en el efecto más evidente de reconocimiento

---

<sup>13</sup> En ocasiones, estos procesos se han descrito como «colonización» del derecho por otros saberes expertos, como orientación del derecho hacia los procesos sociales y, en muchos casos, bajo el epígrafe de *derecho regulativo*.



de disciplinas académicas o colegios profesionales, sino en el empuje a la propia determinación de los distintos objetos y campos de gobierno (Golder 2009: 61, 66). Por continuar con el ejemplo de las disciplinas, la consolidación de un derecho penal como materia jurídica en el XIX es decisiva para la estabilidad de las nociones clave de un sistema de responsabilidad, como la configuración de la delincuencia o de un régimen de sanciones; solo que, en el marco foucaultiano, los modos institucionalizados de producción jurídica son unos entre una multiplicidad de modos de regulación conectados (Walby 2007: 551). Ésta sería una función cercana a la que Ewald (1990a) subrayaba, en cuanto a estandarización y homogeneización epistémica de un campo de lo real, con el fin de su gobierno. Por otra parte, esta función productiva no se agota ahí, ya que el derecho puede canalizar, en determinados momentos, un plus en las relaciones de poder a favor de la emergencia o la consolidación de un objeto<sup>14</sup>.

Desde nuestra perspectiva, uno de los rasgos destacados del pensamiento foucaultiano, en este ámbito, es su utilidad explicativa respecto a los cambios sociales. En tal sentido, resulta elocuente el enfoque de Canguilhem (1971), por otra parte, uno de los filósofos de influencia más explícita en Foucault. Canguilhem distinguiría, en la vida, una tendencia a la homeostasis de una tendencia a la auto-superación de las formas establecidas, productora de continuos desajustes en las nociones establecidas sobre la vida y, por tanto, creativa de normatividad, a través de su progresiva integración en las formas de «vida normal». Se trata de una idea cercana al valor *normativizante* que el pensamiento foucaultiano le reconoce a la trasgresión (Patton 2010). Y es análoga a la manera en que Foucault (2008: 40-59, 66-75, 26-35) analiza la inscripción de determinados fenómenos sociales, como la escasez, la viruela o la expansión de las ciudades, en el pensamiento y en los modos de hacer gubernamentales, a partir de la abstracción que se realiza mediante los dispositivos de seguridad<sup>15</sup>.

En tales nociones jurídicas, Golder y Fitzpatrick (2009: 71) también han advertido una doble condición entre su carácter definido y su carácter sensible a los cambios, entendiendo por cambio no tanto un modificarse naturalizado de las circunstancias sociales, como el resultado de la acción de los sujetos implicados en las relaciones de poder: «[el] derecho, en un agenciamiento constitutivo a través de esa misma resistencia y trasgresión, se extiende a sí mismo de una manera ilimitada en un intento de abarcar y responder a aquello que lo interpela

---

<sup>14</sup> Vid. GOLDER (2009: 69). De nuevo, esta función resulta clara si se piensa en una dimensión más relacional y contextualizada (Patton 2010: 470) y, como indicamos, a partir de su productividad respecto a la apertura de nuevos campos de saber y gobierno (TADROS 2010: 166-7), como hemos mostrado en los ejemplos de Rose y Valverde (1998).

<sup>15</sup> Puede verse una caracterización de este carácter productivo de la desviación desde un marco de análisis biopolítico en MUHLE (2010: 417 y ss).

más allá de su contenido definido». De la tensión entre esta doble condición, se sigue una caracterización paradójica del derecho (Golder 2009: 79-82), por otra parte, habitual en Foucault, por la que el derecho no puede ser reducido totalmente a sus funciones fijas y de determinación o plus de poder, que hemos visto, a riesgo de perder su sensibilidad, capacidad de adaptación y franqueamiento de los límites dados<sup>16</sup>.

#### 4. UTILIDAD DEL DERECHO COMO SABER DE GOBIERNO

Hasta este punto, hemos visto cómo las lecturas más apreciables de las posibilidades analíticas del derecho en el pensamiento foucaultiano subrayan esta dimensión, digamos, de articulación orgánica entre los distintos planos y tecnologías de gobierno. Incluso cuando la mirada se centra sobre sus posibilidades productivas o creativas, lo hace incidiendo en el lado del poder, en cuanto al plus de poder (eficacia, legitimidad, alcance, etc.) que ofrecen ciertas formalizaciones jurídicas. Partiendo del interés y calidad de estas visiones, por nuestra parte, preferimos incidir en la dimensión más epistémica de esta funcionalidad de articulación, inclinados hacia el estilo analítico del filósofo del derecho François Ewald, donde conceptuaríamos al derecho como un *régimen de veridicción* para la actividad de gobierno<sup>17</sup>.

En la obra foucaultiana, existen dos sentidos con respecto a la noción de regímenes de veridicción aplicada al derecho. La primera y más explícita es la que aparece en las conferencias brasileñas agrupadas bajo el título de *La verdad y las formas jurídicas* (Foucault 1980), donde la expresión tiene un sentido bastante directo, relativo a los medios de obtención y validación de un discurso que pretende ser verdadero en un ámbito judicial, sobre todo en la Época Antigua y la Edad Media. Es decir, se trata de conjuntos tecnológicos destinados a delimitar las posibilidades del decir veraz en contextos formalizados de disenso.

Sin embargo, para nuestro interés, resulta más útil una concepción del *régimen de veridicción* aplicada al derecho, inscrita en los trabajos de la última época, relativos al arte de gobierno, y, por tanto, a la formación de una verdad de gobierno, así como a las relaciones entre la verdad y la política, por ejemplo en los cursos sobre el «gobierno de sí

---

<sup>16</sup> Amén de que «lo jurídico» aparece como un medio de consolidación de cambios que se han operado, en principio, en sus márgenes. Al respecto del proceso de incitación y objetivación de la sexualidad, y sus efectos sobre el sujeto durante el siglo XIX, FOUCAULT (1984: 133) señalaba: «Así el derecho estaría a salvo, inclusive en la nueva mecánica del poder. Pues tal es la paradoja de esta sociedad que inventó desde el siglo XVIII tantas tecnologías de poder extrañas al derecho: teme sus efectos y proliferaciones y trata de recodificarlas en las formas del derecho».

<sup>17</sup> Vid. también, en esta dirección, WALBY (2007: 558-9).

y de los otros» (Foucault 2009, 2010). Como indica Foucault (2007: 53), «el régimen de veridicción, en efecto, no es una ley determinada de la verdad, [sino] el conjunto de las reglas que permiten, con respecto a un discurso dado, establecer cuáles son los enunciados que podrán caracterizarse en él como verdaderos o falsos».

En este sentido, no ocultamos la influencia de Ewald, que ya apuntamos en su señalamiento de la especificidad de las funciones de la norma, en el contexto de desarrollo de las disciplinas, respecto a anteriores instrumentos de regulación: normas que operan en un plano de facticidad y a través de un trabajo previo de objetivación, toda vez que normar no es solo dar reglas, sino objetivar su campo de validez y eficacia (Ewald 1990a: 156).

En segundo lugar, y frente al instrumento clásico de la soberanía, la ley y su carácter absoluto, se propone la consideración de unas normas que son relativas; que no se derivan, reflejándolo, de un principio universal exterior, sino que se especifican en función de los objetivos vigentes en el campo donde operan. Esto no implica que las normas sean efímeras, sino que están vinculadas al entorno en que se despliegan. Además, no existen solas y por sí, sino que adquieren sentido social en su referencia y relación con otras normas de las que dependen: «si existe una norma, todo el espacio en que aparece se convierte en un espacio normativo» (Ewald 1990a: 153), que es el orden normativo que caracteriza las sociedades modernas.

Así, la tercera característica diferencial de las normas se refiere al modo en que objetivan el espacio normativo que regulan. La ley, en su forma soberana, define en su exterior, un campo de lo prohibido. Las normas establecen, sin embargo, una tensión entre lo normal y lo anormal donde lo anormal no resulta exterior a lo normal, sino que se produce en su interior y en términos de inclusión. Según Foucault (2008), las disciplinas clásicas actúan de forma inclusiva pero estableciendo un corte bipolar entre la posición de normalidad y la de anormalidad, donde el trabajo disciplinario consiste precisamente en homogeneizar a todos los cuerpos en esa situación de conformidad con la norma. Sin embargo, el ejercicio más gubernativo del poder, que se impone hoy, tiende a dotar de mayor consistencia al continuo que vincula normalidad-anormalidad y agrava la dificultad de una conceptualización tajante de esta última. En tal sentido, la anormalidad no puede identificarse con la simple diferencia, cuanto menos en un contexto de gobierno que tiene como una de sus estrategias centrales la puesta en valor de la diferencia. Pero sigue siendo pertinente preguntar cuándo una de estas variaciones respecto a la media que define la normalidad puede considerarse anomalía. Ewald (1990a: 157) traslada el esquema estadístico-biológico a los espacios normativos sociales y políticos, a partir del carácter relativo de las normas: se trataría de poner el objeto determinado en referencia a unos ciertos parámetros, requerimientos y exigencias, que compondrían un ámbito de nor-

malidad más analógico (Deleuze 2006b), siendo lo anormal aquello que no alcanzara tales requisitos.

Aparecen, por tanto, dos cuestiones interesantes de este esquema normalidad-anormalidad. La primera cuestión es que los criterios que delimitan ese espacio de normalidad constituyen la sustancia de lo normativo. Se trata de la necesidad de estandarización o de producción de un campo en que quepa la normalidad y la normalización que señalamos. En definitiva, de componer una equivalencia general respecto a la que es posible calcular, comparar, gobernar, etc. Por supuesto que una normalización, comprendida de este modo, no puede funcionar sino por el juego de las irregularidades o anormalidades, que diferenciar respecto a su posición central.

La segunda cuestión se refiere a que, dado el carácter político e inmanente de estos criterios de normalidad respecto a su población, éste será un espacio permanente de conflicto, a fin de influir, no solo sobre los juicios sustantivos, sino también sobre los criterios de delimitación o sobre las funcionalidades y orientación de los dispositivos de seguridad que se articulan a partir de ahí. Ello revela la importancia de lo que podríamos denominar un derecho *centrado en lo social*, debido a su sensibilidad respecto a la evolución de las dinámicas, incertidumbres, agentes y acontecimientos sociales, a cuya configuración y regulación pretendía coadyuvar.

Esta dimensión epistémica de las funciones de articulación del derecho se observa con claridad en los ejemplos que citamos arriba acerca de cómo una serie limitada de regímenes de signos (algunos, si se quiere, semánticos pero otros indudablemente jurídicos como los códigos penales o las leyes de enjuiciamiento) permiten articular un nuevo campo de lo real. Éste es el sentido del *régimen de veridicción* como *saber de gobierno*, en cuanto que no existe gobierno posible de un campo sin un saber que lo delimite, lo ordene, lo haga inteligible y, por tanto, gobernable.

Así, creemos evidente que este sentido no excluye sino que implica al derecho y que es clara la importancia de las relaciones entre derecho, como régimen particular del decir veraz político, y gobierno, como diagrama contemporáneo de ejercicio del poder. Dicho de otro modo (Foucault 2003: 30), «el poder nos obliga a producir la verdad, dado que la exige y la necesita para funcionar; tenemos que decir la verdad, estamos forzados, condenados a confesar la verdad o a encontrarla. (...) Tenemos que producir la verdad del mismo modo que, al fin y al cabo, tenemos que producir riquezas, y tenemos que producir una para poder producir las otras. Y por otro lado, estamos igualmente sometidos a la verdad, en el sentido de que ésta es ley; el que decide, al menos en parte, es el discurso verdadero; él mismo impulsa, propulsa efectos de poder. (...) Por lo tanto: reglas de derecho, mecanismos de poder, efectos de verdad».

Este enfoque permite comprender y definir mejor muchas de las transformaciones contemporáneas en el ejercicio del poder y, dada la

interdependencia, en el derecho. En primer lugar, una línea de proliferación de instrumentos normativos de rango inferior al legal, y con frecuencia al reglamentario, que se sitúan en el plano de la implementación de las políticas públicas, como estrategias de gobierno estructuradas, tales como protocolos, reglamentos de régimen interno, circulares, auditorías, procedimientos de evaluación, etc. y que se inscriben en una transición hacia las formas de gobierno a distancia.

En segundo lugar, respecto a un progresivo desplazamiento del régimen jurídico desde un funcionamiento binario («máquina binaria» en la concepción deleuziana<sup>18</sup>), hacia un funcionamiento modular, esta concepción como régimen de veridicción permite señalar el carácter abierto y flexible del derecho (Golder 2009: 83-4), que es la condición de su eficacia regulativa, y por tanto de su productividad, respecto a los nuevos dispositivos y tecnologías de poder. Éstos son, en cierta medida, los desplazamientos que subrayan las perspectivas de derecho regulativo, en cuanto a su énfasis en el carácter material del derecho contemporáneo, su articulación con otros saberes de gobierno, la importancia de los niveles de implementación, etc. (Calvo 2005). El derecho se perfila así como un decir veraz que, no es el de las ciencias experimentales, pero tampoco el de la pura aleatoriedad, de modo que sus condiciones de producción se constituyen en un asunto central para la filosofía del derecho, en un contexto en que distintos saberes y sujetos diversos son agentes de ese decir veraz jurídico, que es fundamental para la gubernamentalidad contemporánea.

En tercer lugar, esta concepción del derecho permite un análisis más claro del plano de producción de subjetividad, que constituye uno de los elementos diferenciales de las actuales estrategias de gobierno y una tendencia emergente de determinados regímenes regulativos (Rose 1998: 549-50). El derecho tiene, así, una función estructurante y productiva en estos circuitos de producción de sí (Golder 2009: 123). En tal sentido, podría funcionar dentro de regímenes del «decir veraz» sobre el sujeto a través de distintos modos: al reconocer – fomentar determinada identidad diferencial, al regular conforme a ella, al proteger una determinada relación con el sí mismo a través de unas políticas sociales, etc. En definitiva, al intervenir como uno de los regímenes de veridicción con que puede especificarse la regulación de la producción de sí como un campo de gobierno en el presente.

Tomada, así, la juridificación como una vía de normalización, se aprecia cómo esta actividad puede configurar e intensificar las rela-

---

<sup>18</sup> Puede verse una aplicación en DELEUZE (2004: 25): «los dualismos no se basan en unidades, se basan en elecciones sucesivas. (...) Siempre hay una máquina binaria que preside la distribución de los papeles y que hace que todas las respuestas deban pasar por preguntas prefabricadas, puesto que las preguntas ya están calculadas de antemano en función de las posibles respuestas a tenor de las significaciones dominantes. Así es cómo se constituye un patrón tal que todo lo que no pase por él no puede materialmente ser oído».

ciones de poder existentes (Taylor 2009: 47, 53). Si tomamos el ejemplo del *gobierno de la infancia*, veremos que el establecimiento de diferentes categorías poblacionales a través de instrumentos jurídicos, como los menores en situación de riesgo y desamparo o los menores infractores, constituye el medio tanto para estimular en ellos una reacción de auto-cuidado o de corrección, como para movilizar recursos administrativos de protección o de reforma. En contraposición a esto, las tecnologías jurídicas también podrían funcionar como mecanismos de subjetivación alternativa<sup>19</sup>.

En cualquier caso, debe descartarse que en este planteamiento de inspiración foucaultiana, exista una suerte de evolución de la razón jurídica, que actúe como una invariante histórica de lo humano hacia una organización más perfecta, más racional o más eficiente: es aquí donde nuestra perspectiva se aparta de todo funcionalismo. El sentido foucaultiano de racionalización (en este caso de normalización) es mucho más restrictivo y relativo, operando en torno a dos ejes. De un lado, la codificación o normación, es decir, la estandarización de reglas, objetivos, instrumentos, etc. Y, de otro lado, la definición de las prácticas como verdaderas o falsas, como normales o anormales en este caso, dentro del régimen de prácticas objetivado (Foucault 1991: 79). La vigencia coetánea, que no pacífica, de distintos regímenes de prácticas puede dar razón de la coexistencia, a veces paradójica, de distintas racionalidades. En el mismo ejemplo de la infancia, se prevén tratamientos que subrayan los elementos de protección y apoyo a la crianza, con otros de integración social y resocialización, para casos de «desviación», y, en el otro extremo, con soluciones que inciden en rasgos de defensa social para determinados perfiles de infractores.

## 5. CONCLUSIÓN

A estas alturas, creemos resulta claro que «lo jurídico», sobre todo a partir de su funcionamiento contemporáneo en regímenes de prácticas concretos, tiene un peso nada menor en el pensamiento foucaultiano y en la gubernamentalidad de las sociedades actuales. Este singular horizonte de utilidad del trabajo de Michel Foucault ha llevado a que su recepción en el ámbito socio-jurídico anglosajón haya sido especialmente intensa y a que nos sirva de apoyo principal para desentrañar cuál podría ser el marco en que se formulan las estrategias de gobierno

---

<sup>19</sup> Por ejemplo, VATTER (2010: 205-6) propone una identificación de la ley, no con el poder soberano, sino, al contrario, con una forma de independencia política en relación con el soberano. La ley sería, en el pensamiento foucaultiano desde esta perspectiva, un medio de resistencia frente a la tendencia del (neo)liberalismo a reducir la ley bajo el orden. Más allá de esta lectura, resulta interesante examinar las relaciones entre derecho, ciudadanía, gobierno de sí y posibilidades democráticas de gobierno de los otros.

en los distintos ámbitos de la realidad social. Sin dar buena razón del funcionamiento de las tecnologías jurídicas resulta difícil analizar la actividad de gobierno, en la legitimación de sus prácticas, la articulación de sus técnicas y niveles de intervención y, en definitiva, la configuración veraz de sus objetos, agentes y ámbitos de actuación.

## BIBLIOGRAFÍA

- BERGALLI, R.: «Globalización y control social: Post-fordismo y control punitivo», *Sistema*, 160, 2001, pp. 107-124.
- BRÖCKLING, U., KRASMANN, S. y LEMKE, T.: *Governmentality: Current Issues and Future Challenges*, Nueva York, Routledge, 2011, 331 pp.
- BURCHELL, G.: (1991). «Peculiar Interests: Civil Society and Governing “the System of Natural Liberty”», en *The foucault effect: Studies in governmentality*, London, Harvester Weatsheaf, pp. 119-150.
- CALVO GARCÍA, M.: *Transformaciones del estado y del derecho*, Bogotá, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2005, 144 pp.
- CANGUILHEM, G.: *Lo normal y lo patológico*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1971, 242 pp.
- CASANOVAS ROMEU, P.: *L'estètica del saber en michel Foucault*, Bellaterra Barcelona. Publicacions de la Universitat Autònoma de Barcelona, 1987, 428 pp.
- DEAN, M.: *Governmentality: Power and Rule in Modern Society*, Londres, Sage, 2003, 229 pp.
- DELEUZE, G.: *Foucault*, Barcelona, Paidós, 1987, 170 pp.
- «Post-scriptum sobre las sociedades de control», en *Conversaciones: 1972-1990*, Valencia, Pre-Textos, J. L. Pardo (Trans.), 2006, 4a ed., pp. 277-286.
- DELEUZE, G. y PARNET, C.: *Diálogos*, Valencia, Pre-Textos, 2004, 166 pp.
- EWALD, F.: «Norms, Discipline, and the Law», *Representations*, 30, 1990a, pp. 138-161.
- «Un poder sin un afuera», en *Michel foucault, filósofo*, Barcelona, Gedisa, A. L. Bixio (trad. cast.), 1990b, pp. 164-169.
- FOUCAULT, M.: *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*, Madrid, Siglo XXI, 1978, 314 pp.
- *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1980, 174 pp.
- *Historia de la sexualidad. vol. I. La voluntad de saber*, México, Siglo XXI, 1984, 194 pp.
- «El sujeto y el poder», en *Michel Foucault: más allá del estructuralismo y la hermenéutica*, México, UNAM, 1988, pp. 227-244.
- «La crisis de la medicina o la crisis de la antimedicina», en *La vida de los hombres infames*, Madrid, La Piqueta, F. Álvarez-Uría, J. Varela (trad. cast.), 1990, pp. 93-120
- «Questions of Method», en *The Foucault Effect: Studies in Governmentality*, London: Harvester Weatsheaf, 1991, pp. 73-86.
- «La gubernamentalidad». Resumen del curso del Colegio de Francia(1978) «seguridad, territorio y población», en *Obras esenciales. Estética, ética y hermenéutica*, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 175-197.

