

**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 XXX  
2014

MINISTERIO DE JUSTICIA  
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA  
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2014

<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 (AEBOE): 007-14-130-4  
NIPO (M.º de Justicia): 051-14-015-4  
Depósito Legal: M-11151-1958

---

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

## PRESENTACIÓN DEL ANUARIO 2014

El volumen XXX (Nueva Época) del *Anuario de Filosofía del Derecho* correspondiente al año 2014 incluye, en la primera sección de la revista, algunos de los debates que reunieron a la Sociedad española de filosofía jurídica y política (SEFJP) en torno al tema Tiempos de crisis: nuevos escenarios del pensamiento jurídico. Se integran en este apartado artículos de los profesores Miguel Ángel Rodilla González, Ana Rubio Castro, María Elosegui Itxaso y Ana Garriga Domínguez. Como es sabido, el Anuario de Filosofía del Derecho publicado por el Ministerio de Justicia, está respaldado desde el punto de vista académico, por la Sociedad española de filosofía jurídica y política que como sociedad científica tiene como uno de sus fines promover la filosofía del derecho y la filosofía política como disciplina académica, reunir a especialistas e investigadores de este campo de conocimiento, para exponer los resultados de sus investigaciones, auspiciar debates, difundir sus trabajos a través de publicaciones especializadas y en definitiva, procurar el avance de una especialidad o un ámbito más o menos delimitado del saber derivado del intercambio y debate sobre temas objeto de análisis y estudio. Constituye, así un valor añadido que una publicación académica como es el Anuario de Filosofía del Derecho esté vinculada a una sociedad académica que, por otra parte, está integrada y en relación con otras sociedades nacionales e internacionales.

El apartado del volumen que titulamos como «Estudios» contiene trece artículos que no siempre resulta sencillo clasificar como perteneciente a uno de los ámbitos de atención de nuestra área de conocimiento, dado que los criterios de atribución no son homogéneos ni, desde luego, excluyentes.

Con trabajos propios del ámbito de la Teoría del Derecho este volumen contiene artículos de Joaquín Rodríguez-Toubes y Ramón Ruiz Ruiz sobre aspectos de la interpretación jurídica y la pertinencia del

control jurisdiccional. De igual modo, se recogen contribuciones que provienen de enfoques y perspectivas distintas con el propósito de facilitar un diálogo abierto y enriquecedor sobre cuestiones atinentes a la deontología profesional de Susana Álvarez González; sobre la incidencia de la perspectiva de género en la ciencia jurídica destacar el trabajo de Juana María Gil Ruiz y, sobre todo se recogen diversas aportaciones que plantean una reflexión crítica sobre temáticas diversas: los derechos fundamentales, la igualdad y estado social a cargo de Jesús García Cívico, Dolores Morondo Taramundi, Hugo Omar Selme y Ignacio Solar Cayón. Asimismo es oportuno reseñar las contribuciones de autores como José Jiménez Sánchez, Jesús Vega López, Carlos Aguilar Blanc y José Antonio García Sáez que proponen una relectura de algunos autores clásicos y algunos postulados teóricos menos conocidos de la historia del pensamiento jurídico pertenecientes al ámbito de la Filosofía del Derecho pero que también pueden ser considerados exponentes del ámbito de la filosofía política.

Por su parte, bajo el rótulo de crítica bibliográfica se ofrece un conjunto de reflexiones sobre libros dedicados a materias filosófico-jurídicas o afines. Se recogen trece reseñas sobre publicaciones que son expresión de la pluralidad de intereses de los lectores. Como viene siendo práctica habitual de nuestra revista, se ha tratado de reflejar, al menos parcialmente, la producción literaria de nuestra área de conocimiento. Sin duda un incentivo para la difusión de obras de reciente publicación, vinculadas a este amplio ámbito de investigación que permitirán ir consolidando un espacio donde buscar referencias de publicaciones de relevancia. Animamos, por ello, a continuar contribuyendo en esta importante tarea divulgativa y de igual modo, en la sección crónicas dar a conocer las actividades académicas que se vienen desarrollando sobre filosofía jurídica y política.

Finalmente, la sección necrológicas pretende ser un homenaje a profesores que han dejado tras ellos una importante herencia intelectual, testimonial y académica. El recuerdo al profesor Ronald Dworkin nos lo ha brindado el profesor Pablo Raúl Bonorino al que desde aquí agradecemos su contribución.

Una vez más no quiero terminar esta presentación sin invitar de nuevo a participar activamente en este foro que es el Anuario de Filosofía del Derecho con contribuciones capaces de incidir de forma crítica y rigurosa en cuestiones centrales y con amplia repercusión en distintas áreas geográficas y 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: «Tiempos de crisis: nuevos escenarios del pensamiento jurídico».</b>	
RODILLA GONZÁLEZ, Miguel Ángel (Universidad de Salamanca): <i>¿Soberanía popular en el estado constitucional? A partir de Rousseau, más allá de Rousseau</i> .....	13
RUBIO CASTRO, Ana (Universidad de Granada): <i>Los efectos jurídicos del soft law en materia de igualdad efectiva. La experiencia española</i> .....	37
ELÓSEGUI ITXASO, María (Universidad de Zaragoza): <i>El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público</i> .....	69
GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana (Universidad de Vigo): <i>El conflicto entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos en las sociedades multiculturales</i> .....	97
<b>II. ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO</b>	
AGUILAR BLANC, Carlos (Universidad Pablo de Olavide de Sevilla): <i>La fundamentación teórica del Terror de Estado en la filosofía jurídica nacionalsocialista de Karl Larenz</i> .....	119
ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Susana (Universidad de Vigo): <i>La superación de la condición posmoderna: de la deontología profesional a la «deontología política» o «del buen gobierno»</i> .....	139

	Pág.
ÁLVAREZ ORTEGA, Miguel (Universidad de Sevilla): <i>Crítica a los derechos lingüísticos y Justicia lingüística en Lionel Wee: una evaluación iusfilosófica</i> .....	161
GARCÍA CIVICO, Jesús (Universitat Jaume I): <i>El principio de mérito a la luz de algunos hechos sociales</i> .....	191
GARCÍA SÁEZ, José Antonio (Universitat de València): <i>A propósito del paso de Hans J. Morgenthau por España: Positivismo mal entendido y teoría realista del derecho internacional</i> .....	217
GIL RUIZ, Juana María (Universidad de Granada): <i>La Filosofía del Derecho: entre un nuevo derecho amenazado y una ciencia jurídica desfasada</i> .....	241
JIMÉNEZ SÁNCHEZ, José J. (Universidad de Granada): <i>Tres huevos de papagayo</i> .....	271
MORONDO TARAMUNDI, Dolores (Universidad de Deusto): <i>El principio de igualdad entre hombres y mujeres frente a la prohibición del velo islámico integral</i> .....	291
RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín (Universidad de Santiago de Compostela): <i>Aspectos de la interpretación jurídica (Un mapa conceptual)</i> .....	309
RUIZ RUIZ, Ramón (Universidad de Jaén): <i>Sobre la pertinencia del control jurisdiccional de constitucionalidad: algunos comentarios críticos</i> .....	341
SELEME, Hugo Omar (Connicet-Universidad Nacional de Córdoba): <i>Derecho global, legitimidad y desigualdad</i> . 361	361
SOLAR CAYÓN, José Ignacio (Universidad de Cantabria): <i>Información genética y derecho a no saber</i> .....	391
VEGA, Jesús (Universidad de Oviedo): <i>Reglas prácticas y equidad en Aristóteles</i> .....	413

### III. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, <i>Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico</i> , Madrid, Dykinson, 2013, 387 pp. (M. <sup>a</sup> del Carmen Barranco. Universidad Carlos III de Madrid) .....	467
APARISI MIRALLES, Ángela, <i>Deontología profesional del Abogado</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, 389 pp. (M. <sup>a</sup> Cruz Díaz de Terán Velasco. Universidad de Navarra). 472	472
COLOMER SEGURA, Ana, <i>Dorothy Day</i> , Madrid, Fundación Emmanuel Mounier, 2011, 112 pp.; <i>Peter Maurin</i> , Madrid, Fundación Emmanuel Mounier, 2013, 122 pp. (Vicente Bellver Capella. Universitat de València) .....	476
ESCUADERO ALDAY, Rafael. <i>Modelos de democracia en España. 1931-1978</i> , Madrid, Ed. Península, 2013, 335 pp. (Daniel J. García López. Universidad de Almería) .....	481

	Pág.
ESTÉVEZ ARAÚJO, José Antonio (ed.) <i>El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los deberes</i> , Madrid, Trotta, 2013, 264 pp. (Carlos Lema Añón. Universidad Carlos III de Madrid) .....	484
GARCÍA AÑÓN, José y RUIZ SANZ, Mario (ed.). <i>Discriminación racial y étnica. Balance de la aplicación y eficacia de las garantías normativas</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, 519 pp. (Juan Ramón Fallada García-Valle. Universitat Rovira i Virgili) .....	491
GARRIDO GÓMEZ, María Isabel (ed.) <i>El derecho humano al desarrollo</i> , Madrid, Tecnos, 2013, 310 pp. (David Vila Viñas. Universidad de Zaragoza) .....	501
GELARDO, Teresa. <i>La tesis de la paz democrática y el uso de la fuerza</i> , Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, 305 pp. (Ana Aldave Orzaiz. Universidad Pública de Navarra) .....	506
MAGALLÓN PORTOLÉS, Carmen. <i>Contar en el mundo. Una mirada sobre las relaciones internacionales desde las vidas de las mujeres</i> , Cuadernos inacabados n.º 64, Madrid, Horas y Horas, 2012, 190 pp. (Mariana Hoyos. Universitat de València) .....	511
PICONTÓ NOVALES, Teresa (ed.) <i>La custodia compartida a debate</i> , Madrid, Dykinson, 2012, 181 pp. (Encarnación La Spina. Universitat de València) .....	518
RAMIS BARCELÓ, Rafael: <i>Derecho natural, historia y razones para actuar. La contribución de Alasdair MacIntyre al pensamiento jurídico</i> , Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2012, 480 pp. (Fernando H. Llano. Universidad de Sevilla) .....	522
RÓDENAS, Ángeles, <i>Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico</i> , Barcelona, Marcial Pons, 2012, 128 pp. (Lorena Ramírez Ludeña. Universitat Pompeu Fabra) .....	526
ZEROLO DURÁN, Armando. <i>Génesis del Estado Minotau-ro. El pensamiento político de Bertrand de Jouvenel</i> , Madrid, Sequitur, 2013, 245 pp. (Rafael Ramis Barceló. Universitat de les Illes Balears) .....	534
 <b>IV. NOTICIAS</b>	
MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio (Universidad de Cantabria) XXIV Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política. «Tiempos de crisis: nuevos escenarios del pensamiento jurídico» 14 y 15 de marzo de 2013 .....	541
 <b>V. NECROLÓGICAS</b>	
Ronald Dworkin (Bonorino Ramírez, Pablo Raúl. Universidad de Vigo) .....	545



**I**

**MONOGRÁFICO:  
TIEMPOS DE CRISIS: NUEVOS  
ESCENARIOS DEL PENSAMIENTO  
JURÍDICO**



¿Soberanía popular en el estado constitucional?  
A partir de Rousseau, más allá de Rousseau\*

*Popular sovereignty in constitutional State?  
from Rousseau, beyond Rousseau*

Por MIGUEL ÁNGEL RODILLA GONZÁLEZ  
Universidad de Salamanca

**RESUMEN**

*Empezando con una evocación de la concepción rousoniana de la soberanía popular, se examinan algunas de las dificultades con que tropieza su realización en la práctica institucional de los Estados modernos. Tras una breve referencia a algunas estrategias de adaptación, se describe el modo como el Estado constitucional trata de realizar el principio democrático de la soberanía popular. El artículo concluye con una breve consideración sobre el papel que desempeñan los partidos políticos en una democracia*

---

\* Estas páginas son una secuela de una conferencia impartida en la Universidad de Alicante el 20 de junio de 2012, que acaba de publicarse con el título «Voluntad general. Sobre la naturaleza deliberativa de la soberanía popular en Rousseau», en N. MARTÍNEZ MORÁN/A. M. MARCOS DEL CANO/R. JUNQUERA DE ESTÉFANI (coords.), *Derechos Humanos. Problemas actuales (Estudios en homenaje al Prof. Benito de Castro Cid)*, Universitas, Madrid, 2013. Por lo demás, reorganizan y prosiguen motivos desarrollados en «Contrato social, democracia y soberanía popular», V. ZAPATERO (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luís García San Miguel*, Alcalá de Henares, 2002, vol. 1. Buscando una formulación más precisa, no he podido evitar incurrir en reiteraciones. Los pasajes de Rousseau se citan según el texto establecido en el vol. III de las *Œuvres Complètes* publicadas por Ed. Gallimard en la Bibliothèque de la Pléiade. Se utilizan las siguientes abreviaturas CS: *Du Contrat Social*, EP: *Discours sur l'Économie Politique*, GP: *Considérations sur le Gouvernement de Pologne*.

*representativa y de los obstáculos que pueden interponer a la formación de una voluntad democrática.*

Palabras claves: *Rousseau, soberanía popular, democracia, Estado constitucional, partidos políticos.*

## ABSTRACT

*Starting with an evocation of Rousseau's conception of the sovereignty of the people, the article examines the main obstacles for its implementation in the institutional practice of modern states. After a brief account of several adaptation strategies, it describes how the constitutional state tries to put into effect the principle of the sovereignty of the people. The paper ends with a short consideration of the role of political parties in a representative democracy, and the obstacles they may put to the formation of a democratic will.*

Key words: *Rousseau, popular sovereignty, democracy, constitutional state, political parties.*

**SUMARIO:** 1. SOBERANÍA POPULAR Y GOBIERNO REPUBLICANO EN ROUSSEAU.-2. DIFICULTADES PARA LA REALIZACIÓN DE LA CONCEPCIÓN RUSONIANA DE LA SOBERANÍA POPULAR.-3. ALGUNAS MANIOBRAS DE ADAPTACIÓN.-4. SOBERANÍA POPULAR EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL.-5. SOBERANÍA POPULAR Y REPRESENTACIÓN. SOBRE EL PAPEL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS.

**SUMMARY:** 1. SOVEREIGNTY OF THE PEOPLE AND REPUBLICAN GOVERNMENT IN ROUSSEAU.-2. OBSTACLES FOR THE IMPLEMENTATION OF ROUSSEAU'S CONCEPTION OF POPULAR SOVEREIGNTY.-3. SOME ADAPTATION STRATEGIES.-4. SOVEREIGNTY OF THE PEOPLE IN CONSTITUTIONAL STATE.-5. POPULAR SOVEREIGNTY AND REPRESENTATION. THE ROLE OF POLITICAL PARTIES.

## 1. SOBERANÍA POPULAR Y GOBIERNO REPUBLICANO EN ROUSSEAU

En su factura rusioniana originaria la idea de soberanía popular es el resultado de una transformación de la doctrina de la soberanía heredada de Bodino y Hobbes. Es notorio que cuando Rousseau caracterizó la soberanía como una unidad de poder absoluto, indivisible e irresistible, no hacía sino reiterar a su modo la caracterización hobbesiana. Ahora bien, la insistencia de Rousseau en cifrar la esencia de la soberanía en la *voluntad* del cuerpo político le indujo a poner en marcha

una serie de operaciones con el concepto al final de las cuales la concepción tradicional quedó transformada de punta a cabo. Me referiré brevemente a tres de ellas particularmente significativas

La *primera*, y más obvia, tiene que ver con la titularidad. Como es sabido, dentro de la tradición pactista tardomedieval y de la tradición contractualista moderna fue moneda corriente distinguir entre origen y ejercicio de la soberanía: el pueblo es el titular originario de la soberanía, pero mediante diversos instrumentos cuasi-jurídicos (stipulatio, autorización, constitución de un fondo fiduciario etc.) delega su ejercicio en el gobierno, el cual por su parte puede adoptar una cierta variedad de formas: monarquía o aristocracia, en alguna de sus variantes, pero también democracia. En la tradición el ejercicio de la soberanía *puede*, pues, recaer en el pueblo. Para Rousseau, en cambio, *tiene que recaer* en él: sólo el pueblo puede ejercer la soberanía –y eso no por razones prudenciales sino por razones conceptuales. Como he dicho, la esencia de la soberanía es *voluntad* colectiva, y del mismo modo que un hombre no puede enajenar su voluntad sin anularse como sujeto moral, capaz de decidir autónomamente y de hacerse responsable de sus actos, un pueblo que confía el ejercicio de la soberanía –es decir, *su* voluntad– a un tercero se transforma en una multitud de hombres administrados y se destruye como pueblo, como sujeto político: «en el instante en que tiene un amo ya no hay soberano, y desde entonces el cuerpo político está destruido» (CS 2. 1, 369).

La *segunda* operación es tal vez más interesante. He dicho que la esencia de la soberanía es voluntad; ahora puntualizo que es voluntad *normativa*. Hobbes concebía la soberanía como la unidad indisoluble de todos los poderes públicos –el poder de producir las leyes y el de aplicarlas, el poder de establecer tributos y el de exigirlos coactivamente, el poder de declarar y conducir la guerra y el de hacer la paz, el poder de censura sobre las doctrinas. Rousseau, en cambio, la concibe como un poder de producción de normas generales: los actos de legislación son los únicos actos propios del soberano. Eso arrastraba dos importantes consecuencias antihobbesianas. La *primera* es que, a diferencia de lo que ocurría en Hobbes, la unidad de la soberanía no sólo es compatible con la división de poderes sino que la exige. Para Hobbes la unidad de todos los poderes de la colectividad en una sola mano era la garantía de la unidad del Estado y el antídoto contra la lucha de facciones y la guerra civil. Para Rousseau, en cambio, si la soberanía es indivisible es porque es «simple y una» (CS 3.13, 427): su poder se agota en la producción de normas generales. Ahora bien, el buen orden de la comunidad exige mantener nítida la distinción entre lo general y lo particular, y por eso el pueblo, en tanto que titular de la soberanía, no puede asumir más poder que el legislativo.<sup>1</sup> Nunca

---

<sup>1</sup> «Por la misma razón por la que la soberanía es inalienable, es indivisible; pues la voluntad o es general, o no lo es; es la del cuerpo del pueblo o sólo la de una parte. En el primer caso esa voluntad declarada es un acto de soberanía y hace ley; en el

se insistirá bastante en la importancia arquitectónica que tiene en la teoría política rusioniana la distinción entre lo general y lo particular, entre poder de producción de normas y poder de aplicación de normas, entre la voluntad colectiva y la fuerza capaz de llevarla a efecto. Sobre esa serie de distinciones levanta Rousseau su versión de la teoría de la división de poderes: al legislativo, que corresponde al (pueblo) soberano, le incumbe la determinación del interés general; el gobierno, en su rama judicial y en su rama ejecutiva, se ocupa, en cambio, de la aplicación de las leyes a casos concretos y de la ejecución de los intereses generales en situaciones particulares<sup>2</sup>. Una vez así distinguidos ambos poderes, Rousseau insiste enérgicamente en mantenerlos separados: el titular del legislativo –que sólo puede ser el pueblo– no puede, en cuanto tal, asumir funciones ejecutivas, pues su incumbencia es lo general<sup>3</sup>. Si lo hiciera, se difuminaría la distinción entre norma y mandato, entre ley y decreto, y entonces amenazaría el peligro del desorden y el despotismo, que se alimentan precisamente de la confusión entre lo general y lo particular<sup>4</sup>. La *segunda* consecuencia antihobbesiana es que el poder soberano a pesar de ser absoluto, tiene límites<sup>5</sup>. El pueblo, como soberano, tiene un poder absoluto en el sentido de que no está sujeto a restricciones exógenas: es *legibus solutus* porque su poder procede de una enajenación completa y sin reservas de los derechos que pudieran tener los individuos antes de celebrar el contrato social, y, siendo esto así, ninguna materia susceptible de ser regulada por normas queda fuera de su dominio. Y sin embargo es un poder limitado, pues en tanto que titular del poder normativo de la colectividad sólo puede actuar mediante normas generales, y por eso no puede, como tal, interferir en las decisiones que adopten los particulares en la esfera de libertad definida y protegida

---

segundo no es sino una voluntad particular, o un acto de magistratura; a lo sumo es un decreto» (CS 2. 2, 369).

<sup>2</sup> «Por su naturaleza la ley no puede tener un objeto particular e individual; pero la aplicación de la ley cae sobre objetos particulares e individuales. El poder legislativo, que es el soberano, tiene pues necesidad de otro poder que ejecute, es decir, que reduzca la ley a actos particulares. Este segundo poder debe establecerse de manera que siempre ejecute la ley y nunca ejecute sino la ley. Aquí viene la institución del gobierno» (LEM 808).

<sup>3</sup> Por eso para Rousseau la democracia, como forma de *gobierno*, –es decir, un sistema en el que el pueblo es al mismo tiempo soberano y gobierno, legislador y magistrado– es, por lo general desaconsejable (*vid.* CS 3.4). Así, pues, *soberanía* popular sí, pero no *gobierno* popular.

<sup>4</sup> «Una vez bien establecido el poder legislativo, se trata de establecer igualmente el poder ejecutivo; pues este último, que no opera más que mediante actos particulares, no formando parte de la esencia del otro, está naturalmente separado de él. Si fuera posible que el soberano, considerado como tal, tuviera el poder ejecutivo, el derecho y el hecho quedarían hasta tal punto confundidos que ya no se sabría qué es ley y qué no lo es, y el cuerpo político, así desnaturalizado, pronto sería presa de la violencia contra la que fue instituido» (CS 3. 16, 432).

<sup>5</sup> *Vid.* en este sentido CS 2.4, con el significativo título «Des bornes du pouvoir souverain».

por las leyes. En este sentido la generalidad de la ley constituye el límite interno al poder del soberano<sup>6</sup>.

Por esa vía Rousseau se pone en condiciones de esbozar una teoría del gobierno que él caracteriza como republicana y que articula las relaciones entre soberano, gobierno y pueblo en torno a tres principios: (i) *subordinación* del gobierno al soberano bajo la forma del imperio de la ley, (ii) *independencia* recíproca del ejecutivo y el legislativo, y finalmente (iii) *sometimiento* del gobierno al pueblo.

(i) El gobierno está *subordinado* al soberano, en el sentido de que su voluntad como cuerpo ha de estar sometida a la voluntad (normativa) del soberano: «la voluntad dominante del príncipe no es o no debe ser sino la voluntad general o la ley» (CS 3.1, 399). Habiendo sido instituido para ejecutar la voluntad general, el gobierno no puede realizar ningún «acto absoluto e independiente» (*ibid.*): todos sus actos son actos de aplicación de la ley y, por tanto están subordinados a la ley. Rousseau no concibe las relaciones entre soberano y gobierno, entre legislativo y ejecutivo, en términos de relaciones de fuerzas, como en el modelo cuasimecanicista («frenos y contrapesos») de Montesquieu, Burlamaqui y los constitucionalistas americanos. Las concibe más bien desde un punto de vista jurídico, como las relaciones entre la ley general y su aplicación a casos particulares y situaciones concretas. El gobierno no es competente para adoptar decisiones colectivas, sino que ha de limitarse a aplicar las decisiones adoptadas por el soberano: las sentencias y los decretos son legítimos sólo en la medida en que son aplicación de la ley o ejecución de las previsiones de la ley. En suma, en una sociedad bien ordenada –en una república– gobiernan las leyes<sup>7</sup>.

(ii) Pero la subordinación del gobierno al soberano bajo el principio del imperio de la ley va acompañada de una relativa *independencia* del gobierno. Como soberano, el poder del pueblo se agota en los actos de legislación; por consiguiente, el pueblo soberano no puede

---

<sup>6</sup> «Igual que una voluntad particular no puede representar a la voluntad general, la voluntad general a su vez cambia de naturaleza cuando tiene un objeto particular, y no puede como general pronunciarse ni sobre un hombre ni sobre un hecho [...] De ahí vemos que el poder soberano, por muy absoluto, sagrado e inviolable que sea, no transgrede ni puede transgredir los límites de las convenciones generales, y que todo hombre puede disponer plenamente de lo que le ha sido dejado de sus bienes y de su libertad por esas convenciones; de manera que el soberano nunca tiene derecho a cargar a un súbdito más que a otro, porque en ese caso, convirtiéndose el asunto en particular, su poder ya no es competente» (CS 2. 4, 374 s.)

<sup>7</sup> «Llamo, pues, república a todo Estado regido por leyes, cualquiera que pueda ser la forma de administración que pueda tener; pues sólo entonces gobierna el interés público y la cosa pública es algo. Todo gobierno legítimo es republicano» (CS 2. 6, 379 s.). Tal vez no esté de más consignar la puntualización que Rousseau agrega a propósito del término «república»: «No entiendo por esta palabra solamente una aristocracia o una democracia, sino en general todo gobierno guiado por la voluntad general, que es la ley. Para ser legítimo, el gobierno no tiene que confundirse con el soberano, sino ser su ministro; entonces la monarquía misma es una república».

intervenir en las decisiones que adopte el gobierno cuando mediante sentencias aplica la ley a casos concretos o mediante decretos ejecuta la voluntad del soberano en circunstancias particulares. El buen orden de la república exige que, en el marco de sus respectivas esferas de competencia, gobierno y soberano actúen libres de interferencias: «si el soberano quiere gobernar o el magistrado dar leyes, o si los súbditos se niegan a obedecer, el desorden sucede a la regla, la fuerza y la voluntad no actúan ya concertadamente (*de concert*) y, disuelto el Estado, cae así en el despotismo o en la anarquía» (CS 3.1, 397). El pueblo es soberano, pero al instituir un gobierno se prohíbe a sí mismo intervenir en casos concretos y asuntos particulares, que son competencia exclusiva del gobierno. En un régimen bien ordenado se da, pues, tanto *subordinación* del gobierno al soberano-legislador como *abstención* del soberano-legislador en la esfera de competencia del gobierno.

(iii) Finalmente, además de subordinado a la ley, el gobierno está *sometido* al pueblo, en el sentido de que sólo el pueblo es competente para (a) decidir sobre la forma de gobierno (si adoptará forma monárquica, o aristocrática etc., y si las magistraturas se ocuparán de forma hereditaria o electiva, vitalicia o temporal etc.) y (b) ejecutar esa decisión confiando el gobierno a tal o cual persona o grupo de personas, a tal o cual dinastía. De modo que, aunque el pueblo no puede interferir en el campo de competencia del gobierno, tiene sin embargo control sobre el gobierno en la medida en que puede, por un lado, cambiar la forma de gobierno y, por otro, reasignar el poder ejecutivo. Es interesante puntualizar que en el primer caso el pueblo actúa como soberano-legislador produciendo la norma que fija la forma de gobierno, mientras que en el segundo actúa como «magistrado», es decir, como gobierno (provisional) que ejecuta esa norma designando al nuevo gobierno. En un régimen republicano este último es el único acto particular que compete al pueblo, aunque no propiamente como soberano<sup>8</sup>.

Nos falta todavía una *tercera* operación, muy importante, que tiene que ver con el carácter procedimental de la soberanía y la naturaleza deliberativa del poder político. Pero para aclarar este punto daré un breve rodeo<sup>9</sup>.

La caracterización de la soberanía heredada de Bodino y Hobbes como un poder absoluto ponía en manos del soberano el monopolio de las fuentes del derecho. De ese modo la concepción moderna de la soberanía ponía en sintonía dos procesos históricos diferentes aunque concatenados: por un lado, el proceso de emancipación del poder de los Estados modernos respecto de la tutela del Papado y el Imperio, y,

---

<sup>8</sup> *Vid.* CS 3, 17-18.