- *Hay que defender la sociedad. Curso del Collège de France (1975-1976)*, Pons, H. (trad. cast.), Tres Cantos, Akal, 2003, 275 pp.
- *Hermenéutica del sujeto. Curso del Collège de France (1980-1981)*, Pons, H. (trad. cast.), Tres Cantos, Akal, 2005, 527 pp.
- *Nacimiento de la biopolítica. Curso del Collège de France (1978-1979)*, Pons, H. (trad. cast.), Buenos Aires, FCE, 2007, 401 pp.
- *Seguridad, territorio, población. Curso del Collège de France (1977-1978)*, Pons, H. (trad. cast.), Tres Cantos, Akal, 2008, 413 pp.
- *El gobierno de sí y de los otros. Curso del Collège de France (1982-1983)*, Pons, H. (trad. cast.), Buenos Aires, FCE, 2009, 429 pp.
- *El coraje de la verdad. El gobierno de sí y de los otros II. Curso del Collège de France (1983-1984)*, Pons, H. (trad. cast.), Buenos Aires, FCE, 2010, 401 pp.
- GOLDER, B. y FITZPATRICK, P.: *Foucault's Law*, New York, Routledge, 2009, 160 pp.
- HABERMAS, J.: *El discurso filosófico de la modernidad*, Altea, Taurus, 1989, 418 pp.
- HUNT, A.: «Getting Marx and Foucault into Bed Together», *Journal of Law and Society*, 31, 2004, 4, pp. 592-609.
- HUNT, A. y WICKHAM, G.: *Foucault and Law: Towards a Sociology of Law as Governance*, Londres: Pluto Press, 1994, 148 pp.
- MONTAG, W.: «The Immanence of Law in Power: Reading Foucault with Agamben», en *Michel Foucault and Power Today*, Lanham: Lexington Books, 2006, pp. 13-22.
- MORO ABADÍA, Ó. y PELAYO GONZÁLEZ, A.: «Hacia una “cartografía” del poder: Michel Foucault», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 20, 2003, pp. 207-226.
- MUHLE, M. (2010). «Sobre la vitalidad del poder: Una genealogía de la biopolítica a partir de Foucault y Canguilhem», en *Michel Foucault: Neoliberalismo y biopolítica*, Santiago, Chile, Universidad Diego Portales, 2010, pp. 397-432.
- PATTON, P. «Power and Right in Nietzsche and Foucault», en *Foucault and Law*, USA, Ashgate, 2010, pp. 461-479.
- PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, A.: «Michel Foucault y el problema del género», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26, 2003, pp. 847-867.
- «Aspectos jurídicos del poder: Los “ilegalismos”. El “caso Sade”», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 23, 2011, pp. 422-431.
- ROSE, N. «Governing “Advanced” Liberal Democracies», en *Foucault and Political Reason. Liberalism, Neo-liberalism and Rationalities of Government*, Londres: UCL Press, 1996, pp. 37-64.
- ROSE, N. y MILLER, P.: «Political Power Beyond the State: Problematics of Government», *The British Journal of Sociology*, 43, 1992, 2, pp. 172-205.
- ROSE, N., O'MALLEY, P. y VALVERDE, M.: «Governmentality», *Annual Review of Law and Social Science*, 2, 2006, 1, pp. 83-104.
- ROSE, N. y VALVERDE, M.: «Governed by Law?» *Social and Legal Studies*, 7, 1998, 4, pp. 541-551.
- SAUQUILLO GONZÁLEZ, J.: *Michel Foucault. Una filosofía de la acción*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989, 459 pp.
- «Michel Foucault: Una crítica del control social moderno», en *El derecho en la teoría social: Diálogo con catorce propuestas sociales actuales*, Madrid, Dykinson, 2001a, pp. 265-298.
- *Para leer a Foucault*, Madrid, Alianza, 2001b, 199 pp.



- SERRANO GONZÁLEZ, A.: *Michel Foucault: Sujeto, derecho, poder*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1987, 157 pp.
- TADROS, V.: «Between Governance and Discipline: The Law and Michel Foucault», en *Foucault and Law*, USA, Ashgate, 2010, pp. 149-177.
- TAYLOR, D.: «Normativity and Normalization», *Foucault Studies*, 7, 2009, pp. 45-63.
- TEUBNER, G. (1986). «The Transformation of Law in the Welfare State», en *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, Walter de Gruyter, 1986, 3-12 pp.
- VALVERDE, M.: «Specters of Foucault in Law and Society Scholarship», *Annual Review of Law and Social Science*, 6, 2010, pp. 45-59.
- VALVERDE, M. y LEVI, R.: «Gobernando la comunidad, gobernando a través de la comunidad» *Delito y Sociedad*, 15, 2006, 22, pp. 5-30.
- VATTER, M. «Foucault y la ley: la juridificación de la política», *Michel Foucault: Neoliberalismo y biopolítica*, Santiago, Chile: Universidad Diego Portales, 2010, pp. 199-216.
- VV. AA.: *Foucault and Law*, GOLDER, B. y FITZPATRICK, P., USA, Ashgate, 2010, pp. 279-364.
- WALBY, K.: «Contributions to a Post-sovereignist Understanding of Law: Foucault, Law as Governance, and Legal Pluralism», *Social and Legal Studies*, 16, 2007, 4, pp. 551-571.

Fecha de recepción: 31/03/2012. Fecha de aceptación: 20/12/2012.



### **III**

## **CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA**



**BELLOSO MARTÍN, Nuria y DE JULIOS CAMPUZANO, Alfonso (coords.): *El retorno a la sociedad civil. Democracia, ciudadanía y pluralismo en el siglo XXI*, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati Dikynson, Madrid, 2011, 304 pp.**

Vivimos una alteración significativa del orden de lo real producto de la crisis de la modernidad. Bajo este presupuesto Nuria Beloso Martín y Alfonso de Julios Campuzano desarrollan su introducción a la coordinación de trabajos que lleva por título *El retorno a la sociedad civil. Democracia, ciudadanía y pluralismo en el siglo XXI*. Todos ellos se enmarcan en el estudio de los cambios jurídico-políticos que los coordinadores de la obra describen como resultado de una situación en la que «los acontecimientos se precipitan, las certezas se diluyen, las fronteras se allanan y los límites parecen disiparse». Una situación en la que estos fenómenos han provocado una situación de pérdida de referentes y de inestabilidad en grado tal que se han trastocado incluso «los esquemas explicativos, las categorías epistémicas y las respuestas organizativas» que habían venido siendo útiles desde la modernidad.

La sociedad resultante de estos cambios, la sociedad-red como atestiguan Beloso y De Julios, se constituye como matriz de relaciones propia de la globalización y, al menos en lo que respecta al ámbito de lo político, se caracteriza por la creciente debilidad del Estado social. Esta debilidad, que es constante preocupación de las colaboraciones que integran la obra que presentamos, aparece descrita por sus coordinadores como una suerte de tríada compuesta por tres fenómenos capitales:

En primer lugar, las aporías del proyecto emancipador del Estado Social de Derecho que Habermas hiciera evidente en *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío* ya en 1975 y que le han conducido a un «callejón sin salida» en el que paradójicamente «la anhelada emancipación que el modelo social había abanderado conducía, a la postre, a la enajenación de la propia voluntad democrática, cautiva, ahora sí de una compleja maquinaria burocrática que mediatizaba la voluntad popular por el peso creciente de la tecnocracia cuyo dominio del aparato jurídico-político estatal obstruía las vías de participación en los procesos de toma de decisiones».

En segundo lugar, y debido a los efectos de la globalización, la caída de la concepción monista del derecho y del Estado como instancias privilegiadas de la producción normativa, que se han visto frecuentemente suplantadas y

condicionadas por las que se sitúan en un orden superior como lo es el orden transnacional y las que ejercen influencia desde órdenes inferiores y extraoficiales habitualmente de carácter social.

En tercero y último, un pluralismo social y político que obliga al viraje en las habituales concepciones del derecho constitucional a favor de albergar un nuevo «modelo de organización de la convivencia que ha de ser permeable a la realidad incontestable de la coexistencia de una multiplicidad de actores en el ámbito público y de la concurrencia de una pluralidad de catálogos éticos y de modelos de plenitud humana en sociedades esencialmente multiculturales».

Esta tríada fenoménica ha hecho tomar conciencia a la Filosofía Política de la necesidad de encontrar parámetros en virtud de los cuales ordenar la nueva realidad sociopolítica y contrarrestar así los problemas que ésta plantea; en este sentido ha dedicado sus esfuerzos a la revitalización del sistema democrático mediante la incentivación del protagonismo de la ciudadanía, que los sistemas representativos tradicionales habían debilitado, y que ha entendido en términos de un aumento de la participación ciudadana y de la toma de medidas en favor de la cohesión social.

Desde esta y otras disciplinas del Derecho y recogiendo la propuesta de la revitalización del sistema democrático, los autores<sup>1</sup> que componen *El retorno a la sociedad civil. Democracia, ciudadanía y pluralismo en el siglo XXI* se han acercado al complejo panorama de las sociedades de nuestro tiempo y han dedicado una mirada crítica a nuestras actuales democracias en relación con la sociedad civil dentro del workshop «Nuevas perspectivas de la sociedad civil: democracia liberal y republicanism cívico» celebrado en verano de 2008 en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati.

La publicación de estos trabajos ha sido estructurada en tres bloques temáticos bajo la denominación de «Secciones». Dentro de la Sección I titulada «El debate republicanism-liberalism en los actuales contextos» se han incluido los trabajos cuyo denominador común es la búsqueda específica de claves para redefinir y fortalecer las democracias actuales.

De este modo Luis Carlos Amezúa Amezúa bajo el título *El valor de las virtudes cívicas y el refuerzo de la democracia* y desde lo que él define como «una perspectiva menos academicista y más cívica» plantea la educación

---

<sup>1</sup> Luis Carlos Amezúa Amezúa desde la Teoría del Derecho y la Filosofía del Derecho en la Universidad de Valladolid, Francisco Javier Andrés Santos desde el Derecho Romano en las Universidades de Cantabria y Valladolid, Nuria Belloso Martín desde la Filosofía del Derecho en la Universidad de Burgos, José Luis Bolzan de Moraes desde el Derecho de Estado y el Derecho Constitucional en la Unisinos (Brasil), María Susana Bonetto Scandogliero desde la Teoría Política en la Universidad de Córdoba (Argentina), Marli Marlene M. Da Costa desde el Derecho Civil en la Universidad de Santa Cruz do Sul (Brasil), Francisco Regis Frota Araujo desde el derecho Constitucional en la Universidade Federal do Ceará (Brasil), Ricardo Hermany desde el Derecho Público en la Universidad de Santa Cruz do Sul, José Jiménez Sánchez desde la Filosofía del Derecho en la Universidad de Granada, Alfonso DE JULIOS Campuzano desde la Filosofía del Derecho en la Universidad de Sevilla, José Luis Pérez Triviño desde la Filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Barcelona, Sergio Humberto DE Quadro Sampaio desde su posición de juez del Tribunal de Justicia de Bahía (Brasil), Rafael Rodríguez Prieto desde la Filosofía del Derecho en la Universidad Pablo Olavide de Sevilla, José María Seco Martínez desde la Filosofía del Derecho en la Universidad Pablo Olavide de Sevilla y Antonio Carlos Wolker desde la Historia de las Instituciones Jurídicas en la Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil).

cívica como solución más plausible al actual fenómeno de mutación institucional y social que incrementa los habituales problemas de nuestras democracias liberales hasta el punto de poder hacerlas peligrar. Coincide en postular, en coincidencia con las posturas republicanas y las corrientes del liberalismo, la necesidad de «revitalizar la dimensión política implicando a la ciudadanía en la cosa común» mediante la recuperación de la virtud cívica ya que ni la sociedad civil ni el propio diseño institucional generan contextos adecuados para dicha recuperación.

Por su parte Alfonso de Julios-Campuzano en el capítulo *El espacio de la sociedad civil. El pensamiento liberal y las críticas comunitaristas y republicanas* y siguiendo las tesis de Norberto Bobbio sí apuesta por la sociedad civil como único espacio posible para seguir construyendo la convivencia democrática. Este concepto, que ahora reaparece en el ámbito de lo político de la mano del pensamiento liberal contemporáneo ha sido objeto de crítica desde las posiciones organicistas del comunitarismo y el republicanismo si bien el autor encuentra puntos de intersección entre comunitarismo y republicanismo y el liberalismo: desde el comunitarismo se ha contribuido a favor de la sociedad civil en su reivindicación de «la dimensión social del sujeto y realzar el valor de la identidad colectiva» y el republicanismo converge con el liberalismo en «el primado de la ley como instrumento de la libertad frente a la arbitrariedad».

José Luis Bolzan de Moraes en *Estado y función social. Del «malestar» en la civilización al síndrome del miedo a la barbarie* más allá de la educación cívica o la sociedad civil analiza la posibilidad de formas de recuperación del Estado no sólo como instancia de autoridad sino también como proceso civilizador. El Estado social que aparece más allá del debate entre libertad e igualdad sostenido por liberales y socialistas contiene el estereotipo económico del capitalismo, dando la espalda al concepto de *fraternidad* como ideal de la Revolución Francesa. Este hecho pone al Estado social en lo que el autor denomina «su momento maquiavélico». En este sentido, Bolzan de Moraes propone un «desarreglo en las estructuras, forma y fórmulas de la modernidad y que implica un proceso de deconstrucción de muchos de los fundamentos de la «cultura» moderna» a fin de encontrar nuevas formas de globalización que permitan la *igualdad de oportunidades* y la construcción de *nuevas identidades* superando la idealización de iconos modernos como lo son el concepto de Estado Nacional, Constitución o Estado de Derecho.

María Susana Bonetto Scandogliero desde una perspectiva más bien teórica plantea un doble estudio en su colaboración *Revisando perspectivas teóricas para el abordaje de la democracia en la América latina*. Por una parte analiza en lo que ella denomina «países centrales» la tensión existente en la propia democracia liberal en la línea de Nozick y Hayek y la que la hace independiente lógicamente del liberalismo y por ende del Estado de Derecho sostenida por Habermas. Por otra parte, su trabajo analiza también y de forma separada la democracia en la realidad latinoamericana bajo la principal característica de la «recortada injerencia de la democracia liberal» debido a su contexto de escasa equidad distributiva que hace que se necesiten antes políticas de corrección de la desigualdad y en ese sentido orientadas a cubrir las demandas populares.

En la Sección II y bajo el título *Los valores democráticos en los procesos cívicos* se agrupan los trabajos que versan en torno a las posibilidades de recuperar las democracias a partir de nuevas fórmulas de ciudadanía.

Desde este punto de partida José Luis Pérez Treviño en *Confianza: una comparación entre el liberalismo y el republicanismo* concluye en identificar

en su parte esencial la idea de *confianza*, aparentemente antagónica que sostiene el republicanismo y la teoría liberal. En su análisis sostiene que la relación con las autoridades estatales en el liberalismo es, en línea con la concepción de Russell Hardin, de un control férreo a través de instituciones creadas a tal efecto. Para el republicanismo, como sostuvo Pettit, el ciudadano es «agente activo y no dominado». Sin embargo, Pérez de Treviño pone de manifiesto lo que denomina la «paradoja republicana» que se da al sostener que existe una relación de confianza personal en los gobernantes (por su supuesta virtud) y a la vez la necesidad de establecer una vigilancia sobre su actuación ante la posibilidad de que devengan corruptos y en este sentido, concluye, no resulta tanta la diferencia de actitud respecto a la postura del liberalismo.

Sergio Humberto de Quadros Sampaio en *La tolerancia como factor de fortalecimiento de la convivencia democrática* rescata la acepción del concepto «tolerancia» en el sentido de capacidad de convivir con la diversidad y enmarcada en el ámbito de la creencia religiosa. Su estudio de la tolerancia parte del desarrollo histórico de esta idea y de lo que el autor denomina «aspectos nebulosos de la idea de tolerancia» para centrarse en el análisis de los «matices de la tolerancia». Sin embargo, De Quadros Sampaio argumenta que ninguno de los matices de la tolerancia presentados logra resolver las diferencias en la convivencia pacífica ya que los tres son «ejemplos divergentes». La convergencia en la idea de tolerancia se logra en la metáfora del «principio de la rotonda» donde pueden confluir y fluir los intereses contrapuestos, donde la tolerancia no se identifique con principio de superioridad alguno y donde se refuerce la combinación entre democracia liberal y republicanismo cívico.

*Educación, civismo y democracia. Una mirada desde el pensamiento de Benjamin R. Barber* es el título del trabajo en el que José María Seco Martínez y Rafael Rodríguez Prieto proponen un reconocimiento de este politólogo como uno de los autores que posiblemente «mejor ha indagado en las condiciones de posibilidad de un gobierno identificado con las inquietudes, las necesidades y las expectativas de los ciudadanos» y lo ha hecho, según destacan, partiendo del diagnóstico de los problemas que presentan las democracias occidentales (*Strong Democracy*). Los autores cierran su trabajo de análisis de Barber con un epígrafe dedicado a plantear ideas para el debate a partir de su perspectiva de la teoría de este politólogo tratando de situarle o bien como autor liberal o como el teórico que traspasa las fronteras del liberalismo en su preocupación por el re-dimensionamiento global de las democracias liberales o representativas.

Marli M. M. da Costa y Ricardo Hermani en *El principio de Dignidad Humana como fundamento del Estado de Derecho frente a los ciudadanos negados* estudian los desafíos y potencialidades que se dan en la concreción de las políticas públicas en relación con los niños y los adolescentes en la realidad brasileña y a partir de la Constitución Federal de 1988, ya que entienden que en el cumplimiento de los Derechos del Niño y del Adolescente existen hoy notables deficiencias: al menos la de la exclusión social en vínculo con la pobreza. A este efecto proponen una construcción de la sociedad brasileña que supere el modelo actual de Estado caracterizada por una ausencia de concreción de los Derechos Fundamentales en la infancia y la adolescencia, la cual es a su vez consecuencia, desde la perspectiva de los autores, de la distancia entre ciudadanía y Estado.



Antonio Carlos Wolkmer desde la perspectiva de un pluralismo republicano reintroduce en *Sociedad civil, democracia y procesos participativos en la constitución de los derechos humanos* la figura de nuevas identidades que generen prácticas de ciudadanía participativa, que legitimen nuevos derechos caracterizados por su dimensión humana y contextualizados principalmente en las sociedades latinoamericanas. En este contexto califica de «imperiosa» la necesidad de recuperar y redefinir la noción de sociedad civil a favor de los procesos participativos y comunitarios y desvinculándola tanto de «sujetos abstractos de derechos introducidos por el orden socio-político liberal» como de los «sujetos aparentemente dinámicos y participativos engendrados por políticas distributivas del Estado de bienestar». Wolkmer propone la reintroducción de otro «modo republicano de vida» concretada en un pluralismo político-jurídico basado en el diálogo intercultural y enmarcada por los Derechos Humanos.

La Sección III lleva por título *Sociedad Civil, pluralismo y nuevas ciudadanías* se centra en la cuestión del valor de los principios constitucionales y de las posibilidades de las democracias colaborativas.

Nuria Belloso Martín en su trabajo titulado *Repensando la democracia en la perspectiva de las teorías deliberativas: en busca de unos ciudadanos deliberantes* aborda la cuestión de si en estos momentos en los que la democracia deliberativa emerge en el panorama político es posible seguir sosteniendo democracias exclusivamente de tipo procedimental y, desde ahí, se centra en la cuestión sobre si la democracia deliberativa puede considerarse una forma propiamente dicha de democracia o si consiste en un procedimiento aplicable al resto de las formas de democracia fundamentalmente de tipo representativo. La respuesta pasa por examinar la democracia liberal, republicana y neoconstitucional en referencia a la democracia deliberativa y en ese sentido, concluye Belloso Martín que, a pesar de las defensas de la especificidad de la democracia deliberativa que se viene haciendo desde «tendencias basadas en la igualdad, la autonomía y el valor de la participación» parece más plausible inclinarse por la idea de un procedimiento aplicable a formas ya establecidas de democracia, si bien, en diferentes grados según se trate de una democracia republicana donde será mayor, en una neoconstitucional donde también puede darse o en una liberal donde será menor.

*El imperio de la mayoría* y en línea con Hegel en los *Principios de la Filosofía del derecho* es el título en el que José J. Jiménez Sánchez bajo el que asume como mismo principio para el concepto de soberanía y el de voluntad, a saber, la unidad de lo determinado y lo indeterminado, para desde ahí reflexionar sobre los dos modelos de democracia predominantes en nuestro pensamiento político: el mayoritario y el constitucional. El contexto de dicha reflexión es denominada por el autor «la peculiaridad de la situación española». Sin perder de vista a Hegel como fundamento, hace valer la idea de Constitución como el tercer momento del concepto de soberanía, precisamente aquel en el cual se hace posible la individualidad y teniéndola como horizonte examina los sucesivos intentos de modificación de la Constitución Española motivados por las demandas nacionalistas de autodeterminación iniciadas en 2002 por el denominado «Plan Ibarretxe» lo cual provocaba una «deriva soberanista de la política vasca» e implicaba a nacionalistas y socialistas. Analiza el problema entre el principio de la mayoría y el concepto de voluntad general o principio constitucional que garantiza las condiciones de posibilidad de la propia democracia son analizados por Jiménez Sánchez a partir de presupuestos hegelianos y habermasianos para concluir que la polí-

tica sustentada en el imperio de la mayoría, que es como define a la española en los últimos años, supone «una concepción anclada en el terreno de los hechos y separada de toda vinculación de carácter normativo y podría calificarse como despótica o schmittiana».