<sup>9</sup> Para un tratamiento más detallado me remito a mi artículo «Voluntad general. Sobre la naturaleza deliberativa de la soberanía popular en Rousseau», ya mencionado.

por otro, el proceso de emancipación del derecho como derecho positivo, producto de una decisión política, respecto del derecho natural, encontrado por la razón. Es este segundo proceso el que me interesa en este momento. Haciendo gala de su habilidad para las formulaciones lapidarias Hobbes enunció el punto de partida para una concepción positivista del derecho con la conocida fórmula *auctoritas non veritas facit legem*, a la que acopló una concepción convencionalista de la justicia, que hacía de la justicia una operación interna de un sistema jurídico positivo. Con toda consecuencia Hobbes invocó semejante concepción para inmunizar las leyes frente a las exigencias basadas en la justicia –porque si es la ley la que establece las pautas mediante las que podemos juzgar sobre lo justo y lo injusto, es absurdo pretender someter la ley a la cuestión de la justicia. Cuando Rousseau afirmó que «la voluntad general, [...] que es la fuente de las leyes, es [...] la regla de lo justo y de lo injusto» (EP 245), se estaba moviendo en el espacio abierto por Hobbes. Pero transformó enteramente el planteamiento al asociar el ejercicio de la soberanía –el proceso legislativo– a procesos de deliberación pública, orientados a la formación de un consenso. Ésta es la tercera operación rousoniana con el concepto de soberanía: Rousseau concibió la soberanía como «el ejercicio de la voluntad general», entendida ésta como una voluntad colectiva que se forma mediante la participación de los ciudadanos en un proceso inclusivo de deliberación pública en el que todos actúan cooperativamente buscando el interés común. Ahora bien, el hecho de que Rousseau, tras afirmar que la voluntad general es infalible, admitiese que las deliberaciones públicas pueden errar<sup>10</sup> indica un distanciamiento del puro convencionalismo hobbesiano. La concepción rousoniana de la voluntad general presuponía la distinción entre consenso efectivo, como concepto empírico, y consenso racional, como un concepto normativo, que implica idealizaciones. La idea de voluntad general remite a un procedimiento sujeto a reglas y condiciones que no necesariamente se satisfacen siempre que nos embarcamos en procesos de deliberación pública. Asociada así a la idea de un consenso racional, la voluntad general resulta ser una idea normativa susceptible de un uso crítico: presupone la posibilidad de someter a revisión el resultado de cualquier proceso real de deliberación pública y puede ser invocada para poner en cuestión el contenido de cualquier consenso efectivo y de cualquier convención legal.

La vinculación del ejercicio de la soberanía a procesos de deliberación racional puso a Rousseau en condiciones de superar el particularismo convencionalista hobbesiano sin recaer en el universalismo abstracto del yusnaturalismo. En efecto, la idea de voluntad general combina de un modo interesante particularidad y universalidad: expresa el consenso de un pueblo particular, con su historia y su idio-

---

<sup>10</sup> Vid. CS 2. 3, 371, CS 2. 6, 380.

sincrasia y en un entorno material y simbólico concreto, pero se forma y se regenera en el marco de una deliberación libre entre iguales a propósito de intereses generalizables, es decir, con los recursos universalistas del discurso racional sobre intereses generales. Por otro lado, en la noción de voluntad general se articulan en una unidad tensa, cognición y motivación, razón y sentimiento, de un modo muy característicamente republicano. Aunque está organizada como un procedimiento de argumentación racional, la deliberación pública no es un mero intercambio de opiniones entre personas que participan en una empresa puramente intelectual, sino una forma de discurso político entre personas que se saben embarcadas en una empresa que las compromete como ciudadanos. Vista de ese modo, la deliberación pública es el medio en el que se renueva el sentido de pertenencia a una comunidad de hombres libres e iguales. Pero para que pueda llevar a cabo esa función de regeneración del consenso social, quienes participan en ella tienen que haber llegado a desarrollar en un grado aceptable ciertos sentimientos –amor a la libertad y a la patria, sentimiento de copertenencia–, ciertas actitudes –disposición a adoptar la perspectiva del otro y a ser convencido mediante razones– y ciertas virtudes cívicas –tolerancia, mutuo respeto, civilidad–, sentimientos, actitudes y virtudes que por su parte la participación en el proceso de deliberación tiende a reforzar.

## 2. DIFICULTADES PARA LA REALIZACIÓN DE LA CONCEPCIÓN RUSONIANA DE LA SOBERANÍA POPULAR

La teoría rusioniana de la soberanía que acabo de evocar en trazos tan gruesos nació asociada a una concepción nueva del pueblo como sujeto político autónomo, una concepción que hundía sus raíces en la tradición republicana y a la que Rousseau infundió nuevo vigor: a diferencia de una multitud de individuos coordinados y administrados, un pueblo es un cuerpo de ciudadanos que disponen libre y concertadamente de su destino común. Al mismo tiempo, con la idea de voluntad general irrumpe en el pensamiento político moderno una visión nueva del proceso político como orientado a la búsqueda de un entendimiento entre individuos emancipados, autónomos –esto es, de ciudadanos–, comprometidos en una práctica cooperativa de autolegislación. En fin, con la idea de soberanía popular Rousseau puso en circulación un principio de legitimación que parece haber quedado incorporado de forma irreversible a la cultura política de las sociedades modernas. Pues en verdad, una vez agotadas las formas tradicionales de legitimación, sólo la idea de un consenso racional entre ciudadanos parece estar en sintonía con las estructuras post-convencionales de la conciencia características del mundo moderno.

A la hora de explicar la fuerza de atracción del principio democrático de la soberanía popular hay que prestar atención no sólo al aspecto epistémico sino sobre todo al aspecto moral. Por lo que se refiere al primero, desde Condorcet en adelante parece aceptarse que la democracia es el método que más probabilidades tiene de producir resultados políticos correctos, si es que admitimos –como en general se admite, por lo menos a partir de Hobbes– que los resultados políticos correctos tienen que ver con los intereses de los ciudadanos<sup>11</sup>. Por lo que se refiere al segundo, parece generalmente aceptado que la democracia es la única forma de organizar los procesos de decisión colectiva capaz de hacer justicia a la igualdad y autonomía que desde la modernidad atribuimos a los seres humanos en tanto que personas morales. Tal vez quepa discutir si desde el punto de vista epistémico hay sustitutivos para la democracia –como de hecho sostuvieron antaño los defensores del despotismo ilustrado y recientemente las teorías tecnocráticas. En cambio, bajo las condiciones culturales de la modernidad la superioridad moral de la democracia parece indiscutible. En la capacidad para tratar a las personas como seres autónomos e iguales reside la fuerza estabilizadora de la democracia y su capacidad para generar en los ciudadanos una disposición de lealtad a las instituciones y respeto a las leyes, incluso cuando discrepan de ellas. A decir verdad, la concepción rusioniana del proceso de legislación como un proceso de deliberación que establece una relación reflexiva del pueblo sobre sí mismo<sup>12</sup>, permitía interpretar la obediencia a la ley como expresión de la autonomía de las personas en tanto que ciudadanos, seres libres e iguales, más que como la sumisión a un poder heterónomo.

Pero junto con el principio democrático de la soberanía popular Rousseau nos legó también el problema de realizarlo en la organización y la práctica de las instituciones. Y hay que reconocer que en este punto las dificultades son formidables. Rousseau levantó su teoría política sobre una visión idealizada de la república antigua y del régimen político de Ginebra. Pero la transposición de esa teoría a las circunstancias de los modernos Estados nacionales tropieza con obstácu-

---

<sup>11</sup> Es significativo que Hobbes, que estaba muy lejos de conceder al pueblo el control sobre el poder de decisión del soberano, no dejase, sin embargo de subrayar el papel del pueblo como su principal «consejero»: «el mejor consejo en aquellas cosas que conciernen [...] al bienestar y beneficio de que pueden disfrutar los súbditos a través de las leyes [...] ha de tomarse de las informaciones generales y de las quejas de las gentes (*the people*) de cada provincia, que son quienes están más familiarizados con sus propias necesidades y, por consiguiente, aquéllas deben ser diligentemente atendidas, cuando no piden nada que vaya en detrimento de los derechos esenciales de la soberanía» (*Leviathan*, cap. 30, edic. Molesworth, p. 341).

<sup>12</sup> «Cuando todo el pueblo estatuye sobre todo el pueblo, no se considera más que a sí mismo; y si entonces se forma una relación, es la del objeto entero desde un punto de vista con el objeto entero desde otro punto de vista, sin división alguna del todo. Entonces la materia sobre la que se estatuye es tan general como la voluntad que estatuye. Es a ese acto a lo que denomino una ley» (CS 2, 6, 379).

los considerables. Haré una referencia apresurada a algunos de los más evidentes.

(i) *Ante todo*, hay un problema obvio de dimensiones. Rousseau pensaba en la asamblea pública como el foro en el que actúa la soberanía del pueblo. Pero la extensión territorial y el volumen de población de los Estados modernos, unida a la implantación del sufragio universal, crean dificultades casi insuperables para reunir al pueblo como asamblea deliberante, y hace impracticable la idea de un proceso legislativo con participación directa de todos los ciudadanos. Rousseau mismo era bien consciente de ello: «uno de los mayores inconvenientes de los grandes Estados, el que de todos hace que sea más difícil conservar en ellos la libertad, es que en ellos el poder legislativo no puede mostrarse por sí mismo y no puede actuar más que por delegación (*par députation*)» (GP 978).

En las condiciones de los Estados nacionales alguna forma de representación del pueblo, que, por así decirlo, reduzca el número de quienes participan directamente en los procedimientos de legislación, parece inevitable. Pero eso contraviene abiertamente la tesis de Rousseau sobre la irrepresentabilidad de la soberanía. Rousseau es inequívoco: «la soberanía no puede ser representada, por la misma razón por la que no puede ser enajenada; ella consiste esencialmente en la voluntad general y la voluntad no se representa: o es ella misma o es otra [...] Toda ley que el pueblo en persona no ha ratificado es nula; no es una ley». En la irrepresentabilidad de la soberanía del pueblo descansa su conocido ataque al sistema político inglés, que habría de dar la pauta a buena parte de las críticas que en adelante se habrían de dirigir contra la idea de democracia representativa: «El pueblo inglés cree que es libre; se engaña de punta a cabo; no lo es más que durante la elección de los miembros del parlamento; tan pronto como estos ha sido elegidos, él es esclavo, no es nada. En los cortos momentos de su libertad, el uso que hace de ella bien merece que la pierda» (CS 3.15, 429 s.)<sup>13</sup>. La historia reciente indica de forma inequívoca que, una vez que se admite como inevitable la representación política, la cuestión de cómo organizarla de modo que no anule la autonomía del cuerpo político sino que más bien sirva de vehículo para la formación de la voluntad general sigue estando abierta. Volveré sobre este punto en la sección final.

(ii) A esa primera dificultad hay que añadir, *en segundo lugar*, importantes cambios en el trabajo legislativo, inducidos por la evolución de la sociedad durante los dos últimos siglos. *Por un lado*, de los tiempos de Rousseau a los nuestros la aceleración del tiempo histórico y el aumento de la complejidad de las sociedades –en particular, a

---

<sup>13</sup> Y un poco más adelante: «en el instante en que un pueblo se da representantes ya no es libre, ya no es» (CS 3.15, 431) Para una posición más matizada *vid.* GP 978 s.

consecuencia de la creciente diferenciación del sistema económico—ha alterado el objeto del trabajo legislativo, sobrecargando a éste con tareas nuevas. En las sociedades actuales el legislador no puede limitarse a fijar (mediante el código civil) y proteger (mediante el código penal) las reglas del juego que han de observar los ciudadanos en sus relaciones recíprocas<sup>14</sup>, sino que además ha de asumir tareas relativas al mantenimiento de condiciones óptimas para la reproducción de la vida social, y en particular tareas de dirección de la economía, en un entorno crecientemente complejo y en continuo cambio. Al comienzo del Libro IV del *Contrato Social* Rousseau esboza el ideal de un Estado cuyos «resortes» son «vigorosos y sencillos», de modo que tiene poca necesidad de leyes, «y a medida que se hace necesario promulgar otras nuevas, esa necesidad se ve universalmente. El primero que las propone no hace sino decir lo que todos ya han sentido» (CS 4.1, 437). Hace tiempo que ese ideal de un proceso legislativo parsimonioso, sólidamente implantado, y con pretensiones de permanencia en el tiempo ha cedido a la realidad de una legislación coyuntural y efímera, elaborada bajo presiones de todo tipo, y con efectos desiguales sobre la población y a menudo más allá de la capacidad de escrutinio crítico de la mayor parte de los ciudadanos. En ese contexto la distinción entre norma general y medida coyuntural —que Rousseau registra como la distinción entre *loi* y *décret*, asignados respectivamente al soberano y al gobierno— termina difuminándose.

Pero, *por otro lado*, junto a ese aumento de la complejidad se ha producido también un cambio en la naturaleza del trabajo legislativo. Rousseau concebía el proceso legislativo como un proceso de deliberación pública encaminada al logro de un consenso sobre intereses generales. Aunque el recurso a la regla de la mayoría indica que él era consciente de las dificultades de lograr un consenso, la búsqueda del consenso debía dirigir desde el comienzo el proceso de deliberación de la asamblea del pueblo: sólo eso podía generar la disposición a la obediencia por parte de los discrepantes. En la actualidad, en cambio, buena parte del objeto de la legislación no encaja propiamente en la categoría de intereses generales, sino que más bien tiene que ver con la realización de intereses sectoriales o de grupo. Frente a la concepción rusioniana del proceso legislativo como un proceso de búsqueda cooperativa del interés general, mucho de lo que en nuestros días ocupa (y debe ocupar) el trabajo legislativo ha de concebirse más bien como un proceso de negociación entre intereses en conflicto. En ese caso es inútil esperar que hable la voluntad general; lo apropiado es más bien buscar compromisos razonables entre individuos o grupos que compiten entre sí siguiendo máximas de la acción estratégica. En todo caso, diseñar el proceso político de modo que, por un lado, la búsqueda de compromisos discurra en términos equitativos y, por

---

<sup>14</sup> Vid. el CS 2.12, sobre la «División de las leyes».

otro, se evite que la competencia entre intereses particulares contamine aquellos ámbitos en los que debe buscarse un entendimiento por vía de argumentos generalizables, constituye un interés general y un objeto particularmente importante para la voluntad general.

(iii) *Finalmente*, la implantación del fenómeno que Rawls denomina el «hecho del pluralismo» crea dificultades específicas para obtener el tipo de consenso que Rousseau parecía perseguir mediante deliberación pública. La voluntad general rusioniana se asentaba sobre una forma de vida compartida relativamente homogénea: sobre una especie de consenso de fondo denso, pero al mismo tiempo inarticulado e informal, basado en tradiciones (*moeurs, coutumes*) dotadas de fuerte autoridad<sup>15</sup> y que la participación en la asamblea pública debería tender a reforzar. Naturalmente, eso no excluía que pudiesen darse diferencias de opinión a propósito de los asuntos comunes. Pero Rousseau parecía pensar que mientras se mantuviera una cierta homogeneidad de costumbres las discrepancias serían menores. Precisamente la deliberación pública, operando sobre ese consenso de fondo, debería identificar el interés general por el procedimiento de limar las «pequeñas diferencias» de opinión que en este punto pudieran existir entre los ciudadanos. La preocupación por la preservación de ese consenso de fondo, que desde el *Discurso sobre las Ciencias y las Artes* el mismo Rousseau había visto amenazado por el progreso de las luces, explica algunos puntos inquietantes de la teoría política de Rousseau, en particular la proscripción de «sociedades parciales» a través de las cuales los individuos pudieran actuar en el proceso de formación de la voluntad general, así como la reinstauración de una religión civil y de la institución romana de la censura.

Pero hace tiempo que la idea de un consenso «denso» de ese tipo y la esperanza de restaurarlo sin recurrir a medios coercitivos o a procedimientos de adoctrinamiento ideológico se han vuelto inverosímiles. En las condiciones de las sociedades modernas en las que el proceso de racionalización propio de la modernidad ha socavado la fuerza aglutinante de las tradiciones, y en las que la discusión racional tiende a generar pluralidad de formas de vida más que homogeneidad, resulta poco verosímil la fuerte idea de identidad comunal que parece estar presupuesta en el ideal republicano de ciudadanía que Rousseau tenía en mente. En un mundo afectado por el hecho del pluralismo, donde

---

<sup>15</sup> En el capítulo destinado a las clases de leyes Rousseau subraya la importancia de las costumbres (*mœurs, coutumes*), que él describe como un tipo de ley «que no se graba ni en el mármol ni en el bronce sino en los corazones de los ciudadanos, que conforma la verdadera constitución del Estado [...] que cuando las otras leyes envejecen o se apagan, las reanima o las suple, conserva en un pueblo el espíritu de su institución y sustituye insensiblemente la fuerza de la autoridad por la del hábito»; «el gran legislador se ocupa de ellas en secreto», porque las normas formales (*les réglemens*) no son más que «la cimbra de la bóveda de la que las costumbres, más lentas en nacer, forman finalmente la clave incommovible» (CS 2.12, 394)

en lugar de las «*petites différences*» de que hablaba Rousseau<sup>16</sup> hemos de lidiar con una diversidad de concepciones del mundo basadas en doctrinas religiosas, filosóficas y éticas diferentes e incluso enfrentadas, sólo podemos aspirar a un consenso comparativamente abstracto, acotado en torno a principios y valores políticos muy generales que puedan ser compatibles con estilos de vida muy variados y con formas muy diferentes de interpretar la vida buena. Ahora bien, la pérdida de una identidad colectiva fuerte, basada en una visión del mundo compartida, no puede saldarse sin una sobrecarga en aquellas virtudes cívicas –civilidad, tolerancia, respeto a la diferencia– en ausencia de las cuales los procesos de decisión colectiva dejan de orientarse por el interés común, quedan despojados de su componente deliberativo y tienden a transformarse en un marco para la acción estratégica.

### 3. ALGUNAS MANIOBRAS DE ADAPTACIÓN

Ante estas dificultades, el principio democrático de la soberanía popular se ve expuesto a sufrir maniobras de adaptación. Permítanme que me refiera de forma taquigráfica a tres de ellas, antes de pasar a describir la reacción característica del Estado constitucional.

*Ante todo*, una vez que se acepta el principio democrático de la soberanía popular como principio de legitimación, la dificultad de reunir al pueblo en asamblea deliberante favorece una maniobra de sublimación *transcendentalista*, que hace abstracción de la vinculación de la soberanía popular a procesos de deliberación reales y tiende a reducirla a una mera idea de la razón, susceptible de ser movilizadmonológicamente. Kant abrió ese camino cuando en el opúsculo *Über den Gemeinspruch... Im Staatsrecht* (A 249 s.) presentó el contrato social, no como un concepto que tuviera correlato en la experiencia, sino como una «idea de la razón, que, sin embargo, tiene su indudable realidad (práctica)», porque la pretensión de las «leyes públicas» de estar justificadas descansa en la hipótesis de que «podrían haber nacido de la voluntad reunida del pueblo». Es, pues, esa hipótesis, y no el reconocimiento efectivo por los ciudadanos que exigía Rousseau, lo que para Kant constituye «la piedra de toque de la juridicidad de una ley pública», determinando su justicia o injusticia: «basta que sea posible que un pueblo esté de acuerdo con ello, para que sea un deber tener a la ley por justa, incluso en el caso de que su pensamiento hubiera llegado a una situación o disposición de ánimo tal que, en caso de ser interrogado, verosíblemente habría negado su asentimiento»<sup>17</sup>. Ahora bien, independientemente de la fecundi-

<sup>16</sup> Vid. CS 2.3, 371 s.

<sup>17</sup> Este punto debe tenerse en cuenta a la hora de interpretar *Metaphysik der Sitten, Rechtslehre* § 46, donde Kant, siguiendo a Rousseau, establece que el poder legislativo sólo puede corresponder a la «voluntad unificada del pueblo» y que «sólo

dad que semejante enfoque pueda tener para la reconstrucción racional de sistemas normativos desde el punto de vista la justicia, la retracción del principio democrático de la soberanía popular a la condición de mera hipótesis teórica tiende a despojar la voluntad del pueblo de toda capacidad decisoria y a transformarla en una instancia meramente advocatoria en el discurso público, lista para poder ser invocada con el fin de legitimar un uso despótico –ilustrado o no– del poder colectivo.<sup>18</sup>

*En segundo lugar*, desublimada, despojada de aquel ingrediente normativo que en Rousseau la vinculaba a las idealizaciones inherentes a un proceso de deliberación racional, y recortada decisionistamente, la idea de soberanía popular se presta a transformarse en el poder aclamatorio de un pueblo preparado para la sumisión caudillista. En este sentido Carl Schmitt, dentro de su ataque al constitucionalismo liberal, movilizó precisamente la tesis rusoniana de la irrepresentabilidad de la soberanía popular como plataforma para legitimar una democracia plebiscitaria: «el pueblo produce lo público mediante su *presencia* [...] No puede ser representado porque necesita estar *presente*, y sólo un ausente puede estar representado [...] Sólo el pueblo verdaderamente reunido es pueblo, y sólo el pueblo verdaderamente reunido puede hacer lo que específicamente corresponde a la actividad de ese pueblo: puede *aclamar*, es decir, expresar con simples gritos su asentimiento o recusación, gritar «viva» o «muera», festejar a un jefe o una proposición, vitorear al reo o a cualquiera otro, o negar la aclamación con el silencio o murmullos». Precisamente la irrepresentabilidad de la soberanía popular conduce a Carl Schmitt a denunciar que, a pesar de autoproclamarse democrático, el Estado constitucional ignora sistemáticamente la soberanía del pueblo: «la regulación constitucional de la actual Democracia burguesa ignora por completo

---

la voluntad concordante y unificada de todos, en la medida en que deciden lo mismo cada uno sobre todos y todos sobre cada uno, por consiguiente sólo la voluntad universalmente unificada del pueblo (*der allgemeinvereinigten Volkswille*) puede ser legisladora».

<sup>18</sup> El uso advocatorio de la voluntad del pueblo o de la nación con fines despóticos es algo que muy pronto denunció Benjamin Constant con lucidez tras la experiencia de la Revolución Francesa. La distinción rusoniana entre los derechos de la sociedad y los del gobierno, señala él, se desvanece desde el momento en que nos persuadimos de que en condiciones realistas la colectividad en cuanto tal no está en condiciones de ejercer los derechos de la soberanía, y por consiguiente debe delegarlos en un gobierno. «Desde ese momento toda distinción entre los derechos de la sociedad y los del gobierno resulta una abstracción quimérica». Si el gobierno quiere ejercer un derecho que sólo pertenece a la sociedad «inmediatamente apela a la nación. El gobierno nada puede –dirá el mismo gobierno–, pero la nación lo puede todo. Y en seguida habla la nación, es decir, que unos cuantos hombres, dependientes, furiosos, sobornados, perseguidos por los remordimientos o dominados por temores se convierten en órganos suyos imponiéndole silencio, proclaman que es todopoderosa amenazándola; y de ese modo, mediante un rodeo fácil y rápido, el gobierno se apodera del poder real y terrible que antes sólo se hubiera considerado como el derecho abstracto de la sociedad en su conjunto» (*Principes de politique*, según la edición de E. Hofmann, Droz, Genève, 1980, p. 35).

las auténticas asambleas populares y aclamaciones [...] La organización de la Democracia, tal como se acepta hoy en los Estados de constitución liberal-burguesa, parte de ignorar precisamente al pueblo reunido como tal, porque [...] es propio de la Constitución del Estado burgués de Derecho ignorar al soberano, ignorar si ese soberano es el monarca o el pueblo»<sup>19</sup>.

*Finalmente*, la insistencia en la participación efectiva del pueblo y la renuncia, sin embargo, a una participación *directa* en los procedimientos legislativos lleva de forma casi natural a transformar la idea de soberanía popular en la idea del gobierno por mayoría bajo alguna forma de representación –en otras palabras, a transformar la soberanía del pueblo en la soberanía del parlamento. Desde el punto de vista conceptual esta maniobra puede descomponerse en dos pasos. En primer lugar, una vez que se abandona –como, por lo demás, el mismo Rousseau hacía– la exigencia de unanimidad, es casi natural identificar de forma inmediata la voluntad del pueblo con la voluntad fáctica de la mayoría: cada mayoría política que de hecho se forme periódicamente dispone soberanamente de las fuentes del derecho mientras no sea reemplazada por otra. En segundo lugar, una vez que se acepta la representación política, la soberanía del pueblo queda transferida a una asamblea representativa, reservándose el pueblo únicamente el derecho a elegir periódicamente sus representantes. Pero mediante esta maniobra el ideal de la política como un proceso orientado a la búsqueda cooperativa de un entendimiento tiende a ceder frente a una visión de la política como un proceso de competición por el control del poder con vistas a imponer programas alternativos sobre los que puede renunciarse de antemano a buscar consenso. Ahora bien, la transferencia de la soberanía a una asamblea representativa actualiza el juicio de Rousseau sobre «la estupidez de la nación inglesa, que tras haber armado a sus diputados con el poder supremo, no añade a ello ningún freno para regular el uso que ellos puedan hacer durante los siete largos años que dura su encargo» (GP 979). Pues la tesis rusioniana de que «el poder soberano no tiene necesidad alguna de garantía frente a los súbditos» porque «el soberano, por el solo hecho de serlo, es siempre lo que debe ser» (CS 1.7, 362 s.) es aceptable sólo en los términos de Rousseau. El pueblo no necesita de garantes frente a sí mismo, pero tal vez sí frente a una asamblea que se le subroga.

#### 4. SOBERANÍA POPULAR EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

El Estado constitucional, que se autodesigna «democrático», trata de hacer efectivo el principio democrático de la soberanía popular

---

<sup>19</sup> C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, trad. de F. Ayala, Alianza ed., Madrid, 1982, pp. 238 s.

reaccionando a las dificultades antes mencionadas mediante dos estrategias complementarias (a) de segmentación y (b) de difusión. Con ellas reformula profundamente la exigencia rusioniana de participación del pueblo en los procesos de decisión colectiva intentando hacer justicia a la estructura deliberativa de la voluntad general en un mundo más complejo que el contemplado por Rousseau.

(a) El Estado constitucional reacciona mediante *segmentación* cuando diferencia dos niveles de decisión colectiva –el nivel constitucional y el nivel legislativo–, y correlativamente dos procesos de producción de normas –el proceso constitucional y el proceso político– y dos clases de poderes normativos –el poder constituyente, que se reserva el pueblo, y los poderes de las diversas ramas del Estado, que ejercen sus funciones en nombre del pueblo y por delegación del pueblo, pero sin control directo del pueblo.