Francisco Javier Andrés Santos por su parte, en *Ciudadanía europea y cosmopolitismo: un enfoque republicano* aborda el análisis de dos conceptos de ciudadanía que actualmente se superponen. Por una parte el de «ciudadanía europea», fijado a partir del Tratado de Maastricht de 1992, germen de lo que luego sería en un futuro una «ciudadanía cosmopolita». Por otra, el propio concepto de «ciudadanía cosmopolita» que aparece vinculado al fenómeno de la globalización política, social y económica y que va ganando terreno. Para su estudio Andrés Santos distingue entre dos formas de cosmopolitismo: el *impolítico* y el *político* donde la primera no considera la necesidad de establecer un Estado mundial, mientras que para la segunda el Estado mundial es el «único programa de actuación política» que se encuentra acorde con estos momentos de globalización. El autor se sirve como piedra de toque de la deriva que sufrió el cosmopolitismo romano hacia una ciudadanía *menos densa*, con menores garantías frente al poder estatal y la conversión del ciudadano en súbdito. Por esta razón, el autor opta por situarse en una vía de reforzamiento de la «ciudadanía europea» con el fin de evitar el alejamiento del ciudadano de los asuntos políticos y de que la ciudadanía sea meramente instrumental.

Francisco Regis Frota Araujo cierra esta serie de aportaciones sobre el retorno a la sociedad civil con *Reflexiones acerca del constitucionalismo brasileño y sus principales emergencias en la actual coyuntura* fija como objetivo de su trabajo «ofrecer una idea, más o menos histórica, de la importancia y relevancia del constitucionalismo económico en el Brasil de la Constitución Federal de 1988». El constitucionalismo económico, adquiere cada vez mayor relevancia dentro del Derecho Constitucional. Su tesis principal parte de la premisa según la cual esta última constitución contiene principios que suponen un adelanto en el reconocimiento de los Derechos Humanos de tercera generación hecho que no impide la emergencia de numerosos casos de corrupción en la política brasileña, junto con las dificultades que presenta la propia política económica que no está propiciando el salto cualitativo que podría esperarse y la situación social, caracterizada por la profunda escisión que divide la sociedad civil en los dos Brasiles que ya definió Jacques Lambert.

Hasta aquí el resultado de la serie de propuestas que conjuntamente en esta obra afrontan desde una apuesta por el fortalecimiento de las democracias a partir del reconocimiento de la importancia de la participación ciudadana dentro de un «paisaje inquietante» que como señalan los coordinadores Nuria Beloso Martín y Alfonso de Julios Campuzano genera la «necesidad de reconsiderar, desde el pensamiento político el lugar que le cumple a la democracia como modelo de organización de las complejas sociedades de nuestro tiempo».

*El retorno a la sociedad civil. Democracia, ciudadanía y pluralismo en el siglo XXI* se constituye como punto de convergencia de reflexiones en torno a la revitalización de las funciones del ciudadano que ya definió Aristóteles: la participación en el ejercicio del poder y la colaboración en la vida política. Desde las distintas posiciones que recoge, esta obra aporta puntos de referencia para comprender y redefinir la dicotomía en la que se hallan nuestras sociedades actuales y que combina la democracia como forma de gobierno de los Estados nacionales con las formas sociales de la cosmópolis venida

desde la globalización. Ante esta situación dicotómica en la que cada vez existe una mayor distancia entre gobernantes y gobernados y que pone a estos últimos a merced de intereses estatales y/o corporativos aumenta la tendencia a resolverla mediante la recuperación de procedimientos de control ciudadano como lo son la democracia directa, la sociedad civil o el fortalecimiento del Estado social. Los trabajos que constituyen esta obra coordinada por Belloso y De Julios abundan en esta tesis y contribuyen a afianzarla mostrando un dechado de elementos esenciales que se hallan más bien en la línea de la praxis a la hora de tomar posiciones en favor de la igualdad política o *isocracia*.

Todo ello, junto al rigor expositivo de las colaboraciones que la componen, hace que *El retorno a la sociedad civil. Democracia, ciudadanía y pluralismo en el siglo XXI* pueda considerarse una obra de referencia dentro de los actuales estudios sobre la rearticulación de los sistemas socio-políticos y jurídicos en el contexto de los nuevos tiempos y resulta especialmente recomendable para obtener una panorámica, más allá de la situación europea y anglosajona, de la realidad latinoamericana donde, desde diferentes presupuestos, existe una misma preocupación y búsqueda de soluciones frente a los fenómenos de pluralismo, heterogeneidad y *relaciones líquidas* que nos han venido impuestos desde la postmodernidad.

Finalmente cabe destacar la introducción, que en este caso lleva la firma de los coordinadores de la obra: Nuria Belloso Martín y Alfonso de Julios Campuzano. La prolijidad y el orden en el tratamiento de las cuestiones la dotan de un carácter próximo a la clase magistral y la coherencia con la temática de las colaboraciones prepara al lector o al analista para encontrar el hilo conductor entre textos en apariencia muy diversos y confiere unidad teórica al conjunto de los mismos.

Helena NADAL SÁNCHEZ  
Universidad de Burgos

**CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco: *La crisis del Estado en la Edad Posmoderna*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, 306 pp.**

Nos ofrece el autor en esta obra un estudio elaborado y profundo en el que se aprecia el dominio de las doctrinas jurídicas de mayor aceptación hasta nuestros días. Su objetivo, nada sencillo de lograr, es alcanzado –gracias a la madurez de su pensamiento– de forma magistral, aportando luces sobre cuestiones jurídico-políticas francamente abstractas. Apunta Carpintero desde un principio la necesidad de proteger a la Edad Moderna frente a sus propias debilidades, reflejadas en la propuesta de un estilo de vida que ya no se ajustaba a las demandas de los tiempos y que terminaría marcando un antes un después irreconciliables a partir de 1789. Para hacer posible una mentalidad revolucionaria basada en la igualdad, la Modernidad utilizó unos instrumentos doctrinales cuya idoneidad para estudiar los problemas del siglo XXI es cuestionada por Carpintero. Haciendo suya la idea de Otto Mayer, «El espíritu de la Constitución pasa, pero permanece el derecho administrativo», el autor detecta dos problemas. Uno, más abstracto, derivado de la estructura de las argumentaciones aún usadas en buena parte de las teorías sobre la justicia. El otro, más concreto y próximo al hombre de la calle, radica en el actual régimen administrativo. Al tratar la cuestión de las estructuras argumentativas, trata de poner de manifiesto que una realidad es la razón metódica demostrativa –alma de todo método– y otra, muy distinta, los métodos seguidos en concreto. Su diagnóstico final es concluyente: vivimos en un conjunto de instituciones sociales que no pueden ser explicadas con los métodos que las teorías sobre la justicia utilizan en la actualidad. En otras palabras, nuestra época vive una crisis de éxito.

Viajamos con exceso de equipaje, explica Carpintero, porque los instrumentos usados en la construcción del Estado Social de Derecho han sido asumidos por la conciencia colectiva y operan como factores prerreflexivos que guían el pensamiento jurídico y político. Se impone analizar los datos adquiridos en esas experiencias intelectuales en las que hoy hemos insilogizados numerosas vivencias que a día de hoy se muestran obsoletas. Las conclusiones y reflexiones que presenta en esta obra conectan con anteriores publicaciones sobre la ciencia del derecho bajomedieval y su transformación en la ciencia política moderna que le llevaron a entender a la incipiente racionalidad moderna bajo forma mecánica, al modo cómo un muelle comprimido que salta de igual forma en cada caso según el principio de igual acción-reacción. Éste constituye precisamente uno de los problemas más básicos estudiados en esta obra: si el *mos geometricus seu arithmeticus* típicamente moderno, que hoy revive y perdura en los escritos de Rawls y, en general, en los autores que prescriben diálogos ideales siempre basados en la simetría de las partes dialogantes, pueden dar razón de nuestra convivencia. Para llevar a cabo la investigación, Carpintero centra su objetivo especialmente en lo que denomina síntesis a priori o definiciones genéticas, construcciones doctrinales –normalmente basadas en las limitaciones intrametódicas propias del empirismo– que, en su aparente sencillez, prejuzgan ya desde su planteamiento más inicial la dirección de todo el discurso posterior. Estas formas de proceder han creado constructos que hoy se renuevan en Rawls y, a su modo apasionado y anárquico, en Habermas.

El primer capítulo de este estudio persigue y logra desgranar esta forma metódica de estudiar la vida humana. Entiende que el método científico moderno (Newton) conllevó una metafísica, en ocasiones implícita, que se extendió a todos los estudios. Hasta aquí coincide con las denuncias de Horkheimer y Adorno, entre otros, pero se separa de ellos en que no opone la razón teórica –dominada por la racionalidad mecánica– a la razón práctica, sino que analiza de forma crítica el método materialista-mecánico desde el interior de los fallos que el propio método muestra. Partiendo desde la comprobación de Henri Bergson de que la geometría es la metafísica natural del espíritu humano, completa esta tesis con una observación de Heisenberg, a saber, que tal *metafísica* se expresa más plenamente en la mecánica clásica. El gran mérito de Newton residió en ser el primero que supo desvelar las formas mecánicas que adquieren los despliegues de la razón y, gracias a esta penetración en el psiquismo humano, la ciencia ha dado históricamente un salto de gigante. Pero las comprobaciones de Planck y Gödel en el siglo xx han mostrado que los fundamentos newtonianos son demasiado incompletos.

Esta realidad implica un problema irresuelto hasta el momento: que, por la fuerza de esta proximidad humana de las categorías newtonianas, también el estudioso de hoy se ve forzado a seguir esos esquemas, aunque sea plenamente consciente de que no son válidos en todos los casos. Carpintero alude al modo en que se manifiesta esta inadecuación en la enseñanza del derecho. El profesor ha de explicar ante todo que el derecho consiste en leyes generales y, al menos en un primer momento, ha de dejar de lado los problemas que plantea la hermenéutica. Nuestra inteligencia navega por el campo de lo inmóvil, siempre igual a sí mismo, porque la razón –es otra comprobación tomada de Bergson– sólo se representa claramente la inmovilidad. Y esta limitación influye de formas parecidas en los estudios de derecho o de física: si el profesor de derecho comenzara sus explicaciones exponiendo a Esser o a Dworkin, o si el profesor de física arrancara sus explicaciones desde Planck o Gödel, sus alumnos quedarían inmediatamente desconcertados. La crítica a esta *metafísica* irreflexiva del pensamiento ocupa las primeras ciento cuarenta páginas.

Una vez examinados los temas más generales que condicionan el conocimiento práctico y teórico, Carpintero entra de modo más directo en el estudio de las cuestiones que han de estar en la base del conocimiento y de la reflexión jurídica. En el capítulo tercero, que lleva el expresivo título «Personas, cosas, personas», trata de explicar cómo las *cosas* inciden en buena parte de los comportamientos humanos, bien sea creando las reglas para medir esos comportamientos, bien ampliando o restringiendo la aplicación de las reglas ya existentes. Insiste en que es preciso distinguir entre la persona filosófica que definió Boecio y las personas jurídicas, en ocasiones llamadas *conditiones personarum*, y a veces sin nombre concreto alguno: ambos tipos de persona cuentan en el proceso de determinación del derecho. Su conclusión última es que el orden jurídico sólo puede ser entendido como una inordinación de funciones que tratan de resolver o aliviar las necesidades de las personas, necesidades que, al ser plurales, originan reflejos teóricos de índoles igualmente diferentes. En este punto, Carpintero muestra reticencias para usar expresiones unitarias tales como ordenamiento jurídico español, derecho español, etc., ya que unos términos tales inducen a pensar en términos idénticos las satisfacciones de problemas que son realmente diversos.

La tesis de las instituciones jurídicas como funciones de las necesidades de las personas es la que domina el capítulo cuarto, el más extenso de esta

obra. En él trata de ofrecer un esbozo para diseñar el estatuto jurídico-político de las personas, y su tesis es precisamente partir desde la efectiva satisfacción de las necesidades como el *principium* de todo orden jurídico. El problema surge ahora precisamente de la mano de las cosmovisiones mecánicas que ya han sido denunciadas.

En efecto, la representación del espacio –ante todo del espacio humano– como una superficie plana en la que viven individuos con su voluntad libre, lleva ineludiblemente a la creación de un poder solitario que únicamente puede consistir en voluntad: las voluntades de los individuos dan lugar a una sola voluntad política. La crítica de este espacio uniforme, sin relieve, llámese estado de naturaleza, posición original o diálogo ideal, en el que decidirían los individuos según la regla de la igualdad, es una constante de toda esta obra. La diversidad humana, en la mayor parte de sus manifestaciones, desaparece cuando se trabaja en este marco que parte desde alguna variante del *status naturae* seguida del consiguiente contractualismo, porque la actividad jurídico-política se presentará bajo forma de actos de voluntad individuales y colectivos, bajo veste de normas uniformes.

Carpintero denuncia esta uniformidad, que sólo puede ser alcanzada mediante una limitación artificiosa que reduce los criterios de justicia que han de regir la vida social bien a derechos subjetivos de los ciudadanos, bien a la voluntad del Estado, bien a los resultados obtenidos idealmente según el principio de igual acción-reacción. ¿Qué sentido tiene remitirse a un diálogo ideal para obtener soluciones que ningún ser racional puede rechazar, es decir, que han de ser necesariamente de una forma determinada? Así como Luhmann denunció la tradición veteroeuropea de la ontología, Carpintero denuncia la tradición, ya igualmente veteroeuropea, del rechazo de las cosas, pues el profesor, por el hecho –la cosa– de ser profesor, ha de explicar con claridad, y el taxista, por el mismo motivo, ha de conducir con prudencia.

El rechazo de la ontología ha venido históricamente de la mano de las corrientes empiristas, y Carpintero critica las bases más teóricas de estas filosofías, tanto por su inadecuación a los problemas humanos como por sus incoherencias. Recuerda que Hume declaraba, al final del Tratado sobre el conocimiento humano, que todos los libros que no estuvieran argumentados sobre las figuras y los números debían ser ignorados; sin embargo, Hume no quiso reparar en que él publicó tres libros en los que en ningún momento argumentó de la mano de las posibilidades predicativas de los números y de las figuras.

Existen los derechos subjetivos y los actos de voluntad como fuentes del derecho, pero ahora es preferible, para los propósitos de este estudio, partir desde las necesidades. Carpintero hace suyo el principio jurisprudencial *Ubi desinit humanitas ibi incipit contractus*, los contratos comienzan donde acaban las exigencias de la condición humana. Estas necesidades son, ante todo, de dos tipos: unas que surgen desde cada problema concreto, y otras que emergen desde las voluntades que son propias de la condición de sujeto del derecho de cada ser humano. La expresión sujeto del derecho (*Rechtssubjekt*) la toma de Jellinek –autor injustamente olvidado a su juicio–, cuya doctrina del Mínimo ético (*ethische Minimum*) entiende lejos de haber sido superada por el neocontractualismo contemporáneo. Considera estos dos problemas desde ángulos complementarios: la diversidad de las necesidades introduce al estudioso del derecho por un camino en el que ha de contar necesariamente el fundamento ontológico de cada problema. Y la condición de sujeto del

derecho de cada persona desplaza el acento normativo hasta la voluntad de cada persona libre.

En este capítulo predomina la denuncia de que nuestra cultura ha alcanzado tal grado de madurez que es preciso tomarse en serio a las personas, no como simples puntos de atribución (*Zuschreibung*) de un sector de las normas jurídicas, como pretendía Kelsen, sino como sujetos activos que contribuyen continuamente a crear y a concretar el derecho. Porque las personas viven en sus necesidades y la dignidad personal reclama que cada sujeto –sea por sí o agrupado con otros– haya de ser quien decida cómo resolver sus propias necesidades. No ignora que se trata de un tema polémico, pues el actual Estado Social de Derecho ha hipertrofiado su Administración y trata de suplir al margen de las decisiones directamente personales. Carpintero mantiene que el individuo que deja gestionar de este modo sus propias necesidades deviene un *abjectus*, término latino que designa al hombre que no tiene capacidad para decidir sobre su propia vida.

No resulta sencillo opinar sobre el fundamento y alcance de la obra de Carpintero, dado que la investigación está realizada sobre las críticas de los físicos y matemáticos (Planck, Heisenberg, Gödel) contra el método científico clásico, un método que –como recuerda el propio autor– era hace años ‘el’ método de la ciencia y hoy es una explicación de la mecánica de validez simplemente sectorial. Constituye, por tanto, un tipo de estudios nuevo entre nosotros.

Su apoyatura más teórica ha ido de la mano de Ferdinand Gonseth, fundador de la Escuela de Zurich. En el plano de las matemáticas es visible la influencia de Couturat y, sobre todo, de Wolfgang Frey. En las cuestiones geométrico-matemáticas construye sobre intuiciones expuestas en varias obras de Roberto Saumells y, quizá en la misma medida, sobre estudios de Heisenberg y Bergson. Es comprensible que el estudio, guiado por este tipo de discursos, adquiriera, al menos en la primera parte, un tono francamente abstracto, no siempre inteligible para quien no esté familiarizado con los problemas de la física y de las matemáticas en el siglo xx.

Los capítulos tercero y cuarto tienen una comprensión notablemente más sencilla, en los que las razones metódicas que los fundamentan son las expuestas en los dos capítulos anteriores. Las autoridades más inmediatas alegadas en la teoría política (último capítulo) están tomadas más directamente de Häberle, Böckenförde y, entre los españoles, de Ariño. Indicaba que las razones más de fondo están expuestas en los capítulos uno y dos porque esta obra posee una fuerte unidad lógica en la que el momento abstracto introduce al más concreto.

Es un estudio especialmente recomendable para los estudiosos que deseen salir del ámbito de las teorías políticas fundamentadas sobre estados de naturaleza, posiciones originales o diálogos ideales con sus consiguientes contractualismos, y que, liberados de las hipotecas que imponen las restricciones intrametódicas que acompañan a este tipo de teorías, quieran adoptar una actitud más libre en la filosofía del derecho, abandonando lo que Gonseth llamaba *philosophies nécessaires*.

José Justo MEGÍAS QUIRÓS  
Universidad de Cádiz

**CARRIO SAMPEDRO, Alberto: *Valor de ley. Un análisis de la validez de la ley en la democracia constitucional*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2012, 208 pp.**

La validez o el valor de la ley en un sistema político es una cuestión central en toda la filosofía política y jurídica. Así ha sido desde Grecia, donde se produjeron algunos de los más precisos y apasionantes debates sobre el tema. Sócrates y los sofistas llevaron a cabo –tal vez– la más lúcida controversia sobre el tema, que Platón trasladó luego sus diálogos. Pero la democracia constitucional de los últimos siglos necesita un ajuste teórico-jurídico frente a la democracia asamblearia ateniense. Hay que repensar de nuevo algunos de los temas clásicos a la luz de las ideas surgidas al calor de la Ilustración, especialmente de Montesquieu, Rousseau y Kant, así como de los grandes pensadores del siglo xx.

El libro que aquí se comenta tiene la virtud de entroncar los debates contemporáneos con el pensamiento griego e ilustrado, mostrando con ello la diferencia sustancial entre las diferentes épocas y exhibiendo sensibilidad histórica en un tema tan teórico como el de la validez. Su autor, Alberto Carrio Sampedro, ha sabido estudiar la cuestión sin perder ni la densidad de quienes gustan de estudiar la filosofía de la mano de los grandes pensadores, ni el refinamiento argumentativo de quienes hacen del análisis lingüístico su bandera.

Era necesario conjugar ambas vertientes, pues no escasean los análisis desde uno de los dos puntos de vista. Pero ciertamente hacía falta tal vez un estudio que aunase ambas perspectivas e hiciese balance de las consecuencias. La formación filosófica y jurídica de Alberto Carrio es sólida y tal hecho le permite avanzar con amplitud de miras, proponiéndose retos de envergadura. El libro es una parte revisada de su tesis doctoral, dirigida por el profesor Jesús Vega, de la Universidad de Oviedo, autor de un prólogo lleno de sugerencias interesantes y de afecto personal e intelectual. El tema elegido refleja la ambición y la perspectiva necesaria para afrontar una cuestión tan crucial. Era necesario un largo recorrido histórico y conceptual para estudiarla debidamente. Debía ocuparse de ella una persona provista de una auténtica vocación iusfilosófica, capaz de sobreponerse a las dificultades e incapaz del desaliento. La acertada dirección llevada a cabo por Jesús Vega puso la mirada en un horizonte vasto y ambicioso, necesario para que la tesis doctoral fuese un verdadero itinerario de reflexión sobre un tema central.

Frente a la amplitud de miras y a la densidad filosófica que había aprendido en algunas aulas de las Facultades de Derecho y de Filosofía de la Universidad de Oviedo, Alberto Carrio tuvo la oportunidad de concluir su tesis doctoral en el área de Filosofía del Derecho de la *Universitat Pompeu Fabra* de Barcelona. La perspectiva fue ya diferente: analítica, lingüística, precisa... un hecho que obligó a que una tesis tan abstracta tuviese que concretarse en argumentos muy bien delimitados, resistentes a una crítica minuciosa. En la segunda parte de la tesis, la influencia de José Juan Moreso, Jorge Malem, Josep Maria Vilajosana, José Luis Pérez Triviño, Josep Lluís Martí, Ricardo Caracciolo, Hugo Omar Seleme –y un etcétera asimismo enjundioso– se nota ampliamente.

Tanto la influencia ovetense como la barcelonesa hacen honda mella en el planteamiento y en el acabado del libro. Pertrechado con buenas lecturas y



selectos argumentos, ha podido perfilar, tras meses de reflexión, una obra bien estructurada, capaz de pasar la criba de los iusfilósofos analíticos, sin que por ello esté fuera de unas coordenadas históricas.