Esta diferenciación<sup>20</sup>, introduce en los procesos de formación de la voluntad colectiva diferente tempo (cambio constitucional, cambio legislativo) y una agenda diferenciada (materias jurídicas fundamentales, materias de política legislativa ordinaria), que ha de desarrollarse mediante procedimientos diferentes (agravados en el caso del cambio constitucional). Pero es evidente que esa diferenciación contraviene la exigencia rusioniana de que en el pueblo unido se realice de forma inmediata la doble identidad soberano-súbdito y soberano-legislador. Esa estrategia no solo aleja al pueblo soberano del proceso legislativo ordinario, que era la función característica del soberano rusioniano, sino que además altera la visión rusioniana del legislador. Por una parte, en la medida en que está sujeto a la constitución, el legislador ordinario ya no dispone soberanamente de las fuentes del derecho: el poder legislativo no es un poder absoluto sino es

---

<sup>20</sup> Por sorprendente que a primera vista pueda resultar, creo que hasta cierto punto esa diferenciación es una forma de articular la diferenciación que establecía Rousseau entre soberano (legislativo) y gobierno (ejecutivo). Los rasgos de la soberanía rusioniana (absoluta e indivisible, irrepresentable e inalienable) pueden trasladarse al poder constituyente; y aquello a lo que Rousseau aplicaba enfáticamente el término *loi* encaja sin grandes dificultades en la constitución, no, en cambio, en todo lo que hoy englobamos bajo la rúbrica genérica «leyes ordinarias», que ni son «ratificadas por el pueblo en persona» ni siempre versan sobre intereses generales. El conjunto de los poderes del Estado –el poder legislativo (ordinario), el ejecutivo y el judicial– se correspondería funcionalmente con el *gobierno* de Rousseau: todos ellos son “cuerpos subalternos”, tienen operar respetando la constitución, del mismo modo que el «gobierno» rusioniano tenía que respetar la ley dictada por el pueblo soberano. En este sentido encuentro significativo que en la única referencia a la soberanía que se encuentra en nuestra constitución («La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado» CE a. 1.2) nuestro constituyente utilice la misma expresión con la que Rousseau afirmaba al mismo tiempo la separación de poderes y la indivisibilidad de la soberanía: los diversos poderes del Estado no son «partes» de la soberanía sino «emanaciones» de una única e indivisible soberanía (CS 2.2, 370). La misma expresión vuelve a encontrarse en el a. 117.1 a propósito de la justicia.

más bien un poder reglado y sujeto a límites. Por otra, el pueblo no participa inmediatamente en el proceso legislativo ordinario, sino mediante representación. Sólo en el momento de cambio constitucional, si acaso, puede el pueblo actuar por sí mismo como poder de producción de normas; fuera de ese momento límite el pueblo actúa –v. gr. en los comicios y el referéndum– como un cuasi-órgano político con competencias tasadas.

Ahora bien, si el proceso ordinario de reproducción del derecho se lleva a cabo por los diversos órganos del Estado en nombre del pueblo pero sin participación directa del pueblo, resulta inevitable preguntarse si en el Estado constitucional cabe todavía afirmar el principio de la soberanía popular y en qué sentido puede entenderse que las diferentes ramas del Estado operan siguiendo la voluntad del pueblo. La respuesta a esta cuestión reside, creo yo, en la naturaleza misma de la constitución y su significación en el proceso de producción normativa.

Es notorio que en el Estado constitucional la constitución no es una norma meramente organizativa y procedimental. Además de determinar la forma de gobierno y la distribución de las competencias de los órganos que participan en los procesos de creación y aplicación del derecho, define y garantiza, bajo la forma de «derechos fundamentales», intereses generales no coyunturales, y al mismo tiempo formula en términos muy abstractos valores, objetivos y principios que han de informar la actuación de los poderes públicos en todas las ramas del Estado. Al garantizar derechos fundamentales el Estado constitucional pretende no sólo realizar exigencias básicas de justicia, sino al mismo tiempo definir –bajo la forma de derechos civiles y libertades políticas– el status de ciudadano y promover –bajo la forma de derechos sociales– las condiciones sociales necesarias para asegurar a todos la autonomía social indispensable para que pueda existir una ciudadanía activa, en lugar de una mera multitud gobernada. Ahora bien, unidos a los principios, valores y objetivos definidos por la constitución, los derechos fundamentales se presentan al foro público con la pretensión de ser resultado de una decisión normativa de orden superior del pueblo soberano a propósito de intereses generales. En ese sentido aspiran a expresar un consenso político fundamental, cuyas consecuencias han de desplegarse en la historia política de la sociedad a través de un proceso de producción normativa que desarrolle la voluntad del pueblo a lo largo del tiempo, en circunstancias cambiantes. Dado que está formulado en términos de principios muy generales y objetivos muy abstractos, ese consenso deja espacio para que rivalicen programas legislativos alternativos, los cuales, sin embargo, en la medida en que están sujetos a la exigencia de constitucionalidad, deben entenderse como propuestas de desarrollo de ese consenso político básico, y bajo esa condición se someten a la consideración pública.

El Estado constitucional pretende asegurar jurídicamente la efectividad de semejante estrategia de segmentación estableciendo disposi-

tivos de rigidez normativa y procedimientos de control de constitucionalidad de las leyes. Con ellos protege el consenso básico del pueblo sobre cuestiones jurídicas fundamentales frente a la alternancia de mayorías ocasionales que pudieran sentirse tentadas a actuar soberanamente. Es notorio que la existencia de mecanismos de control jurisdiccional de las leyes, que ha terminado convirtiéndose en un rasgo distintivo del Estado constitucional, ha despertado recelos desde la teoría de la democracia –suscitando lo que desde Alexander Bickel se conoce como «objeción contramayoritaria». Y lo cierto es que cuando, bajo un sistema representativo, se identifica la democracia con el gobierno de la mayoría, el control de los actos del legislativo por órganos jurisdiccionales parece una anomalía democrática: que las decisiones normativas de los representantes del pueblo puedan ser anuladas por órganos no elegidos democráticamente parece entrar en colisión con el principio democrático de la soberanía popular. Ahora bien, hablando con propiedad, ningún órgano representativo puede atribuirse la titularidad de la soberanía del pueblo. Como cualquier otro órgano del Estado, también el Parlamento actúa con competencias tasadas y está sujeto al principio del imperio de la ley (constitucional). En el marco del Estado constitucional la existencia de órganos y procedimientos de control de la constitucionalidad de las leyes obedece precisamente al propósito de hacer justicia al principio democrático de la soberanía popular bajo un sistema representativo, garantizando la superioridad normativa de la constitución como derecho material y la sujeción de la actividad parlamentaria a la ley constitucional. Cuando sujeta el proceso legislativo ordinario al control de un órgano que no actúa mediante procedimientos políticos sino jurisdiccionales, el Estado constitucional trata procesos de producción de derecho en su condición de procesos de aplicación de derecho (constitucional), y proporciona recursos para garantizar que el proceso de producción de normas se mantendrá dentro de los límites admitidos por el consenso básico en el que se supone que descansa la constitución.

(b) Al adoptar esta estrategia de segmentación el Estado constitucional sigue un camino que en cierta medida es más liberal que republicano, más lockeano que rusioniano. Sólo que la teoría del Estado constitucional no reconoce otra base de legitimidad que la voluntad del pueblo ni admite que ninguna materia –ni siquiera la constituida por los derechos fundamentales– pueda quedar sustraída al poder normativo del pueblo. Es característica del Estado constitucional la combinación tensa de la idea de que todos los poderes públicos están sujetos a límites –bajo el principio de imperio de la ley, todos actúan con competencias tasadas, de modo que ninguno de ellos es soberano–, y la idea de la autonomía absoluta del pueblo como titular de la soberanía. Y en este punto la teoría del Estado constitucional es más rusioniana que lockeana. Los principios y valores básicos, y los derechos fundamentales mismos, que constituyen un límite material a lo que puede

decidirse mediante el proceso legislativo, no pueden invocar un fundamento independiente (v. gr. la ley natural a la que apelaba Locke como fuente última del derecho), sino que tienen su base en el poder de decisión normativa del pueblo –eso sí, operando a través del proceso político-constitucional, y no a través del proceso político-legislativo ordinario. En este sentido el Estado constitucional presupone que el pueblo, como poder constituyente, dispone soberanamente de las fuentes del derecho.

Pero por eso mismo la estrategia de segmentación sería frustrante si no fuera acompañada de una estrategia complementaria de *difusión*. Bajo el modelo rousoniano, la soberanía del pueblo tiene su centro en la asamblea pública en la que se regenera, por medios deliberativos, la voluntad general en el curso de procesos intermitentes de legislación. Frente a ello, la estrategia de segmentación característica del Estado constitucional, que impone al proceso de decisión colectiva lo que Bruce Ackermann ha denominado un «recorrido por dos pistas» (*a two track system*), requiere procesos más complejos, envolventes y continuados de formación de la voluntad del pueblo. El Estado constitucional dispone, por supuesto, de instituciones oficiales para la formación de una voluntad colectiva al objeto de adoptar decisiones públicas. Pero ellas no pueden, en rigor, atribuirse el papel del «pueblo unido». En compensación el Estado constitucional requiere el desarrollo de una deliberación pública ampliada y sin centro, difundida a lo largo y lo ancho de la sociedad civil, en foros múltiples, a menudo informales y muy escasamente articulados entre sí, que sin embargo no renuncian a tener impacto sobre el proceso político formal, sobre la interpretación de la constitución y de las leyes y también sobre el más lento y más profundo proceso de cambio constitucional. La garantía de un amplio sistema de iguales libertades políticas tiende a que con el tiempo se forme una red cada vez más tupida de foros de discusión en los que una ciudadanía libre y activa ventila diferentes interpretaciones de la realidad y de sus intereses, y confronta sus opiniones sobre la mejor forma de articular el sistema normativo. Sin la presencia de una deliberación pública difusa, envolvente y activa, que presiona sobre los procesos institucionalizados de toma de decisiones colectivas en la legislación y en la administración, la segmentación de las materias y la ralentización del tempo impuestas por la estructura constitucional amenazaría al consenso básico con la esclerosis, y a los procesos legislativos con el riesgo de discurrir en el vacío.

Cuando en el marco del Estado constitucional se invoca la voluntad del pueblo soberano –un soberano que está en todas partes y en ninguna–, es, creo yo, en este sentido de un proceso difuso y descentrado de formación y desarrollo de un consenso constitucional. Por lo demás, en el marco del Estado constitucional el uso advocatorio de la voluntad general, como voluntad del pueblo soberano, retroactúa sobre la interpretación misma de la constitución. Desde el momento

en que la voluntad general deja de entenderse como un concepto empírico y se entiende como una idea normativa que se aplica críticamente a los procesos de producción e interpretación de las normas, la constitución, cuya factura se atribuye a la voluntad del pueblo, no puede entenderse ya simplemente como un conjunto discreto de convenciones fijadas en un momento dado. En la medida en que la interpretación de la constitución suponga la invocación de la voluntad del legislador constitucional, remite en último término a un cuerpo de principios que nos permitan explicar y justificar el conjunto de las previsiones constitucionales como una unidad no sólo dotada de sentido sino además capaz de seguir generando consenso a lo largo del tiempo.

## 5. SOBERANÍA POPULAR Y REPRESENTACIÓN. SOBRE EL PAPEL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Cuando más arriba mencioné algunos de los obstáculos que dificultan la realización efectiva del principio democrático de la soberanía, omití el que tal vez es el más importante. A estas alturas no puede ignorarse que la creciente interdependencia creada por la globalización de los mercados y la colusión de centros trasnacionales de poder económico y financiero crea imperativos al sistema económico que limitan muy severamente la capacidad de decisión política de los Estados. La espectacular expansión de los mercados más allá de las fronteras nacionales no ha ido acompañada de un desarrollo político paralelo: en un mundo de economía globalizada la política sigue desarrollándose en un entorno local, de modo que faltan instituciones políticas supranacionales apoyadas en un *demos* transnacional que permitan embridar los mercados especulativos y hacer frente eficazmente a fuerzas económicas y financieras que parecen escapar a todo control efectivo. En esas condiciones el campo de decisión política se ve tan fuertemente restringido que es legítimo preguntarse si «soberanía nacional» –para no hablar de «soberanía popular»– no es ya el rótulo de un tema para la nostalgia. Cómo hacer frente a los riesgos que esta coyuntura enteramente nueva suponen para la democracia constituye un objeto de investigación de la mayor importancia, pero que en este momento está más allá de mi capacidad de análisis. Ahora bien, la presencia de restricciones exógenas a la soberanía popular, por importantes que sean, no puede cerrarnos los ojos a la evidencia de amenazas endógenas, más familiares, asociadas a la forma mediata como el pueblo participa en los procesos de decisión colectiva en el marco de una democracia representativa. Terminaré con unas breves consideraciones sobre ello.

Empecé recordando que en la concepción rusioniana la soberanía popular es un poder puramente normativo que ha de ejercerse

mediante procesos de deliberación: la soberanía, decía Rousseau es «el ejercicio de la voluntad general». Es verdad que en el Estado constitucional no podemos ya contar con una participación directa de los ciudadanos en los procedimientos formales de toma de decisiones colectivas: el pueblo no participa directamente en los procesos legislativos ordinarios, que sin embargo tienen que responder a la voluntad del pueblo. Por eso la forma como se organice la representación política y el modo como los representantes desempeñen su trabajo a lo largo del tiempo son cruciales para que el pueblo soberano tenga la oportunidad de hablar en el proceso de toma de decisiones colectivas. Porque lo cierto es que, como Rousseau parecía prever, el funcionamiento de la representación política puede contribuir al enmudecimiento de la voluntad general.

En el capítulo primero del libro cuarto del *Contrato social* Rousseau afirma enfáticamente que la voluntad general es indestructible. La voluntad general, dice él, no puede destruirse, pero sí enmudecer. Las causas que pueden reducir al silencio a la voluntad del pueblo pueden ser muy variadas. Rousseau parece remitirlas todas ellas a la desnaturalización de los debates en las asambleas públicas por la intromisión de intereses particulares. Como he dicho, la formación de la voluntad general presupone en los ciudadanos un cierto desarrollo de virtudes cívicas de modo que cuando participan en los procesos deliberativos con vistas a la producción de normas adopten la actitud cooperativa de quienes buscan sinceramente ponerse de acuerdo sobre la base del interés general, aun a sabiendas de que tal vez persistirán fuertes discrepancias entre ellos. Cuando esa orientación cede ante la presión de intereses particulares, la asamblea pública se transforma en un escenario para la explotación estratégica de los procesos de deliberación pública, y entonces la voluntad general enmudece:

«Cuando el nudo social empieza a aflojarse, cuando los intereses particulares empiezan a hacerse sentir y las pequeñas sociedades a influir sobre la grande, el interés común se altera y encuentra oponentes, la unanimidad no reina ya en las votaciones, la voluntad general no es ya la voluntad de todos, se levantan contradicciones, debates, y la mejor opinión no pasa sin disputas. Finalmente, cuando el Estado, cerca ya de su ruina, no subsiste sino mediante una forma ilusoria y vana [...] entonces, la voluntad general se vuelve muda, guiados todos por motivos secretos, no opinan ya como ciudadanos, como si el Estado nunca hubiese existido, y falsamente se hace pasar bajo el nombre de Leyes decretos inicuos que sólo tienen como fin el interés particular» (CS 4.1, 438)<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> La prolongación artificial de las discusiones, la formación de grupos y el uso de recursos retóricos para excitar los sentimientos son para Rousseau indicios de la instrumentalización estratégica de un proceso de deliberación pública: «los largos debates, las disensiones, el tumulto, anuncian el ascenso de los intereses particulares y el fin del Estado» (CS 4.2, 439).

Evitar la distorsión del sentido deliberativo de las asambleas públicas era la razón principal por la que Rousseau proscibía la formación de coaliciones, pues «cuando se forman banderías, asociaciones particulares a expensas de la grande, la voluntad de cada una de esas asociaciones se convierte en general en relación con sus miembros, y particular en relación con el Estado. Y entonces puede decirse que ya no hay tantos votantes como hombres, sino sólo tantos como asociaciones» (CS 2. 3, 371 s.): el proceso de deliberación pública, que es esencialmente un proceso cooperativo entre ciudadanos, se transforma en un proceso de competición estratégica entre grupos.

La teoría del Estado constitucional no ve la formación de asociaciones políticas que canalicen la representación política e intervengan activamente en el debate político y en el proceso legislativo como una circunstancia desdichada ni como una concesión más o menos inevitable al hecho de que no es posible organizar el proceso legislativo mediante participación personal y directa de los ciudadanos, sino, al contrario, como una respuesta razonable a las exigencias derivadas del «hecho del pluralismo» en un mundo libre. La libre asociación política de individuos que comparten un cierto ideario es un vehículo para que puedan elaborarse en procesos de aprendizaje colectivo propuestas políticas susceptibles de ser sometidas al foro público con la pretensión de obtener un amplio consenso. La concepción de los partidos políticos como organizaciones orientadas a la elaboración de programas políticos que se ofrecen sinceramente a la consideración pública con el fin de focalizar un consenso sobre interpretaciones alternativas de lo que exige el interés general está presente en la caracterización que ofrece nuestro legislador constitucional, según la cual los partidos «expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política» (CE a. 6) —una caracterización que no se encuentra muy lejos de la conocida definición de Burke: «Un partido es un cuerpo de hombres unidos para fomentar, mediante sus esfuerzos conjuntos, el interés nacional, basándose en algún principio particular en el que todos sus miembros están de acuerdo».

La experiencia más reciente indica cuán ilusoria puede resultar esta visión. La dinámica de la democracia representativa ha convertido a los partidos en aparatos burocráticos que controlan de forma oligopolística —aunque competitiva— la representación política. Y es casi inevitable que eso termine produciendo efectos indeseables. Señalaré brevemente dos puntos.

*En primer lugar*, la competencia por el control del recurso escaso que es el poder político tiende a desplazar a un segundo plano la elaboración y discusión de ideas como contribución a la deliberación pública. La utilización de los programas electorales como trampas para cazar votos más que como compromisos firmes de cuyo cumplimiento hay que rendir cuentas, la resistencia a abrir debates necesarios por temor a perder adhesiones, la sustitución del intercambio de

ideas por el intercambio de eslóganes, por un lado, así como, por otro, la resistencia a escuchar al adversario y la renuncia a convencerlo, para no hablar del recurso al Tribunal Constitucional como coartada para eludir la discusión –todo ello proporciona indicios de que en el curso de la competencia por el control de los resortes del poder político los partidos, que deberían estar programados para el debate libre y el aprendizaje colectivo, tienden a transformarse en máquinas programadas para la acción estratégica: en ocasiones más que contribuir, mediante recursos argumentativos, al desarrollo del consenso constitucional a lo largo del tiempo y a la deliberación pública sobre la forma apropiada de aplicarlo a la legislación, parecen más bien contribuir a la lucha fraccionaria.

*En segundo lugar*, con el paso del tiempo la práctica de la competición política tiende a alimentar en los partidos un espíritu de solidaridad corporativa que tiende a acorazarlos frente a las demandas de su entorno político natural, distorsionando su relación con la ciudadanía. Empleando terminología de Rousseau, los partidos tienen una voluntad de cuerpo que es general para sus miembros, pero particular para el Estado<sup>22</sup>. Si esa voluntad corporativa prevalece, queda afectada la función de mediación que deben desarrollar entre la opinión pública y el proceso legislativo, y en ese caso el proceso de formación de la voluntad general queda cortocircuitado. Ahora bien, cuando los partidos gestionan de forma casi despótica la representación política, controlando férreamente las listas electorales, cuando diseñan las campañas electorales obedeciendo a investigaciones demoscópicas más que a procesos de aprendizaje colectivo, cuando apenas dejan a los ciudadanos otra opción que la de votar o abstenerse, el juicio crítico de Rousseau sobre el régimen político inglés recupera toda su fuerza.

Incidentalmente he sugerido que, una vez que ha arraigado en las sociedades modernas, el principio democrático de la soberanía popular desarrolla efectos estabilizadores: el saberse miembros de una

---

<sup>22</sup> «Toda sociedad política está compuesta de otras sociedades más pequeñas, de diferentes clases, cada una con sus intereses y sus máximas; pero estas sociedades que todos ven porque tienen una forma exterior y autorizada no son las únicas que existen realmente en el Estado. Todos los particulares reunidos por un interés común componen otras tantas, permanentes o pasajeras, cuya fuerza no es menos real por ser menos visible, y cuyas diferentes relaciones bien observadas son el verdadero conocimiento de las costumbres. Todas esas asociaciones tácitas o formales son las que modifican de tantas formas el aspecto (*les apparences*) de la voluntad pública por la influencia de la de ellas. La voluntad de esas sociedades particulares tiene siempre dos relaciones: para los miembros de la asociación es una voluntad general, para la gran sociedad es una voluntad particular, que muy a menudo es recta desde el primer punto de vista y viciosa desde el segundo [...] La voluntad más general es siempre también la más justa y [...] la voz del pueblo es en efecto la voz de Dios» (EP 245 s.). A este respecto es instructiva la descripción que se hace en CS 3.1 y 3.2 sobre la forma como en el gobierno actúan la voluntad general, la voluntad de cuerpo y la voluntad particular de los miembros. Lo que a este respecto se dice allí sobre el gobierno es aplicable, *mutatis mutandis*, a los partidos.

sociedad de hombres libres e iguales, copartícipes en un proceso de decisión colectiva a gran escala favorece la adhesión espontánea a las instituciones y la obediencia a las leyes, incluso cuando se discrepa de ellas. Tengo ahora que añadir que a este respecto la implantación del principio democrático de la soberanía popular en nuestra cultura política tiene efectos ambivalentes. Sólo si el funcionamiento de las instituciones hace razonablemente justicia a esa consideración de los ciudadanos como miembros iguales y libres, la invocación de la voluntad del pueblo puede desplegar efectos estabilizadores. Recientes experiencias confirman que en caso contrario puede tener efectos profundamente desestabilizadores. Y en este punto la relación entre la ciudadanía y sus representantes es de primera importancia. Pues lo cierto es que, si los representantes del pueblo no se muestran suficientemente responsivos a los problemas de los ciudadanos ni suficientemente responsables frente a ellos, si se producen disonancias flagrantes entre la agenda de los políticos y la agenda del pueblo, se quiebra la relación de confianza en la que se basa la representación, y entonces la invocación la voluntad del pueblo soberano puede cargarse de potencial crítico explosivo.

Fecha de recepción: 30/06/2013. Fecha de aceptación: 31/10/2013.

Los efectos jurídicos del *soft law* en materia  
de igualdad efectiva. La experiencia española

The legal impact of soft law on effective  
equality. the Spanish experience

Por ANA RUBIO CASTRO  
Universidad de Granada

**RESUMEN**

*El objetivo principal de este trabajo es evaluar la eficacia normativa y social de la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en España. Esta evaluación se realiza tomando en consideración la diversidad de técnicas legislativas empleadas por la ley para la implementación de las directivas comunitarias y el desarrollo del principio constitucional a la igualdad. A lo largo de toda la exposición se analizan además los debates doctrinales y los efectos jurídicos reconocidos en España al soft law en los diferentes ámbitos normativos y las dificultades jurisdiccionales que su aplicación está encontrando en materia de igualdad de mujeres y hombres.*

Palabras clave: *Gobernanza, igualdad efectiva, soft law, derecho antidiscriminatorio en España.*

o

*The main aim of this work is to evaluate the legal and social effectiveness of Organic Law 3/2007, 22 March, on the effective equality of women and men, in Spain. This assessment is made taking into account the diversity of*

*legislative techniques employed by the law for the implementation of European Union directives and the development of the constitutional principle of equality. Throughout the entire exposition the doctrinal debates and legal effects recognized in Spain are analysed as soft law in the different normative areas and jurisdictional difficulties that its application is finding in the field of equality between women and men.*

*Keys words: Better regulation, effective equality, soft law, antidiscrimination law in Spain.*

**SUMARIO:** 1. LA RELEVANCIA DE LA EVALUACIÓN LEGISLATIVA EN ESPAÑA.—2. LA IGUALDAD EN ESPAÑA. LAS PARADOJAS DEL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO.—3. LAS NUEVAS TÉCNICAS LEGISLATIVAS.—4. LA LEY ORGÁNICA PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRÉS 3/2007 Y LAS DIFERENTES TÉCNICAS LEGISLATIVAS.—5. LAS DIFERENTES TIPOLOGÍAS DE *SOFT LAW* CONTENIDAS EN LA LOIEMH.

**SUMMARY:** 1. THE RELEVANCE OF THE LEGISLATIVE EVALUATION IN SPAIN.—2. EQUALITY IN SPAIN. THE PARADOXES OF ANTIDISCRIMINATION LAW.—3. THE NEW LEGISLATIVE TECHNIQUES.—4. THE ORGANIC LAW FOR THE EFFECTIVE EQUALITY OF WOMEN AND MEN 3/2007 AND DIFFERENT LEGISLATIVE TECHNIQUES.—5. THE DIFFERENT TYPES OF *SOFT LAW* CONTAINED IN LOIEMH.

## 1. LA RELEVANCIA DE LA EVALUACIÓN LEGISLATIVA EN ESPAÑA

La buena gobernanza que se promueve desde Europa y desde el gobierno español obliga, cuando se evalúa la eficacia del derecho, a dar cuenta no sólo del derecho válido, sino también del derecho «real». Esta exigencia implica desvelar las nuevas modalidades y formas de producción normativa que se están desarrollando en la actualidad, sacar a la luz los vericuetos que hoy emplea el poder legislativo y el ejecutivo para regular jurídicamente la vida social, señalar los nuevos poderes normativos que el actual desbordamiento de la política ha generado y, finalmente, mostrar las nuevas racionalidades jurídicas que subyacen tras las diferentes técnicas legislativas empleadas. La complejidad que encierra el proceso de evaluación normativa abre el debate sobre la necesidad de un nuevo paradigma jurídico, de un nuevo modelo de ciencia, capaz de superar los límites que impone la dogmática jurídica a la hora de analizar el derecho real.

La calidad legislativa que el buen gobierno impone a los Estados ha desplazado la centralidad del momento de creación del Derecho a

otros momentos, entre los que cabe señalar: el proceso de preparación, información, consulta, discusión, deliberación y formulación legislativa, así como al proceso posterior de implementación y control de su cumplimiento<sup>1</sup>. En oposición a estos cambios, el modelo de ciencia jurídica en continua en España anclado en el análisis de las normas y en sus problemas técnicos de interpretación y aplicación. Un enfoque claramente insuficiente para dar cuenta de toda la complejidad de actores y escenarios que interactúan en la creación y aplicación del derecho<sup>2</sup>. La evaluación legislativa no permite presentar como inconexos los procesos de creación, ejecución y control del cumplimiento del derecho, ni tampoco desconectar la fase de la concepción y diseño de la creación normativa respecto a las políticas públicas que las diferentes administraciones desarrollan en aplicación de las leyes<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> En el año 2000, la OCDE realizó una revisión de la reforma de las regulaciones en España proponiendo fortalecer la gestión reguladora española a través de una unidad especializada que supervisara el uso de los poderes reguladores en toda la administración. Su finalidad era fijar con claridad los principios de responsabilidad y los marcos para su implementación, establecer una unidad de supervisión que tuviese autoridad legal para hacer recomendaciones al Consejo de Ministros, con capacidad para coordinar el programa en toda la administración y un secretariado con recursos y capacidades analíticas para proveer opiniones independientes sobre cuestiones reguladoras. Unas actuaciones que debían acompañarse de la revisión de los cuestionarios de evaluación existentes para conformarlos con las mejores prácticas, y con un programa progresivo de implantación del análisis del impacto regulador para todas las regulaciones nuevas y las revisiones de las anteriores. Se consideraba esencial que el análisis expusiera los costes de los impactos directos y la apreciación cualitativa de los beneficios, para avanzar en la transparencia, en un registro centralizado que contuviera todos los requerimientos reguladores, con el objetivo último de fortalecer la política de la simplificación administrativa. Todos estos objetivos han sido descuidados hasta el día de hoy. OECD (2000), *Regulatory Reform in Spain*, OECD, Governance, París.

<sup>2</sup> Los análisis científicos sobre la calidad normativa, en España, continúan centrados en aspectos «científico-técnico», aunque desde los años 90 y por influencia de los análisis económicos del derecho ha crecido el interés por la calidad de la legislación como mecanismo imprescindible de un buen gobierno.

<sup>3</sup> «Asegurar la calidad de la regulación y desarrollar metodologías para evaluarla ha sido una de las preocupaciones tradicionales de los gobiernos cuando han tratado de mejorar la calidad de la acción gubernamental. La introducción del desarrollo sostenible como objetivo político holístico plantea nuevos retos a los viejos instrumentos regulatorios. La regulación, por tanto, tendrá que ser compatible con los principios y con los objetivos del desarrollo sostenible y, para valorar esta compatibilidad, será esencial disponer de un instrumento de evaluación específico y sistemático. La idea de la evaluación del impacto regulatorio no es nueva, desde finales de los años 70 del siglo pasado, y en el contexto de estrategias de reforma de la regulación se llevan a cabo evaluaciones de impacto regulatorio con objetivos diferentes en un amplio espectro de países. La herramienta de evaluación usada en estos casos ha sido la EIR (Evaluación del Impacto Regulatorio), instrumento que intenta proporcionar un análisis sistemático de los impactos positivos y negativos de las propuestas de regulación». Estas nuevas exigencias obedecen a la necesidad de adaptarse a una realidad cambiante. El hecho regulatorio y su papel como instrumento político han sufrido profundas transformaciones a lo largo del tiempo. Cataluña es uno de los territorios que más han trabajado en este sentido, estableciendo un convenio

El interés por la evaluación y calidad legislativa a nivel internacional y nacional se explica habitualmente como una reacción lógica ante el fenómeno de la «inflación legislativa» o «motorización» normativa<sup>4</sup>, pero en mi opinión, el interés por la evaluación legislativa responde sobre todo a la necesidad de evaluar los cambios sociales e institucionales que los derechos nacionales deben de realizar para acomodar la sociedad<sup>5</sup> y las instituciones a las exigencias de una economía globalizada. En otras palabras, en este momento los derechos nacionales han de responder más a las demandas e intereses de las grandes corporaciones y el capital internacional que al mantenimiento de los intereses de las ciudadanías quo nacionales. Un hecho que los informes sobre desarrollo humano vienen denunciando desde hace años, exigiendo a los Estados que desarrollen medidas de control frente al capital internacional, con la finalidad de proteger los derechos humanos y las libertades de sus ciudadanías<sup>6</sup>. Pienso que la calidad legisla-

---

de colaboración entre el Consejo Asesor para el Desarrollo Sostenible de Catalunya (CADS) y el Instituto Internacional de Gobernabilidad (IIG), firmado el 15 de junio de 2005 y con fecha de finalización de 30 de noviembre del mismo año con el fin de promover la comprensión y la evaluación regulativa en Cataluña. Los resultados de esta colaboración se recogen en: La evaluación del impacto legislativo en Cataluña, bajo la dirección de Joan Prats y coordinado por Marta Batlevell, publicado el estudio en Documentos de investigación, 10, Generalitat de Catalunya. Consell Assessor per al Desenvolupament Sostenible de Catalunya (CADS), diciembre 2006, pp. 15-17. El estudio puede consultarse en: [www20.gencat.cat/.../Desenvolupament%20sostenible/Estrategia%20per](http://www20.gencat.cat/.../Desenvolupament%20sostenible/Estrategia%20per).

<sup>4</sup> Sin embargo para Esteve Pardo no es ésta la razón sino el reforzamiento de la autorregulación privada como consecuencia del reforzamiento de los poderes en manos de la sociedad. El carácter policéntrico de sociedad articulada a partir de diferentes sistemas, con sus propios sistemas de valores, hace difícil al derecho, en la actualidad, penetrar en algunos contextos sociales, especialmente en los que se encuentran sometidos a importantes cambios tecnológicos e incertidumbres, por este motivo se promueve la autorregulación. ESTEVE PARDO, J., *Autorregulación, génesis y Efectos*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 25-35.

<sup>5</sup> El fenómeno de la gobernanza desvela la nueva relación que se trata de establecer entre sociedad y economía quebrando el tradicional contrato social que legitimaba la acción de gobierno de los Estados. DE SOUSA SANTOS, B. y RODRÍGUEZ GARAVITO, C. A. (edits.), *El Derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, Antrhopos, 2007, pp. 11-14.

<sup>6</sup> En un mundo globalizado, las obligaciones por la justicia han de centrarse en el Estado, si bien la responsabilidad se extiende también a los actores no estatales y al Estado más allá de sus fronteras, tal y como se enuncia en el Informe de Desarrollo Humano del año 2000. Situar al Estado en el centro de la protección a los derechos humanos y establecer también las responsabilidades de los actores a escala mundial –la Organización Mundial del Comercio, la instituciones de Bretton Woods, las empresas de alcance mundial, las redes mundiales de ONG, las grandes agencias de comunicación y a las normas a escala mundial en materia de comercio y medio ambiente– permita dejar claro que en un mundo globalizado la responsabilidad es de todos, tanto de los sujetos privados como de los públicos. Se denuncia que no se tengan datos sobre las actuaciones de las empresas e instituciones multilaterales, ni de cómo los Estados defienden los intereses mundiales y no los propios nacionales, que deberían ser su prioridad. A todo esto hay que sumar que los acuerdos comerciales firmados debilitan los sistemas de protección jurisdiccional de los derechos de las

tiva exigida nada tiene que ver con el número de normas creadas por los Estados, es más no implica menos normas jurídicas, sólo implica menos normas jurídicas estatales *hard law*, con el objetivo de dejar abierto un amplio campo de negociación a los diferentes sujetos normativos implicados. Por consiguiente, la calidad de la regulación<sup>7</sup> lo que exige es una legislación proporcionada, orientada y diseñada para satisfacer los fines consensuados por los diferentes actores con la mayor eficiencia y eficacia, lo que supone una legislación accesible y transparente para los administrados, aplicada con los menores costes posibles y en la que se debilita la responsabilidad de la administración al endosar a instancias privadas la responsabilidad de su autorregulación en el logro de los fines establecidos. El objetivo principal de esta nueva técnica de regulación es incrementar la legitimidad de lo decidido y reducir a mínimos las resistencias sociales que implicar su aplicación. Es en un contexto de crisis de legitimidad del Estado y de dificultad del mismo para regular con eficacia la complejidad social y económica en el que cobra significado y protagonismo el *soft law*, como técnica regulativa, así como la necesidad de los informes técnicos que han de acompañar a la elaboración de las leyes<sup>8</sup>.

Si bien en España, desde la ley 50/1997, de 27 de noviembre, se exige que «las normas y proyectos de ley vengan acompañadas de un estudio o memoria económica de lo que supone su impacto». y que «la iniciación del procedimiento de elaboración de un reglamento se llevará a cabo por el centro directivo competente mediante la elaboración del correspondiente proyecto, al que se acompañará un informe sobre la necesidad y oportunidad de aquél, así como una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar» ...

---

ciudadanas. Si bien la preocupación por los riesgos que genera la globalización de la economía está muy presente en todo el documento, se echa en falta que en el mismo no se hubiese prestado la misma atención a la segregación de los datos por sexo, al afectar de modo más grave a las mujeres. Informe Desarrollo humano 2000, Naciones Unidas, Sinopsis, punto 3, pp. 8-9; punto 4, p. 9.

<sup>7</sup> La UE está fuertemente comprometida con la política de Mejora de Regulación, *Better Regulation*, y la ha incluido como prioridad en la Renovada Agenda de Lisboa (2001), al considerarla indispensable dentro de las medidas encaminadas a aumentar la competitividad y a promover un crecimiento sostenible. Contribuciones como el Informe Mandelkern (2000), y el Libro Blanco de la Comisión sobre Gobernanza Europea (2001) suponen un ambicioso plan de mejora de la legislación europea. Un compromiso por la eficacia normativa que ha sido asumido explícitamente por el Gobierno de España, tal y como lo demuestran la ley de igualdad 3/2007 y la ley integral 1/2004, antes citadas.

<sup>8</sup> Tal y como afirmaba Helmut Willke, el actual protagonismo de la sociedad tiene a su principal víctima en el Estado. Las leyes y los reglamentos se centran cada vez más en el procedimiento y menos en los aspectos sustantivos, lo que obliga, a la hora de aplicar las normas jurídicas, a tomar en consideración las normas técnicas de aceptación general elaboradas por las instancias privadas y por los grupos de expertos. Un hecho que desplaza el poder de decisión del Estado a la sociedad en materia normativa en ámbitos de gran relevancia social y económica. ESTEVE PARDO, J., *Autorregulación, génesis y efectos, cit.*, pp.23-27.

(art. 24), ha sido la estrategia de la gobernanza y el programa europeo «*better regulation*», los que han reforzado el valor de los análisis económicos del Derecho (AED), al mostrarlos como una herramienta útil en el diseño, evaluación y el seguimiento normativo (El libro Blanco europeo (Bruselas 25.72001, COM (2001) 428 final). Pero no sólo los informes económicos se han hecho imprescindibles, también cobran relevancia los análisis de impacto de género, como instrumentos necesarios para incrementar la responsabilidad de los gobiernos en el cumplimiento del mandato del principio de igualdad que figura en la Plataforma de Acción de Beijing, y que el Tratado de Ámsterdam incorpora<sup>9</sup>. Con este objetivo nace en España la ley 30/2003<sup>10</sup>, en la

<sup>9</sup> En el seno de la Unión Europea y como complemento a los objetivos de la acción comunitaria prevista para la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres, se aprobó la Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2000, por la que se establece un Programa de acción comunitaria sobre la estrategia a seguir en materia de igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005), destacando que se debe articular la evaluación del impacto en función del sexo en los distintos ámbitos de intervención (vida económica, social, vida civil, roles, etc.).

<sup>10</sup> La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer que tuvo lugar en Pekín (Beijing) en 1995 renovó el compromiso de la comunidad internacional en la igualdad entre los sexos, así como el desarrollo y la paz. En la misma se invitó a los gobiernos y a los demás agentes a *integrar la perspectiva de género en todas las políticas y los programas para analizar sus consecuencias para las mujeres y los hombres respectivamente, antes de tomar decisiones*. No obstante, el proceso ha sido lento y errático, las preocupaciones sobre la mujer aún tienen una prioridad secundaria. Por ello, del 5 al 9 de junio de 2000, se llevó a cabo un período extraordinario de sesiones de la Asamblea General a fin de hacer una evaluación quinquenal, conocida como Beijing+5, cuyo tema fue *La mujer en el año 2000: igualdad entre los géneros, desarrollo y paz en el siglo XXI*, en el que se analizaron los mecanismos para incrementar la responsabilidad de los gobiernos en el cumplimiento del mandato que figura en la Plataforma de Acción, reiterando la necesidad de aplicar de manera completa y rápida dicha Plataforma. En el ámbito de la Unión Europea, con la entrada en vigor el día 1 de mayo de 1999 del Tratado de Ámsterdam, se inició una nueva etapa en el proceso de construcción europea, especialmente, en materia de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. En este contexto la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres en todas las políticas y la eliminación de las desigualdades constituye una de las prioridades a tener en cuenta en el diseño de las políticas de la Unión Europea. En el seno de la Unión Europea y como complemento a los objetivos de la acción comunitaria prevista para la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres, se aprobó la Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitaria sobre la estrategia a seguir en materia de igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005), en la que se incluye la evaluación del impacto en función del sexo en los distintos ámbitos de intervención de la estrategia marco comunitaria (vida económica, social, vida civil, roles, etc.), como una de las acciones a emprender para el logro de los objetivos mencionados en el referido programa. Además, la Comisión de la Unión Europea ante la constatación de que decisiones políticas que, en principio, parecen no sexistas, pueden tener un diferente impacto en las mujeres y en los hombres, aprobó una comunicación sobre la transversalidad (*mainstreaming*) como un primer paso hacia el logro del compromiso de la Unión Europea de integrar la perspectiva de género en el conjunto de las políticas comunitarias, para lo que elaboró una *Guía para la Evaluación del Impacto en Función del Género* diseñada para integrarse en el seno de la Comisión con objeto de evitar consecuencias negativas no intencionales que favorezcan situaciones de discriminación y para mejo-

que se exige que los anteproyectos de ley y los reglamentos se acompañen en sus memorias de un informe de impacto de género, que evalúe la situación de desigualdad de género en la sociedad y el impacto que la ley o reglamento tendrá en ella para modificarla. Esta obligación sería ampliada por el artículo 19 de la ley de igualdad 3/2007, extendiéndola además a: «los proyectos de disposiciones de carácter general y los planes de especial relevancia económica, social, cultural y artística que se sometan a la aprobación del Consejo de Ministros deberán incorporar un informe sobre impacto por razón de género». Sin embargo, esta obligación es incumplida por las administraciones, o, peor aún, solventada de forma ridícula al confundir la ausencia de impacto de género con la utilización de un lenguaje jurídico general y abstracto<sup>11</sup>. Las sentencias generadas por el incumplimiento de esta exigencia, en 2010, demuestran que la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo no consideran vicio de nulidad la inexistencia de estos informes<sup>12</sup>. Reseñar este dato es relevante porque muestra los impedimentos que existen para llevar a cabo evaluaciones legislativas en materia de igualdad de género.

Una vez expuesta la importancia de la evaluación legislativa y su recepción en España, el paso siguiente es evaluar la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de Mujeres y Hombres, 3/2007, de 22 de marzo, para determinar su nivel de eficacia y las resistencias que impiden o dificultan su aplicación. En esta evaluación se tomará en cuenta el contexto *ex ante* –derecho antidiscriminatorio español–, para pasar posteriormente al análisis de la eficacia de la ley de igualdad a través de su aplicación jurisdiccional.

---

rar la calidad y la eficacia de las políticas comunitarias. Estos objetivos están recogidos en la Exposición de motivos de la Ley 30/2003, de 13 de diciembre, cuyo artículo primero, que modifica el artículo 22.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, dice así: 2. *El procedimiento de elaboración de proyectos de ley a que se refiere el apartado anterior, se iniciará en el ministerio o ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente anteproyecto, que irá acompañado por la memoria, los estudios o informes sobre la necesidad y oportunidad del mismo, un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo, así como por una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar. En todo caso, los anteproyectos de ley habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica.* Artículo segundo. Modificación del artículo 24.1.b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Se añade también un segundo párrafo en el apartado 1.b) del artículo 24 de la Ley 50/1997, del Gobierno, con la siguiente redacción: *En todo caso, los reglamentos deberán ir acompañados de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo.*

<sup>11</sup> Un error que difícilmente cabe imputar sólo al desconocimiento de lo que es la igualdad de género, a la luz de lo establecido en la nota anterior.

<sup>12</sup> GIL RUIZ, J., *Las nuevas técnicas legislativas en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 12-13; y «Los Informes de Evaluación de Impacto de Género (IEIG) como garantía del *gender mainstreaming* y su incidencia en la normativa y jurisprudencia española» (92), 2012, pp. 17-55.

## 2. LA IGUALDAD EN ESPAÑA. LAS PARADOJAS DEL DERECHO ANTIDISCRIMINARIO

La igualdad en España como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), posee una triple función: sirve de fundamento a las normas jurídicas, es una guía y orientación en la aplicación del ordenamiento jurídico, y, puede y debe ser utilizado como crítica o parámetro de valoración de lo que una norma puede o no ser, e incluso de la interpretación que sobre ella se haga (Pérez Luño<sup>13</sup>). De conformidad con esta dimensión del principio de igualdad constitucional toda desigualdad deviene, en principio, una violación al sistema de valores que defiende el proyecto de justicia que encierra la CE. Sin embargo, la jurisprudencia del TC ha defendido, desde hace más de dos décadas, que no todo trato desigual es injusto, sino sólo aquellos que no superan el test de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad que el principio de igualdad exige a cualquier trato diferencial para considerarlo justo y compatible con el mandato de igualdad y de no discriminación.

El examen o escrutinio para determinar cuando un trato desigual es discriminatorio o no, depende del contexto y de las circunstancias que concurran. Este test se hace más estricto cuando concurren algunas de las circunstancias que el artículo 14 CE enuncia como específicamente prohibidas, al recaer sobre ellas una interdicción reforzada. Respecto a la dimensión material de la igualdad recogida en el artículo 9.2 CE, la doctrina constitucional ha interpretado que este mandato impone al Estado la obligación de actuar socialmente promoviendo la igualdad de oportunidades y la igualdad de resultados, con el fin de alcanzar el proyecto de justicia social que la Constitución presupone. De este artículo no deriva un Derecho subjetivo a la igualdad real, pero sí impone a todos los poderes del Estado el compromiso de erradicar todos aquellos obstáculos que la impidan, así como el desarrollo y la protección de determinadas condiciones socio-económicas mínimas o institucionales que garanticen el ejercicio real de los derechos de mujeres y hombres, en igualdad<sup>14</sup>. Esto supone reconocer que el artículo 9.2 además de dar fundamento al desarrollo de políticas públicas en materia de igualdad que remuevan los obstáculos que impidan el ejercicio real e igualitario de los derechos individuales, da cobertura a la inconstitucionalidad de normas que supongan un retroceso respecto a las condiciones materiales conquistadas y garantizadas en materia de igualdad. Esta dimensión de control legislativo del artículo 9.2,

---

<sup>13</sup> PEREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2.ª edición, 2004; y *Dimensiones de la igualdad*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, núm. 34, Dykinson, Madrid, 2005.

<sup>14</sup> Esta materialización del derecho promovida por el Estado genera tensiones en el interior del paradigma jurídico tradicional, obligando el desarrollo de nuevas técnicas de regulación, como ya se ha expuesto.

menos desarrollada jurisprudencial y doctrinalmente, supone una garantía para la ciudadanía frente al poder establecido, en materia de igualdad<sup>15</sup>.

Cuando afirmamos, con base en el articulado de la CE, que la igualdad es un principio, un derecho y un valor, estamos reconociendo que el proyecto de justicia que recoge la constitución española tiene entre sus elementos constitutivos un mandato de igualdad complejo. Un mandato del que deriva la responsabilidad de todos los poderes del Estado en la promoción de la igualdad y en el desarrollo de políticas públicas que promuevan la igualdad de oportunidades y de resultados entre los individuos y los grupos sociales en los que se integran. Por todo ello, la tutela antidiscriminatoria a favor de los grupos sociales subordinados encontró en el TC, hace ya algunos años –en la STC 145/1991, de 31 de mayo, teniendo como ponente a Rodríguez-Piñero–, un amplio respaldo jurisdiccional a las acciones positivas, que se ha mantenido hasta las últimas sentencias de 2008 y 2009 relativas a los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres<sup>16</sup>. De esta larga jurisprudencia cabe destacar, para el tema que nos ocupa, la argumentación fluctuante que el TC ha realizado al fundamentar unas veces el mismo en el artículo 9.2 y otras en el artículo 14, la constitucionalidad del derecho antidiscriminatorio a favor de la igualdad de mujeres y hombres<sup>17</sup>. Esta alternancia supone utilizar unas veces una fundamen-

---

<sup>15</sup> La difícil relación entre el poder constituyente (pueblo soberano) y el poder constituido (legislador virtuoso) se hace visible en este precepto. Aunque la tradición constitucional estatalista (Fioravanti) trata de restar valor al poder constituyente, una vez aprobada la constitución, lo cierto es que el mismo se mantiene latente, como poder soberano, para controlar el cumplimiento de los objetivos establecidos por el proyecto constitucional. La dimensión negativa del artículo 9.2 CE, responde a este control. Si se privará al artículo 9.2 CE de esta dimensión negativa, se estaría debilitando el sistema de garantías de la ciudadanía respecto a sus derechos fundamentales. La reforma de la constitución realizada el 27 de septiembre de 2011, en concreto, en el artículo 135 para situar el control del déficit público por encima del compromiso social que impone el 9.2; o el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que permite a las empresas negociar condiciones de trabajo ignorando lo establecido en los convenios, son dos buenos ejemplos de cómo ha sido ignorado el artículo 9.2. CE, por más que se aleguen razones de urgencia nacional para aportarles legitimidad constitucional.

<sup>16</sup> STC 59/2008, de 14 de mayo; STC 12/2008, de 29 de enero, y STC 13/2009, de 19 de enero. En todas estas sentencias destaca el desarrollo del contenido del principio y el derecho a la igualdad que la Constitución española permite.

<sup>17</sup> El análisis de esta jurisprudencia fue presentado en el Seminario Internacional sobre discriminación por razón de sexo y procedimiento jurídico, organizado por la Defensoría para la Igualdad del País Vasco, los días 3 a 5 de septiembre de 2008. El título de la ponencia es: «La discriminación indirecta y el orden patriarcal», el texto puede ser consultado en [http://www.f-3.net/defensoria/2008/documentos/Ana\\_Rubio.pdf](http://www.f-3.net/defensoria/2008/documentos/Ana_Rubio.pdf).

tación política y otras una fundamentación jurídica. Si bien parece decantarse en los últimos años por una fundamentación jurídica<sup>18</sup>.

A la luz de este desarrollo jurídico y jurisprudencial no había razones *a priori* para prever fuertes resistencias sociales o doctrinales respecto a la ley de igualdad efectiva 3/2007; sin embargo, las resistencias, frente a todo pronóstico, han sido muy importantes, tanto a nivel social como doctrinal. Sirvan como ejemplo los más de 400 recursos de inconstitucionalidad que se interpusieron frente a la ley contra la violencia de género, a pesar de haber sido aprobada por consenso en el parlamento español, o las más de 800 sentencias que han generado las disciplinas *educación para la ciudadanía*, deteniéndose muchas de ellas en la negación de la igualdad de hombres y mujeres. La igualdad de género es considerada por muchos recurrentes y algunos ponentes de las sentencias analizadas como «ideología de género», al considerar que la desigualdad entre hombres y mujeres es lo natural, y la igualdad de género promovida una distorsión de la verdadera naturaleza humana. Aunque el TS se opuso a este tipo de argumentos y unificó doctrina a favor de la igualdad de género<sup>19</sup>, el nivel de conflictividad que desvelan las sentencias, tanto a nivel cuantitativo como cualitativo, desvela el contexto social y doctrinal en que se aplica y desarrolla la ley de igualdad efectiva.

Bajo el argumento de que los nuevos instrumentos jurídicos creados al amparo de la promoción de la igualdad efectiva de mujeres y hombres violan la igualdad de trato constitucional, entendida ésta como indiferenciación, han hecho dudar de la legitimidad del Derecho antidiscriminatorio y han promovido confusión respecto al mismo<sup>20</sup>. Para ciertos sectores sociales y doctrinales esta nueva realidad jurídica

<sup>18</sup> Creemos que esta opción responde a la destrucción paulatina que en España se está realizando en los últimos años del Estado social.

<sup>19</sup> RUIZ RESA, J. D., «Un Análisis en torno a la educación para la ciudadanía y la ideología de género», *Revista Vasca de Administración Pública* (91) 2011, pp. 193-229.

<sup>20</sup> En opinión de Giménez Cluck, el error de identificar acciones positivas con todo tipo de intervención que tenga como finalidad promover la igualdad de los individuos y de los grupos en los que se integra, sin especificar qué características presentan, deja la puerta abierta a su cuestionamiento. Por esta razón considera importante distinguir entre –medidas de compensación de la inferioridad social. Medidas que toman en consideración rasgos humanos que de no existir discriminación, deberían ser indiferentes a las leyes y las políticas públicas. Medidas cuyo objetivo es mejorar la posición social del grupo, y cuya temporalidad depende de este hecho. Esta argumentación implica aceptar que la igualdad indiferenciada debe ser la norma y el trato diferencial la excepción discriminatoria coyuntural. GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, 1998. En esta misma línea se sitúa Fernando Rey. REY, F., «¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?», *ACFS*, núm. 45, 2011, pp. 167-182. Sobre los dilemas que presenta actualmente el derecho antidiscriminatorio, véase: AÑÓN, M.<sup>a</sup> J., «Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja», ponencia presentada en las *Jornadas Integración y derechos en crisis*, 15 de noviembre 2012. La ponencia está recogida en: [http://www.uv.es/immigracio/PrometeoGVA/III\\_Encuentro\\_files/Maria\\_jose\\_anon.pdf](http://www.uv.es/immigracio/PrometeoGVA/III_Encuentro_files/Maria_jose_anon.pdf).

representa el reconocimiento de un estatuto jurídico privilegiado para las mujeres, que se legitima desde el victimismo y el radicalismo del feminismo oficial<sup>21</sup>.

Una vez presentadas las tensiones políticas o ideológicas que en los últimos años han envuelto y marcan, tanto a nivel teórico como práctico, el desarrollo del derecho antidiscriminatorio en materia de igualdad de género, el paso siguiente es entrar a analizar las técnicas legislativas que la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (a partir de ahora LOIEMH) ha utilizado para implementar el derecho comunitario y desarrollar el mandato constitucional a la igualdad de mujeres y hombres.

Por las mismas razones que otros ámbitos del derecho público han desarrollado la autorregulación y el *soft law*, la LOIEMH introduce la técnica del *soft law* junto a la técnica del *hard law*, en la promoción de la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Esta coexistencia de técnicas legislativas muestra hasta qué punto las viejas fronteras entre la sociedad y el Estado, lo privado y lo público y las diferentes administraciones se han diluido hasta hacer del derecho un sistema de regulación complejo, plural, poliédrico, ambiguo y ambivalente<sup>22</sup>, que se

---

<sup>21</sup> Aunque desde hace décadas la doctrina viene defendiendo que la igualdad básica que hay que garantizar para el ejercicio igualitario de los Derechos no se limita tan sólo a la igualdad formal, exigiendo el estado social la redistribución equitativa de bienes materiales e inmateriales como son: el poder, la autoridad o el reconocimiento social, son muchas las voces críticas que todavía envuelven a esta dimensión del principio de igualdad. Se defiende que las políticas redistributivas de bienes inmateriales suponen un desvío o un exceso del Estado, que pone en riesgo las libertades individuales. Se argumenta que la función del Estado, y por consiguiente la del derecho, debe limitarse a establecer las condiciones institucionales necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos y libertades individuales. Otros sectores doctrinales, por el contrario, consideran la función redistributiva insuficiente para garantizar la justicia social, demandando cambios más radicales como una nueva ontología social y un nuevo proyecto de justicia social. Véase: YOUNG, I., «La justicia y la política de la diferencia», cátedra, 2000; *La responsabilidad por la justicia*, Ediciones Morata, 2011.

<sup>22</sup> Teubner Gunther hablaba de tres etapas de evolución del derecho, el derecho formal tejido en torno a las relaciones intersubjetivas; el derecho sustantivo o regulador desarrollado en torno a la intervención autoritaria de los poderes públicos y el derecho reflexivo; y, por último, un derecho orientado a promover la intervención activa y responsable de los propios poderes y de los sistemas sociales. Partes muy importantes de la ley de igualdad responden a este último tipo de derecho. A través del derecho reflexivo se busca capacitar a los sujetos para que puedan regular por cuenta propia sus conflictos. En este contexto las normas se justifican y se legitiman no desde la autonomía privada o la regulación legal del comportamiento, sino por el desarrollo de una autonomía reglada que busca una regulación sistémica a través de normas de organización y del diseño de determinados procedimientos. Se busca estructurar y reestructurar ámbitos en los que poder desarrollar distintos tipos de discursos y procedimientos, haciendo coexistir la integridad del sistema jurídico y la lógica de los subsistemas que regulan cada uno de los diferentes contextos sociales. El derecho reflexivo depende de normas procesales que regulan procesos y asignan derechos y competencias, mediante el control indirecto y abstracto de las acciones sociales, como resultado de establecer un sistema que sólo determina las premisas

acerca bastante a lo que Zagresky denominaba derecho dúctil. Un derecho que se caracteriza por su capacidad para absorber la diversidad y adaptarse al cambio<sup>23</sup>.