El libro, dividido en cuatro capítulos, refleja todas las influencias antes apuntadas. El primero tiene un carácter histórico y muestra las interpretaciones del concepto de ley y de la validez legal en Platón, Aristóteles, Cicerón, y en el pensamiento moderno. Es un resumen rápido, pero que aquilata las ideas fundamentales de estos pensadores. Se nota que Carrio los ha leído en profundidad y ha madurado lentamente su interpretación. Ciertamente, como trata de sostener el autor, el constitucionalismo contemporáneo representa una ruptura con el constitucionalismo anterior. Y es en esa ruptura donde debe estudiarse el concepto de validez legal, pues en la época contemporánea la validez es esencialmente intrínseca a la democracia misma. La teleología de la democracia contemporánea, a diferencia de la griega, no busca un fin fuera de sí misma, sino que busca las condiciones de validez en el propio sistema democrático.

De ahí que, en el segundo capítulo, el autor repase la dimensión político-jurídica de la constitución democrática. En este sentido, defiende la necesidad de las normas constitutivas como base para la legitimidad democrática que tienen los parlamentos para dictar leyes con carácter general. Tras ello, en el tercer capítulo, después de un detenido examen del concepto de sistema, lleva a cabo un análisis de la validez de la ley democrática, siguiendo la tripartición de la lingüística contemporánea: en este punto pesan ya mucho las influencias de la filosofía analítica. Con ello, el autor intenta examinar la formación del lenguaje legal y su relación con las reglas constitutivas.

En el cuarto capítulo, que hace las veces de epílogo, se encuentra desarrollada –a mi entender– la tesis más genuina que encierra la obra: el desplazamiento que la democracia constitucional contemporánea ha hecho del concepto de validez de la ley. Carrio vincula este desplazamiento con la regla de reconocimiento, entendida como mecanismo de estabilización del sistema, y ofrece dos interpretaciones de la misma. Como indica el autor, «dado que la legislación democrática es también una práctica institucional, su regla de reconocimiento requiere igualmente la aceptación de las reglas constitutivas» (p. 185).

Concluye la obra mostrando que la complejidad de la validez de la ley en la democracia constitucional tiene origen en el propio diseño institucional que atrinchera (verbo que gusta mucho a Carrio y que en el libro tiene un destacado protagonismo) dos condiciones necesarias y conjuntamente suficientes para la validez de la ley. Una es la condición de regularidad, que es necesaria para identificar las decisiones adoptadas regularmente por el nosotros de la mayoría democrática. La otra es la condición de persistencia, que significa su compatibilidad con una concepción de la justicia (p. 190).

La obra acaba, pues, con una defensa de las reglas constitutivas como un valor intrínseco y extrínseco, desde las que se pueden derivar condiciones necesarias y suficientes para establecer todo un sistema basado en un pacto social y político. El proceso democrático tiene valor en sí mismo al salvaguardar el bien mismo de la democracia constitucional, que debe tener una aspiración no sólo a la mera validez sino también a la justicia.

Cabe decir que, siendo un libro riguroso y académico, también da muestras del gusto de Alberto Carrio por la literatura y por las metáforas y ocu-

rrencias brillantes. Es excelente el ejemplo de los desacuerdos en el sistema institucional democrático a partir de la elaboración de una paella (pp. 97-100). No caben ejemplos más sabrosos, que –sin duda– aumentan el placer de la lectura de esta interesante obra, breve, clara y bien articulada.

Rafael RAMIS BARCELÓ  
Universitat de les Illes Balears

**FERRAJOLI, Luigi y RUIZ MANERO, Juan: *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Trotta, Madrid, 2012, 160 pp.**

El libro comentado recoge el resultado de una prolongada conversación entre los profesores Juan Ruiz Manero y Luigi Ferrajoli a través de correos electrónicos. El intercambio de correos se transforma en un escaparate en el que se exhiben con todo detalle dos diferentes formas de entender el constitucionalismo: el constitucionalismo «garantista» representado por Ferrajoli y el constitucionalismo «principalista» o «postpositivista» defendido por Ruiz Manero. Este debate es solamente uno de los tantos que han surgido —o más bien, *resurgido*— a raíz de la publicación del *Principia Iuris* (2007) de Luigi Ferrajoli. Precisamente a propósito de su traducción al español<sup>1</sup> se organizó por el Institut de Drets Humans de la Universitat de Valencia un congreso cuyas ponencias han sido publicadas en este mismo número del *Anuario de Filosofía del Derecho*.

La obra se divide en tres partes. En la primera de ellas se rememoran los inicios de Ferrajoli como teórico del Derecho y su paso por la jurisdicción, destacando el fuerte compromiso civil que ha influido siempre en su producción académica. La segunda parte, que da nombre al volumen, es, con diferencia, la más amplia, y está dedicada al profundo y detallado debate entre los dos autores en torno a sus respectivas visiones del constitucionalismo. En tercera parte, por último, se discuten algunas de las propuestas que Ferrajoli ha sostenido en respuesta a algunos de los principales problemas jurídico-políticos actuales, particularmente los que hacen referencia al orden internacional y a la crisis del Estado constitucional de Derecho. En ese mismo orden serán comentados cada uno de los apartados.

1. *Cuestiones biográficas. Trabajo intelectual y compromiso civil*

El recorrido biográfico que se realiza en la primera parte permite comprender mejor el riguroso trabajo intelectual y el incansable compromiso civil que ha marcado la obra de Luigi Ferrajoli. Ambos rasgos han caracterizado al jurista italiano desde su juventud. De su experiencia como juez entre 1967 y 1975 cabe destacar dos circunstancias fundamentales. La primera es su participación activa en la fundación de *Magistratura Democratica*, asociación que ha resultado imprescindible para la difusión de una cultura jurídica constitucional en Italia<sup>2</sup>. La segunda, según insiste el propio Ferrajoli, es que la experiencia práctica de la judicatura le hizo tomar consciencia del abismo que separa la práctica de la teoría jurídica o, por decirlo en términos ferrajolianos, de la divergencia deontica entre validez y vigencia; idea que le conducirá a insistir en el papel central que las garantías deben desempeñar en la

<sup>1</sup> FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (3 vols.), trad. de P. Andrés Ibáñez, C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto Sanchís y A. Ruiz Miguel, Trotta, Madrid, 2011.

<sup>2</sup> Vid. ROSSI, N. (ed.), *Giudici e democrazia. La magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, Angeli, Milán, 1994.

teoría jurídica, así como en la función crítica con el Derecho vigente que incumbe a todo jurista.

En esos años se sitúa también el comienzo de la enorme labor teórica emprendida por Ferrajoli: la construcción de una teoría formalizada y axiomatizada del Derecho, que culmina con *Principia Iuris*. Tras la publicación de «Saggio di una teoria formalizzata del diritto» (1965)<sup>3</sup>, fue determinante el impulso del sabio magisterio de Norberto Bobbio, que le conducirá a escribir su *Teoria assiomatizzata del diritto* (1970)<sup>4</sup>. La influencia de Bobbio será determinante, además, en el compromiso cívico que acompañará a Ferrajoli a lo largo de toda su carrera, y que le conducirá a implicarse en múltiples batallas ciudadanas. Entre esas actividades puede destacarse, quizá, su participación en el *Tribunal Permanente de los Pueblos*, tribunal de opinión creado por Lelio Basso y específicamente concebido con el fin de denunciar la ausencia de mecanismos de garantía de los derechos humanos a nivel internacional. A partir de experiencias como esa, destaca Ferrajoli, fue madurándose su conocida caracterización de la falta de garantías como lagunas del ordenamiento que deben ser colmadas a través de la actuación de los poderes públicos.

Ruiz Manero considera que la de Ferrajoli es la más bobbiana de entre las teorías del Derecho actualmente presentes en la cultura jurídica italiana. Al efecto que aquí nos interesa debe destacarse, sin embargo, al menos una importante diferencia, que es la que hace referencia a la articulación del vínculo entre el Derecho y la política: la relación entre la teoría del Derecho y el compromiso cívico en Bobbio es externa, mientras que en Ferrajoli es interna. Dicha divergencia, claro está, no es sino la manifestación de distintas concepciones del Derecho, de la democracia o del mismo positivismo jurídico. La evolución de Ferrajoli respecto del formalismo kelseniano seguido por Bobbio viene marcada por el propio cambio de paradigma que se produce con el paso del Estado de Derecho al Estado constitucional de Derecho, que impone el deber de diferenciar entre normas válidas y normas vigentes y que revela con ello la insostenibilidad del carácter avalorativo y puramente cognoscitivo de la ciencia jurídica. La ciencia jurídica ya no solo se conforma con describir el sistema jurídico tal y como es, sino que tiene la misión añadida de valorar su legitimidad o ilegitimidad en virtud de los parámetros establecidos en las constituciones rígidas. Para Ferrajoli el jurista debe *tomar posición* frente a cualquier posible ilegitimidad presente en el Derecho vigente. Se construye, por lo tanto, un papel crítico y proyectivo de la ciencia jurídica: crítico frente a las antinomias y proyectivo frente a las lagunas. Así el Estado constitucional de Derecho (tomado *rigurosamente* en serio, por usar la fórmula de Perfecto Andrés Ibáñez) sitúa a todos los operadores jurídicos en una posición crítica hacia el Derecho vigente. Por eso, el compromiso cívico de Ferrajoli es interno e inescindible de su teoría del Derecho: es el propio Derecho positivo el que impone al jurista el deber denunciar y promover la remoción de las antinomias y la superación las lagunas del ordenamiento.

---

<sup>3</sup> FERRAJOLI, L., «Saggio di una teoria formalizzata del diritto», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 42 (1965).

<sup>4</sup> FERRAJOLI, L., *Teoria assiomatizzata del diritto*, Giuffrè, Milán, 1970.

## 2. *Dos modelos de teoría del Derecho y de constitucionalismo*

En la segunda parte Ruiz Manero dejará el rol de entrevistador que había adoptado en la primera para ejercer como *contrincante* dialéctico de Ferrajoli. Pese a que las posiciones de ambos autores en defensa de sus respectivos modelos de constitucionalismo son muy sólidas, es de agradecer la voluntad que ambos muestran por entenderse y llegar a acuerdos, matizando en parte la propia postura o la interpretación que se hace de las posturas del otro. Repasaremos a continuación muy brevemente algunos de los puntos más destacables de su diálogo.

Entre otras, a Ruiz Manero le inquieta la idea, bastante usual entre los neoconstitucionalistas, de que el lenguaje de los derechos se sitúe en un plano justificativo superior al de los deberes o los correlativos. E insiste, preguntando a Ferrajoli por qué ha privilegiado el concepto de «expectativa» frente al de «imperativo». Las razones que Ferrajoli da son múltiples: 1.<sup>ª</sup>) un mayor alcance empírico y una mayor capacidad explicativa de las expectativas formuladas en forma de derechos en relación a los imperativos formulados en forma de obligaciones legales; 2.<sup>ª</sup>) es útil a efectos de explicitar la titularidad de los derechos fundamentales en tanto que normas jurídicas; y ello sirve para colocar a todas las personas (o a todos los ciudadanos, en el caso de los derechos políticos) en una posición supraordinada dentro del ordenamiento jurídico en tanto que titulares de derechos fundamentales; y 3.<sup>ª</sup>) sirve para expresar de manera bastante más explícita y directa los valores ético-políticos proclamados en las constituciones de lo que lo podría hacerse por normas imperativas.

A la vista de estas afirmaciones, Ruiz Manero se pregunta si la posición de Ferrajoli no supone tomar partido únicamente por una de las múltiples interpretaciones que se hacen posibles respecto de los textos constitucionales; circunstancia que pondría en entredicho la firme posición metaética no cognoscitivista mantenida por Ferrajoli. Este, sin embargo, insiste en que no se trata de una opción política arbitraria ni la expresión de ninguna preferencia ética propia. No es una interpretación entre otras posibles, sino que es «la opción adoptada por los propios textos constitucionales, que, por ello, se impone también a la teoría como la única posible o, al menos, como la más adecuada, porque dotada de mayor alcance empírico y explicativo»<sup>5</sup>. Situando a los derechos fundamentales en un plano justificativo superior se realza, además, su función directiva, y por ello su condición normativa y vinculante respecto de toda la producción normativa inferior. De ahí que pueda decirse que la violación por comisión de los principios constitucionales y en la forma de violación de derechos fundamentales de sus titulares genera antinomias; de la misma forma que su violación por omisión genera lagunas. Ferrajoli defiende, en consecuencia, que su no cognoscitismo ético no es en absoluto incompatible con el reconocimiento de los valores ético-políticos sobre los que se fundamentan nuestras democracias constitucionales. Su posición defiende que esos valores no encarnan «la verdad», sino ciertos «fundamentos ético-políticos o de justicia» que repetidamente se han identificado con «la paz, la igualdad, la dignidad de la persona o la protección de los más débiles»; de ahí que la concepción del Derecho que Ferrajoli defiende sea, en

---

<sup>5</sup> FERRAJOLI, L. y RUIZ MANERO, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Trotta, Madrid, 2012, p. 58.

definitiva, la concepción del Derecho como la «ley del más débil». Pese a ello, no dejará de asegurar que su teoría del Derecho es una teoría «puramente formal».

Pero la cuestión de los principios es, sin duda, el punto fuerte de la divergencia entre los dos tipos de constitucionalismo enfrentados en este libro. Frente a la tesis normativa sostenida por Ruiz Manero que considera que las constituciones modernas están integradas principalmente por principios, lo cual lleva a una indeterminación del lenguaje jurídico que posibilitaría la apertura permanente de un proceso democrático deliberativo, Ferrajoli argumentará que la indeterminación del lenguaje no es un fenómeno exclusivo de las normas constitucionales, sino del entero lenguaje jurídico. Así, mientras que el carácter vago, indeterminado y valorativo de las normas constitucionales sería para Ruiz Manero un punto positivo, que permitiría superar la conocida «tiranía de los muertos sobre los vivos» propia de las constituciones rígidas, para Ferrajoli sería un defecto que corresponde corregir a la ciencia jurídica. En efecto, según el garantismo profesado por Ferrajoli, la taxatividad es garantía de los derechos fundamentales en la medida en que significa reducción de los espacios de arbitrariedad de los poderes. El transcurso de los acontecimientos políticos sucedidos en Italia en las últimas décadas no hace sino reafirmar a Ferrajoli en su posición: si para algo sirve una constitución rígida es precisamente para atar de manos a las generaciones futuras. La deliberación ya se daría en grado suficiente en el nivel legislativo, siempre adecuadamente limitada por esa esfera de lo indecible o por ese «coto vedado», en palabras de Garzón Valdés.

Del mismo modo, Ruiz Manero considera que, en materia de derechos sociales, el constituyente usa impropriamente el término «derechos», cuando de lo que realmente está hablando en la mayoría de ocasiones es de directrices que solo servirían para orientar la política de los poderes públicos. Según esto, la teoría mediante la cual Ferrajoli establece que la falta de garantía de un derecho social implica una laguna normativa, derivaría de atribuir al término «derecho» un significado que realmente no tiene de acuerdo con la voluntad del constituyente, quien lo habría usado, en realidad, de una manera impropia. Tal razonamiento equivale, para Ferrajoli a una inversión de la jerarquía normativa. Ahí reside, precisamente el mayor desacuerdo entre los sus formas de entender el constitucionalismo, que se concreta en la posible derogabilidad o no de los principios constitucionales por parte del legislador.

### 3. Cuestiones políticas. Diagnósticos y propuestas

De entre las numerosas cuestiones políticas de las que se ha preocupado Ferrajoli durante su dilatada carrera, a Ruiz Manero parecen interesarle especialmente dos: aquellas que tienen que ver con la construcción del orden internacional ideado por Ferrajoli, es decir, con su *pacifismo jurídico*<sup>6</sup>; y

---

<sup>6</sup> Vid. PISARELLO, G., «El pacifismo militante de Luigi Ferrajoli», en FERRAJOLI, L., *Razones jurídicas del pacifismo*, ed. de G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2004, pp. 11-24. También vid. GARCÍA SAEZ, J. A., «El pacifismo jurídico de Luigi Ferrajoli en *Principia Iuris*», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 25 (diciembre 2012), pp. 82-102.

aquellas que hacen referencia a la crisis de la democracia en Italia. Solo haré aquí referencia a los primeros, puesto que me parece que los segundos se encuentran ya lo suficientemente concentrados y resumidos en el pequeño pero contundente libro de *Poderes Salvajes*<sup>7</sup>.

Ruiz Manero muestra una posición altamente escéptica respecto de la firme convicción pacifista ferrajoliana, según la cual la guerra es, en su esencia, la negación misma del Derecho y, por lo tanto, debe estar necesariamente prohibida en cualquier circunstancia. El pacifismo jurídico, sin embargo, no representa una renuncia al uso de la *vis coactiva* del Derecho; de modo que Ferrajoli, inquirido por Ruiz Manero sobre el conflicto Libio de 2011 –de plena actualidad mientras su conversación tenía lugar– considera legítima la resolución adoptada 1973 por el Consejo de Seguridad de la ONU para intervenir con el objetivo de frenar a las tropas de Gadafi, que se dirigían hacia Bengasi haciendo presagiar una masacre. Otra cuestión muy diferente es, en efecto, la violación que de esa resolución haya efectuado posteriormente el mando de la OTAN, extralimitándose claramente en su mandato. Como siempre, la lección que Ferrajoli extrae de ese episodio, es la necesidad de implementar lo previsto por el capítulo VII de la Carta de la ONU, que significaría el establecimiento de una suerte de cuerpo de policía mundial que actuaría, precisamente, como garante de la paz.

Para cuestionar el diseño institucional imaginado por Ferrajoli, Ruiz Manero se vale de la crítica realista formulada por Danilo Zolo, que contrapone a las instituciones pretendidamente universales un conjunto de instituciones descentralizadas generadas a través de mecanismos de negociación multilateral. La crítica de Zolo al universalismo ferrajoliano, sin embargo, ha sido, en mi opinión, suficientemente respuesta en *Principia Iuris*, donde se vuelve a recordar que la idea de garantizar la universalidad de los derechos fundamentales de todas las personas no constituye una utopía irrealizable. Se trata más bien de superar el realismo *a corto plazo* de quienes consideran que es sostenible un sistema que genera flagrantes desigualdades entre las personas e irreversibles daños en el medio ambiente por un realismo *a largo plazo*, que asegure la pacífica convivencia entre los pueblos y entre la humanidad y el medio ambiente. Tal realismo, como fue diseñado después de la segunda guerra mundial, solo es posible a partir de tomarse en serio las promesas realizadas por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y por los tratados internacionales y las constituciones nacionales, estableciendo para ello las correspondientes garantías jurídicas.

### Conclusión

El elevado nivel de complejidad que alcanza la conversación me hace ser escéptico respecto del propósito formulado por Ruiz Manero al comienzo del libro. No creo que, al menos en su parte central, pueda servir a «cualquier persona culta preocupada por los problemas de la vida colectiva» para tener una perspectiva más exacta del constitucionalismo. A cambio, su lectura sí que servirá, y mucho, a cualquier jurista con inquietudes. La aportación realizada por Ferrajoli y Ruiz Manero va, además, mucho más allá del debate a

---

<sup>7</sup> FERRAJOLI, L., *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, trad. y prólogo de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2011.

propósito de las convergencias y divergencias entre constitucionalismo principialista y el constitucionalismo garantista: invita a recuperar un estilo *concordia discors* –por emplear la expresión utilizada por Bobbio– tan necesario hoy en día en la vida pública en general y en la academia en particular.

José Antonio GARCÍA SÁEZ  
Universitat de València



**LÓPEZ HERNÁNDEZ, José: *Lenguaje, normas y sistema jurídico*, Tecnos, Madrid, 2012, 307 pp.**

Este libro trata de una de las dos partes en las que, según el autor, se divide la Filosofía del Derecho, a saber, la Teoría General del Derecho, la cual estudia el derecho como un conjunto ordenado de normas y lo hace desde un punto de vista interno. La otra parte, la que él denomina Teoría Social del Derecho, trata el derecho desde el punto de vista externo, en sus relaciones con otros fenómenos de la vida social (morales, políticos, económicos, etc.).

Delimitado así su objeto, la obra se compone de seis capítulos, que tratan sucesivamente de: la ciencia jurídica (cap. 1), la interpretación del derecho (cap. 2), la norma jurídica y sus clases (caps. 3-4) y el sistema jurídico en sus dos dimensiones, estática y dinámica (caps. 5-6). Todo el libro está recorrido por una idea central, reflejada en las dos citas, de Platón y Hegel, que se recogen al principio: que el derecho solo es válido cuando es puesto y conocido por todos, es decir, cuando se convierte en ley, y que las leyes son necesarias para la convivencia humana. Esta idea es la que ha desarrollado la ciencia jurídica desde su surgimiento en Roma y a lo largo de los siglos, hasta culminar con la ciencia jurídica actual. La tarea de la ciencia jurídica ha sido la de interpretar las leyes, exponer cuál es el derecho válido en cada momento y hacerlo realidad a través del cumplimiento y la aplicación judicial. En el primer capítulo se estudia la evolución de la ciencia jurídica y las diversas concepciones actuales de la misma, con sus diferentes metodologías, concluyendo que es una ciencia «nomológica, lingüístico-interpretativa y social», pues su objeto de estudio son «expresiones lingüísticas normativas cuyo contenido versa sobre hechos sociales» (p. 59).