### 3. LAS NUEVAS TÉCNICAS LEGISLATIVAS

Los ensayos políticos que hoy impone la globalización a los Estados como modelos ideales del buen gobierno han hecho nacer una nueva retórica jurídica representada por la contraposición entre el *hard law* y el *soft law*. Estas dos técnicas legislativas se presentan doctrinalmente como dos paradigmas regulativos distintos y opuestos, como complementarios o como una forma híbrida de regulación. Quienes defienden el *hard law* y el *soft law* como dos modelos regulativos distintos, argumentan que el *soft law* representa un modelo regulativo, deliberativo y participativo, que fomenta e incentiva compartir información y aprendizaje mutuo entre los diferentes actores implicados, en la regulación y experimentación de nuevas estrategias de cooperación y negociación. Desde este enfoque los actores se convierten en unidades constituyentes que aprenden desde sí y entre sí, poniendo en cuestión las tradicionales y rígidas fórmulas de regulación<sup>24</sup>. Para otro sector de la doctrina, no son dos técnicas legislativas contrapuestas, sino dos técnicas complementarias entre sí, en tanto el *soft law* es valorado como normas de *lege ferenda* o como criterios interpretativos que han de guiar la aplicación e interpretación del *hard law*. Por último, están quienes matizan las dos anteriores afirmaciones y defienden que a pesar de ser dos técnicas legislativas distintas, ambas concluyen muy eficazmente en la resolución de determinados conflictos de alta complejidad social, los cuales demandan una fuerte especialización<sup>25</sup>. Una vez presentadas las relaciones que la doctrina ha esta-

---

organizativas y procesales de las acciones futuras. Estas tesis han sido recogidas y desarrolladas por Reich Norbert. Un cierto sector de la doctrina ha criticado el planteamiento de Teubner al estimar que su propuesta tiene el riesgo de reforzar aún más las tendencias corporativas de las sociedades actuales. TEUBNER, G., «Substantive and reflexive elements in modern law», en *Law and Society Review*, New Jersey, volumen 17, núm. 2, 1983, p. 240, 255. REICH, N., «Formas de socialización de la economía: reflexiones sobre el post-modernismo de la teoría jurídica», en *Derecho y economía en el Estado social*, Madrid, 1988; DODDS BERGER, D. A., «Paradigmas del Derecho, reflexión y derechos sociales», *Derecho y Humanidades*, núm. 19, 2011, Universidad de Chile, pp. 99-111.

<sup>23</sup> MERCADO P., «Experimentalismo democrático, nuevas formas de regulación y legitimación del Derecho», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 46 (2012), pp. 46-48.

<sup>24</sup> MERCADO, *ob. cit.*, pp. 54-56.

<sup>25</sup> Esta sería mi opinión en el caso de los supuestos de violencia estructural, como es el caso de la discriminación contra las mujeres. Esta técnica pretende superar, en los supuestos de igualdad efectiva de mujeres y hombres, las dificultades que ciertas decisiones unilaterales por parte de la administración podrían generar en sec-

blecido entre una y otra técnica legislativa, debemos adentrarnos en la conceptualización del *soft law*, por tener esta técnica una presencia relevante en la LOIEMH.

Al ser el término *soft law* un término creado por la doctrina a partir del análisis del derecho real, es lógico que los primeros debates se centraran en su dimensión, o no, de fuente del derecho y en sus caracteres propios. La primera dificultad a la hora de determinar qué debía entenderse por *soft law* y qué elementos lo caracterizan era la diversidad de instrumentos jurídicos de *soft law* –resoluciones, códigos de conducta, códigos deontológicos, normas técnicas, guías técnicas, buenas prácticas, etc.– que, como Sarmiento defiende, se incluyen bajo esta etiqueta. Una inclusión que en ocasiones sólo responde al hecho de no encajar en la estructura tradicional del derecho. Este dato ha conducido al error de entender al *soft law* como un derecho «débil o suave», restándole importancia jurídica y valor normativo respecto al *hard law*. Pero calificar como débil a un derecho que alcanza en ciertos sectores un nivel de aplicabilidad cercano al 100% (sector energético), es claramente erróneo además de incorrecto, pues el *soft law* es el único derecho en ciertos sectores y en otros amplía las formas de regulación jurídica. Además, está el hecho de ser aplicado por los tribunales y negociarse y litigarse bajo su protección y, cada vez en mayor medida, condicionar la interpretación del *hard law*. «En definitiva, son normas que no son normas, pero nadie se atrevería a afirmar que su existencia va desnuda de efectos jurídicos»<sup>26</sup>. Las dificultades conceptuales que existen para su correcta comprensión y aplicación obedecen a la incapacidad de las actuales teorías jurídicas para integrarlo en sus viejas categorías y conceptos<sup>27</sup>. Pero aunque la ciencia jurídica tenga dificultades para integrar esta nueva técnica legislativa en su modelo dogmático de ciencia, la materialización del Derecho ha generado cambios en su función, legitimación y estructura<sup>28</sup>. El Con-

---

tores privados o publico-privados que demandan de instrumentos flexibles y de adhesión voluntaria para modificar prácticas largamente asentadas, lográndose así un plus de legitimidad en la decisión. Además el *soft law* hace posible que el Estado intervenga en ámbitos de potestad discrecional, que de otro modo generarían problemas de competencia.

<sup>26</sup> SARMIENTO, D., *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la administración*, Thomson/Civitas, Navarra, 2008, p. 28.

<sup>27</sup> Estas dificultades han sido analizadas por Bourdieu, P. y Teubner, G., quienes hacen el esfuerzo de aportar modelos cada vez más complejos que permitan explicar el funcionamiento de las instituciones jurídicas concretas, al tiempo que el derecho en su conjunto. Este nivel de investigación teórica y empírica al mismo tiempo es lo que he pretendido en este trabajo. En esta línea véase: BOURDIEU, P., TEUBNER, G., *La fuerza del Derecho*, Siglo del Hombre, Facultad de derecho de la Universidad de los Andes, 2000.

<sup>28</sup> La materialización del principio de igualdad en la CE ha generando y tanto el desarrollo de principios abstractos como de normas más concretas, así como de tipos de normas que se oponen a la estructura lógico-deductiva tradicional de la norma jurídica, con la pretensión de satisfacer las demandas constantes que genera promover

sejo de Estado en el Dictamen 803/2006, emitido respecto a la ley de igualdad que nos ocupa, empleaba ya esta expresión, aunque todavía no lo hace el TC, ni el TS, en sus sentencias.

La segunda dificultad conceptual estuvo centrada en si era lógico aplicar esta denominación a disposiciones establecidas por sujetos privados y no sólo públicos, aceptándose que existía un *soft law* público, privado y público privado (este último a medio camino entre la norma y el contrato). Por último, se cuestionó el carácter abierto e indeterminado del *soft law* y los efectos jurídicos que éste podía, o no, tener. Estas primeras delimitaciones conceptuales pretendían dejar claro que nos encontrábamos ante una nueva forma de regulación, ante una técnica legislativa por la que se optaba al considerarla más apropiada para regular determinados contextos o relaciones sociales. A pesar de estos esfuerzos de conceptualización y delimitación, hay quienes defienden que el *soft law* es sólo un complemento del *hard law* y, por consiguiente, que sólo representa propuestas de *lege ferenda*, avances del *hard law* (Lor McNair) o parámetros interpretativos del *hard law* (Caamaño Anido, Calderón Carrero).

Aunque la mayor parte de estos debates doctrinales se han desarrollado en el marco del derecho internacional, la aplicación del *soft law* a nivel interno en España han hecho nacer nuevas precisiones conceptuales en el ámbito del derecho administrativo (D. Sarmiento, 2008<sup>29</sup>) o del derecho financiero (G. Alarcón, 2010<sup>30</sup>), así como una amplia doctrina, que trataremos de trasladar al contexto de la LOIEMH, con la finalidad de determinar la vertiente anulatoria, interpretativa y procesal que tiene esta técnica en el contexto de la Ley de igualdad.

Una vez presentados los problemas de delimitación conceptual entre el *soft law* y el *hard law*, hay que mencionar el carácter no vinculante del *soft law* y su difícil integración en la teoría tradicional de las normas jurídicas, aunque encuentra fácil acomodo en lo que Bobbio denominó la función promocional del derecho. Esto es, un derecho cuyo fin es proponer, no imponer determinadas conductas o prácticas; es decir, un derecho que trata de buscar, dada la naturaleza de su fin, la adhesión voluntaria de los diferentes sujetos normativos a quienes se dirige. La búsqueda de esta adhesión no debe interpretarse como debilidad o defecto, sino como estrategia para favorecer un relevante cambio social y económico, con el máximo impacto y los míni-

---

la igualdad de oportunidades. Este proceso envuelve al derecho antidiscriminatorio en una contradicción, que Teubner analiza respecto al derecho en general, en la obra antes citada: un continuo esfuerzo de autonomía que tropieza constantemente con la dependencia que exige su eficacia. La ley de igualdad española refleja con bastante claridad esta tensión.

<sup>29</sup> Daniel Sarmiento aporta una teoría sobre los efectos jurídicos de estas normas de gran interés para el tema que nos ocupa. SARMIENTO, D., *El soft low administrativo*, Civitas, 2008.

<sup>30</sup> ALARCÓN GARCÍA, G., «El *soft law* y el sistema de fuentes», *Tratado sobre la Ley General Tributaria: Homenaje a Álvaro Rodríguez*, Editorial Aranzadi, 2010.

mos costes en el contexto de la LOIEMH. El valor y la funcionalidad del *soft law* radica en su capacidad para generar nuevas formas de cooperación, participación e integración en contextos y en relaciones en las que confluyen diversos sujetos, intereses y niveles de regulación, que además están abiertos a fuertes incertidumbres y cambios, y ante los que la Administración encuentra dificultades de legitimidad para regularlos.

Quienes insisten en definir el *soft law* en relación o en contraposición con el *hard law*, destacan su dimensión de derecho sin sanción o derecho no vinculante, destacando que no son referentes obligatorios para el poder judicial, ni parámetros de enjuiciamiento de disposiciones generales o actos administrativos. Sin embargo, a partir de la sentencia Grimaldi, 322/88, de 13 de diciembre de 1989, esta afirmación no es correcta. El TJCE defendió que las Recomendaciones ilustran la interpretación de otras disposiciones nacionales y completan las disposiciones comunitarias. Si estos efectos jurídicos son predicables de las recomendaciones europeas respecto al derecho interno de los Estados, más aún lo serán las recomendaciones, normas técnicas, códigos deontológicos, etc., que se desarrollan a nivel regulativo en el interior de un mismo sistema jurídico. Frente a quienes niegan valor interpretativo al *soft law*, están quienes por el contrario le reconocen valor de fuente del derecho, al considerar que tiene una estructura normativa similar a la de los principios generales del derecho. Alonso Gracia sostiene que el *soft law* puede tener alcance interpretativo en el marco de la aplicación judicial del derecho, si se utiliza como marco conceptual e ideológico a la hora de construir la decisión judicial, aunque también se pueda ignorar, puesto que exige su adhesión voluntaria. Ahora bien, si no se toma en consideración, la administración deberá justificar por qué<sup>31</sup>. Esto significa que el *soft law* deviene sólo operativo a través de su aplicación o posterior desarrollo en un acto normativo, que puede ser una ley, un acto administrativo o una sentencia, pero que su ignorancia también tiene efectos jurídicos. Con base en estos argumentos se puede concluir que lo que caracteriza al *soft law* no es tanto un contexto normativo determinado –contexto complejo de cooperación y negociación– sino su estructura, caracterizándose por ser normas generales, muy abstractas e indeterminadas (normas directivas), que proporcionan una gran flexibilidad y especialización. Pero dado que los instrumentos normativos de *soft law* son muy diferentes, no parece suficiente para captar su especificidad, esta conclusión. Por esta razón, debemos hacernos una pregunta más, ¿por qué se utiliza esta técnica, en un determinado contexto? ¿Qué explica que se utilicen un tipo de instrumentos de *soft law* y no otros? Trataremos de responder a estas cuestiones teniendo como contexto explicativo el mandato de igualdad de género que la LOIEMH trata de alcanzar.

---

<sup>31</sup> SARMIENTO, *ob. cit.*, pp. 72-73.

Hemos sostenido hasta ahora que el *soft law* representa una nueva forma de regulación –una técnica legislativa–, para realidades complejas y abiertas a procesos continuos de cambio, lo que explica su carácter no vinculante y la exigencia de adhesión voluntaria, la cual puede realizarse a través de múltiples vehículos normativos. La complejidad que encierra el logro de la igualdad efectiva de mujeres y hombres en España explica que encontremos en la LOIEMH ejemplos de *soft law* público, privado y privado-público. Pero este dato no permite comprender suficientemente por qué se opta por esta técnica en determinados momentos de la ley de igualdad, cuando existía la posibilidad de apostar por otra estructura normativa más taxativa, lo que hubiese parecido lógico dada la relevancia social y política de la materia que nos ocupa. Creo que se comprende mejor la elección de esta técnica, en determinados preceptos de la LOIEMH, si recordamos que la misma nace para conformar nuevas soluciones normativas a partir de la participación, negociación y consenso entre actores privados y públicos. Esto supone reconocer que el Estado ha renunciado, en el actual contexto socio-económico, a ser el único centro de imputación del derecho positivo, para que el nuevo derecho pueda generar efectos jurídicos en un plano diferente al de la validez. Quienes reniegan o desconfían de esta técnica de regulación jurídica se preguntan si no estaremos asistiendo a una utilización interesada de la carga emotiva del derecho (C. Santiago Nino), por la que el Estado puede eludir sus responsabilidades en materia de igualdad de género, al desplazar la responsabilidad en la satisfacción de este objetivo a la sociedad, al exigir la adhesión voluntaria de lo establecido o propuesto. Estas dudas y temores, en un contexto tan sensible desde el punto de vista ideológico y político como el actual, son comprensibles, y hasta cierto punto lógicas, dado el escaso reconocimiento y valor social y doctrinal que todavía existe respecto al derecho antidiscriminatorio en materia de igualdad de género. Sin embargo, considero que el mandato de igualdad de género por su *transversalidad* y complejidad exige necesariamente para su desarrollo de ambas técnicas, dada la responsabilidad institucional y social que existe en la erradicación de la violencia contra las mujeres. Los preceptos de *soft law* contenidos en la LOIEMH desplazan a la sociedad o a la administración, según los casos, un mandato de optimización que lleva implícito el reconocimiento de la responsabilidad de los actores normativos implicados. Por este motivo, la omisión o ignorancia del *soft law* contenido en la LOIEMH tiene efectos jurídicos y de ella derivan responsabilidades tanto para la administración como para los actores privados.

Antes de analizar el *soft law* recogido en la LOIEMH, para analizar su diferente naturaleza, debemos recordar a qué cambios responde esta técnica regulativa. Los cambios producidos en la economía y en la sociedad rompieron las bases de legitimación del poder del Estado y abrieron una grave crisis de legitimación, haciendo eviden-

te la incapacidad de los Estados para gobernar y regular la vida socio-económica. En este contexto el poder legislativo y el poder judicial quedaron atrapados en estructuras e instituciones obsoletas, que generan disfunciones, hasta el punto de asumir el poder ejecutivo una posición privilegiada, en materia legislativa, que la constitución no le atribuye<sup>32</sup>. Basta con citar el creciente número de decretos leyes abstractos y de leyes marco que hoy invaden el sistema jurídico español, criticándose desde amplios sectores sociales y doctrinales su inutilidad, al no aportar respuestas concretas a los graves problemas existentes en la sociedad. A este hecho hay que sumar el amplio margen de decisión y discrecionalidad, que esta forma de legislar otorga al poder judicial, «llevando a los tribunales a convertirse en depositarios de una misteriosa *voluntad legislativas*, siempre supervisada por los mandatos igualmente enigmáticos de la Constitución». El desmedido poder que adquiere el poder judicial y la indeterminación de las soluciones jurídicas convierte a la administración de justicia española en «un poder bajo sospecha»<sup>33</sup>. Esto ha llevado a la doctrina a hablar de creación judicial del derecho (M. Iglesia Vila<sup>34</sup>) o de desgobierno judicial (A. Nieto García<sup>35</sup>), y explica el desarrollo de técnicas de *soft law*<sup>36</sup>. *Las nuevas normas de soft law* que no se incardinan en el sistema oficial de fuentes, pero sí actúan como parámetros de conducta de sus destinatarios, se convierten en el contexto normativo español en útiles instrumentos de regulación frente a la discrecionalidad judicial<sup>37</sup> y a los límites que impone la constitución<sup>38</sup>.

---

<sup>32</sup> El *soft law* supone la respuesta a la discrecionalidad judicial, con el fin de generar la inmunidad de los actores implicados. SARMIENTO, *ob. cit.*, p. 32.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>34</sup> IGLESIAS VILA, M., *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999. También puede verse: IGARTUA SALAVERRÍA, J.: «Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 46, 1996, pp. 95-118.

<sup>35</sup> NIETO GARCIA, A., *El desgobierno judicial*, Trotta, 2004.

<sup>36</sup> SARMIENTO, *ob. cit.*, pp. 36-39.

<sup>37</sup> El efecto negativo de esta forma de regulación es el fomento de la justicia privada, un hecho que se hace especialmente notable en contextos como el derecho mercantil español.

<sup>38</sup> El tribunal constitucional español ha apoyado generosamente las técnicas de delegación y el recurso al decreto-ley, motivo por el cual los gobiernos en los últimos años han empleado en exceso la delegación reglamentaria y la deslegalización, abriendo amplios espacios a la actuación gubernamental. Como Guerrero Salom destaca el TC en sus veintiséis años sólo ha declarado la inconstitucionalidad de un decreto-ley por falta de fundamento habilitante, STC 687/2007, 28 de marzo. GUERRERO SALOM, E., *Crisis y cambios en las relaciones parlamento-gobierno (1993-1996)*, Tecnos, Madrid, 2000.

#### 4. LA LEY ORGÁNICA PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES 3/2007 Y LAS DIFERENTES TÉCNICAS LEGISLATIVAS

Existen pocos contextos desde los que apreciar con tanta claridad lo expuesto sobre al *soft law*, como en la LOIEMH. Su dimensión transversal y su vocación de *Código de igualdad* hacen de esta ley una ley compleja y ejemplo de los efectos que produce la materialización del derecho. La LOIEMH es una norma de *hard law*, en cuyo interior coexisten disposiciones de *soft law*<sup>39</sup> y de *hard law*. Esta complejidad técnica y estructural deriva de su ambicioso fin: construir una «perfecta igualdad en la que no se admita el poder o el privilegio de unos y la incapacidad de otros». Para razonar la diversidad de enfoques, planos, técnicas e instrumentos jurídicos desarrollados por la LOIEMH, era oportuno mostrar los límites que la igualdad formal, o la igualdad como indiferenciación presentaba en la lucha contra la discriminación que sufren las mujeres. Son estos límites los que hacen necesario el desarrollo de nuevos instrumentos jurídicos y políticos para prevenir y detectar precozmente las situaciones de discriminación, y los que explican la complejidad de técnicas regulativas que es necesario utilizar para regular sectores o implicar a actores sobre los que el Estado tiene una dudosa capacidad de intervención<sup>40</sup>. La eficacia normativa o el impacto social que la LOIEMH pretende no es posible sin implicar voluntariamente a los actores sociales y económicos<sup>41</sup>. Todo lo expuesto explica que la LOIEMH posea una parte muy importante de *hard law* que se encuentra tanto en su articulado como en las 31 disposiciones adicionales y 11 disposiciones transitorias, que reforman un total de 22 leyes de gran relevancia jurídica e impacto social. Me parece importante recordar aquí, para valorar su impacto en el sistema jurídico, las leyes que han sido modificadas por la ley de igualdad:

- Ley Orgánica del Poder Judicial,
- Ley Orgánica del Régimen Electoral General,
- Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal,
- Ley de Enjuiciamiento Civil,
- Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,
- Ley por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la directiva 89/552/CEE,
- Ley General de Sanidad,

<sup>39</sup> Además existe el *soft law* en sus múltiples modalidades, *soft law* público, privado y público privado; así como con estructura de regla o de principio cada una de estas tipologías.

<sup>40</sup> Exposición de motivos, punto III. Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

<sup>41</sup> Recordemos la dimensión estructural que tiene la discriminación contra las mujeres en todas las sociedades y el peso del patriarcado en la sociedad española.

- Ley de Cohesión y Calidad del sistema de salud,
- Ley del Estatuto de los Trabajadores,
- Ley de prevención de Riesgos Laborales,
- Ley de procedimiento laboral,
- Ley de Infracciones y Sanciones del orden social,
- Real Decreto Ley por el que se regula las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los Contratos de interinidad que se celebran con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los periodos de descanso por maternidad, adopción o acogimientos,
- Ley de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del Empleo y la Mejora de la Calidad 9 de julio de 2001,
- Ley de Empleo 56/2003,
- Ley General de la Seguridad Social,
- Ley de Medidas para la reforma de la función pública, Ley del Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas,
- Ley de Funcionarios Civiles del Estado,
- Ley 55/2003 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud,
- Ley del Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil, Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios,
- Ley de Sociedades Anónimas y
- Ley de Creación del Instituto de la Mujer.

El *hard law* existente en el articulado de la ley de igualdad se centra en aquellos aspectos conceptuales y definitorios que en materia de igualdad y tutela contra la discriminación se han desarrollado por el derecho comunitario. Sirvan como ejemplo la definición de acoso sexual y por razón de sexo (art. 7), la declaración de discriminación directa de todo trato más desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad (art. 8), el establecimiento de las consecuencias jurídicas ligadas de las conductas discriminatorias (art. 10), la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas (art. 4), los cambios introducidos en materia probatoria en los supuestos de discriminación (art. 13), la exigencia de los informes de impacto de género en todas las disposiciones de carácter general y planes de especial relevancia económica, social, cultural y artística, que se sometan a la aprobación del Consejo de ministros (art. 19), la adecuación de las estadísticas y estudios para que introduzcan la perspectiva de género (art. 20), la cooperación de las administraciones públicas para integrar el derecho de igualdad entre mujeres y hombres en el ejercicio de sus respectivas competencias, especialmente en su planificación (art. 21), la inclusión entre los fines del sistema educativo del respeto a los derechos y libertades fundamentales y a la igualdad de derechos y de oportunidades entre mujeres y hombres, como objetivos indispensables para un sistema educativo de calidad (art. 23), los programas públicos de desarrollo del deporte

incorporando la efectiva consideración del principio de igualdad real y efectiva entre mujeres y hombre en su diseño y ejecución (art. 29). En esta misma línea cabe citar también la importancia de integrar la igualdad de mujeres y hombre en las políticas urbanas (art. 31), en la política española de cooperación para el desarrollo (art. 32), en las políticas de mejora de la empleabilidad (art. 42), etc. Una mención especial merecen además los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (art. 44). En ninguno de estos supuestos se exige la adhesión voluntaria, se imponen objetivos y obligaciones a los diferentes sujetos implicados a través de la definición, conceptualización y declaración.

Aunque el *soft law* puede cobrar vida a través formas y categorías, actos e instrumentos diferentes, en el caso que nos ocupa se hace a través de una norma de *hard law*. Estos supuestos son excepcionales, puesto que la mayor parte de las veces el *soft law* actúa sin norma que informe sobre los procedimientos o finalidad del mismo. La forma de inclusión del *soft law* que se produce en la LOIEMH ya nos advierte de la estrecha relación que debe existir entre una y otra técnica de regulación. No sólo el *soft law* ha de informar el *hard law*, también a la inversa. Sin embargo, como expondremos a continuación, no ha sucedido esto. Las partes de *soft law* incluidas en la LOIEMH han contaminado las de *hard law*, hasta el punto de entenderse que las partes preceptivas y conceptuales contenidas en el articulado de la LOIEMH necesitan para su obediencia de la adhesión voluntaria por parte del poder judicial y de los diferentes actores implicados.

Este hecho explica la falta de efectos jurídicos que se reconocen al *soft law* en materia de igualdad de género<sup>42</sup> y la falta de responsabilidad con la que los actores tanto privados como públicos responden a los objetivos establecidos en la LOIEMH<sup>43</sup>. Este déficit de conocimiento teórico y de reconocimiento no se explica, dado que el *soft law* ha estado funcionando a nivel constitucional como un mandato de optimización desde hace años (Rubio Llorente), y, en los últimos años, se han desarrollado normas de *soft law*<sup>44</sup> en ámbitos como el

---

<sup>42</sup> Impide ignorar las normas de *soft law* el artículo 9.3 de la CE, cuando consagra el principio de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico.

<sup>43</sup> Estos hechos únicamente se comprenden desde el ambiente de rechazo al derecho antidiscriminatorio en materia de igualdad de mujeres y hombres, promovido en España por sectores sociales y doctrinales fuertemente conservadores.

<sup>44</sup> La Unión Europea ha reconocido expresamente estas nuevas técnicas de producción normativa en sentido lato en el Acuerdo Institucional del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión «Legislar mejor» (2003/C 321/01) DOUE C 321, de 31 de diciembre de 2003. Ante la inflación de normas comunitarias, las instituciones de la UE proponen recurrir a técnicas propias del *soft law* (corregulación y autorregulación) cuando no sea conveniente la creación de normas con fuerza de ley, sean éstas Directivas o Reglamentos (art. 288 TFUE). Este Acuerdo, bajo el título «Legislar mejor», pretende entre otras cosas potenciar la coordinación interinstitucional y la transparencia, mediante un marco estable de instrumentos de «legislación blanda» o *soft law* que facilite su futura utilización. La Comisión Europea vuelve sobre estos

*derecho administrativo, mercantil y financiero, generando amplios debates teóricos, en los que se han puesto de manifiesto la relevancia del soft law y los diferentes efectos jurídicos que despliega, como ya hemos visto*<sup>45</sup>. Si ponemos en relación este desarrollo y reconocimiento de la importancia del *soft law* con lo que está ocurriendo en materia de igualdad efectiva de mujeres y hombres, sólo cabe una explicación: existen en España fuertes resistencias ideológicas frente al derecho antidiscriminación en materia de igualdad de género. Una nueva realidad jurídica que es calificada por algunos sectores sociales y doctrinales como ilegítima –al entender que otorga privilegios a las mujeres–, o superflua, al considerar que no añade nada a los instrumentos jurídicos tradicionales que ya existen en materia de igualdad.

Se ha valorado erróneamente por las y los operadores jurídicos la LOIEMH como una ley ideológica, como una ley-panfleto, que sólo recoge los buenos propósitos del gobierno y del parlamento en materia de igualdad entre mujeres y hombres. Esta valoración limita la validez de la LOIEMH a sus disposiciones adicionales, en las que se modifican de forma concreta algunas de las leyes más relevantes del ordenamiento jurídico. Este hecho, ya de por sí, suficientemente grave, se incrementa cuando las disposiciones adicionales se interpretan además de modo literal, sin atender a los fines y objetivos que recoge el articulado de la LOIEMH y las directivas que el mismo implementa. Un error de interpretación que consideramos inexplicable, en atención al contenido del artículo 4 LOIEMH: «La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres como principio informador del ordenamiento jurídico se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas». En este precepto se establece una regla general de interpretación y aplicación de las normas jurídicas, que interactúa y amplía los criterios establecidos en el artículo 3 del Civil. Con base en este artículo cabe defender los efectos jurídicos tanto de las disposiciones de *hard law* como de *soft law* contenidas en la LOIEMH. Máxime si pensamos que el

---

argumentos en su Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo: Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea, Bruselas, en marzo de 2005 COM(2005) 97 final Aunque se afirma que estos *alternative regulation mechanisms* no serán aplicables en o para cuestiones que afecten a los derechos fundamentales o se trate de opciones políticas importantes (*sic*), o en situaciones en que deban aplicarse uniformemente las normas en todos los Estados miembros, o afecte a los principios de competencia ni a la unicidad (*sic*) del mercado interior; las tres instituciones europeas reconocen la utilidad de emplear mecanismos de regulación alternativos (*alternative regulation mechanisms*), cuando sea necesario y el Tratado CE no imponga específicamente recurrir a un determinado instrumento jurídico (punto 16.º del Acuerdo).

<sup>45</sup> Esteve pardo analiza el desarrollo de *soft law* en la publicidad y medios de comunicación, calidad y regulación del mercado financiero, problemas medioambientales. Contextos todos ellos en los que el *soft law*, como es el caso de la regulación medioambiental, llega incluso a ser el único derecho. ESTEVE PARDO, *Autorregulación, Génesis y Efectos, cit.*, pp. 57 ss., 70 ss. y 89 ss.

artículo 2 LOIEMH está reconociendo en su apartado 1, que «todas las personas gozaran de los derechos derivados del principio de igualdad de trato y de la prohibición de discriminación por razón de sexo». Y en su apartado 2: «Las obligaciones establecidas en la ley serán de aplicación a toda persona, física o jurídica, que se encuentre o actúe en territorio español, cualquiera que fuese su nacionalidad, domicilio o residencia». Tampoco cabe ignorar lo establecido en el artículo 3, cuando re-significa el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, al declarar que ésta supone «la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil».

Llegados a este punto se puede afirmar que tanto el *hard law* como el *soft law* contenidos en la LOIEMH tienen relevantes efectos jurídicos a nivel de aplicación de la ley de igualdad al caso concreto, como de interpretación del derecho español en general. Del mismo modo que debemos interpretar el derecho nacional de conformidad con el derecho comunitario, pienso que el derecho español debe interpretarse de conformidad con lo establecido en las normas de *hard law* y *soft law* establecidas en la LOIEMH. Si no fuera así, estaríamos neutralizando la pretensión de *transversalidad* que contiene el principio de igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres a nivel de derecho comunitario y de derecho nacional. Pero, ¿qué debe entenderse por «conforme a»? La respuesta ha sido suficientemente elaborada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas respecto a la obligación de interpretar el derecho nacional conforme al derecho comunitario. Corresponde a las administraciones y a los particulares la obligación de «*hacer todo lo posible*» para interpretar el derecho a la luz de lo establecido en la LOIEMH, lo que implica que los límites son: no llevar a cabo interpretaciones *contra legem*. Por consiguiente, una interpretación conforme a, es una interpretación que nos lleva hasta los límites de lo posible social y normativamente hablando, de ahí que se hable de «efecto directo horizontal» (Pescatore)<sup>46</sup>. De igual modo y con la misma legitimidad que el derecho comunitario ha impuesto en el derecho nacional la obligación fuerte de resolver conforme a sus contenidos, entendemos que la naturaleza y la vocación de la LOIEMH, de código de igualdad imponen al derecho español la misma exigencia<sup>47</sup>. Si esta obligatoriedad y efectos jurídicos se rechazaran, cabe señalar sin margen de duda que se esta-

---

<sup>46</sup> PESCATORE, P., «Monismo, dualismo y «efecto útil» en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Revista española de derecho europeo*, núm. 9, 2004, pp. 5-21.

<sup>47</sup> En el apartado 15 de la disposición adicional tercera de la LOIEMH se establece que la escuela judicial impartirá anualmente formación en la tutela del principio de igualdad de mujeres y hombres. Una formación especializada, como no puede ser de otro modo en una escuela de estas características.

ría violentando la coherencia que debe de existir en el interior de todo sistema jurídico, y que el derecho español consagra en el artículo 9.3 de la CE.

## 5. LAS DIFERENTES TIPOLOGÍAS DE *SOFT LAW* CONTENIDAS EN LA LOIEMH

Analizaremos a continuación algunos ejemplos de las diferentes tipologías de *soft law* que encontramos en la LOIEMH. En la LOIEMH se encuentra *soft law público ad intra* cuyo objeto está dirigido a la autoorganización de la administración. *Soft law* privado, cuyo objeto es la autoregulación, y *soft law* privado-público, en el que se mezcla la naturaleza pública con elementos contractuales propios de las relaciones entre particulares. Como la doctrina reconoce, en el interior de cada una de estas modalidades de *soft law* podemos encontrar formas unilaterales y formas convencionales establecidas a través de procesos de negociación. Los efectos jurídicos de cada una de estas modalidades dependerán de la técnica empleada para su incorporación<sup>48</sup>.

Como ejemplo de *soft law* público cabe citar el artículo 14 LOIEMH<sup>49</sup>, en el que se recogen los criterios generales de actuación de los poderes públicos: compromiso con la efectividad de la igualdad entre mujeres y hombres, la integración del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el conjunto de las políticas desarrolladas, con el fin de evitar la segregación, la disparidad retributiva, y fomentar el empresariado femenino; la colaboración y cooperación para que las distintas administraciones trabajen promoviendo la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres; la participación equilibrada de mujeres y hombres en todas las candidaturas electorales y en la toma de decisiones; establecimiento de medidas de protección de la maternidad o para favorecer la conciliación y el fomento de la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres en las relaciones entre particulares; así como la implantación de un lenguaje no sexista en el ámbito de la administración<sup>50</sup> y en la totalidad de las relaciones sociales, culturales y

<sup>48</sup> SARMIENTO, *El soft law administrativo*, cit., p. 107.

<sup>49</sup> Además del artículo 14, están los artículos 15, 16, 17 del artículo 21 al 35, título II, capítulo I y II. En el mismo sentido el Título V, dedicado al principio de igualdad en el empleo público; el capítulo I, artículo 51, criterios de actuación de las administraciones públicas; el capítulo II, artículos 52 a 54, dedicado al principio de presencia equilibrada en la administración general del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella; y el capítulo III, dedicado a medidas de igualdad en el empleo para la administración general del Estado y para los organismos públicos vinculados o dependientes de ella.

<sup>50</sup> Sobre cómo la administración de justicia está cumpliendo las recomendaciones establecidas por el Consejo General del poder judicial en materia de lenguaje jurídico no sexista véase: AA.VV. *Lenguaje jurídico y género: sobre el sexismo en el*

artísticas en la actuación de todos los poderes públicos. Las administraciones introducirán estos principios de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas, en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades.

El artículo 15 impone la transversalidad de la dimensión de género en todas las disposiciones y actos de la administración y el artículo 16 declara que en los nombramientos realizados por los poderes públicos se procurará atender al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres. Un compromiso de presencia paritaria que se extiende también a las designaciones de cargos de responsabilidad. Cómo y cuándo llevar a la práctica estos objetivos, queda a merced del nivel de adhesión voluntaria que cada uno de los sectores y servicios de la administración realice, y sus efectos jurídicos dependerán de los instrumentos jurídicos que empleen para su incorporación. Este hecho explica cómo en amplios sectores públicos muchos de estos objetivos han sido insuficientemente aplicados o se está retrasando injustificadamente su cumplimiento<sup>51</sup>. Las circulares, las instrucciones y las órdenes de servicio son los instrumentos más empleados por la administración para establecer normas de organización y conducta. Una opción cuyos efectos aún están sometidos en España a fuerte debates.

El fomento de la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres en las relaciones entre particulares, que se recoge en el artículo 14.10, queda explicitado en el Capítulo III, relativo a «Los planes de igualdad de las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad» (*soft law* privado-público), cuyo artículo 49, dice así «para impulsar la adopción voluntaria de planes de igualdad, el Gobierno establecerá medidas de fomento, especialmente dirigidas a las pequeñas y las medianas empresas, que incluirán el apoyo técnico necesario», estableciéndose un distintivo empresarial para aquellas empresas que destaquen en la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportuni-

---

*lenguaje jurídico*. Investigación promovida por la Comisión de Igualdad del Consejo General del Poder Judicial, año 2011, bajo la dirección como investigadoras principales de Ana Rubio y Encarna Bodelón, Consejo General del Poder Judicial, 2013.

<sup>51</sup> Sirva como ejemplo el retraso que las universidades tienen en el desarrollo de sus planes de igualdad o en el diseño de sus protocolos de actuación en materia de acoso sexual y por razón de sexo, así como la falta de investigación que existe en el ámbito de las universidades sobre la violencia de género. Entre las pocas existentes cabe citar: FERRER, V., BOSCH, E., NAVARRO, C., «La violencia de género en la formación universitaria: análisis de factores predictores», *Anales de Psicología*, vol. 27, núm. 2, pp. 435-446; IGAREDA, N., «La voz de las estudiantes. Las violencias sexuales en el ámbito universitario», *Las violencias machistas contra las Mujeres*, Universidad de Barcelona, 2012. VALLS, M. R., *Violencia de género en las universidades españolas*, Ministerio de Igualdad, Madrid, 2008 y del mismo autor *Guía de Prevención y atención de la violencia de género en las Universidades*, Universidad de Barcelona, 2008. *Informe español sobre Violencia sexual, acoso y miedo al delito*, realizado en el marco del Proyecto europeo 2009-2011-JLS/2007/SEC/415, publicado en enero 2012, Bochum. WWW.Gender.EU

des con sus trabajadores y trabajadoras, que podrá utilizarse en el tráfico comercial de la empresa y con fines publicitarios. También cabe citar como ejemplo de *soft law* privado-público los artículos del 36 al 41, contenidos en el Título III, en los que se regulan los medios de comunicación. En ellos se impone a los medios la promoción de una imagen igualitaria, plural y no estereotipada de mujeres y hombres. En concreto a RTVE española como servicio público se le exige que refleje la presencia de las mujeres en la sociedad española de forma adecuada (art. 37.1), y que adopte códigos de conducta tendentes a transmitir el contenido del principio de igualdad [art. 37.1.a)] y a no utilizar el lenguaje de forma sexista [art. 37.1.b)]. Igual sucede con la agencia EFE (arts. 38-41), a la que se impone la obligación «de adoptar las medidas que procedan, de acuerdo con su regulación, para asegurar un tratamiento de las mujeres conforme a los principios y valores constitucionales» (art. 40). Cuando se comparan los contenidos televisivos y la publicidad con estos mandatos legales se observa que son sistemáticamente incumplidos, pues la imagen que se aporta de mujeres y hombres es fuertemente estereotipada, y están repletos sus mensajes de prejuicios. La ineficacia social de la LOIEMH en sectores tan relevantes como los citados, sólo se explica desde la ineficacia y dejación de responsabilidad tanto de la administración como de la sociedad, en materia de igualdad de género.

Por último, como ejemplo de *soft law* privado, cabe citar el título VII, referido a la responsabilidad social<sup>52</sup> de las empresas<sup>53</sup> (arts. 73-75). Bajo el eslogan *la ética es la mejor política empresarial* para el éxito comercial y el incremento de la productividad, existe el esfuerzo de desarrollar un nuevo hacer empresarial, una nueva política de liderazgo empresarial que conecte beneficio con productividad y lealtad social. Una nueva relación que sólo es posible construir a partir

---

<sup>52</sup> Quizá sería más correcto decir que no existe una responsabilidad social de las empresas, sino el fomento de la dimensión social de sus responsabilidades.

<sup>53</sup> Se está creando un nuevo concepto de conciencia empresarial diferente del de la conciencia individual amparado en el artículo 16 CE; se está construyendo una idea de responsabilidad y de obligación empresarial fuerte ligada a los códigos de conducta y a la publicidad utilizada por las empresas para sus productos; se propone el desarrollo de nuevos instrumentos sancionadores ligados a la violación del *soft law* empresarial; la realización de auditorías independientes para controlar esta responsabilidad, en la línea de las existentes en materia de sostenibilidad. SATORRAS FIORETTI, R., *Responsabilidad social corporativa: la nueva «conciencia» de las empresas y entidades*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 209-212. CORTINA ORTS, A. (edit.), *Construir confianza: ética de la empresa en la sociedad de la información y las comunicaciones*, ALONSO SOTO, F., «Estrategia europea de la responsabilidad social de las empresas», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 62, 2006, pp. 79-108. CONILL SANCHO, J., *Horizontes de economía ética*, Tecnos, 2.ª edición, 2013, CORTINA ORTS, A., y GARCÍA MARZÁ, D. (eds.), *Razón pública y éticas aplicadas*, Tecnos, Madrid, 2003. Para analizar la forma en que los países mediterráneos están aplicando las políticas de responsabilidad social de las empresas véase: AA.VV., *Los gobiernos y la responsabilidad social de las empresas. Políticas públicas más allá de la regulación y la voluntariedad*, Granica, 2005, pp. 211-245.

de la implantación de nuevos modelos de conducta y de decisión empresarial basados en la transparencia y en la ética y no en el engaño y la manipulación. Esta nueva estrategia comercial y empresarial integra la calidad o mejor dicho, no limita la calidad de una empresa al producto en sí, sino que asocia el producto a las condiciones de trabajo<sup>54</sup> o a ciertos valores sociales o políticos<sup>55</sup>. Es a través de la ética como la empresa conecta con la sociedad y la política. El buen gobierno exige a las empresas que además de productoras se conviertan en sujetos activos del nuevo modelo socio-económico y político. Aun cuando el Estado lidera el proceso de transformación social y política a través del Derecho, necesita de la colaboración del poder económico y del tejido empresarial para ajustar las instituciones y estructuras a los nuevos retos. Con el término responsabilidad social (RSE)<sup>56</sup> se alude a la necesidad de que las empresas interactúen con su entorno social y medioambiental, integrando la responsabilidad social como una inversión estratégica.

La centralidad de este activismo político empresarial desvela el protagonismo actual del sujeto consumidor frente al sujeto ciudadano o sujetos con derechos, y la estrecha conexión, que hace décadas se reconoce, entre el incremento de la productividad y el desarrollo económico de un país y los avances en materia de igualdad de género<sup>57</sup>. Hay quienes sostienen que moral y empresa son términos antagónicos, y que en las empresas sólo prima el interés y el beneficio y no las virtudes morales. Pero la empresa y la política dependen de la moralización social para su correcto funcionamiento. Los códigos de buenas prácticas<sup>58</sup> y de autocontrol, que la LOIEMH desarrolla para la administración y las empresas<sup>59</sup>, se basan

---

<sup>54</sup> La actual publicidad de la marca «Balay» proyecta esta imagen, al presentar a la plantilla de la empresa como una gran familia que se preocupa por el bienestar de toda la sociedad.

<sup>55</sup> La publicidad de «Pavofrío», «Coca Cola», «Lewis», «Aquarius», responden a este fin.

<sup>56</sup> Véase: FERNÁNDEZ AMOR, J. A., GALA DURÁN, C., *La responsabilidad social empresarial: un nuevo reto para el Derecho*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona-Buenos Aires, 2009.

<sup>57</sup> Sirva como ejemplo el Informe sobre igualdad de género de 2013 llevado a cabo por el Banco Mundial.

<sup>58</sup> Para legitimar esta forma de autoregulación o co-regulación, se argumenta que son fruto de comisiones especiales constituidas *ad hoc*, en las que están presentes expertos, interesados y administraciones, lo que parece garantizar la calidad y la legitimidad de lo acordado. Si a esto le unimos el interés de las propias empresas por mejorar su desarrollo y organización futura, parecía el instrumento más adecuado para generar un amplio cambio social. Pero la realidad siempre es más compleja y no se deja atrapar por las fórmulas simples. Las buenas prácticas tropiezan en España con la fuerza de las costumbres y los viejos hábitos discriminatorios y pocos respetuosos con la legalidad en materia social.

<sup>59</sup> Las vías para conseguir que la responsabilidad social de las empresas funcione como un nuevo instrumento en la promoción de la igualdad real y efectiva ha sido analizadas por C. Gala, quien propone que la empresa utilice sus acciones promotoras de la igualdad en su publicidad –como ya hemos visto se hace-, que se establezcan bonificaciones de cuotas de la seguridad social, al tiempo que la promoción de un

en la creencia de la importancia que para cualquier empresa tiene su capital reputacional como entidad auto-regulada, tanto para su productividad como para su expansión; y, además, en el principio –muy discutible– de que el simple seguimiento de las recomendaciones establecidas en los Códigos deontológicos servirá para desarrollar en las empresas y en las administraciones el efecto inducido de mayor democracia interna y reforzamiento del autocontrol. Es cierto que cuando las empresas o las administraciones adoptan voluntariamente códigos y recomendaciones, y los incluyen en sus reglamentos internos de funcionamiento, se producen normas de derecho convencional procedentes de un negocio jurídico privado, cuya validez deriva de su capacidad de auto-organización. Pero a pesar de la legitimidad que reviste a estos instrumentos normativos, basados en nuevos criterios de validez, los mismos no encuentran en España el reconocimiento y el interés debido. La asunción «voluntaria» de estos Códigos ha corrido en España sobre todo de manos de la Administración<sup>60</sup>. Sin duda estos déficits tienen su origen en el estatismo que impregna la cultura de los derechos en nuestro país y en la escasa democracia social todavía existente<sup>61</sup>.

Para concluir diremos, que en España el *soft law* ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional<sup>62</sup> y el Tribunal Supremo<sup>63</sup>, al ser

---

marco fiscal más favorable para estas empresas e incentivar a estas empresas a nivel autonómico en el marco de las políticas públicas de promoción y de fomento de la igualdad. Algunas comunidades ya han utilizado esta estrategia: Ley 11/2007, de 27 de julio, de Galicia sobre prevención y tratamiento integral de la violencia de género, artículo 36; Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia, artículo 19.2; Acuerdo del Consejo de Dirección del Instituto Gallego de Promoción Económica, artículo 4, 5, 6, 7 y 8; Reglamento de desarrollo Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha en materia de subvenciones de 2002: A estas iniciativas hay que unir además lo establecido en el artículo 35, LOIEMH, y el distintivo empresarial en materia de igualdad que la Junta de Andalucía otorga con base en el artículo 13.1 por la Ley 12/2007 de Andalucía. GALA, C., «Responsabilidad social empresarial y políticas de igualdad», *La responsabilidad social empresarial: un nuevo reto para el Derecho*, Marcial Pons, Madrid- Barcelona-Buenos Aires, 2009, pp. 224-227.

<sup>60</sup> PALÁ LAGUNA, R., *Soft Law, moral suasion y autorregulación: ¿tibieza del legislador o prudencia en la elaboración de las normas jurídicas?* Seminario Permanente sobre validez, invalidez y eficacia de la Universidad de Zaragoza, mayo 2010.

<sup>61</sup> Relevantes instituciones sociales españolas adolecen aún de falta de democracia interna, manteniendo a pesar de los cambios legislativos realizados viejas prácticas del pasado. Sirva como ejemplo la familia o las Universidades.

<sup>62</sup> Palá alude al valor reconocido al *soft law* en la sentencia del TC 133/1997, de 6 de junio, Fj7.b, en la que se reconoce autoridad a la CNMV y a las circulares por ella establecida. El peso de estos documentos técnicos se ha acentuado a partir del 2007, tal y como lo prueba la proliferación de documentos técnicos que regulan la actuación de las sociedades gestoras de instituciones de gestión colectiva. PALÁ LAGUNA, R., *Soft Law, moral suasion y autorregulación: ¿tibieza del legislador o prudencia en la elaboración de las normas jurídicas?* Cit. El trabajo puede consultarse en: [www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/docannexe.php?id=812](http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/docannexe.php?id=812).

<sup>63</sup> Cabe citar como ejemplo la STS de 13 de mayo de 2010, STS, Sala 1.ª, 19 de junio de 2012. Al estudiar los efectos del *soft law* europeo en el derecho español J. ROCA GILLAMÓN, analiza parte de esta jurisprudencia en la ponencia: «Armoniza-

objeto de conflictos de competencia e incluso recursos de amparo. También la jurisdicción ordinaria ha considerado, en una línea jurisprudencial constante y mayoritaria, que el contenido de estos instrumentos determinará los efectos jurídicos que han de surtir. Esto significa que el *soft law* tiene reconocidos efectos jurídicos desde el momento mismo en que una disposición general o un acto hacen referencia a él, quedando sus efectos por determinar en atención al instrumento que se utilice en la adhesión. Esto supone reconocer que la referencia al *soft law* puede realizarse mediante un instrumento general, ya sea una norma (legal o reglamentaria) o un acto administrativo, cuyos efectos jurídicos se corresponderán con los efectos jurídicos que posea el instrumento que realiza la referencia; así como mediante una sentencia, cuando es utilizado como criterio interpretativo. Dicho esto, debemos precisar aún más. Cuando la referencia recoge un instrumento de *soft law* incorporado previamente en *hard law* (caso de los ejemplos citados en la ley de igualdad), en estos casos la norma referenciada, trae tras de sí todos los efectos conceptuales e interpretativos que la norma de *hard law*, con carácter general posee. Esto impide sostener que el *soft law* contenido en la LOIEMH agote todos sus efectos jurídicos al integrarse o recogerse en una norma de *hard law*, como es el caso de los preceptos que han sido reformados por las disposiciones adicionales contenidas en la LOIEMH. Un impedimento, que entendemos se fundamenta en el artículo 4 LOIEMH, pero que se desconoce con excesiva frecuencia<sup>64</sup>.

Llegados a este punto puede afirmarse, que en España, se incumple la ley de igualdad efectiva 3/2007 de diferentes formas, unas veces no aplicando *hard law*, al considerarlo erróneamente *soft law*, este es el caso de la parte conceptual y definitoria. En otras ocasiones, ignorando al aplicar o interpretar el texto referenciado el contexto de *hard law* en el que se encontraba inserto; este sería el caso de las leyes reformadas por la LOIEMH y recogidas en las disposiciones adicionales, cuando son interpretadas de modo excesivamente literal y sin atender a los fines y objetivos que la LOIEMH pretende. Por citar algún ejemplo más, aludiremos a los convenios colectivos en los que no se han desarrollado o integrado adecuadamente los planes de igualdad, o haciéndolo no se aplican. Un dato que nos conduce a la siguiente cuestión: hubiese sido mayor la eficacia si todas las demandas contenidas en la ley de igualdad efectiva se hubiesen establecido en una regla de *hard law*. Si atendemos a los datos disponibles, la respuesta es no. Sólo

---

ción, Unificación y modernización del derecho de obligaciones y contratos. Notas para una reflexión», ponencia presentada en las XVI Jornadas de la Asociación de profesores de derecho civil, 16-17 de octubre, 2012.

<sup>64</sup> Esta afirmación se apoya en el análisis de sentencias llevado a cabo en «El estudio sobre la aplicación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y hombres», realizado por tres equipos, bajo la coordinación de Ana Rubio. Generalitat de Catalunya. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Consejo General del Poder Judicial, 2011.

el 35% de las 4.651 empresas de más de 250 personas trabajadoras han llevado a cabo planes de igualdad, en 2010, tres años después de la entrada en vigor de la ley, y habiéndose producido con anterioridad a la publicación de la ley encuentros entre la administración<sup>65</sup> y las empresas para concienciar y sensibilizar sobre su relevancia en términos de capital humano y productividad. Aunque parece existir una evolución positiva. En 2009, sólo el 34% de los convenios incorporaban planes de igualdad, en 2010 la cifra se ha incrementado al 65%<sup>66</sup>.

Con el fin de asegurar una regulación más adecuada en materia de igualdad en las empresas la *Resolución de 13 de junio de 2012, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad*, por la que se convocan las ayudas a la pequeña y mediana empresa y otras entidades, para la elaboración e implantación de planes de igualdad, correspondientes al año 2012, establece cuales han de ser los contenidos básicos<sup>67</sup> y los principios mínimos a los que deben responder los protocolos de actuación frente al acoso sexual y el acoso por razón de sexo<sup>68</sup>. Promoviéndose la coordinación entre empresas. Una coordinación a la que ya había aludido en el Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, en el que se regula la concesión y utilización del distintivo «Igualdad en la Empresa». También con el fin de alcanzar los objetivos establecidos en la LOIEMH, se prevé la modificación, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del presente real decreto, del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, del registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, para permitir la inscripción de todos los planes de igualdad de las empresas en el registro de

---

<sup>65</sup> Nos referimos a la entonces Secretaría de Estado de políticas de igualdad, bajo la dirección de Soledad Murillo.

<sup>66</sup> Los datos han sido recogidos de 20minutos.es, 22 junio 2010.

<sup>67</sup> Esta Resolución da cumplimiento al artículo 49 LOIEMH.

<sup>68</sup> Afirmándose, además, que sin perjuicio de las obligaciones empresariales establecidas en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, las empresas podrán establecer formas de colaboración entre sí con el fin de garantizar una mayor efectividad en sus respectivas medidas o planes de igualdad. Unas decisiones especialmente relevantes en los supuestos de empresas de un mismo sector de actividad, de grupos de empresas, de contrataciones y subcontrataciones empresariales, de contrataciones a través de empresas de trabajo temporal, entre otros supuestos. En estos casos la cooperación favorecerá la prevención, detección y sanción de situaciones de acoso (entre personas de diferentes empresas), la adopción de medidas de protección para las víctimas de violencia de género a través de movilidad geográfica, funcional o entre empresas, preservando sus derechos laborales. Atendiendo a las peculiaridades y dificultades específicas de las pequeñas y medianas empresas y microempresas en relación *con la puesta en marcha de medidas o planes de igualdad*. Se trata de utilizar la proximidad geográfica, funcional o estratégica para mejorar la viabilidad económica y social de estas medidas. Esta fórmula permitirá, en ocasiones, un ahorro en los costes económicos respecto al diagnóstico, el diseño, la implantación y la evaluación de las medidas o planes de igualdad, al tiempo que favorecerá la sinergia entre la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres, la cohesión social y la viabilidad económica de los negocios de la zona. Todas estas medidas de cooperación y sinergia vienen marcando la regulación europea en materia de igualdad, especialmente en momentos de crisis económica y de falta de empleo.

convenios y acuerdos colectivos de trabajo. Una información necesaria para facilitar el acceso a esta documentación y así incrementar su eficacia.

El *Observatorio de Igualdad de Género* señaló en 2011<sup>69</sup>, tras la realización de un estudio empírico, que los planes de igualdad en España no tenían eficacia cuando no concurría una firme voluntad empresarial y una formación sindical especializada en materia de igualdad de género. Esto condujo a proponer que los planes de igualdad debían regularse mediante normas de *hard law*. Pero lo que las tensiones y retrasos en la aplicación y adhesión a la LOIEMH desvelan, en realidad, son las resistencias y dificultades, tanto a nivel ideológico como político, que existen en España para dar cumplimiento a los objetivos establecidos por las directivas, que la ley de igualdad implementa. Las razones de la falta de eficacia social y normativa de la LOIEMH<sup>70</sup>, no se encuentran tan sólo en las diferentes técnicas

---

<sup>69</sup> Estudio elaborado por la Fundación Sindical de Estudios bajo la coordinación de Carmen Heredero. Observatorio de Igualdad de Género núm. 7. 8 de marzo. FSE. CCOO. 2011.

<sup>70</sup> Junto a los problemas de inaplicabilidad o ineficacia normativa y social, se producen también interpretaciones paradigmáticas, que dan cuantía de todo el potencial que encierra la coexistencia de ambas técnicas. Sirva como ejemplo la STS 8449/2009, cuya ponente fue Lourdes Arastey. En esta sentencia el Tribunal Supremo rectifica una interpretación literal y restrictiva de la disposición 44.<sup>a</sup> de la Ley General de la Seguridad social, modificada por la disposición adicional 18, LOIEMH. En la sentencia se resuelve un recurso de casación por unificación de doctrina, contra la sentencia de 3 de diciembre de 2008 del TSJ de Granada, estableciendo como sentencia de contraste la dictada por la sala de lo Social del TSJ del País Vasco de 10 de junio de 2008, en la que la cuestión de conflicto es si la disposición adicional 44.<sup>a</sup> de la LGSS, es aplicable al régimen SOVI (Seguro obligatorio de vejez e invalidez). La disposición establece: «A efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente de cualquier régimen de la Seguridad Social, se computarán a favor de la trabajadora solicitante de la pensión, un total de 112 días completos de cotización por parto de un solo hijo y 14 días más por cada hijo a partir del segundo, éste incluido, si el parto fuera múltiple, salvo si, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o, si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que corresponda». Aunque desde el principio se tuvo claro cuál era la finalidad de este precepto (que no resulte perjudicada la mujer en la pensión de incapacidad permanente o jubilación por situación de maternidad, motivo por el cual se le otorga el beneficio o la prerrogativa de considerarse cotizado el tiempo que, por cada parto, el precepto establece, cuando no haya habido efectiva cotización), fue objeto de discrepancia la expresión «cualquier régimen de la seguridad social». Lo que interesa destacar aquí es cómo se relacionan en la sentencia los preceptos de la LOIEMH –arts. 1, 2.1 y 4–, con los artículos 9.2 y 14 CE, y las disposiciones adicionales. La ponente, M.<sup>a</sup> Lourdes Arastey Sahun, argumenta en su FJ 3.º que la «LOIEMH tiene como finalidad hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres (...) sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para el desarrollo de los artículos 9.2 y 14, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y solidaria. Con ello el legislador nacional dio un decisivo paso adelante en el avance hacia la igualdad real, a la vista de la incapacidad demostrada por las fórmulas tendentes a instaurar exclusivamente la igualdad formal, de suerte que el objetivo de

legislativas empleadas, aunque éste elemento también influya como hemos visto.