De acuerdo con lo anterior, el segundo capítulo aborda el tema de la interpretación del derecho como un conjunto de expresiones lingüísticas (enunciados) recogidas y agrupadas en unidades textuales (las leyes). La interpretación de estos textos se enfoca desde la teoría de la comunicación, la semiótica de Peirce, la pragmática de los actos de habla y la lingüística textual. Se prepara así el terreno para una novedosa interpretación de las normas jurídicas como enunciados en su doble aspecto, ilocutivo y proposicional, que forman parte necesariamente de un texto más amplio, que es la ley.

Pero antes de entrar en el análisis lingüístico de las normas jurídicas se destina un capítulo, el tercero, a definir los caracteres de las normas en general, distinguiéndolas de las reglas. Según el autor, que en parte se basa en G.H. von Wright, las normas proceden de la autoridad y se destinan a los súbditos, mientras que las reglas proceden de cualquier persona que indique a otras un camino a seguir para alcanzar ciertos fines. Se analizan las principales concepciones sobre las normas jurídicas (imperativista, normativista, razones para la acción), concluyendo con una caracterización: las normas jurídicas son enunciados (expresiones lingüísticas), normativos (dados por una autoridad) y publicados oficialmente como textos legales.

En el capítulo cuarto se analizan las normas jurídicas como enunciados, desde el punto de vista pragmático de la teoría de los actos de habla de J.R. Searle. En primer lugar se estudia su estructura proposicional (supuesto y consecuencia), en segundo lugar se analizan las diversas clases de actos ilocutivos que son posibles en los enunciados jurídicos. La ilocutividad es la fuerza que el emisor imprime al enunciado; en nuestro caso, es la fuerza o sentido que el legislador da a las normas que emite. Y esta fuerza puede ser:

asertiva, definitoria, prescriptiva o performativa. De ahí nacen las cuatro grandes clases de normas del ordenamiento jurídico, que se subdividen en otras subclases, a saber: Normas asertivas (descripciones y valoraciones), definitorias (definiciones legales, ficciones y presunciones), prescriptivas (permisos, derechos, poderes, mandatos, prohibiciones), y performativas (derogatorias, modificativas, nombramientos, etc.) (pp. 178-179).

El análisis de las normas jurídicas abre paso a la visión del sistema jurídico, entendido como una construcción científica hecha a partir del ordenamiento. De las diversas clases de sistema se pasa a analizar la sistematización del derecho en su historia y en la época contemporánea, donde se han propuesto tres modelos: el sistema orgánico, el lógico y el legislativo. En la actualidad se estudian los siguientes aspectos del sistema jurídico: la identidad del sistema, la identidad de sus elementos, la estructura del sistema y su dinámica. Todavía en el capítulo quinto, el autor señala como rasgos característicos del sistema jurídico: la existencia de una autoridad político-jurídica, un conjunto de normas establecidas por dicha autoridad y unas coordinadas espacio-temporales. Se utiliza en este análisis la teoría de la construcción de la realidad social de J.R. Searle.

En el capítulo sexto y último se estudian los elementos del sistema, a saber, las normas jurídicas como enunciados, y la propiedad esencial de estas, que es la validez. La validez de una norma jurídica no es su existencia, como afirmaba Kelsen, sino su positividad, es decir, su modo de producción basado en el principio de legalidad. Es válida aquella norma que ha sido producida por el órgano competente con el procedimiento adecuado, ha sido publicada y no ha sido derogada. Su validez es la pertenencia a un sistema jurídico determinado, aquel del cual obtiene su legalidad.

La Estática jurídica estudia la estructura del sistema, la cual viene dada por el conjunto de relaciones que existen entre las normas del ordenamiento. Para conocer estas relaciones el autor elige como hilo conductor la tabla de las categorías de Kant y, en concreto, las categorías de la relación, de donde derivan tres grandes clases de relaciones: 1) Sustancia-accidente: normas sustantivas y adjetivas. 2) Causa-efecto: normas de competencia, de organización, de promulgación, derogación, etc., con sus respectivas normas-efecto. 3) Comunidad: relaciones de identidad, conjunción, disyunción, consecuencia y oposición entre normas.

Esta visión general del sistema jurídico se completa con el estudio de la Dinámica, entendida esta como la relación entre las normas del sistema y la realización de las conductas previstas en ellas. El autor divide todas las conductas previstas en las normas del ordenamiento en tres grandes grupos: legislación o producción de nuevas normas, jurisdicción o aplicación de las normas a los casos concretos y cumplimiento o incumplimiento de las normas, que dan lugar a su eficacia o ineficacia. En estos tres apartados se analizan algunas cuestiones centrales de la actual teoría del derecho, tales como la distinción entre sistema jurídico (momentáneo) y orden jurídico, los criterios de legalidad y deducibilidad para la identificación de las normas del sistema, los diversos tipos de modificaciones normativas, la distinción entre producción y aplicación del derecho, las diversas concepciones de la aplicación judicial, las tareas de dicha aplicación, el concepto de cumplimiento del derecho, su eficacia, efectividad, etc.

En resumen, esta es una obra de síntesis, pero con algunas aportaciones interesantes por lo novedosas, que deben ser contrastadas en un examen posterior y que sin duda pueden generar alguna polémica. La introducción del

análisis lingüístico pragmático, especialmente la teoría de los actos ilocutivos, y la ordenación de las relaciones entre normas siguiendo un esquema tan abstracto como el que propone Kant pueden ser algunos de esos puntos polémicos. El concepto de validez y la caracterización de las normas permisivas y de competencia se apartan también en algunos aspectos de la opinión mayoritaria de la teoría del derecho actual.

Fernando NAVARRO AZNAR  
Universidad de Murcia

**MARCOS DEL CANO, Ana María (Coordinadora): *Bioética y derechos humanos*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Ciencias sociales y jurídicas, Madrid, 2011, 387 pp.**

Bioética y derechos humanos es una obra que combina una serie de perspectivas filosóficas, jurídicas y científicas para presentar al lector una idea completa de bioética. La variedad de ámbitos académicos de los autores es tan amplia como los aspectos que son abarcados por la propia disciplina y plasmados en el texto. De este modo, surge una publicación que logra compilar, de manera novedosa, las más diversas cuestiones que son objeto de estudio de la bioética. Así, en la primera parte del libro se tratan temas relativos a los derechos humanos, ética, sociología y filosofía; centrándose la segunda parte en aspectos más prácticos que vienen a concretar los planteamientos de aquello tratado en la primera. Nos referimos al estudio filosófico, científico y jurídico de las terapias génicas, la eutanasia o la clonación. Y, por último, se trata el derecho a la salud desde la perspectiva del paciente, su calidad de vida y las distintas responsabilidades que pueden derivar para la Administración en el ámbito sanitario.

El primer capítulo está a cargo de la coordinadora de la publicación, titulado «La bioética y el bioderecho desde los derechos humanos», en el que resalta la importancia de apelar a la dimensión ética del ser humano ante los avances científico-tecnológicos que se producen en el ámbito de la medicina y de las ciencias de la salud. Ana María Marcos del Cano, profesora titular de Universidad de Filosofía del Derecho del Departamento de Filosofía Jurídica de la UNED, destaca la necesidad de que la actuación de los profesionales sanitarios tenga una dirección marcada por una serie de valores. Esta dirección queda justificada con la interrelación que surge entre la ética, el derecho y las ciencias de la vida. Hace un repaso a los orígenes de la bioética como disciplina, comenzando por los escándalos que tienen lugar en la sociedad norteamericana en los años 60 relacionados con la experimentación de seres humanos, los cuales motivan los primeros documentos jurídicos que surgen en oposición a dichos sucesos. Por ejemplo, el Informe Belmont, basado en los principios de respeto por las personas, beneficencia y justicia. Estos principios, unidos al de autonomía, constituyen los protagonistas de la bioética. Tras una enumeración de las situaciones de las que se ocupa esta disciplina, finaliza con una serie de cuestiones que plantea la bioética al derecho: el bioderecho. Éste requiere una nueva reflexión sobre qué es el derecho y sus funciones, replanteando los valores que subyacen a estas nuevas situaciones y creando una nueva técnica legislativa que tendrá que respetar el pluralismo de la sociedad y la interdisciplinariedad de los acontecimientos que será necesario regular.

Benito de Castro Cid, catedrático emérito de Filosofía del Derecho de la UNED, presenta el segundo capítulo: «Derechos humanos. Biotecnología. Derechos humanos: una compleja interacción circular». Comienza examinando las líneas de avance de la última revolución biotecnológica: las técnicas de manipulación de los diferentes elementos que influyen en los procesos de aparición, conservación y propagación de la vida. Enumera los principales desafíos planteados actualmente por la biotecnología, que si bien abre posibilidades al bienestar de la humanidad, despeja el camino a amplios riesgos. Destaca la capacidad orientadora de los derechos humanos como mensajeros de la Justicia para contrastar la corrección ética de las aplicaciones tecnológi-

cas. Estos derechos deben actuar, a su vez, como frontera de los propios avances, para lo que expone los principios que deberían constituir el núcleo originario de del futuro código deontológico de las actuaciones biotecnológicas sobre los organismos humanos. Concluye con una profunda reflexión sobre el nuevo horizonte que impone el progreso biotecnológico al catálogo de derechos.

«Ética comunicativa y bioética» es el tercer capítulo, por José Delgado Pinto, quien fuera catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Salamanca. En él encontramos un análisis crítico a la obra de Habermas sobre la filosofía moral, con referencias a los postulados kantianos. Los problemas morales surgen cuando en situación de conflicto se plantea la cuestión de qué intereses han de considerarse correctos. Para su resolución existen una serie de reglas, difíciles de cumplir en situaciones sociales reales. Delgado Pinto expone las tesis de Habermas sobre la cuestión de las intervenciones genéticas con fines eugenésicos y finaliza con una valoración sobre sus argumentaciones. Habermas pone al descubierto las limitaciones de la filosofía moral: la valoración de la moral no puede ser un juicio moral, sino un juicio ético.

Antonio-Enrique Pérez Luño, catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Sevilla, es el autor del cuarto capítulo «Bioética e intimidad. La tutela de los datos personales biomédicos». Presenta la noción de intimidad como categoría cultural, social e histórica que entra en confrontación con el derecho a la salud. Las tensiones surgen entre la exigencia de los poderes públicos de utilizar la transmisión de los datos médicos y el deseo de los ciudadanos de mantener un control sobre la información que le concierne. Continúa el capítulo con una relación de la legislación española relativa a la tutela de la intimidad respecto a datos sanitarios y una aproximación a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la misma materia. Sus conclusiones se centran en el peligro al que se exponen los ciudadanos a continuas violaciones de su intimidad perpetradas por los abusos de la informática y la telemática.

Francesca Puigpelat Martí, catedrática de Filosofía del Derecho de la Universitat Autònoma de Barcelona, escribe sobre «Feminismo y las técnicas de reproducción asistida» en el capítulo quinto. Inicia el capítulo con una diferenciación de las corrientes feministas liberal, marxista-socialista, radical y cultural. Atribuye al hecho de la maternidad biológica la postura histórica de sumisión de la mujer. De este modo, considera que las técnicas de reproducción asistida constituyen un importante mecanismo de liberación. No obstante, contrasta las posiciones contrarias, que ven dichas técnicas como un soporte más a la cultura patriarcal.

Rafael Junquera de Estéfani, profesor titular de Universidad del Departamento de Filosofía Jurídica de la UNED, viene a hablarnos sobre «El bioderecho», que ya la coordinadora del libro planteaba en el primer capítulo. Destaca los nuevos planteamientos morales que traen los descubrimientos biomédicos en un momento en el que el protagonismo de la ética se estaba diluyendo. Delimita los factores que han influido en la aparición de la bioética y las fases que ha experimentado la propia disciplina, especificando la necesidad de conceptos e instituciones como la autonomía o el consentimiento que le aporta el bioderecho. No se trata solo de positivizar la bioética, sino también de establecer un sistema de ponderación de principios contrapuestos, de manera que bioética y bioderecho entran en correlación. Por último, plantea la teoría de la pendiente resbaladiza aplicada a estas dos disciplinas y

cuestiona cómo podríamos utilizar el derecho para evitar que caiga en esa pendiente.

Narciso Martínez Morán, catedrático de Filosofía del Derecho de la UNED, presenta la «Dignidad Humana y derechos humanos como límite a las investigaciones biomédicas» en el séptimo capítulo. La biotecnología ha generado grandes expectativas para toda la humanidad y sus resultados y beneficios ya comienzan a evidenciarse en algunos campos de la medicina. Algunas investigaciones biomédicas se sitúan en la frontera de la ética y del derecho, generando cierto grado de oposición. De ahí que la humanidad deba estar representada para tomar decisiones y evitar la cesión completa del poder a los científicos. Así, ¿puede éticamente hacerse todo lo que técnicamente es posible? El autor plantea en el capítulo la posible respuesta a la pregunta. Para ello presenta unas nociones sobre la persona humana, desde una perspectiva histórico-filosófica y en tanto en cuanto es posible concebir su definición. Profundiza en la dignidad humana, realidad reconocida universalmente, inseparablemente unida al propio hombre y que debe operar como límite, junto a los derechos humanos, a las investigaciones médicas y a la propia libertad de investigación.

Entrando en la segunda parte del libro que, si bien contiene aspectos más prácticos, son valorados desde las perspectivas desarrolladas en la primera parte; Íñigo de Miguel Beriain, investigador de la UPV/EHU en la Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, presenta el capítulo octavo: «Las terapias génicas: ¿Solución o problema?». La ingeniería genética viene a mejorar la herencia genética mediante la manipulación de su código genético. Pero no todos estos avances son necesariamente aceptables desde un punto de vista ético o legal. Las terapias génicas constituyen una técnica novedosa, de los años 80 del pasado siglo, que utiliza la administración deliberada de material genético humano. El autor clasifica las terapias génicas en función de parámetros diversos, y entra a analizar las teorías contrapuestas que legitiman o no la manipulación de la naturaleza por parte del ser humano. Para ello establece diferentes argumentos dentro de las terapias génicas desarrolladas sobre la línea somática y de las desarrolladas sobre la línea germinal y concluye con unas referencias a la legislación sobre la materia.

Andrés Ollero Tassara, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid), escribe el capítulo noveno sobre «La invisibilidad del otro. Eutanasia y dignidad humana». No es posible concebir el escenario de la eutanasia sin tener presente el factor religioso. Por eso, el autor comienza con una reflexión que, entre el clericalismo y el laicismo, valora la influencia de la religión en el ámbito público y su esfera de poder. Matiza la premisa de que la moral debe regir la vida privada y el derecho la vida pública, en conexión al carácter irrenunciable del derecho a la vida. La eutanasia se encuentra en el ámbito de la autonomía personal, pero el hecho de que implique a un tercero dificulta, aún más, su aceptación. La compasión moral permisiva del tercero debe dar paso, sin embargo, a una garantía jurídica responsable. La salvaguarda del presunto derecho ajeno a morir podría acabar traducándose en el cambio radical de un ámbito de actividad social como consecuencia inevitable de la conversión de la excepción en norma. Surge a colación el debate de la judicialización de la sanidad; cuestiones todas que invitan a reflexionar sobre la relación entre dignidad y autonomía.

«La clonación humana reproductiva. Perspectivas éticas» es el tema a tratar en el capítulo décimo por Marciano Vidal, quien fuera catedrático de Ética teológica en la Universidad de Comillas (Madrid). A través de su exposición

describe las posibilidades actuales en el campo de la clonación humana, centrándose en la clonación reproductiva y dejando a un lado la de tipo terapéutico. Comienza con un análisis de datos científico-técnicos sobre los organismos susceptibles de clonación y las técnicas utilizadas para ello. Valora las ventajas de la clonación en función de los diversos tipos de organismos, y sus riesgos, destacando las repercusiones que conlleva en el imaginario social un fenómeno como éste. Centrándose en una valoración ética de la clonación humana reproductiva, toma en cuenta las posturas de las instancias y organismos oficiales, así como de la opinión pública y de la comunidad científica. Entra, además, en una reflexión teológica y ética sobre los valores que entran en juego, destacando el derecho del ser humano a su peculiar identidad. La inviolabilidad del genoma humano debería ser un valor ético de formulación universalmente compartida, pero se precisa una elevación de la responsabilidad de la humanidad que vaya a la par del progreso científico-técnico.

La recta final del libro matiza cuestiones más jurídicas. José Ramón Díez Rodríguez, abogado experto en Derecho Sanitario y profesor tutor de la UNED, trata «El derecho del paciente a conocer y decidir: ¿Quién decide?» en el capítulo undécimo. Tras un repaso a los antecedentes históricos y legislativos del consentimiento informado, plantea las circunstancias prácticas que impiden el otorgamiento de un verdadero consentimiento, tanto por parte del paciente como del profesional sanitario. Fundamenta la información asistencial y el consentimiento informado desde las perspectivas éticas, jurídicas y deontológicas para llegar posteriormente a una doble consideración: el consentimiento informado como derecho fundamental y como elemento de la *lex artis*. Para ello repasa la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional que coinciden en la protección de la libertad del paciente. Desde una vertiente práctica, delimita las características del médico y del paciente como elementos subjetivos de la información asistencial y determina el contenido de la información, incluyendo la finalidad, naturaleza, riesgos y alternativas posibles a la intervención que sea propuesta al paciente. También hace referencia a aspectos como el momento en que se debe informar, el derecho de revocación del consentimiento y el derecho a no ser informado, con sus limitaciones correspondientes. Concreta el estado de necesidad terapéutico como situación excepcional a la obligación del médico a informar y concluye con unas notas sobre la forma y las excepciones a la necesidad del consentimiento informado.

Jesús Esteban Carcar Benito, Asesor Jurídico de la Consejería de Sanidad y Consumo de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, reflexiona en el capítulo duodécimo sobre los «Criterios de valoración del derecho a la salud en relación con las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). Especial referencia a la integridad y calidad de vida». Para valorar la solución ética-jurídica que plantea el uso de la tecnología, el autor precisa el análisis de algunos criterios: dignidad, autonomía del paciente, igualdad, solidaridad, intimidad y precaución. Pero centra su exposición en otros dos criterios: la integridad y la calidad de vida. La integridad, como derecho de máximo rango, materializa la dignidad y conecta de manera directa con el derecho de rechazo a la asistencia médica, protegiendo además menoscabos físicos y psicológicos. Plantea la represión penal del acoso moral y analiza los elementos de la teoría del delito en conexión con las TIC. Éstas constituyen una industria en desarrollo que mejoran la imitación del cerebro y de las emociones humanas, pero las oportunidades que ofrecen conllevan nuevos planteamientos éticos: la existencia de prótesis sensoriales indica una debili-

dad, pero el hombre ha sido capaz de remediarlo y ello va a traer consecuencias. Finalmente, se refiere a la calidad de vida: un criterio relativo al funcionamiento físico-mental, al bienestar, que determina qué tratamientos médicos pueden ser aplicados a un paciente. En el ámbito ético y jurídico ha sido utilizado para reducir la protección de la vida humana, lo cual ha generado una importante polémica. La calidad de vida influirá en la capacidad de decisión de los individuos, en los servicios asistenciales y en los procedimientos de las TIC.

El colofón del libro lo pone José María Pérez Gómez, letrado de la Administración de la Seguridad Social y académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, con «Algunos apuntes al régimen de responsabilidad civil, penal y patrimonial objetiva de la administración derivada de la asistencia sanitaria». Las distintas responsabilidades en las que pueden incurrir los profesionales sanitarios quedan en función de las circunstancias en las que se desarrolle la actividad. En primer lugar, expone la responsabilidad civil por daños y servicios, con referencias a la doctrina de la pérdida de oportunidad. Posteriormente, desarrolla la responsabilidad penal por negligencia profesional, delimitando los requisitos que deben concurrir para que exista una infracción penal imprudente culposa. Distingue los otros tipos delictivos que pueden suponer una responsabilidad penal: la eutanasia, el aborto, la omisión del deber de socorro o el descubrimiento y revelación de secretos; y también la autoría del delito y la responsabilidad subsidiaria del centro sanitario público o privado. En último lugar, desarrolla la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria según la legislación administrativa y la jurisprudencia del Tribunal Supremo; y la acción de regreso que corresponde a la administración con respecto a sus autoridades y personal a su servicio.

En definitiva, nos encontramos con una obra que, desde la más amplia base de lo jurídico, enfoca temas que actualmente forman parte de los quebraderos de cabeza de la bioética. Ética, filosofía y ciencia destinados a tratar temas que, lejos de ser resueltos, quedan a disposición de un debate abierto a las más extremas posiciones doctrinales. Temas que deben ser enfocados, como insisten los autores, desde la base del respeto a los derechos humanos y, en concreto a la dignidad humana y al principio de autonomía de la voluntad. Solo así podrán darse respuestas. Y, si no es posible, al menos podrán obtenerse las claves para plantear las soluciones a los conflictos derivados de la colisión entre los avances científicos, la ética y el derecho.