Llegados a este punto cabría preguntarse si la técnica del *soft law* es la adecuada en una materia tan sensible desde el punto de vista social y político, y si la coexistencia de ambas técnicas legislativas, es la fórmula idónea para promover mayores niveles de responsabilidad individual y social en materia de igualdad entre mujeres y hombres. La falta de aplicabilidad de las normas de *hard law* y la falta de adhesión voluntaria a las normas de *soft law* pueden hacer dudar del valor de estas nuevas estrategias de regulación, pero también del valor que en la lucha contra la desigualdad tiene el derecho antidiscriminatorio. Pienso que ambas situaciones se han producido en España. No se ha considerado ni por la doctrina, ni por el poder judicial que el Estado para promover la igualdad efectiva y erradicar la discriminación de forma transversal se ha visto forzado a invocar, en ocasiones, un título competencial de difícil concreción, como es el caso de la imposición de una cuota de mujeres en los consejos de administración de las

---

la ley es solventar eficazmente las desigualdades surgidas de una relegación histórica de las mujeres en la sociedad, incluso cuando esa marginación se halla cubierta por una norma. Se supera así el principio de igualdad formal, mayoritariamente alcanzado ya pero claramente insuficiente, y que comporta la prohibición de la discriminación, para acoger el más moderno de igualdad de oportunidades que incluye nuevas instituciones antidiscriminatorias, medidas de acción positiva y el control de la discriminación indirecta, en clara congruencia con los principios y disposiciones de la legislación comunitaria sobre discriminación y las directivas 2006/54/CE, 43/2000 y 78/2000». Se continua argumentando que la igualdad es uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, que el Estado de derecho no desarrolla la igualdad sólo en su carácter formal, artículo 14 CE, sino también en el 9.2 CE. Y conforme a la STC 12/2008, de 29 de enero, señala: «El artículo 9.2 CE expresa la voluntad del constituyente de alcanzar no sólo la igualdad formal sino también la igualdad sustantiva y que es posible la realización efectiva del libre desarrollo de la personalidad; por ello el constituyente completa la vertiente negativa de proscripción de acciones antidiscriminatorias con la positiva de favorecimiento de esa igualdad material». Una argumentación del TC a la que el TS añade: el «artículo 4 LOIMH señala que la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombre es un principio informador del ordenamiento jurídico y como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas». Un precepto con el que el legislador está demostrando la naturaleza transversal que impide «la catalogación de las normas a las que afecta en sentido limitado que se derivaría de una interpretación como la se hace en la sentencia recurrida» (FJ 3.º). Se ha considerado importante citar, a pesar de la extensión, toda esta argumentación del TS, porque evidencia que la incorrecta valoración de los preceptos de la LOIMH como *soft law* influye negativamente en toda la eficacia de la ley y frena las interpretaciones extensivas y no literales, que el artículo el artículo 4 trata de promover para evitar que se sigan produciendo situaciones de discriminación contra las mujeres. Por esta razón, continúa defendiendo el TS: «paliar los efectos de la situación de discriminación ya producida y la que puede surgir, es el sentido de la disposición adicional 44.ª LGSS, una medida de acción positiva querida por el legislador que no puede obviar el dato de que el colectivo afectado (pensionistas del SOVI) está integrado fundamentalmente por mujeres y que, a mayor abundamiento, si no acreditan ulteriores trabajos y cotizaciones bajo la vigencia del Sistema de Seguridad Social es, también mayoritariamente, porque abandonaron el mercado laboral a consecuencia de su matrimonio y ulterior maternidad» (FJ 3.º).

empresas, o la obligación a las empresas de más de 250 empleados de establecer planes de igualdad, o el deber impuesto a los sindicatos de negociar en los convenios planes de igualdad.

Utilizar el *soft law* o el *hard law* según los casos ha permitido al Estado llevar a cabo un importante proceso de actuación en materia de igualdad de género, con legitimidad, en contextos que no siempre encontrarían respaldo constitucional. Se ha utilizado esta técnica, con todos sus límites, para atribuir legitimidad a la actuación de los poderes públicos, sin la responsabilidad que le reportaría una norma integrada en el sistema de fuentes, al desplazar a los actores privados la capacidad de decidir y de autoregularse. Si los sujetos normativos referidos en la ley hubiesen tomado el *soft law* como guía para la acción, como ha ocurrido en otros contextos (contexto energético, contabilidad fiscal de las empresas, ley del suelo) su efectividad normativa y social hubiese estado garantizada. Entonces no estamos hablando de problemas de eficacia derivados tan sólo de las nuevas técnicas legislativas, sino de cuestiones de mayor calado, que hemos analizado a lo largo de todo el trabajo.

Fecha de recepción: 30/06/2013. Fecha de aceptación: 31/10/2013.

El concepto jurisprudencial de acomodamiento  
razonable. El Tribunal Supremo de Canadá  
y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos  
ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa  
en el espacio público

The Case Law Concept of Reasonable  
Accommodation. The Supreme Court of Canada  
and the European Court of Human Rights facing  
the governance of the cultural and religious diversity  
in the public space

Por MARÍA ELÓSEGUI ITXASO  
Universidad de Zaragoza

**RESUMEN**

*Este artículo versa sobre el concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable, presentando de un modo novedoso un tema apenas tratado en la doctrina española. Analiza la creación de dicha noción en la jurisprudencia de Tribunal Supremo de Canadá y su tímida introducción reciente en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el que algunos jueces han hecho una referencia explícita a dicha técnica y abogan por su utilización. La obligación de acomodar o ajustar es el deber que, en virtud del derecho, incumbe a los gestores de instituciones y de organizaciones públicas y privadas de evitar cualquier forma de discriminación indirecta tanto de las minorías como de las mayorías, tomando distintas medias de armonización en la aplicación de ciertas leyes o de ciertos reglamentos, flexibilizando la norma o adaptándola en su aplicación. Ello permite una más justa gestión de la*

*diversidad cultural y religiosa en el espacio público, conforme al modelo intercultural liderado por el Consejo de Europa.*

Palabras clave: *acomodamiento razonable, jurisprudencia del Tribunal Supremo de Canadá, diversidad cultural y religiosa en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Consejo de Europa.*

## ABSTRACT

*This article deals with the legal concept of reasonable accommodation, presenting in a novel way a topic that is not covered in the Spanish doctrine. It analyzes the development of this notion in the jurisprudence of the Supreme Court of Canada and the recent introduction in the European Court of Human Rights, in which some judges have made an explicit reference to this technique and call for their use. The duty to accommodate or adjust is the duty, under the law, that managers of institutions and public and private organizations have in order to avoid any form of indirect discrimination for minorities and majorities, taking different harmonization adjustments in the application of certain laws or certain regulations, making norms more flexible or adapting them in its implementation. This allows a fairer management of cultural and religious diversity in public space, according to an intercultural model led by the Council of Europe.*

Key words: *Reasonable Accommodation, Supreme Court Case-Law in Canada, cultural and religious diversity in the European Court of Human Rights, Council of Europe.*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.-2. EL ORIGEN DEL CONCEPTO DE ACOMODAMIENTO RAZONABLE EN LA JURISPRUDENCIA CANADIENSE.-3. LOS ACOMODAMIENTOS RAZONABLES: UN CONCEPTO JURISPRUDENCIAL.-4. EL ACOMODAMIENTO RAZONABLE EN EUROPA.-5. EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHO HUMANOS Y LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA. ¿ACOMODAMIENTOS RAZONABLES EN EL TEDH?-6. LOS LÍMITES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS PROTEGIDOS POR EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EL TEST DE PROPORCIONALIDAD.-7. EL MARGEN DE APRECIACIÓN DE LOS ESTADOS COMO LÍMITE A LOS DERECHOS. PARALELISMO CON EL CONCEPTO CANADIENSE DE *COMPPELLING STATE INTEREST*.-8. UN NUEVO RETO: LOS AJUSTES CONCERTADOS Y LAS PRÁCTICAS DE ARMONIZACIÓN. UN CAMBIO DE PARADIGMA.

**SUMMARY:** 1. INTRODUCTION.-2. THE ORIGIN OF THE CONCEPT OF REASONABLE ACCOMMODATION IN THE CANADIAN SUPREME COURT.-3. THE REASONABLE ACCOMMODATIONS: A CASE-LAW CONCEPT.-4. THE REASONABLE ACCOMMODATION IN EUROPE.-5. THE EUROPEAN CONVEN-

TION ON HUMAN RIGHTS AND INDIRECT DISCRIMINATION. REASONABLE ACCOMMODATIONS IN THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS?—6. THE LIMITS ON THE EXERCISE OF RIGHTS PROTECTED BY THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND THE PROPORTIONALITY TEST.—7. THE DISCRETION OF THE STATES AS LIMITS OF RIGHTS. PARALLELISM WITH THE CANADIAN CONCEPT OF COMPELLING STATE INTEREST.—8. A NEW CHALLENGE: THE CONCERTED ADJUSTMENTS AND THE PRACTICES OF HARMONIZATION. A CHANGE OF PARADIGM.

## 1. INTRODUCCIÓN

En el pasado congreso de Filosofía del Derecho de marzo de 2013, celebrado en Santander y centrado en la crisis, me propuse tratar un tema relacionado no precisamente con la crisis económica sino con la crisis que atraviesa Europa para aceptar su propia diversidad interna<sup>1</sup>. Vivimos momentos de paradojas y contrastes.

Por una parte el segundo Plan Estratégico de ciudadanía e Integración 2011-2014 arroja datos de que en España hemos recibido cinco millones de extranjeros en estos último diez años. Por otra parte, confirma que la mayoría de ellos permanecerán ya para siempre con nosotros<sup>2</sup>. Sólo unos 300.000 han retornado a sus países de origen. Por otro lado los 47 países que forman parte del Consejo de Europa poseen muchísimas minorías propias, las denominada «viejas minorías». Nuestros países son y serán cada vez más diversos, lo que resulta compatible con el aumento de partidos más o menos racistas como Plataforma per Catalunya de Anglada<sup>3</sup> o la liga Norte de Umberto

<sup>1</sup> Este artículo refleja parte de una extensa investigación llevada a cabo como parte del Grupo de investigación IDEA de la Universidad de Zaragoza, con ayuda del Gobierno de Aragón (Dirección General de Investigación e Innovación), programa de subvenciones de fomento de la movilidad de los investigadores, en su convocatoria para el año 2012, para una estancia de tres meses en Estrasburgo, en el Consejo de Europa en la Dirección General de Derechos Humanos y de Asuntos Jurídicos del Consejo de Europa, División 1, y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como otra ayuda del Ministerio de Asuntos Exteriores de Canadá y al Consejo Internacional de Estudios Canadienses (*International Council for Canadian Studies*) (CIEC), para una beca de investigación en estudios canadienses del programa *Understanding Canada* sobre la elaboración del informe de la Comisión Bouchard-Taylor en la universidad de Laval en el año 2009. Esta línea de investigación ha dado lugar a la monografía publicada en marzo de 2013, *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable*, por la editorial Aranzadi y prologada por Miguel Rodríguez-Piñero. Todas las webs consultadas están actualizadas a fecha 5 de abril de 2013.

<sup>2</sup> Ministerio de Trabajo e Inmigración, *Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (2011-2014)*, 23 de septiembre de 2011, [http://extranjeros.meyss.es/es/IntegracionRetorno/Plan\\_estrategico2011/pdf/PECI-2011-2014.pdf](http://extranjeros.meyss.es/es/IntegracionRetorno/Plan_estrategico2011/pdf/PECI-2011-2014.pdf)

<sup>3</sup> Comisión Europea Contra el Racismo y la Intolerancia, *Report on Spain*, 8 February 2011, disponible en: <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Spain/ESP-CBC-IV-2011-004-ENG.pdf>

Bossi, o el incremento de partidos nacionalistas excluyentes en Flandes, Holanda o Austria.

Vivimos en una sociedad de contrastes: por un lado aumenta el racismo y la xenofobia en la sociedad civil<sup>4</sup>, especialmente en el deporte<sup>5</sup>; por otro, las instituciones públicas y privadas están liderando buenas prácticas en la gestión de la diversidad en los servicios públicos, como por ejemplo en hospitales<sup>6</sup> y centros educativos. Además el legislador español avanza en cambios legislativos a favor de los Derechos Humanos, que incluyen medidas contra el racismo y la intolerancia<sup>7</sup>.

También asistimos a paradojas como la prohibición del ayuntamiento de Lleida a través de una ordenanza municipal en octubre de 2010, el primero en España, del uso del velo integral islámico, como el burka o el niqab, en edificios públicos, frente a la reciente sentencia del Tribunal Supremo español de 28 de febrero de 2013 declarando nula la ordenanza municipal<sup>8</sup>. Dicho Tribunal ha aceptado el recurso de una asociación de defensa de los inmigrantes contra una resolución del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña<sup>9</sup>, que a su vez había desestimado un recurso anterior contra la decisión del municipio catalán.

En medio de ese clima este artículo se centra en los beneficios jurídicos que supondría hacer un mayor uso jurisprudencial en el TEDH y en las diversas instituciones públicas y privadas de los mecanismos de acomodamientos razonables.

---

<sup>4</sup> Véase el estudio realizado en España por el Consejo de promoción de la igualdad de trato de todas las personas sin discriminación por razón de su origen racial o étnico, *Estudio anual sobre la discriminación por el origen racial o étnico: la percepción de las potenciales víctimas 2011*, publicado en 2012. [http://www.igualdadynodiscriminacion.org/recursos/publicaciones/2012/documentos/2012\\_panel/2011.pdf](http://www.igualdadynodiscriminacion.org/recursos/publicaciones/2012/documentos/2012_panel/2011.pdf)

<sup>5</sup> Véanse las numerosas sanciones impuestas en la última Reunión de la Comisión Estatal Contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el Deporte (28/02/2013). Disponible en: <http://www.csd.gob.es/csd/documentacion/01GabPr/Noticias/reunion-de-la-comision-estatal-contra-la-violencia-el-racismo-la-xenofobia-y-la-intolerancia-en-el-deporte-28-02-2013/>

<sup>6</sup> Observatorio del pluralismo religioso en España, *Guía de gestión de la diversidad religiosa en los centros hospitalarios, para la gestión pública de la diversidad religiosa pluralismo religioso en España*, Madrid, Ministerio de Sanidad, Política social e Igualdad, 2011, 63 p.

<sup>7</sup> Gobierno de España, *Informe de evaluación del Plan de Derechos Humanos, 2012*. <http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2013/01/INFORME-DE-EVALUACION-DEL-PLAN-DE-DDHH.pdf>

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección séptima, Recurso de casación 4118/2011, 14 de febrero de 2013, Presidente Excmo. Sr. D. José Rodríguez-Zapata Pérez, magistrado ponente Excmo. Sr. Dr. Vicente Conde Martín de Hijas.

<sup>9</sup> Sentencia de la Sección 2.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de junio de 2011 dictada en el recurso número 394/2010, interpuesto al amparo de lo previsto en los artículos 114 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, para la protección de los derechos fundamentales de la persona.

El concepto de acomodamiento razonable ha saltado a la palestra del mundo jurídico europeo a raíz del debate que tuvo lugar en Quebec en el año 2007<sup>10</sup>. La palabra «acomodamiento» aparecía en el título del informe que se elaboró y que se ha hecho famoso a lo largo de estos últimos cinco años. Tanto es así que el Consejo de Europa ha comenzado a introducirlo en sus discusiones y ha convocado encuentros de estudio para analizarlo<sup>11</sup>.

A pesar de ser, en principio, un concepto extraño a las técnicas utilizadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su jurisprudencia, últimamente se han dictado sentencias en las que algunos jueces del tribunal, como la jueza belga Tulkens en el voto particular en el caso *Sessa contra Italia*<sup>12</sup>, hacen una referencia explícita a dicha técnica y abogan por su utilización, citando autores belgas como Emmanuelle Bribosia<sup>13</sup> o la monografía de Sébastien Van Drooghenbroeck sobre el principio de proporcionalidad en el TEDH. Ellos se inspiran a su vez en académicos canadienses como Pierre Bosset o José Woehrling. También ha sido utilizada en el caso *Thlimmenos contra Grecia* y más recientemente en la sentencia Eweida contra Reino Unido, en la el voto mayoritario hace un uso explícito de este concepto, señalando como referente el derecho canadiense.

Este artículo intenta aportar unas breves claves sobre la jurisprudencia canadiense y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, centrada en el empleo de la figura de acomodamiento razonable aplicado sólo a dos temas; la diversidad cultural y religiosa: esta última tomada como parte de la identidad cultural. El acomodamiento se centra fundamentalmente en los derechos individuales de las personas, no tanto en los derechos grupales o colectivos de las minorías, aunque en algún caso estos temas resulten transversales.

Por otra parte, en esta breve exposición se señalan sólo algunas sentencias consideradas por los juristas como *leading cases* o sentencias paradigmáticas. No se debe perder la perspectiva de que la jurisprudencia se limita a analizar casos concretos y que no pretende llegar

---

<sup>10</sup> Informe de la Comisión Bouchrad-Taylor, *Fonder l'avenir: le temps de la conciliation, rapport final de la Commission de Consultation sur les Pratiques d'Accommodements Reliées aux Différences Culturelles*, Québec, Editeur officiel du Québec, 2008. Consta de 310 páginas en su versión completa y de 99 en la versión sintetizada. Fue publicado en el año 2009. Los textos de ambos informes están disponibles en Internet en francés e inglés. En: [www.accommodements.qc.ca](http://www.accommodements.qc.ca)

<sup>11</sup> Conseil de l'Europe (COE), *Accommodements institutionnels et citoyens: cadres juridiques et politiques pour interagir dans des sociétés plurielles*, Strasbourg, Conseil de l'Europe/Council of Europe, 2009. Se citará por la edición francesa. Versión inglesa: *Institutional accommodation and the citizen: legal and political interaction in a pluralist society*. Ambos disponibles en Internet: [www.coe.int/t/dg3/social-policies/socialcohesiondev/source/Trends/Trends21\\_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/social-policies/socialcohesiondev/source/Trends/Trends21_fr.pdf).

<sup>12</sup> TEDH, *Sessa Francesco c. Italie*, núm. 28790/08, 3 de marzo de 2012.

<sup>13</sup> BRIBOSIA, E., RINGELHEIM J., y RORIVE, I., «Aménager la diversité: le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse», *Revue Trimestrielle des droits de l'homme*, núm. 78, 2009, pp. 325-333.

a conclusiones generalistas aplicables a todos, siempre y en cualquier circunstancia.

Consideramos que la técnica canadiense del «acomodamiento razonable» resulta un buen ejemplo para Europa, aunque eso no significa que se deba hacer un traspaso directo de esa noción jurisprudencial.

Al margen de los detalles de esta noción jurídica, la posibilidad de emplear en un futuro la figura del acomodamiento por parte del TEDH requeriría un cambio profundo de perspectiva y de actitud ante la diversidad cultural y su gestión. Por eso la adopción de estas técnicas sólo será posible desde un modelo intercultural de Estado. Es imposible «simpatizar» con ellas desde modelos jurídicos culturalmente asimilacionistas<sup>14</sup> u homogeneizantes o desde modelos multiculturalistas cerrados. Tratándose de métodos jurídicos se precisa, tanto en el legislador como en el ciudadano, una apertura de mente, que parece un reto difícil para el ser humano en general.

Requiere una visión positiva de las libertades, entre ellas del derecho a la propia identidad, forjada por variados elementos, como las convicciones filosóficas y religiosas, enfocando esa diversidad como una riqueza y no como un problema<sup>15</sup>.

El acomodamiento es en el fondo un mecanismo contra las discriminaciones indirectas (no sólo de las minorías, sino también de las mayorías<sup>16</sup>) y eso requiere, como paso previo, el reconocimiento de las mismas. Admitir la primera premisa, «esto es discriminatorio», resulta una tarea ardua. El primer paso en la búsqueda de soluciones legalmente posibles (tanto normativas como jurisprudenciales) es estar dispuesto a buscarlas y ello requiere evitar el negarlas como punto de partida.

No es una casualidad que varios de los informes sobre diversidad cultural recientes hayan estado liderados por intelectuales y/o académicos:

---

<sup>14</sup> *Leitkultur* con el significado de «cultura dominante» fue una expresión inventada por Bassan Tibi, en *Europa onhe Identität? Leitkultur oder Wertebeliebkeit*, Munich, Pieper, 1998, referida a la cultura alemana, según recoge BIELEFELDTI, H., «Challenges faced by culturally diverse societies in Europe», en COE, *Human Rights in culturally diverse Societies. Challenges and perspectives. The Hague, Netherlands, 12-13 Novembre, 2008, Proceedings*, Directorate General of Human Rights and Legal Affairs, Council of Europe (Strasbourg), Printed in Netherlands, October 2009, p. 41, nota 10. También insiste en ello, JOHN, B., *idem*, p. 83.

<sup>15</sup> En este sentido comparto totalmente la visión de Malcom Evans en su artículo «Advancing Freedom of Religion or Belief. Agendas for change», *Oxford Journal of Law and Religion*, vol. 1, Issue 1, 1 april, 2012.

<sup>16</sup> La regla de la mayoría que funda los sistemas democráticos debe ser respetada como base, dentro del marco jurídico constitucional. La cultura mayoritaria, la tradición y la historia deben jugar un papel fundamental y son imprescindibles para forjar la identidad personal y de las naciones. Hacer sitio a otros, no significa desaparecer uno mismo, sino compartir el espacio, también en la esfera pública. Todo ello es compatible con los criterios del TEDH, según los cuales se trata de evitar, por otra parte, la tiranía de la cultura dominante.

por ejemplo, el informe Parek en Reino Unido<sup>17</sup>, la Comisión Bouchard-Taylor de Quebec<sup>18</sup>, o el informe belga del año 2010, *Assises de l'Interculturalité*, liderado por la profesora Marie Claire Foblets y Christine Kulakowski, Directora del Centro belga de acción intercultural<sup>19</sup>.

El acomodamiento es una técnica jurisprudencial muy concreta que hay que completar con otros múltiples recursos de gestión de la diversidad, tanto jurídicos como de políticas públicas.

## 2. EL ORIGEN DEL CONCEPTO DE ACOMODAMIENTO RAZONABLE EN LA JURISPRUDENCIA CANADIENSE

La idea de acomodamientos razonables como concepto jurisprudencial fue introducida por la jurisprudencia, tanto estadounidense como canadiense<sup>20</sup>. Esta práctica jurídica fue adoptada primero por la legislación y la jurisprudencia estadounidense, siendo legislada en 1971 a través de una enmienda del título VII del Civil Rights del 1964<sup>21</sup>.

Años más tarde, se introdujo en Canadá por vía jurisprudencial a partir de 1985, con la sentencia *Ontario Human Rights Commission y O'Malley*

<sup>17</sup> PAREKH, B.C. (ed.), «The future of multi-ethnic Britain: The Parekh Report», en *Commission on the Future of Multi-Ethnic Britain*, London, The Runnymede Trust, 2002.

<sup>18</sup> Informe de la Comisión Bouchard-Taylor, *Fonder l'avenir: le temps de la conciliation, rapport final de la Commission de Consultation sur les Pratiques d'Accommodements Reliées aux Différences Culturelles*, Québec, Editeur officiel du Québec, 2008.

<sup>19</sup> Rapport Belge, *Assises de l'Interculturalité, 2010*. Rapport remis à Joëlle Milquet, Vice-Première Ministre, Ministre de l'Emploi et de l'Égalité des Chances, en charge de la Politique de migration et d'asile, lors de la cérémonie de clôture des Assises de l'Interculturalité, le 8 novembre 2010 à Bruxelles. Disponible en: [www.milquet.belgium.be/sites/default/files/Télécharger%20le%20rapport%20des%20Assises%20de%20Interculturalité.pdf](http://www.milquet.belgium.be/sites/default/files/Télécharger%20le%20rapport%20des%20Assises%20de%20Interculturalité.pdf)

Véase también el sugerente artículo de FOLETS, M. C., «Le droit face à la multiplication des revendications identitaires. Pluriculturalité et pluralisme juridique au départ de l'expérience belge», en Julie Ringelheim (Dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 877-906.

<sup>20</sup> MACLURE, J. y TAYLOR, C., *Laicidad y libertad de conciencia*, Madrid, Alianza editorial, 2011, 161 p. Traducción de María Hernández, original *Laïcité et liberté de conscience*, Montréal, Les éditions du Boréal, 2010.

ELÓSEGUI, M., «El fundamento filosófico de la laicidad abierta en Taylor y Maclure versus las leyes de neutralidad en Alemania», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 27, 2011, pp. 209-254. Ver ELÓSEGUI, M., «El modelo de interculturalidad en el informe de la Comisión Bouchard-Taylor», *Anuario de Derechos Humanos*, junio, 2010, pp. 129-164. Enlace al texto completo en: [www.ucm.es/BUCM/revistas/der/02120364/articulos/ANDH1010110129A.PDF](http://www.ucm.es/BUCM/revistas/der/02120364/articulos/ANDH1010110129A.PDF)

<sup>21</sup> Sobre la trayectoria en Estados Unidos véase BRIBOSIA, E., RINGELHEIM, J., y RORIVE, I., «Aménager la diversité: le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse», *op. cit.*, pp. 325-333.

c. *Simpsons Sears Ltd.* 17 de diciembre de 1985<sup>22</sup> del Tribunal Supremo<sup>23</sup>. Se trataba de una vendedora, miembro de la Iglesia adventista del séptimo día, que pide a su empleador no trabajar el sábado alegando que su práctica religiosa entra en conflicto con su horario de trabajo. El Tribunal Supremo de Canadá (a partir de aquí TSC) reconoce que el empleador tiene derecho a explotar su empresa el sábado. Pero a su vez detecta también que esta exigencia de «empleo normal» tiene efectos discriminatorios sobre esta empleada en razón de su práctica religiosa. Salvo «inconvenientes mayores» o una «carga excesiva» (*contrainte excessive o undue hardship*)<sup>24</sup>, el empleador no tiene derecho a impedirle practicar su religión. Como consecuencia debe de buscar el acomodamiento modificando los horarios de trabajo de la empleada<sup>25</sup>. Por ello esta sentencia falló a favor de la recurrente obligando al empresario a indemnizarle.

En ese mismo año, en el caso *R contra Big M. Drug Mart Ltd*<sup>26</sup> una compañía se opuso a la validez de la Ley federal sobre el domingo, que imponía el cierre de todas las tiendas ese día de la semana, siguiendo las prescripciones de la fe cristiana. Esta Ley sobre el domingo obligaba a todos los no-cristianos a plegarse a esta regla mayoritaria<sup>27</sup>. El tribunal reconoce que esta Ley tiene como efecto una desigualdad entre cristianos y no cristianos, entre la religión dominante y las religiones minoritarias<sup>28</sup>.