Ana Ylenia GUERRA VAQUERO  
UNED



**PÉREZ TRIVIÑO, José Luis: *Ética y deporte*. Desclee de Brouwer, Colección Ética aplicada, Bilbao. Año 2011, 212 pp.**

La ética del deporte irrumpe tímidamente como disciplina académica en los años setenta del pasado siglo xx. Especialmente con el impulso de la «American Philosophical Association» de Boston que funda en 1972 la «Philosophic Society for the Study of Sport» (PSSS), con el principal respaldo del profesor Warren P. Fraleigh de la «State University of Brockfort» y del profesor Paul Weis de la «Catholic University of América», quien será su primer presidente. A partir de 1999 la PSSS pasa a llamarse definitivamente como «Internacional Association for Philosophy of Sport» y añade la diversidad regional de los miembros que la componen. Desde esta Asociación se empezó a publicar *The Journal for the Philosophy of Sport*, con una publicación anual desde 1974 y bianual desde al año 2001.

Desde este período surgen multitud de pensadores que poco a poco reflexionan desde el ámbito filosófico y desde la ética en torno al importante fenómeno deportivo. De este modo surgen corrientes de pensamiento como el Formalismo, Internalismo, Convencionalismo y similares que construyen propuestas serias de lo que debe ser una ética del deporte.

José Luis Pérez Triviño, profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Pompeu Fabra, nos presenta un libro en donde recoge buena parte de las principales inquietudes, ideas y temas que abordan estos nuevos éticos del deporte. La necesaria distinción entre juego y deporte, imprescindible para iniciar una investigación seria. El papel de las reglas convencionales, del *fair play* en deporte, siguiendo la clasificación que realizan Butcher y Schneider desde la *Canadian Center for Ethics in Sport* en su célebre texto *Fair play as respect for the game*. Todo ello es analizado por nuestro autor con minuciosidad y precisión.

El tema del dopaje, tan de actualidad en nuestras sociedades por la cantidad de escándalos que cada año salpican el deporte de élite, también es tratado con valentía por el autor. A diferencia de muchos de los principales representantes de la ética del deporte estadounidense, que tratan el tema del dopaje de manera superficial y esquiva, pese a que este tema es de vital importancia desde una ética del deporte.

Nuestro autor también aborda en el libro otros puntos de vital importancia en ética del deporte, como el de la discriminación sexual, que afecta principalmente a las mujeres que siempre son vistas de manera secundaria en los eventos deportivos. No sólo basta con la igualdad de oportunidades que caracteriza al deporte moderno, sino que se requiere de una igualdad de sexos a la hora de participar en la práctica deportiva.

Finalmente Pérez Triviño aborda el tema de la violencia en deporte, viendo el tipo de lesiones permitidas y no permitidas y viendo cómo debe entenderse la violencia en deportes donde es imprescindible. Junto a este tema se trata el de la vinculación del deporte a la política, especialmente a los nacionalismos, analizando como se ve la práctica deportiva en circunstancias políticas normales y en circunstancias políticas de crisis.

Para cerrar su libro nuestro autor reflexiona en torno a los futuros retos del deporte y los avances tecnológicos, temas de actualidad y que es abordado por importantes representantes del mundo académico como Savulescu de la Universidad de Oxford, entre otros. El dopaje genético, los deportistas

híbridos, la deshumanización del deporte son nuevos frentes ante los que la ética del deporte debe y deberá dar una respuesta seria y firme.

El libro de José Luis Pérez Triviño constituye la mejor herramienta para adentrarse en el mundo de la ética del deporte como disciplina académica. Una disciplina que irrumpe tímidamente en el ámbito universitario y que cada vez coge más fuerza, pues el deporte es y seguirá siendo uno de los «temas de nuestro tiempo».

Raúl SEBASTIÁN  
Universitat de València

**STOLLEIS, Michael: *Sozialistische Gesetzlichkeit. Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in der DDR*, C. H. Beck, 2009, 173 pp.**

En el alba de un día cualquiera, a inicios de los años noventa, la H-a-u-p-t-b-a-h-n-h-o-f de Berlín pasó a ser rotulada como O-s-t-b-a-h-n-h-o-f. Los operarios apenas tuvieron que sustituir un par de letras. Paradójicamente la unificación alemana conllevó (¿solo en este caso?) un desplazamiento: lo que antes fue la estación principal, frente al imponente edificio de Neues Deutschland (un importante diario de la DDR), se convirtió, de repente y bajo una luz violeta, en un lugar periférico y solitario. Y se inauguró, con toda la liturgia y arquitectos necesarios, un nuevo centro que todo lo aglutinó.

Ciertamente, los operadores jurídicos (con mucho más esfuerzo que los anteriores) modificaron y derogaron las letras de la ley. ¡Y no solo un par de ellas! Lo que antes fue un sistema de derecho con validez plena y con efectos directos sobre la vida de millones de personas devino «zona periférica» y ocupó, en el mejor de los casos, el lugar de la memoria y de los libros de historia. Un horizonte histórico por cierto, que no se debe de eludir esgrimiendo su proximidad, más bien ha de ser afrontado con todas las cautelas pertinentes, con rigurosidad y con la distancia científica necesaria; atributos todos ellos de la obra reseñada.

Otra cuestión de fondo –y distinta– es si la historia de la RDA (en este caso concreto, la historia de la ciencia del derecho público) puede ser relatada desde una perspectiva externa, desde categorías aquilatadas y construidas desde el otro lado del muro, o bien si es acaso factible realizar un ejercicio histórico sustentado en puntos de vista más internos al propio sistema, más immanentes al propio derecho de la Alemania del Este, evitando de este modo crear falsos «centros» y «periferias», falsas dialécticas entre los «otros» y el «nosotros». No se trata, desde luego, de justificar las categorías ni las prácticas jurídicas de un sistema dictatorial. Quizá tengan razón los antropólogos cuando nos advierten que hay que adoptar una perspectiva «emic» y otra «etic»<sup>1</sup>.

Dejemos al margen los deseos. Abandonemos estas reflexiones (quizá también demasiado externas) y prestemos atención a la propia estructura del libro. Está articulado en nueve capítulos de los que se pueden entresacar las siguientes tesis centrales:

1. El derecho público de la RDA y la ciencia jurídica no poseían prácticamente autonomía alguna respecto del sistema político.
2. Existió una hipóstasis del derecho político del Estado que fagocitó, casi durante toda la existencia de la Alemania del Este, los ámbitos propios (tradicionales) del derecho administrativo y, en menor medida, del derecho internacional público<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> El propio Michael Stolleis reconoce que su perspectiva de la RDA es la propia de un alemán del Oeste y que incluso reflexionando científicamente es difícil deshacerse de ciertos prejuicios; aserto que, por otra parte, da muestra de su honestidad académica.

<sup>2</sup> Una de las excepciones más notables es el manual de derecho administrativo «Das Verwaltungsrecht der Deutsche Demokratische Republik», obra colectiva ani-

3. La ciencia jurídica estaba dominada por una élite jurídica que construía, gestionaba y, en su caso, destruía redes de poder. Asimismo establecía los tópicos sobre los que debían versar trabajos doctorales, monografías o centrarse las investigaciones.

4. El «cielo partido» (expresión tomada de una conocida novela de Christa Wolf) es una metáfora que no solo describe las relaciones entre los amantes a los dos lados del muro, sino también entre las dos ciencias jurídicas. El muro no es poroso. Hay pocos canales de comunicación y de interacción. Disidente es aquél que mira hacia fuera; y los que miran por encima del muro, desde la República Federal, parecen ser solo exóticos expertos que, en muchas ocasiones, son incapaces de apreciar los matices críticos camuflados tras el lenguaje demasiado burocrático y politizado de los textos (p. 18). En el Oeste, pues, se extiende un desierto de desinterés<sup>3</sup>.

Si prestamos atención al detalle, entre los muchos datos que se ofrecen en las páginas de este libro, creo que merece la pena resaltar dos temáticas: 1) la política universitaria, las universidades y otros centros de educación y/o socialización y 2) las condiciones de la producción científica.

*Ad 1)* El autor establece una periodificación que gira en torno a la conferencia de Babelsberg y que consta de tres momentos. Una primera época (1945-1951) caracterizada por las depuraciones de funcionarios (alcanzan un 90% del cuerpo funcional), por un férreo control de la universidad desde el partido y, en definitiva, por un pobre panorama de la ciencia jurídica, ya que (sobre todo durante la ocupación soviética) la ciencia jurídica era una herramienta inútil.

Una segunda fase (1951-1961), simbolizada por la conferencia de Babelsberg, en la que la socialización de los juristas se lleva a cabo dentro de la propia universidad y, especialmente, en la *Akademie für Staats-und Rechtswissenschaft* (DASR). En la conferencia se critica ferozmente cualquier resquicio de revisionismo por inocuo que este fuera (uno de los chivos expiatorios fue el teórico del derecho Hermann Klenner) y se ataca frontalmente al derecho administrativo como construcción burguesa.

Por último, una tercera fase que se inicia a partir de 1961, y en la que pierde peso la DASR, debido, entre otras razones, a su división en institutos y a la muerte de Karl Polak, uno de sus principales responsables. Aunque se producen algunas ligeras modificaciones en el sistema de socialización y de educación, éste no deja de estar altamente politizado y controlado por el partido hasta el final de la RDA

A los centros de enseñanza jurídica se les dedica especial atención. Un capítulo para las Universidades, otro para la *Akademie*. Sobre las primeras (situadas en Berlín, Halle, Jena y Leipzig) se efectúa un recorrido expositivo, concreto, empírico e informativo. Según Michael Stolleis, fue una tarea compleja ocupar un terreno tan baldío y en barbecho con ciertas garantías de rigurosidad científica. Se pasa revista a las cátedras de derecho público en las

---

mada por Karl Bönninger y que iniciaba junto a otros autores (como Berner) el peligroso y «revolucionario» camino de reivindicar el control de los actos administrativos, lo que fue durísimamente criticado por Walter Ulbricht, quien vio en esta postura un acto de revisionismo y un rasgo propio de un Estado burgués de derecho.

<sup>3</sup> En concreto se cita a Karl Polak, Walter Ulbricht, Klaus Sorgenicht y Rainer Arlt.

distintas universidades, se menciona las principales líneas de trabajo e investigaciones y se esbozan algunos rasgos característicos de cada una de las universidades.

Junto a las citadas universidades existen otros centros jurídicos de los que también se ofrece empírica noticia y que juegan, al menos en un primer momento, una importante labor de socialización de los operadores jurídicos y de los funcionarios. A la *Deutsche Verwaltungsakademie*, cuyo primer presidente fue Peter Alfons Steiniger, tras su traslado a Babelsberg, vino a unirse la *Zentrale Richterschule* (1951) y, por otra parte, el *Deutsche Institut für Rechtswissenschaft* (1952), formando de este modo la *Deutsche Akademie für Staats-und Rechtswissenschaft «Walter Ulbricht»*<sup>4</sup>. En las páginas dedicadas a esta institución, se abunda con cierto detenimiento sobre cuáles eran sus funciones (principalmente de adoctrinamiento en los valores políticos de la DDR), en la estructura y las materias de sus cursos destinados a funcionarios, en la inexistencia de la libertad investigadora que reinaba en su seno y se ofrece un elenco de sus presidentes.

Ad 2) La descripción de las labores científicas se circunscriben a tres extremos que ciertamente dibujan un panorama general pero altamente descriptivo: las publicaciones y las revistas científicas, las habilitaciones y tesis y, por último, las medallas, premios y condecoraciones.

El panorama en este ámbito tampoco era muy halagüeño. Dos revistas científicas (*Staat und Recht* y *Neue Justiz*) que más tarde, en 1969, serían tres (*Wirtschaftsrecht*). Artículos agresivos y muy politizados en general, aunque, con el paso del tiempo y la seguridad producida por la construcción del muro, se iría suavizando el tono e incluso permitiendo algún comentario crítico. De nuevo se citan los intentos de Karl Bönninger y Wolfgang Bernet para construir un derecho administrativo que garantizara los derechos y la figura del administrado.

Las habilitaciones y tesis son igualmente escasas. Son trabajadas en grupos para ejercer el control entre iguales. Se caracterizan por su poco grado de abstracción, por su finalidad claramente práctica (se trataba de mejorar la efectividad del derecho) y por el tabú de ciertos temas (la delincuencia o la interpretación de la constitución, por ejemplo).

En general, las tareas científicas se presentan, al igual que las instituciones académicas, altamente controladas por el partido, sumidas en una ideología que devora cualquier matiz o disidencia y sobre todo contrachapadas de un tono mate, gris, sin pátina alguna de calidad, como si estuvieran llevadas a cabo por los mismos carpinteros que fabricaban los espartanos y baratos muebles de la RDA. ¿Seguro que toda la ciencia jurídica era así en la Antigua Alemania del Este?

El filósofo del derecho Hermann Klenner es una excepción. Leí con atención su texto sobre la ciencia jurídica alemana del XIX (*Deutsche Rechtsphilosophie im 19. Jahrhundert*) y su riguroso trabajo en los Anales de la Cátedra de Francisco Suárez en 1978 sobre Savigny. ¿Qué hacía un profesor de la Alemania del Este escribiendo en una revista española de filosofía del derecho? Ante la curiosidad pregunto al director de la revista en aquellos entonces, Nicolás López Calera. Klenner formaba parte del Comité ejecutivo de la IVR (Asociación Internacional de Filosofía del Derecho) y era un profesor

---

<sup>4</sup> En 1972 se modificó su nombre y se viene a denominar simplemente *Akademie für Staats-und Rechtswissenschaft*.

serio, riguroso y ciertamente marxista. Otro contacto –me comenta López Calera– de los compañeros de Granada, era el profesor Wilhelm Raimund Beyer (1902-1990), un marxista en toda regla, que mantenía relaciones científicas con los compañeros del Este y fundador de la Asociación Internacional Hegeliana.

Recientemente Hasso Hoffmann ha realizado un somero pero profundo análisis de la filosofía del Estado en la RDA<sup>5</sup> en el que entre otros autores (Baumgarten y Polak principalmente) se hace referencia a la figura de Klenner, mostrando sus luces y sus sombras. Ciertamente perdió su plaza de profesor por ver en él uno de los culpables de la desestalinización del derecho<sup>6</sup>; mas defendió los derechos humanos despojándolos de cualquier tipo de garantías, disfrazándolos con la jerga propia de la RDA, estatalizándolos poderosamente y, no por casualidad, trayéndolos a un primer plano como un modo de competir con la Alemania del Oeste. Hoffmann señala, en cambio, como una de las principales conquistas de Klenner el haber comprendido el marxismo en su primigenio sentido heurístico, esto es, como crítica ideológica; a ello se debe unir el haber sido últimamente un excelente editor de textos clásicos.

A la luz de las reflexiones de Hasso Hoffmann quizá haya que tomar con muchas cautelas la obra de Klenner. Quizá lo expuesto solo sean un par de anécdotas. Quizá solo las excepciones que confirman una regla de homogeneidad impuesta. Pero en filosofía del derecho algunos ecos de la Alemania del Este llegaban hasta un pequeño departamento de un país hundido cuarenta años en una dictadura ¿Quizá el muro fuera algo más poroso de lo presentado? Tal vez solo fuera cuestión de interés por lo que estaba pasando al otro lado o estos casos solo sean el los de dos privilegiados. Para muchos el pensamiento de estos dos profesores no representaba un pensamiento periférico, porque sabían extraer de él, a pesar de las barbaridades cometidas en su nombre, el germen emancipatorio que contenía.

Quizá el libro hubiera podido abundar más en estos ejemplos u otros similares. No es ésta su finalidad, lo que es completamente legítimo. Ofrece, eso sí, un panorama bastante detallado de las instituciones, políticas universitarias y canales de comunicación del derecho público en la DDR; en este aspecto su cometido queda cumplido.

Es más que posible que las tesis principales (y otros aspectos menores), que hemos señalado en esta reseña, se clarifiquen y detallen en el cuarto volumen de la historia del derecho público alemán del profesor Stolleis; obra que está presta a ser publicada.

Federico FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ  
Universidad de Granada

---

<sup>5</sup> HOFFMANN, H., Zur sozialistische Rechts- und Staatsphilosophie in der DDR, en *Rechtsgeschichte*, núm. 19, 2011, pp. 130-141.

<sup>6</sup> HOFFMANN, H., *loc. cit.*, p. 137.

**WENDEL, Bradley: *Lawyers and Fidelity to Law*, Princeton University Press, Princeton, 2010, 286 pp.**

## I

En el año 2002, dos juristas que trabajaban como asesores del gobierno de George W. Bush publicaron un infame documento que ha pasado a la historia jurídica de los Estados Unidos con el nombre del «memorando de la tortura». Preguntados por la administración hasta dónde se podía llegar en los interrogatorios a los presos de Guantánamo sin traspasar la barrera de lo considerado jurídicamente como «tortura», John Yoo y Jay Bybee redactaron un informe en el que interpretaron el contenido de la legislación doméstica e internacional sobre la práctica de la tortura de manera tal que virtualmente la vaciaban de contenido.<sup>1</sup> No se trataba de una opinión burda o inexperta, sino que mediante una interpretación técnicamente compleja y muy original de los términos legislativos relevantes y de los argumentos jurídicos involucrados, el informe otorgaba al gobierno manga ancha para llevar a cabo con los presos todo tipo de acciones, incluidas aquellas que en el lenguaje ordinario serían indudablemente calificadas como tortura.

¿En qué problema deontológico incurrieron Yoo y Bybee? Según las posiciones que han dominado el debate tradicional sobre ética jurídica, a esta pregunta se puede responder de dos maneras. Los defensores más acérrimos de la concepción dominante, la llamada teoría de la amoralidad, dirán que no hay ningún problema, ya que estos juristas actuaron como celosos profesionales que pusieron en juego su mayor conocimiento y habilidad para satisfacer dentro de los límites fijados por la letra de la ley los intereses de su cliente, en este caso el gobierno, suponiendo que dichos intereses consistían en obtener justificación jurídica para ejecutar el mayor rango posible de técnicas de interrogatorio. Por el contrario, quienes defienden la posición opuesta, esto es, quienes promueven el activismo moral por parte de los abogados, considerarán que Yoo y Bybee muestran lo peor de la profesión jurídica y ofrecen un ejemplo de pésima deontología: se trata de profesionales inteligentes y muy capaces que ponen todo su talento al servicio de un fin moralmente reprobable, como sería permitir o favorecer la tortura de Estado.

Ante esa tesitura, la teoría de la fidelidad al Derecho de Wendel ofrece una respuesta distinta a ambas. Yoo y Bybee sí incurrieron en un problema deontológico, uno muy grave además, pero no porque fueran buenos abogados sirviendo a un mal moral, sino porque fueron malos abogados. Ingeniosos y hábiles, eso puede ser, pero malos profesionales que obraron faltando al respeto que el Derecho merece por sí mismo, y anteponiendo los (supuestos) intereses de su cliente al propósito de las leyes, a aquello que los clásicos llamaban su espíritu.

---

<sup>1</sup> El caso, que aquí me limito a enunciar de manera simplísima, es muy complejo y ha dado lugar a una ingente literatura, sobre todo en Estados Unidos. Una introducción muy concisa y acertadamente crítica la ofrece Milan Markovic, «Can Lawyers Be War Criminals?», en *The Georgetown Journal of Legal Ethics*, 20, 2007, pp. 347-369. Wendel ya había tratado las implicaciones deontológicas del caso en «Professionalism as Interpretation», *Northwestern University Law Review*, 91, 2005, pp. 1167-1233.

## II

El ejemplo anterior ilustra con claridad el objetivo que persigue Bradley Wendel con su último libro, *Lawyers and Fidelity to Law*. En esta obra, el profesor de Cornell presenta una teoría general de ética jurídica que se ha venido anticipando durante los últimos años en una serie de publicaciones por parte del autor. Esta teoría se inserta de pleno en el debate de la ética jurídica moderna, aunque lo hace desde una posición singularmente crítica, ya que Wendel cuestiona no ya alguna de las posiciones enfrentadas sino el debate en sí.

Esas posiciones enfrentadas, y reflejadas en el ejemplo anterior, son las de la concepción estándar y el activismo moral. La primera de ellas, la concepción estándar o teoría de la amoralidad, de la que Wendel hace una impecable presentación al comienzo del libro, y cuya crítica lo estructura a partir de entonces, se construye sobre tres principios: (i) el principio de *parcialidad*, según el cual el abogado debe perseguir los intereses de su cliente con el máximo celo e incluso agresividad siempre que lo haga dentro de los límites marcados por la letra de la ley; (ii) el principio de *neutralidad*, según el cual el abogado no debe estar concernido por la valoración moral de los intereses de su cliente o de los medios empleados para defenderlos; y (iii) el principio de *no-responsabilidad*, según el cual el abogado queda moralmente exonerado de las acciones que realiza en cumplimiento de su tarea. En una palabra, el abogado debe ser amoral. Lo cual no quiere decir inmoral. Actuar amoralmente, actuar como si al individuo-abogado se le hubiera amputado la dimensión ética de su personalidad, es, según esta teoría, lo deontológicamente correcto. La amoralidad no es descriptiva, sino prescriptiva: se presenta a sí misma como una «moral amoralidad»<sup>2</sup>.

Para ser completa, la concepción estándar exige aceptar la existencia de una *moralidad de rol*, según la cual quien ocupa una posición concreta dentro de una institución determinada debe ser evaluado mediante criterios morales internos propios de ese rol, y no mediante criterios provenientes de la moralidad ordinaria externos al rol y a la institución. Y es precisamente esta última idea, la de juzgar la tarea del abogado según criterios morales ordinarios, la que sostienen quienes defienden la posición opuesta, es decir, el activismo moral. Según estos, el papel que juegan los abogados en el sistema no les ofrece ninguna protección ética: ni los excusa del deber moral de actuar correctamente conforme a criterios de moralidad ordinaria, ni mucho menos justifica su incumplimiento de tal deber. Si en el ejercicio de su profesión el abogado actúa moralmente mal, merece la misma desaprobación que cualquier otro ciudadano.

Frente a esta disyuntiva teórica Wendel ocupa un punto intermedio. Su visión no es la de los partidarios del activismo moral, a quienes de hecho critica porque «ponen demasiado énfasis en consideraciones de moral ordinaria, en detrimento de los valores políticos asociados con la *rule of law*» (31). Sin embargo, tampoco es estrictamente amoral, pues no acepta que los intereses del cliente deban prevalecer sobre cualquier otra consideración. En realidad, nos dice Wendel, y a diferencia de lo que suele afirmarse, la fidelidad principal del abogado no es para con los intereses del cliente sino para

---

<sup>2</sup> Massimo LA TORRE, «Abogacía y retórica. Entre teoría del derecho y deontología forense», *Anuario de filosofía del Derecho*, Tomo XXV, 2008-09, p.16.



con el Derecho, y su misión es velar por aquello que al cliente le corresponde conforme a Derecho (*legal entitlements*), lo que no tiene porqué coincidir con aquello que al cliente le interesa. «Incluso si un abogado considera que una ley particular es injusta, o que su aplicación a la situación de su cliente producirá un resultado injusto, aún así tiene una razón para respetar el Derecho y no tratar de evitarlo» (88).

Reformulando el ejemplo de antes, Wendel cree que Yoo y Bybee actuaron erróneamente, pero la razón de ello no es que su comportamiento profesional promoviera un mal moral, como es la práctica de la tortura. Hasta tal punto no es esa la razón, que su informe habría sido deontológicamente correcto si se pudiera entender que la legislación relevante, razonablemente interpretada, promovía o permitía la tortura, pues no es tarea del abogado introducir en el Derecho sus valoraciones de moral personal. «Los deberes de los abogados deben orientarse hacia el respeto al Derecho por sí mismo, no hacia consideraciones morales ordinarias» (88). La razón por la que Yoo y Bybee lo hicieron mal fue más bien porque interpretaron de manera impropia y extravagante unas leyes manifiestamente creadas para prevenir la tortura, y lo hicieron con el fin de lograr el objetivo opuesto al que dichas leyes persiguen y que constituye su razón de ser. En otras palabras, no mostraron hacia el Derecho el debido respeto que este merece como tal.

### III

Sigo aquí el ejemplo de los memorandos de la tortura por ser tan notorio como esclarecedor, pero esto no debe llevarnos a pensar que la teoría de Wendel se aplica solo a casos extremos. Bien al contrario, la multitud de ejemplos, la mayoría reales, que utiliza para presentar sus posiciones, provienen de los ámbitos más variados y cotidianos de la práctica jurídica, reforzando la idea de que la suya es una teoría para la vida ordinaria del Derecho. El concepto que permite traducir los principios éticos generales al quehacer diario del abogado es el ya introducido de *legal entitlement*, el cual se distingue crucialmente de los intereses del cliente.<sup>3</sup> El contraste entre *entitlements* e intereses subraya la idea de que el abogado solo puede hacer por su cliente aquello que el cliente puede hacer conforme a Derecho. Idea obvia pero aún así frecuentemente olvidada, como denuncia Wendel al constatar que la retórica deontológica de los abogados está dominada por la primacía no de los derechos sino de los *intereses* del cliente, un desliz terminológico de profundas consecuencias éticas.

La centralidad del concepto de *entitlement* materializa la pretensión de Wendel de abrir una tercera vía entre la concepción estándar y el activismo moral. Tomar el *entitlement* jurídico como referencia ética obliga al abogado a ir moralmente más allá de lo que le permite la teoría de la amoralidad (pues no basta con servir los intereses del cliente despreocupándose de todo lo demás) pero sin llegar a tanto como le exige el activismo moral (pues no

---

<sup>3</sup> Wendel define *entitlement*, en clave hoffeldiana, como «un derecho sustantivo o procedimental, creado por el Derecho, que establece *claim-rights* (que implican deberes sobre otros), privilegios para hacer cosas sin interferencias, y poderes para cambiar la situación jurídica de otros (p.ej., imponiendo obligaciones contractuales)» (50).

procede que realice una valoración de cada caso en términos de moralidad ordinaria). El *entitlement* se sitúa así entre el puro poder y la pura moral.

Como consecuencia, «el deber básico de todos los abogados es actuar con fidelidad al Derecho» (16). Aunque, y contra lo que opina el activismo moral, el profesional no debe incorporar al ejercicio profesional sus visiones personales de moral ordinaria, la teoría de la fidelidad al Derecho modifica sustancialmente el principio de parcialidad afirmado por la concepción estándar. El abogado de Wendel, más que un servidor exclusivo de su cliente, presenta una suerte de doble fidelidad al cliente y al Derecho, la cual se traduce en la primacía de los *entitlements* sobre los intereses, y justifica la consideración de los abogados no tanto como agentes privados sino como agentes «casi-políticos» (11). Esa doble fidelidad hacia cliente y Derecho debe entenderse como compuesta y no como enfrentada: el abogado sirve el interés del cliente a través y sólo a través de lo que este merece jurídicamente, o dicho a la inversa, muestra su fidelidad al Derecho mediante la defensa estricta de los *entitlements* del cliente. La obligación de respeto por el Derecho es primordial, y «se aplica incluso cuando sería mejor para los intereses del cliente obtener un resultado que no venga apoyado por un *legal entitlement* plausible» (49).

#### IV

La teoría de la ética profesional como fidelidad al Derecho parte de una importante opción metodológica, como es trasladar el foco de atención desde el ámbito de la filosofía moral hasta el de la filosofía del Derecho. Para Wendel la clave de la deontología no se ha de buscar en la moralidad ordinaria sino en la moralidad institucional. Más concretamente, dicha clave se halla en el rol que el abogado ocupa dentro de un sistema complejo y preñado en sí mismo de valor moral que le exige al profesional un constante ejercicio de responsabilidad. La de Wendel es, ante todo, una ética jurídica como filosofía del Derecho, y precisamente por eso plantea importantes problemas de carácter iusfilosófico. Destaco dos, los cuales la obra es capaz de responder al menos de manera parcial.

El primero es el de la muy discutida cuestión del valor moral de la legalidad, que constituye uno de los grandes debates en la filosofía jurídica de la segunda mitad del siglo xx. Si el abogado actúa moralmente por ser fiel al Derecho, y sin introducir sus propias valoraciones de moralidad ordinaria, es porque la moral está ya «incorporada» en ese Derecho. De ahí que, para garantizar la coherencia de su teoría, Wendel deba sostener expresamente que «la legalidad tiene valor moral, y es ese valor el que sustenta el rol del abogado y le concede relevancia normativa», habiendo afirmado antes que «la legalidad no es el único bien. Pero es un bien» (10). A partir de aquí, la relación entre moralidad ordinaria y ética profesional debe entenderse de manera indirecta, en un razonamiento que sigue la estructura típica de la moralidad de rol: los valores de moralidad ordinaria justifican la institución, que a su vez justifica los deberes propios del rol.

No sorprende que el valor moral de la legalidad tenga para Wendel carácter procedimental, ni que esté vinculado con el atractivo normativo de la democracia, relacionado a su vez con la necesidad de tener un sistema que permita organizar la cooperación social con cierta estabilidad en un contexto de pluralismo moral. Ese pluralismo implica una situación caracterizada por

desacuerdos morales profundos y persistentes que no pueden resolverse mediante el mero recurso a la razón, lo cual nos lleva a tener buenas razones para respetar el Derecho como tal. Esta línea básica de argumentación la repite Wendel con insistencia a lo largo de la obra, consciente de que se trata de un punto crítico en el que su teoría se juega mucho.

Desde una visión de filosofía jurídica académica, Wendel es más explícito a la hora de decir dónde no está que no dónde está. Y donde no está es en una visión instrumentalista del Derecho, esto es, una perspectiva que contempla al Derecho como mero instrumento sin ningún valor especial, la cual es propia del realismo jurídico que ha sido con frecuencia identificado como la filosofía práctica propia de los abogados<sup>4</sup>. El mal hombre holmesiano, al que del Derecho no le importan más que sus consecuencias, no puede ser en ningún caso el buen abogado de Wendel. También será difícil en mi opinión (aunque el autor no lo dice) compatibilizar esta teoría con una posición de positivismo estricto o excluyente, en la medida en que el buen abogado de Wendel muestra su fidelidad al Derecho a través de una interpretación de las normas que debe tener en cuenta el valor moral que estas llevan incorporado. Y no se ve cómo puede hacerlo si elimina totalmente la dimensión moral de su razonamiento. Parece, en definitiva, que el deber de fidelidad al Derecho implica una *cierta* confusión entre razonamiento moral y jurídico.

Pero salvadas estas incompatibilidades, la teoría de Wendel no asume un compromiso firme con ninguna filosofía jurídica sustantiva. De hecho, y aunque en su idea de legitimidad procedimental resuena claramente el pensamiento de Fuller, la obra también contiene guiños a otras posiciones iusfilosóficas importantes del siglo XX, desde el positivismo «suave» de Hart y su punto de vista interno hasta la teoría no-positivista de Dworkin, pasando por la *process jurisprudence* de Henry Hart y Albert Sacks<sup>5</sup>.

La crítica al instrumentalismo jurídico se repite también en relación con el segundo gran problema iusfilosófico que afronta la teoría de Wendel, a saber, el de la determinabilidad del Derecho. Si la ética como fidelidad exige del abogado que interprete las normas jurídicas respetando su contenido y su finalidad, eso quiere decir que contenido y finalidad son determinables y que por tanto es posible distinguir entre las interpretaciones que respetan ese contenido y finalidad y aquellas que no lo hacen. Dicho en otros términos, si no existiera un criterio mínimamente objetivo para establecer a partir de las normas qué es jurídicamente defendible y qué es jurídicamente injustificable, no

<sup>4</sup> Stephen PEPPER, «The Lawyer's Amoral Ethical Role», *American Bar Foundation Research Journal*, 4, 1986, pp. 613-635.

<sup>5</sup> Cuestión aparte, a medio camino entre lo filosófico y lo psicológico, es que la apreciación wendeliana por la legalidad promueva la adopción de una posición acrítica hacia el sistema, como apunta un comentarista al afirmar que «en ocasiones Wendel se desliza hacia la apología del status quo» (David LUBAN, «Misplaced Fidelity», *Texas Law Review*, 90, 2012, p. 680). Wendel es consciente de la crítica, que trata de responder en la conclusión del libro: «[a]lgunos lectores puede que vean todo esto como un fetichismo de la legalidad, como si olvidara que la forma del *rule of law* puede utilizarse por parte de gobiernos horribles» (209). Y obviamente el autor no olvida esa posibilidad, pero me parece seguro afirmar que la tiene poco en cuenta, y que eso es deliberado. La teoría de Wendel ni es ni pretende ser de aplicación universal, sino que su contexto implícito es el de un sistema, aunque no ideal, razonablemente justo y basado en una democracia que funciona razonablemente bien.

cabría ni siquiera hablar de los *legal entitlements* como algo distinto de los meros intereses.

A diferencia de otros discursos de ética jurídica, que parten del implícito más bien ingenuo de que el Derecho demanda del cliente o de su abogado algo unívoco e indiscutido, Wendel muestra a través de sus muchos ejemplos que la principal tarea del jurista consiste en la interpretación, y que existen muchas y variadas maneras técnicamente correctas y éticamente legítimas de interpretar un texto normativo, incluso cuando apuntan hacia soluciones opuestas. Ahora bien, dentro de tal variedad es posible distinguir entre una interpretación heterodoxa, ingeniosa u original, y una interpretación que está fuera de juego, que es resultado de una manipulación del Derecho con el propósito de esquivarlo, de evitarlo, o de saltárselo como un obstáculo que se ha interpuesto frente a los intereses pre-jurídicos del cliente. Para ello a Wendel le basta con «establecer que existe suficiente objetividad y determinabilidad en el Derecho como para que el conjunto de posiciones jurídicas que carecen de un soporte adecuado no sea un conjunto vacío» (176). Lo cual no exige adoptar un compromiso con ninguna teoría objetivista en sentido fuerte, ni afirmar la plena determinabilidad del Derecho, ni mucho menos sostener una tesis como la de la «única respuesta correcta» de Dworkin. Ahora bien, sí es incompatible la posición de Wendel con las teorías iusfilosóficas que predicen la radical indeterminación del Derecho, posiciones que vendrían a identificarse con el realismo más crítico al estilo de los *critical legal studies*, y que a grandes rasgos disolverían la argumentación jurídica en la puramente política.

La esperanza de determinabilidad moderada está apoyada para Wendel en un elemento sociológico *lato senso* como es el de la comunidad interpretativa, un elemento que le concede un cierto aire elitista típico en los estudios tradicionales sobre la profesión. Esa comunidad interpretativa, «compuesta de jueces, abogados, profesores y ciudadanos interesados que han aprendido a diferenciar entre razones jurídicas y no-jurídicas», es la que permite considerar la interpretación como un «proceso comunitario, que hace referencia a criterios intersubjetivos para el ejercicio y la regulación del juicio» (196). Aunque se trate de un elemento, como digo, de base sociológica, para Wendel cumple un papel esencialmente heurístico en la actuación del abogado, papel que destaca en los contextos no-litigiosos, esto es, los ámbitos transaccionales o de asesoría, en los cuales la ausencia del control por parte de un juez o árbitro imparcial impone en el abogado una responsabilidad reforzada para autolimitar el rango de las interpretaciones jurídicas plausibles. La comunidad interpretativa sirve como referencia para fijar ese límite, y así el abogado la puede introducir en el despacho en el que está reunido a solas con su cliente formulándose a sí mismo preguntas tales como «¿aceptaría un juez este argumento?» o «¿qué diría un colega mío si le planteara esta interpretación?».

Dije antes que Wendel responde *parcialmente* a estos dos problemas (el del valor moral de la legalidad y el de la determinabilidad del Derecho) porque sus respuestas están orientadas a la coherencia de su teoría y no primariamente a fijar posiciones iusfilosóficas al respecto. Siendo el suyo un libro que puede calificarse en sentido amplio como de filosofía del Derecho, Wendel no entra de pleno, ni pretende hacerlo, en el fondo de esas cuestiones, sino que de manera metodológicamente legítima el autor reconoce sendas problemáticas y se sitúa en relación con ellas, dejando claro qué posiciones son incompatibles con su teoría. No es necesario adoptar un compromiso moral fuerte con la legalidad para entender

que Yoo y Bybee tiraron por tierra el evidente valor moral que comporta la muy restrictiva regulación de la tortura. Ni tampoco es necesario sostener la plena determinabilidad del Derecho para concluir, tras analizar en detalle la argumentación jurídica que emplearon, que sus interpretaciones fueron forzadas, engañosas, ajenas a los criterios habitualmente utilizados por la comunidad de los juristas y plausiblemente refrendados por la opinión pública, y que mediante ellas pretendían obtener resultados opuestos a la finalidad manifiesta de las normas implicadas.

## V

Extrapolando a partir del ejemplo, considero que la principal fuerza práctica del libro de Wendel radica en la crítica frontal y rotunda a la manipulación leguleya del Derecho que es no poco habitual en la práctica de la abogacía. El enemigo a combatir es una extendida actitud instrumental e irrespetuosa hacia la ley, es decir, hacia aquello que debería ser visto, desde una perspectiva más amplia, más profunda y más ética, como un triunfo civilizatorio. La manera en que esta crítica se relaciona con los puntos iusfilosóficos más generales que trata la obra queda brillantemente expresada en su conclusión, que no me resisto a citar *in extenso*.

[L]as instituciones y los procedimientos que conforman el sistema jurídico no están aislados de consideraciones de moralidad y justicia.... Si la *rule of law* significa algo, es que el poder absoluto resulta intolerable, y las posiciones jurídicas deben estar justificadas de tal manera que presten el debido respeto a todos los ciudadanos afectados. Cuando los abogados trabajan dentro de un sistema jurídico que funciona razonablemente bien, sus acciones poseen los valores que derivan de esos ideales. Al orientar la ética jurídica alrededor de dichos valores, podemos ver con más claridad qué es erróneo cuando los abogados manipulan el Derecho al servicio de clientes poderosos. El fracaso ético no consiste en la violación de obligaciones morales ordinarias, sino en no mostrar la fidelidad al Derecho que constituye la obligación primaria de todos los juristas. (208)

Sea cual sea la posición que cada uno sostenga respecto al valor moral de la legalidad, me parece difícil no acordar con Wendel en su certera identificación y devastadora crítica del vicio profesional que tan mala fama ha otorgado a los juristas a lo largo de los siglos.

César ARJONA SEBASTIÀ  
Universitat Ramon Llull, Barcelona



**IV**

**NOTICIAS**





## Congreso Internacional III Centenario de Jean-Jacques Rousseau (1712-2012) Murcia, 17, 18 y 19 de octubre de 2012

Jean-Jacques Rousseau nació el 28 de junio de 1712 en Ginebra. En 1762, a los cincuenta años de edad, publicó dos de sus obras más influyentes: *Emilio o De la Educación* y *El contrato social*. Durante los días 17, 18 y 19 de octubre de 2012, coincidiendo con el tercer centenario de su nacimiento y los 250 años de esas dos obras, se ha celebrado en Murcia el Congreso Internacional III Centenario de Jean-Jacques Rousseau (1712-2012), organizado por la Universidad de Murcia (Facultades de Filosofía, Derecho, Letras y Educación) y la Universidad de Almería (Facultad de Humanidades). Los coordinadores han sido dos profesores de la Universidad de Murcia: Antonio Campillo Meseguer, Catedrático de Filosofía, Decano de la Facultad de Filosofía y presidente de la Conferencia Española de Decanatos de Filosofía, y José López Hernández, Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho.

Este ha sido el único Congreso Internacional que se ha celebrado en España con motivo del tercer centenario del nacimiento de Rousseau. En él han intervenido algunos de los mayores especialistas del mundo en el pensamiento de la Ilustración, y especialmente en la obra polifacética de Jean-Jacques Rousseau. Como es bien sabido, el ilustre «ciudadano de Ginebra» fue músico, filósofo, teórico de la política y de las ciencias humanas, brillante escritor, botánico y colaborador de la gran *Encyclopédie* dirigida por D'Alembert y Diderot. Durante los últimos 250 años, su obra ha tenido una enorme influencia en los más diversos países de Europa y América, y en los más diversos campos del pensamiento, la política, el arte y la literatura. Por eso, no es de extrañar que el tema elegido para el Congreso Internacional celebrado en Murcia haya sido «El legado de Rousseau en el siglo XXI». Y tampoco es de extrañar que en él hayan intervenido historiadores, filólogos, filósofos, juristas, politólogos, sociólogos y músicos. De hecho, el Congreso estaba dividido en cuatro secciones temáticas: 1) Ciencia y confesión en Rousseau: Individuo, subjetividad, naturaleza humana, educación; 2) Rousseau ciudadano de Ginebra: Sociedad, pueblo, Estado, soberanía; 3) Rousseau creador: Imaginación, ensoñación, literatura, música; y 4) La recepción de Rousseau en España e Iberoamérica.

Las tres conferencias plenarias estuvieron a cargo de tres eminentes especialistas: Jonathan Israel (Institute for Advanced Study, Princeton) dio una magnífica conferencia inaugural titulada «Rousseau, el deísmo y la providencia divina», en la que analizó la compleja posición intelectual de Rousseau, a medio camino entre la Ilustración «radical», la «moderada» y la «anti-Ilustración»; Tanguy L'Aminot (U. Paris IV-Sorbonne y Équipe Rousseau, CNRS, París) expuso con mucho rigor la «Recepción de Rousseau en los últimos años: evolución de la investigación»; e Yves Vargas (Groupe d'Études du Materialisme Rationnel y Équipe Rousseau) clausuró el Congreso con la brillante conferencia «Rousseau y Mandeville: la economía ideológica», en la que contrapuso de forma muy convincente al «primer filósofo del capitalismo» (Mandeville) y a uno de sus primeros críticos (Rousseau).

El Congreso contó también con ocho ponentes invitados: María José Villaverde (U. Complutense), Alicia Villar (U. Pontificia Comillas), Catherine Labro (Équipe Rousseau del CNRS), Catriona Seth (U. de Nancy), Francisco Jarauta (U. de Murcia), Juan Ibeas (U. del País Vasco), Lydia Vázquez (U. del País Vasco) y Sergio Sevilla (U. de Valencia). Además, hubo trece mesas con más de cuarenta comunicaciones, presentadas por especialistas de diversos países de Europa y América: España, Portugal, Francia, Suiza, Italia, Rusia, México, Colombia, Venezuela, Brasil, Argentina, Guatemala y Estados Unidos. A los conferenciantes, ponentes y comunicantes mencionados, hay que añadir los numerosos asistentes que participaron en los debates. En total, hubo 105 inscritos en el Congreso.

Y por si todo lo anterior no fuera suficiente, en el marco del Congreso se celebró también el concierto *Las músicas de Rousseau* («Les consolations des misères de ma vie» y fragmentos de la ópera «Le devin du village»), en la ovalada iglesia barroca de San Juan de Dios, de Murcia. La entrada era libre y asistieron más de ciento cincuenta personas. El concierto estuvo a cargo de seis jóvenes músicos (maestros en otros tantos instrumentos: clave, flauta, guitarra, violín, viola y violoncelo) y dos experimentados cantantes: la soprano Gloria Sánchez y el tenor Martín Armas.

Todos los participantes elogiaron la excelente organización del Congreso, se congratularon ante la cantidad, calidad y diversidad de los textos presentados y de los debates mantenidos durante tres días, y se sorprendieron al escuchar la sencilla y melodiosa música de Rousseau. En el acto de clausura, los organizadores anunciaron su intención de editar todos los textos presentados, la grabación del concierto e incluso las partituras. Además, anunciaron la creación de una red iberoamericana de investigadores en la obra de Jean-Jacques Rousseau, coordinada por Aina López Yáñez (U. Complutense de Madrid).

En resumen, este Congreso Internacional III Centenario de Jean-Jacques Rousseau (1712-2012) ha sido un acontecimiento intelectual memorable y es de esperar que la publicación de las actas y del concierto, así como la constitución de la red iberoamericana de investigadores rousseauianos, dejen buena constancia de ello.

Para una información más completa, puede consultarse la web oficial del Congreso: [http://eventos.um.es/event\\_detail/317/detail/congreso-internacional-iii-centenario-de-jean-jacques-rousseau-1712-2012.html](http://eventos.um.es/event_detail/317/detail/congreso-internacional-iii-centenario-de-jean-jacques-rousseau-1712-2012.html)

José LÓPEZ HERNÁNDEZ  
Universidad de Murcia

V

**NECROLÓGICAS**



## Sobre Gregorio Peces-Barba

En la mañana del 24 de julio de 2012, fallecía en Oviedo, Gregorio Peces-Barba, catedrático de Filosofía del Derecho.

Gregorio Peces-Barba nació en Madrid en 1938. Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid y en Derecho comparado por la Universidad de Estrasburgo, obtuvo su doctorado con una tesis sobre el pensamiento social y político de Jacques Maritain, dirigida por Joaquín Ruiz Giménez y defendida el 29 de abril de 1970.

Resulta difícil definir una persona y una vida como la de Gregorio Peces-Barba con pocos adjetivos. Muchos se han referido a él como ejemplo de un político intelectual o de un intelectual político, poniendo el acento en uno de los dos ámbitos.

No obstante, utilizaré aquí otros dos términos para presentar a Gregorio Peces-Barba: «compromiso» y «dedicación». Gregorio Peces-Barba fue una persona comprometida con el socialismo contemporáneo, con la democracia y con los derechos humanos. Y además, fue un trabajador incansable, cuya vida estuvo marcada por la realización de grandes obras (no sólo científicas).

Su trayectoria política es un buen ejemplo de ello. Esta trayectoria comenzó en Izquierda Democrática, grupo fundado por Joaquín Ruiz Jiménez, con quien había participado en la edición de Cuadernos para el Diálogo, en 1963. Posteriormente, en 1972, se afilió al Partido Socialista Obrero Español, aún en la clandestinidad. Con la llegada de la democracia en España, fue diputado en las tres primeras legislaturas, entre 1977 y 1986. Fue uno de los siete miembros de la ponencia que redactó el anteproyecto de la Constitución de 1978. Entre los años 1982 y 1986 presidió el Congreso de los Diputados, y entre los años 2004 y 2006 fue Alto Comisionado para el Apoyo a las Víctimas del Terrorismo.

Y lo mismo cabe decir de su trayectoria como abogado, que tuvo sus momentos culminantes a finales de los años 60 y durante los años 70. En esos años participó en numerosos procesos que tenían como cuestión de fondo la defensa de las libertades, entre los que destacan los desarrollados ante el Tribunal de Orden Público. Su actividad política provocó la suspensión como abogado y su confinamiento, durante varios meses, en el pueblo de Santa María del Campo en 1969.

Como no podría ser de otra forma, ese compromiso con las ideas y esa dedicación al trabajo, estuvo también presente en su labor universitaria,

donde Gregorio Peces-Barba destacó como profesor, como investigador y como gestor.

Gregorio Peces-Barba fue siempre un profesor cercano y respetuoso con sus alumnos. Su gran formación hacía que sus clases no consistieran en un desarrollo lineal de un problema presente en un epígrafe del programa de turno, sino más bien en una disertación consistente en un ir y venir de ideas confrontadas con ejemplos prácticos. Le gustaba el diálogo y el coloquio, cosa que provocaba siempre que podía. Y le interesaba la formación complementaria del alumno fomentando la reflexión crítica y la apertura de miras.

Su gran formación y su compromiso intelectual permitieron que sus investigaciones fueran a la vez que rigurosas y eruditas, críticas y propositivas. El profesor Peces-Barba destacó como formador de investigadores (dirigiendo un número importante de tesis doctorales) y como director de equipos. Estuvo al frente de proyectos de investigación de gran envergadura entre los cuales hay dos que destacan por su trascendencia y singularidad. Por un lado, la *Historia de los derechos fundamentales*, que se inició hace ya más de 20 años, que cuenta con nueve volúmenes publicados y que culminará en 2013 con la publicación de 15 volúmenes dedicados al siglo xx. Por otro, el proyecto Consolider-Ingenio 2010 «El tiempo de los derechos», que reúne a 12 grupos de investigación y que supuso la primera entrada en este programa de un equipo con perfil jurídico.

Y qué decir de su papel como gestor universitario que puede resumirse, desde un punto de vista macro, en su trabajo como fundador y Rector de la Universidad Carlos III de Madrid desde el año 1989 hasta 2007, y desde un punto de vista micro, en la creación del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III (y antes, del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid).

Su labor como Rector de la Universidad Carlos III de Madrid, ha sido singular. Fue un Rector capaz de ocuparse, al mismo tiempo, del crecimiento de un arbusto del campus y de las líneas maestras de la política científica. Por otro lado, consiguió que el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas comenzara a andar y gracias a una habilidad fuera de lo normal (que demostró durante toda su vida), consiguió los fondos necesarios para que, con la ayuda de un equipo de profesores y personal administrativo, este se convirtiera en una institución de referencia en la formación, docencia e investigación en derechos humanos.

Su última obra fue la creación de la Fundación Gregorio Peces-Barba para el estudio y la cooperación en derechos humanos.

Pero ante todo Gregorio Peces-Barba fue un Filósofo del Derecho (también en este ámbito desarrolló tareas de gestión presidiendo la Sociedad Española de Filosofía jurídica y política durante varios años), defendiendo una visión no excluyente de esta materia, apartada de aquellas posiciones que la alejan de la realidad.

En su obra, *La España Civil*, al referirse a los pensadores que más le marcaron, señalaba: «Entre los maestros vivos que conocí, frecuenté y de quienes tanto aprendí y sigo aprendiendo cabe citar, en primer lugar, a Joaquín Ruiz-Giménez, Elías Díaz, Felipe González Vicén y Norberto Bobbio; y entre los maestros muertos, principalmente Hans Kelsen, Jacques Maritain o Fernando de los Ríos, en nuestro ámbito y en uno más amplio, Vives, Montesquieu, Erasmo, el humanista Giordano Bruno, Locke, ilustrados como Voltaire, Rousseau o Condorcet; y, en los dos siglos anteriores, gente como Stuart Mill, Louis Blanc, Bernstein o Roselli... Asimismo, los matices de mi

pensamiento se han enriquecido con la novela, la poesía y la música, y si me viera en la obligación de elegir, destacaría a Pérez Galdós, Pío Baroja y Antonio Machado, y entre los músicos, a Mozart y a Beethoven, si bien el abanico de mi interés en esos campos es mucho más amplio».

No es posible enumerar los artículos, capítulos de libro y libros de Gregorio Peces-Barba. Su obra se ha proyectado de manera principal sobre la teoría del Derecho, la teoría de la Justicia, los derechos humanos, la historia de las ideas políticas y la filosofía política. Un listado bastante completo y reciente puede encontrarse en el libro de Reynaldo Bustamante Alarcón, *Entre la moral, la política y el Derecho: el pensamiento filosófico y jurídico de Gregorio Peces-Barba* (Dykinson, Madrid 2010), primera tesis doctoral sobre el profesor Peces-Barba y en donde pueden encontrarse los rasgos más importantes de su pensamiento iusfilosófico.

Desde un punto de vista metodológico, el pensamiento de Peces-Barba se caracteriza por la defensa de dos postulados: la relación entre razón e historia y la relación entre ética, poder y derecho.

La relación entre razón e historia se entiende desde la importancia que para Peces-Barba posee la modernidad y la ilustración. En este sentido defiende una concepción de la razón como instrumento de conocimiento y como herramienta de justificación. Ahora bien, la razón es siempre una razón situada en la historia, con lo que el estudio de la historia se convierte así en fundamental para la comprensión de la realidad y para la fundamentación de las instituciones.

Por su parte, la relación entre Ética, Poder y Derecho es también un presupuesto del pensamiento de Peces-Barba que sirve para entender el papel de muchas instituciones jurídicas y políticas y de manera general su comprensión del fenómeno jurídico y de los derechos humanos.

La filosofía política de Gregorio Peces-Barba, expresión de un socialismo liberal abierto a dimensiones republicanas, y su teoría de la justicia, pueden resumirse en la defensa de un modelo de organización jurídico político, presentado como «la ética pública», y basado en los derechos humanos y la democracia como referentes de la justicia del Derecho y de la legitimidad del Poder.

La finalidad de la ética pública, para Peces-Barba, es que todas las personas puedan desarrollar libremente su ética privada, entendida esta como ética personal, como el camino que cada individuo puede escoger para alcanzar su proyecto de vida.

Su concepción de los derechos humanos pasa por comprenderlos como instrumentos éticos y jurídicos, por subrayar su dimensión histórica y, también, por presentarlos como forma de legitimación del Poder y de defensa de una determinada manera de entender a los seres humanos.

La teoría del Derecho de Gregorio Peces-Barba ha sido caracterizada como normativista realista dentro de un positivismo corregido. El normativismo realista deviene de su concepción del Derecho como sistema de normas apoyadas en última instancia en el Poder político. Por tanto su propuesta sobre la validez del Derecho no descansa en una norma o en un conjunto de normas, sino en un hecho representado por el poder y por la fuerza. No obstante, para Gregorio Peces-Barba aunque todo Poder podría llegar a determinar la validez del Derecho, sólo un Poder democrático basado en derechos, podía ser considerado como legítimo. Y es aquí donde comienza a plasmarse su positivismo jurídico corregido, que se manifiesta de forma clara en su concepción del Derecho como sistema mixto y que, manteniendo desde un

punto de vista abstracto la separación conceptual entre Derecho y Moral, subraya la relevancia de la moral en la comprensión del Derecho contemporáneo.

A lo largo de su vida, Gregorio Peces-Barba recibió múltiples reconocimientos por su trayectoria política y académica. Se le han concedido, entre otras condecoraciones, la Gran Cruz de la Orden de San Raimundo de Peñafort (1986), la Medalla de Honor con el grado de Gran Cruz de Perú (1983), la Legión de Honor francesa (1987), el Collar de la Orden del Mérito Civil (2203), la Gran Cruz de la Real y Muy Distinguida Orden Española de Carlos III (2006), la Gran Cruz del Mérito Naval con distintivo blanco (2007), la Gran Cruz del Mérito Militar (2010). Además, en 2010 le fue entregado el Premio Pelayo para juristas de reconocido prestigio y la Medalla al Mérito del Trabajo. Recibió los *doctorados honoris causa* por las Universidades de Vigo, Universidad Nacional de Educación a Distancia, León, Middlebury College de Madrid, Saint Louis University, Jaén, Toulouse, U. «Amedeo Avogadro» del Piamonte Orientale, Pontificia Universidad Católica de Perú y Cádiz.

Fui alumno de Gregorio Peces-Barba a comienzos de los ochenta y ya, desde ese momento y después como su ayudante (labor que he seguido realizando incluso ya como catedrático), pude comprobar que se trataba de un profesor fuera de lo común.

El profesor Peces-Barba, no solo nos ha dado conocimiento sino, sobre todo, actitudes: la posibilidad de ser un intelectual comprometido; de hacer teoría con una proyección práctica; de combinar docencia, investigación y gestión; el respeto al alumno; la importancia de la formación de los jóvenes investigadores; la preocupación por el débil; el rigor, la generosidad, la lealtad. Y también hemos aprendido de él como se puede ser excelente estando cercano a la realidad, preocupándose por aspectos de la vida cotidiana y familiar y manteniendo un espíritu crítico.

Lo he dicho en varias ocasiones y lo vuelvo a hacer. Gregorio Peces-Barba, ha sido un académico especial, tan especial que tengo que reconocer que, desde hace tiempo, abandoné, por imposible, una de las aspiraciones que todo discípulo tiene en relación con su maestro, y que no es otra que la de parecerse a él.

Rafael DE ASÍS ROIG  
Universidad Carlos III de Madrid



## Nicolás María López Calera

Es habitual que cuando se evoca a alguien que ha dejado en nuestra vida una profunda huella se acabe hablando de uno mismo; Tan habitual que ni intentaré evitarlo. Bastarán recuerdos personales, para que la riqueza humana y universitaria del recordado brille al filo de la anécdota.

Recuerdo cuándo le vi (no pasó de un mero saludo) por vez primera. Estaba estudiando... Nada sorprendente en quien dedicó a esa tarea la mayor parte de su vida. Lo hacía en una especie de biblioteca-túnel de la Facultad (hoy dedicada a menos excelsos menesteres), donde se ubicaba la Cátedra de Filosofía del Derecho de la que era titular Agustín de Asís. Este desempeñaba ya tareas políticas en Madrid, pero espaciaba escapadas a Granada. Mientras su despacho estaba separado por una simple puerta de cristales que no llegaba al techo, sus colaboradores ocupaban una ristra de mesas –sin cajones– dignas de amueblar la oficina siniestra, rodeadas de paredes tapizadas por estanterías bien nutridas de libros. Nicolás, que no había cumplido los 28, preparaba las oposiciones que meses después le convertirían en catedrático. Eran de las de ‘pata negra’, poniendo en juego dos plazas, con seis ejercicios y en Madrid, y –dado que se presentaba otro miembro de la Cátedra más antiguo– los más optimistas apostaban por un triunfal segundo puesto. Acabó logrando el primero, tras admirar a propios y extraños.

El siguiente encuentro fue dos años después. Ahora era yo el que comenzaba a ocupar una de las indefinibles mesas. Nicolás había optado por la cátedra de Oviedo, lo que le permitió respirar el ambiente de *Clarín*, al que Mariano Maresca, que le acompañó en la aventura, acabaría dedicando su tesis doctoral. Agustín de Asís decidió marchar a Valladolid, haciéndole hueco para que regresara a la Granada que ya nunca abandonaría. Siguiendo los usos del momento, se aprestó a configurar en el plazo de un año su propio equipo de colaboradores, lo que me propiciaba un futuro pucelano. Antes de que transcurriera el plazo me invitó a dar un paseo; oferta insólita, dado su arraigada afición a apurar las horas de estudio. Aunque ya me había beneficiado no poco de su ejemplo, desde entonces fue mi Maestro; porque no lo es quien uno decide sino quien es elegido como discípulo.

Desde entonces intenté mostrarme digno de tal honor, lo que me llevó entre otras cosas a colaborar en sus aventuras de gobierno universitario, sumamente expresivas de su exigencia ética y de su amor a la institución. Formé parte de su equipo decanal, que rompió viejas estructuras, con no poca

oposición de sus colegas; compartí su dimisión, cuando experimentó que más de uno aspiraba más a un cambio de beneficiarios que a una auténtica renovación. Intentó luego una de sus pocas ilusiones no cumplidas: ser Rector de la Universidad donde fue alumno. Me enrolé así, sin la menor sugerencia por su parte, en el apoyo de candidaturas junto a jóvenes profesores como Luis García Montero. Una ocasión más para aprender de quien –situado donde fuera– siempre sería ejemplo de honestidad y de ilusión por el trabajo.

Ya en 1971 le acompañé al Congreso Mundial de la asignatura que Perelman organizaba en Bruselas. Nicolás manejaba ya el alemán, al que luego uniría el inglés. Acabaría siendo miembro del Presidium de la Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie. En junio de 2005, con la presencia de Jürgen Habermas, Luigi Ferrajoli y otras figuras internacionales, organiza en Granada el XXII Congreso Mundial de dicha institución; circunstancia que no se producía en España desde el organizado en Madrid por Luis Legaz Lacambra más de treinta años antes. Dotó de proyección internacional a la revista «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», que había fundado su maestro Agustín de Asís y pasó a dirigir bien pronto.

Había iniciado su labor universitaria en el marco de un grupo de investigación centrado en el estudio de la filosofía jurídica y social del siglo XIX español, dedicando su tesis doctoral al estudio de la obra regeneracionista de Joaquín Costa. Bien pronto sus estancias en el extranjero le familiarizan con el ámbito académico alemán, hasta convertirse en uno de los principales estudiosos de Hegel en España; baste recordar *Hegel y los derechos humanos*, *El riesgo de Hegel sobre la libertad* o *La soberanía popular en Hegel*. Se abre más tarde a la pujante influencia anglosajona, con frecuentes estancias en sus universidades trabajando de modo especial con profundidad las principales aportaciones emergentes sobre filosofía política y social. De ahí derivaron obras como *Los nuevos leviatanes: teoría de los sujetos colectivos*.

Me llamó la atención desde el principio su fascinación por Hegel, pese a haberse formado en una «escuela» vinculada a la tradición clásica en su vertiente española. He reflexionado sobre el dato. Era muy amigo de planteamientos dialécticos pero, dentro del juego tesis-antítesis-síntesis, no era ésta última la que le preocupaba. Tampoco era un militante de la antítesis, volcado a la crítica por sistema. Creo que experimentaba un fecundo horror a instalarse en la tesis dominante. Eso puede explicar que fuera siempre fiel a sus convicciones originarias, sin que a ninguno de sus oficiales defensores se les pudiera ocurrir considerarlo «de los nuestros». Fue un cristiano de pies a cabeza, sin exhibicionismos, lo que alimentaba una insaciable fe de justicia, que le llevaba a huir de instalarse en lo existente, fuera cualquier el rótulo imperante. Si me preguntara si era independiente, creo que suscribía la más difícil de sus variantes; era independiente de sí mismo, de cualquier tentación de sentirse autosatisfecho de sí o de su entorno. Negar la tesis era el modo más ético de ser fiel a sí mismo.

Su influencia en el ámbito de la filosofía jurídica española ha sido decisiva, dada la autoridad moral que su trayectoria suscitaba más allá de escuelas o ideologías. Queda para la historia su actitud en unas míticas oposiciones, en las que dos de los cinco integrantes del tribunal se retiraron ante las fuertes presiones recibidas y él mismo hubo de soportar una amenaza de querrela criminal; como resultado, pudieron acceder a la cátedra profesores hasta entonces discriminados como Elías Díaz y Juan José Gil Cremades.

Deja publicados 21 libros y más de 95 artículos y monografías, relacionados, sobre todo, con la problemática de los derechos humanos y las relacio-

nes entre derecho y política; entre otros, *La racionalización social del Derecho* y *La legitimación democrática del Derecho*. Su arraigada modestia le llevó a vetar el intento de libro homenaje planteado por sus discípulos con motivo de su reciente jubilación, así como la oferta de un doctorado *honoris causa*.

Unió a su incesante trabajo académico una notable preocupación por la cosa pública, que le llevó a una frecuente colaboración en la prensa y en iniciativas sociales, combinando su proverbial actitud abierta con una estricta independencia respecto a grupos o partidos políticos. Esto le llevaba a abogar ya en 1977, antes de promulgarse la Constitución, *Por un congreso constituyente de la Universidad* ante su evidente deterioro.

Participó de modo relevante en el gobierno universitario y fue Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, ciudad a cuya idiosincrasia y herencia cultural se sentía particularmente vinculado. Ocasión tuvo de buscar fuera de Granada mayores logros; a Federico Mayor, que en su rectorado tanto contó con su colaboración, le habría entusiasmado. Pero tenía claro que ahí es nada ser granadino en Granada. Le dedicaría un libro sobre la *ontología* del granadino, que –rebosante de la capacidad de autocrítica propia del caso– es toda una carta de amor.

Andrés OLLERO TASSARA  
Universidad Rey Juan Carlos



## 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, etc. Ejemplos:

### 1. Libro/monografía:

GONZÁLEZ VICÉN, F.; *El Positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1950.

### 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*.