<sup>22</sup> TSC, *Commission ontarienne des droits de la personne et Theresa O'Malley (Vincent) c. Simpsons-Sears Ltd* (1985) 2 RCS 536. En su versión inglesa, *Human Rights Commission y O'Malley v. Simpsons Sears Ltd.* Esta sentencia suele ser citada de cuatro formas, como Human Rights Commission, como O'Malley, otras con Simpsons-Sears, y otras como Vincent, que es el apellido de soltera de la Señora O'Malley. Disponible en: [scc.lexum.org/fr/1985/1985rcs2-536/1985rcs2-536.html](http://scc.lexum.org/fr/1985/1985rcs2-536/1985rcs2-536.html)

Véase Informe de la Comisión Bouchrad-Taylor, *Fonder l'avenir. Le temps de la conciliation*, op. cit., p. 48.

<sup>23</sup> La página web oficial del Tribunal Supremo de Canadá es [www.scc-csc.gc.ca/court-cour/ju/cory/index-fra.asp](http://www.scc-csc.gc.ca/court-cour/ju/cory/index-fra.asp). En ella se encuentra detallada la biografía de los jueces que conforman hoy en día dicho tribunal, así como la historia de todos los que han ocupado un puesto en el mismo desde los inicios de la creación de esta institución.

<sup>24</sup> Este concepto se ha traducido al castellano de diversos modos, desde molestia o carga excesiva, hasta efecto perjudicial excesivo, carga indebida.

<sup>25</sup> JÉZÉQUEL, M., «L'Obligation d'accommodement raisonnable: ses potentiels et ses limites», en COE, *Accommodements institutionnels et citoyens: cadres juridiques et politiques pour interagir dans des sociétés plurielles*, op. cit., pp. 21-36. Aquí p. 24.

<sup>26</sup> TSC, *R. c. Big M. Drug Mart Ltd* (1985) 1 RCS 295.

<sup>27</sup> En todos los países europeos existen conflictos sobre las leyes que regulan los horarios comerciales. El uso del domingo como día de descanso no sólo se utiliza en sociedades cristianas u/o occidentales sino que también se mantuvo en la Federación Rusa durante el período comunista, y se utiliza hoy en día en la República Popular China. Véase FERRER, J., «El crucifijo en la escuela pública», en María Elósegui (Coord.), *La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania*, Zaragoza, Fundación Giménez Abad y Fundación Alexander von Humboldt, 2012, p. 54.

<sup>28</sup> Véase la opinión de WOEHLING, J., «L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse», *Revue de droit de*

### 3. LOS ACOMODAMIENTOS RAZONABLES: UN CONCEPTO JURISPRUDENCIAL

En el libro sobre *Laicidad y libertad de conciencia*<sup>29</sup>, Maclure y Taylor se hacen eco del sentido técnico-jurídico en el que se está empleando esta figura en Canadá, especialmente en Québec<sup>30</sup>, para por su parte proceder a su fundamentación filosófica en apoyo de esa vía como medio adecuado para lograr un mayor pluralismo integrador y cohesión social en sociedades democráticas interculturales con un sólido Estado de Derecho entre personas con culturas diversas.

El tema que dio título al informe Bouchard-Taylor sobre Quebec fue precisamente el de «acomodamiento razonable»<sup>31</sup>. En el glosario del informe se define ese término del siguiente modo; «la obligación de acomodar o ajustar es el deber que, en virtud del derecho, incumbe a los gestores de instituciones y de organizaciones públicas y privadas de evitar cualquier forma de discriminación tomando distintas medidas de armonización en la aplicación de ciertas leyes o de ciertos reglamentos»<sup>32</sup>.

Las prácticas de armonización intercultural en un sentido general son las formas de flexibilización o de acuerdos para reglar las dificultades y malentendidos que se producen en el encuentro de culturas diferentes. Más concretamente son las medidas acordadas a favor de una persona o de un grupo minoritario amenazado por la discriminación en razón de su cultura (incluida su religión). Los acomodamien-

---

*McGill*, 43, 1998, pp. 325-401: «C'est le point de vue très clairement adopté par la Cour suprême dans ses deux premières décisions sur la liberté de religion, les arrêts R. c. Big M. Drug Mart Ltd. (1985) 1 R.C.S. 295 et R.c. Edwards Books, [1986] 2 R.C.S. 713, décisions rendues à un moment où l'article 15 de la Charte canadienne, portant sur le droit à l'égalité, n'était pas encore en vigueur. Dans l'affaire Big M. Drug Mart Ltd., p. 336 et 337, le juge Dickson considère qu'une atteinte à la liberté de religion peut résulter soit d'une coercition étatique qui oblige ou empêche quelqu'un de se conformer à une prescription religieuse, soit d'une inégalité de traitement d'une religion par rapport aux autres».

<sup>29</sup> El libro está basado en uno de los capítulos del informe Bouchard-Taylor. No citan apenas jurisprudencia, ya que remiten al informe, dado que la finalidad de esa breve monografía es aportar argumentos de fondo y no persigue ofrecer un estudio jurídico detallado de las sentencias. Una de las sentencias del Tribunal Supremo de Canadá que destacan es *Amselem*, que se falla en 2004, TSC, *Syndicat Northcrest v. Amselem*, (2004) 2 SCR 551.

<sup>30</sup> Véase por ejemplo un resumen de jurisprudencia de la Commission Ontarienne des Droits de la Personne, en el sitio web: [www.ohrc.on.ca/fr/examen-de-la-jurisprudence-relative-à-la-croyance](http://www.ohrc.on.ca/fr/examen-de-la-jurisprudence-relative-à-la-croyance)

<sup>31</sup> Informe de la Comisión Bouchard-Taylor, *Fonder l'avenir. Le temps de la conciliation*, Québec, 2008. Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles. Ver glosario: [www.accommodements.qc.ca/documentation/glossaire-en.html](http://www.accommodements.qc.ca/documentation/glossaire-en.html)

<sup>32</sup> Informe de la Comisión Bouchard-Taylor, Glosario p. 289. También se recogen de modo más breve en el documento previo de consulta, pp. 41-44. Sitio web: [www.accommodements.qc.ca/documentation/document-consultation-en.pdf](http://www.accommodements.qc.ca/documentation/document-consultation-en.pdf)

tos razonables y los ajustes concertados son por tanto dos formas de armonización intercultural<sup>33</sup>.

El acomodamiento razonable es el que se produce por medio de los fallos dictados por los tribunales, en el que hay una parte que gana y otra que pierde (vía judicial)<sup>34</sup>. Concretamente trata de acomodar la aplicación de una norma o de una ley a favor de una persona o de un grupo de personas víctimas o amenazadas por discriminación en razón de motivos especificados por la Carta Canadiense de derechos y libertades en su artículo 15 y por la Carta de derechos y libertades de Quebec en su artículo 10<sup>35</sup>. Lo que se acomoda es la norma a las personas, no al revés, para permitir el ejercicio de un derecho constitucional<sup>36</sup>.

El ajuste concertado (concerté/concerted) obedece a una vía utilizada entre los ciudadanos, o también entre las administraciones o las empresas con sus usuarios, trabajadores o ciudadanos. Se basa en la negociación amistosa y búsqueda de compromiso. Su objetivo es llegar a una solución que satisfaga a las dos partes sin acudir a los tribunales<sup>37</sup>.

En ambos casos poseen un carácter jurídico debido a que afecta a un derecho constitucionalmente protegido. Por tanto, hay una obligación jurídica de buscar soluciones porque, en caso contrario, se produ-

---

<sup>33</sup> Informe de la Comisión Bouchard-Taylor, Glosario, p. 289.

<sup>34</sup> Para otros autores como Woehrling esta distinción no es tan estricta. En su opinión un acomodamiento puede acordarse a través de sentencia judicial, pero también podría ser negociado de un modo amigable, consentido de forma voluntaria por una autoridad pública o recomendado por una Comisión de derechos humanos. Para este autor la diferencia entre acomodamientos y ajustes acordados se cifraría en que en el primer caso lo que está en juego son materias basadas en derechos fundamentales, mientras que en los ajustes se negociarían aspectos que no son estrictamente exigibles. Véase WOEHRLING, J., «La liberté de religion, l'obligation de neutralité religieuse de l'Etat et le droit à l'accommodement raisonnable: quelle place pour la religion dans les institutions publiques?», *Revista catalana de dret public*, vol. 33, 2006, p. 20 (citado también por Bribosia, E. y otros, «Aménager la diversité...», *op. cit.*, pp. 338-339). Por nuestra parte consideramos que si bien académicamente es más precisa la tipología presentada por Woehrling, la síntesis presentada por la Comisión facilita un esquema más pedagógico cara a los ciudadanos no especialistas en derecho.

<sup>35</sup> Informe de la Comisión Bouchard-Taylor, Glosario, p. 289: «Reasonable accommodation: An arrangement that falls under the legal sphere, more specifically case law, aimed at relaxing the application of a standard in favour of an individual threatened with discrimination because of personal traits protected by law».

<sup>36</sup> Véase JÉZÉQUEL, M., «L'obligation d'accommodement: un outil juridique et une mesure d'intégration», *Éthique publique*, vol. 8, núm. 1, 2006, pp. 52-59. Aquí p. 59.

<sup>37</sup> Informe de la Comisión Bouchard-Taylor, *op. cit.*, p. 19: «Concerted adjustment: Similar to reasonable accommodation except that the arrangement falls under the civic sphere and is usually granted by the manager of a public or private institution following amicable agreement or negotiation with users such as patients, students, customers or employees».

ciría una discriminación indirecta<sup>38</sup> en relación con el ejercicio de un derecho fundamental<sup>39</sup>.

Pero el derecho a las prácticas de armonización no es absoluto: el informe, siguiendo los argumentos jurídicos sentados por la jurisprudencia, establece unos criterios para rechazar las demandas de acomodación o ajustamiento que no sean razonables, ni proporcionadas, por motivos funcionales, que implicarían una limitación (*contrainte excessive* en su versión francesa, o *undue hardship* en su acepción anglosajona<sup>40</sup>). Estos límites funcionales se suelen concretar por lo menos en tres tipos: primero, los costes del acomodamiento, es decir si ocasionara costes excesivos; segundo, las trabas a la explotación de la empresa, es decir si restringe excesivamente los fines de la institución (educativa, sanitaria, de servicios públicos, etc, aquí se incluirían los gastos desproporcionados o excesivos) o si dificulta gravemente su funcionamiento (porque suponga una desorganización funcional de los organismos públicos) y tercero los derechos de los otros empleados (o los otros usuarios)<sup>41</sup>.

En segundo lugar, se situaría lo que Pierre Bosset ha denominado «límites sociales», que para un lector español se entendería mejor si los clasificamos como «límites formales marcados por el derecho» (por ejemplo, si se solicita algo contrario a derecho); el término jurisprudencial, creado en Estados Unidos, que resume estos límites es el de «*compelling state interest*», que cabe traducirlo como interés preponderante del Estado, término que se utiliza también en el derecho constitucional español.

Entre los límites sociales se encontraría a su vez otra tríada: el orden público y la seguridad, los valores democráticos, y el bienestar general (o los derechos y libertades de los demás)<sup>42</sup>, lo que

<sup>38</sup> Informe de la Comisión Bouchard-Taylor, Glosario, p. 289: «Indirect discrimination: Injury to the rights of certain individuals stemming from the rigid application of a statute or a regulation. The notion appears to be falling into disfavour among Supreme Court of Canada justices but is still used by many jurists». Véase: [www.accommodements.qc.ca/documentation/glossaire-en.html](http://www.accommodements.qc.ca/documentation/glossaire-en.html)

<sup>39</sup> Informe de la Comisión Bouchard-Taylor, Glosario, p. 289: «Obligation to accommodate: The duty, which, under law, makes it the responsibility of the managers of public and private institutions to avoid discrimination by adopting relaxation or harmonization measures in the administration of certain statutes or regulations». Véase: [www.accommodements.qc.ca/documentation/glossaire-en.html](http://www.accommodements.qc.ca/documentation/glossaire-en.html)

<sup>40</sup> Ambas palabras son sinónimas, aunque su traducción literal al español no es exactamente la misma. El término «hardship» inglés significa claramente «carga», sin embargo la palabra «contrainte» francesa se suele traducir en este contexto como «limitación». En francés también significa obstáculo, presión, violencia. El verbo *contraindre* significa molestar, obligar, constreñir.

<sup>41</sup> BOSSET, P., «Limites de l'accommodement raisonnable: le droit a-t-il tout dit?», *Éthique publique*, vol 9, núm. 1, 2007, pp. 165-168. Aquí p. 166. Pierre Bosset formó parte también de la Comisión Bouchard-Taylor. Es el Director de la Comisión de derechos de la persona de Quebec y profesor de Derecho Público en la Universidad de Quebec en Montreal.

<sup>42</sup> BOSSET, P., *op. cit.*, p. 167.

se recoge de un modo conjunto en la noción de *compelling state interest*<sup>43</sup>.

En síntesis, según el derecho constitucional canadiense los derechos no son absolutos y se puede limitar su ejercicio, invirtiendo el orden que acabamos de proponer, bien por motivos del interés preponderante del Estado con el fin de proteger los derechos de los demás o para permitir a los poderes públicos legislar en función del interés general, bien porque supongan una carga excesiva, en consideración de los costes económicos. En ambos casos se utiliza el test de proporcionalidad.

Ofrecemos ya desde ahora un cuadro comparativo entre las técnicas del Tribunal Supremo Canadiense y las establecidas en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

### Los límites funcionales

Derecho canadiense; *Contrainte excessive o undue hardship*= en el TEDH principio de proporcionalidad (pero en el TEDH hay excepciones porque en algunos casos debe de otorgarse lo demandado aunque originen en ocasiones una carga excesiva).

1. Los costes del acomodamiento (los límites de los recursos financieros) (el coste real del acomodamiento, las fuentes de financiación del mismo, si son de la propia empresa o externas, el tipo de empresa o de institución, el presupuesto de la misma, la coyuntura económica).

2. Las trabas a la explotación de la empresa, es decir si restringe excesivamente los fines de la institución o dificulta gravemente su funcionamiento (la no intercambiabilidad de los empleados, la adaptación de los espacios o de las instalaciones y equipo de trabajo, los efectos sobre la productividad, los efectos benéficos sobre los otros empleados, la duración de la medida).

3. Los derechos de los otros empleados (o los otros usuarios) (riesgos para la salud o la seguridad de los empleados, de los colegas o del público, el convenio colectivo, los conflictos de derechos)<sup>44</sup>.

### Los límites sociales o jurídicos<sup>45</sup>

*Compelling state interest* (el interés preponderante del Estado)= en el TEDH se usa el concepto de «margen de apreciación de los Estados».

<sup>43</sup> Clasificación utilizada por MACLURE, J., y TAYLOR, C., *op. cit.*, p. 127, quien remiten a su vez al artículo de Pierre Bosset. También véase el informe completo de la Commission Bouchard-Taylor, en su versión inglesa, p. 19.

<sup>44</sup> BRUNELLE, Ch., *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail*, Cowansville, Editions Ivon Blais, 2001, pp. 248-251.

<sup>45</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, 1982. Édictée comme l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.). La *Charte canadienne des droits*

1. Orden público y seguridad= en el TEDH, basado en la redacción del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la defensa del orden público, seguridad nacional, seguridad pública. Se añade protección de la moral que no aparece en ninguna de las dos Cartas canadienses.
2. Los valores democráticos= en el TEDH, cohesión social, democracia, sociedad democrática.
3. Bienestar general y los derechos de los otros= en el TEDH, el bienestar económico del país, la protección de los derechos y las libertades de los demás.

#### 4. EL ACOMODAMIENTO RAZONABLE EN EUROPA

Como hemos visto, en Canadá la práctica del acomodamiento se sitúa en la aplicación del derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo, religión, etnia o cultura.

En Europa este concepto se ha empleado de momento solamente en relación con las personas minusválidas, en el que se ha exigido la adaptación de las estructuras para que exista un acceso sin barreras al ejercicio en igualdad de los derechos humanos. En el caso canadiense ha quedado claramente establecido que el empleador tiene en principio la obligación de ofrecer una solución para acomodar a la persona diferente para que esta última pueda ejercer los derechos garantizados en la Carta de Derechos y Libertades de Canadá. En Europa esta obligación existe en el derecho comunitario europeo y en el Consejo de Europa en relación con personas con minusvalías.

En general en el mundo jurídico europeo y en la misma ciudadanía la meta ha sido lograr una cultura de una igualdad simétrica, que huya de cualquier privilegio, a pesar incluso de la historia europea de discriminación con muchas de sus minorías nacionales, tema frecuente de conflictos especialmente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Si bien debido a los regionalismos se tolera mejor ciertos derechos colectivos para las minorías nacionales o regionales, no se aplica ese mismo razonamiento cuando se trata de minorías venidas de la inmigra-

---

*et libertés*. Garantie des droits et libertés. Droits et libertés au Canada. Art. 1: «La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*, 4 de junio de 1999. Québec, Éditeur officiel du Québec, À jour 1er mai 2012, ce document a valeur officielle. Disponible en el sitio web: [www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/C\\_12/C12.HTM](http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/C_12/C12.HTM). El Art. 9.1. de la Carta de Derechos y libertades de la persona de Québec legisla que: « Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec. La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice ».

ción, aunque estas últimas lleven asentadas en Europa desde los años 50 o 60, debido a la necesidad de mano de obra que experimentó Europa con el desarrollo industrial de los años 60<sup>46</sup>.

A pesar de las resistencias teóricas y de los prejuicios, la realidad de la diversidad cultural generada por la inmigración se impone. El no afrontar decididamente la lucha contra la discriminación con las adecuadas medidas jurídicas conduce a conflictos de inestabilidad social mucho mayores. A nivel del derecho internacional europeo y de los derechos constitucionales se han creado sólidos instrumentos jurídicos para perseguir el logro de la igualdad. El reto está en asumir una igualdad en la diferencia, es decir en crear los resortes político-jurídicos que permitan un modelo de ciudadanía intercultural. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales se erige así en uno de los instrumentos jurídicos pertinentes.

En la segunda parte de este artículo intentaremos responder a la siguiente cuestión: ¿En qué medida las técnicas de acomodamiento razonable utilizadas en el contexto canadiense y estadounidense pueden servir para luchar contra las discriminaciones indirectas por motivos de raza o religión en Europa con una eficacia similar?

## 5. EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA. ¿ACOMODAMIENTOS RAZONABLES EN EL TEDH?

El concepto de discriminación indirecta permite detectar y prohibir medidas que *a priori* parecen aceptables y neutras pero que suponen de hecho desventajas en relación con ciertos grupos, sin justificación objetiva y razonable. También prohíbe tratamientos diferenciados que resulten discriminatorios<sup>47</sup>. Demostraremos como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ido introduciendo acomodamientos razonables en materia de identidad cultural, y en contraste veremos como es más reacia a introducir este tipo de flexibilidad en cuestiones relacionadas con el derecho de libertad religiosa<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> Para un estudio detallado de protección de las minorías culturales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos véase, MARSCHALL, J., *Personal Freedom through Human Rights Law?: Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention of Human Rights*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, 2009.

<sup>47</sup> Véase AST, F., «La discrimination indirecte comme outil de protection du pluralisme: enjeux et limites», en COE, *Accommodements institutionnels et citoyens: cadres juridiques et politiques pour interagir dans des sociétés plurielles*, op. cit., p. 90.

<sup>48</sup> Algún otro autor encuentra que el TEDH es reacio a este tipo de flexibilidad tanto en supuestos de identidad cultural como religiosa, y también en derechos lingüísticos, véase RUIZ VIEÍTEZ, E., «Aménagements raisonnables: dépasser la Convention européenne des droits de l'homme pour rendre compte de la pluralité dans les institutions nationales», en COE, *Accommodements institutionnels et citoyens: cadres*

Nos centraremos en esta segunda parte, en ver cómo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado la noción de acomodamiento razonable a través de su jurisprudencia, de un modo paralelo al TSC, aunque no utilice este término, sino otros mecanismos semejantes. Como se afirma en el *caso Gorzelik y otros contra Polonia* se trata de proteger el pluralismo que se basa en: «el reconocimiento y el respeto verdadero de la diversidad y del dinamismo de las tradiciones culturales, de las identidades étnicas y culturales, así como de las convicciones religiosas»<sup>49</sup>.

Dejemos sentado que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hasta la reciente sentencia de *Eweida contra Reino Unido* de enero de 2013, no había utilizado hasta ahora el término de acomodamientos razonables (*accommodement*) o arreglos o adaptaciones (*aménagement*). Sólo había aparecido de un modo explícito en el voto particular del *caso Sessa contra Italia*<sup>50</sup>, liderada por la jueza Tulkens.

Pero, aunque esa sentencia sea puntual y al margen de ella, en el *caso Eweida* es posible dislumbrar ya de un modo explícito ciertos paralelismos entre las técnicas del TSC y el TEDH. Anteriormente se vislumbraba en sentencias relacionadas con el derecho a la identidad cultural.

El Consejo de Europa es un lugar privilegiado para estudiar la diversidad cultural, ya que los 47 países miembros de esta organización, si bien todos ellos europeos, poseen una gran diversidad tomados en su conjunto, con mayores contrastes, mucho mayor que la de la UE y no sólo por la variedad creada por la inmigración sino por la existencia de sus propias viejas minorías, que incluye también un gran pluralismo cultural y religioso dentro de sus territorios nacionales.

Debemos insistir en el hecho de que el Convenio Europeo no reconoce de un modo explícito el derecho a la identidad cultural, aunque existe la Convención-marco para la protección de las minorías nacionales del Consejo de Europa<sup>51</sup>. Pero sí lo hace indirectamente en numerosos casos presentados ante el TEDH. Dicho Tribunal ha ido elaborando a través de una interpretación dinámica una jurisprudencia en la que se establecen ciertos contenidos referentes a los derechos culturales en un sentido amplio, en relación con otros derechos con-

---

*juridiques et politiques pour interagir dans des sociétés plurielles*, op. cit., pp. 135-151. Aquí p. 141.

<sup>49</sup> TEDH (Gran Sala), *Gorzelik y otros c. Pologne*, núm. 44158/98, 17 de febrero de 2004.

<sup>50</sup> TEDH, *Sessa Francesco c. Italie*, núm. 28790/08, 3 de marzo de 2012.

<sup>51</sup> Véase BASTA FLEINER, L. R., «Les droits de participation prévus par la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales (CCPMN): évolution vers un cadre juridique rejetant la discrimination sociales et économiques», en *COE*, op. cit., pp. 69-87. También MEDA-WINDISCHER, R., «The European Court of Human Rights and minority rights», *Journal of European Integration*, vol. 25, 3, sept. 2003, pp. 249-271. BREITENMOSER, S., «The Protection of Groups and Groups Rights in Europe», editado por Koen de Feyter y George Pavlakos, *The Tension between Group Rights and Human Rights: a multidisciplinary Approach*, Oxford, Portlando (Oregon), Hart, 2008, pp. 245-269.

templados de un modo explícito en el Convenio, especialmente el artículo 8 (derecho a la vida familiar y privada), el artículo 9 (derecho a la libertad de pensamiento, religiosa y de conciencia), el artículo 10 (derecho a la libertad de expresión), así como el artículo 2 del Protocolo núm. 1 (derecho a la educación)<sup>52</sup>.

Otro factor importante que explica el aumento de la jurisprudencia en relación con los derechos culturales ha sido el número de casos presentados ante el Tribunal por personas o entidades pertenecientes a minorías nacionales, incluyendo minorías culturales, lingüísticas o étnicas. Según el informe de la División de investigación del TEDH, «aunque el Tribunal no siempre falla a favor de los derechos y minorías culturales los principios claves que ha establecido en estos casos ofrecen bases para la futura litigación y su desarrollo»<sup>53</sup>. Todo ello debe estudiarse también en el contexto del Libro Blanco para el diálogo intercultural, que si bien no es una norma jurídica, a nuestro juicio ha abierto líneas y recomendaciones nuevas a los Estados parte en lo que se refiere al respeto de las identidades culturales, étnicas y religiosas<sup>54</sup>, lo que quizá haya permitido avanzar en la línea pionera que el Tribunal marcó en el caso *Thlimmenos*.

a) El caso *Thlimmenos contra Grecia* ha sido calificada como el *leading case* de los acomodamientos<sup>55</sup>.

El Tribunal Europeo en el caso *Thlimmenos* está exigiendo a los Estados legislaciones con flexibilidad en la norma general y típica en los casos en que exista una justificación objetiva y razonable.

Pero esa causa objetiva se basa previamente en una conducta relacionada con la conciencia de una persona, que en este caso es pacifista hasta el extremo de no querer cumplir con una obligación impuesta a todos los ciudadanos.

En estos casos se plantea si el Estado puede estar abierto con flexibilidad al reclamo de algunos de sus ciudadanos a un tratamiento diferente por motivos serios y fundados.

<sup>52</sup> Research Division/Division de la Recherche, *Cultural rights in the case-law of the European Court of Human Rights*, Council of Europe / European Court of Human Rights, January 2011. Este informe ha sido preparado por la División de Investigación del TEDH en inglés y no es vinculante para el TEDH. Está publicado y disponible en el siguiente sitio web: [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) (Case-Law / Case-Law Analysis / Research Reports), p. 4.

<sup>53</sup> *Idem*.

<sup>54</sup> COE, *Libro Blanco sobre el diálogo intercultural: Vivir juntos en igual dignidad*, CM (2008) 30 final, de 2 de mayo de 2008. Disponible en la web del Consejo de Europa: [www.coe.int/t/dg4/intercultural/Publication\\_WhitePaper\\_ID\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dg4/intercultural/Publication_WhitePaper_ID_en.asp).

<sup>55</sup> Algunos autores opinaban que la argumentación inaugurada en cierto modo en el caso *Thlimmenos contra Grecia* no había sido continuada posteriormente. Sin embargo, el TEDH ha dado muestras en la jurisprudencia posterior al año 2000 de una nueva sensibilidad hacia la identidad cultural que bien podría ser vista en continuidad con el caso citado.

b) El caso de los niños gitanos checos y la obligación de acomodar una norma para evitar una discriminación indirecta basada en la raza o etnia.

Otro caso presentado ante el TEDH que puede encuadrarse como de acomodamiento razonable es *el caso D.H y otros contra la República checa*, que se falló en el año 2007<sup>56</sup>. Estaríamos ante una discriminación indirecta basada en la raza, no en la religión. Los recurrentes alegaron haber sufrido una discriminación en su derecho a la educación en razón de su raza o de su origen étnico (Cfr., párrafo 3).

c) El caso *Orsus y otros c. Croacia*. Demanda de una minoría gitana y la aplicación de los mismos criterios que en el caso *D.H. contra República checa*.

La Gran Sala del Tribunal ha querido asentar la lucha contra la discriminación indirecta escolar de niños gitanos en otra nueva sentencia, caso *Orsus y otros c. Croacia*, fallada el 17 de julio de 2010<sup>57</sup>, cuya decisión ha dividido a los jueces, con nueve votos a favor de la existencia de discriminación y ocho en contra de tal discriminación, al considerar que las medidas estatales estaban justificadas de un modo objetivo y con un fin legítimo.

Aunque los hechos se pretenden presentar como similares al caso *D.H. c. República checa*, una lectura detallada de los datos aportados en la sentencia nos permite comprobar que no son casos idénticos, de ahí la disensión en el TEDH.

d) Caso *Glor contra Suiza*. Un caso de acomodamiento en razón de una minusvalía.

Otro caso que podría considerarse de acomodamiento razonable es el asunto *Glor contra Suiza* del año 2009<sup>58</sup>. Se trataría de una discriminación indirecta por razones de una enfermedad, la diabetes. El ciudadano suizo Glor no podía realizar el servicio militar debido a que padecía una diabetes. Según la legislación suiza, en su caso debía de pagar una tasa igual que todos los demás ciudadanos suizos que, por otros motivos, no pudieran realizarlo. En la legislación suiza cabe prestar un servicio alternativo, pero sólo por motivos de objeción de conciencia. Por otro lado, están exentos de pagar la tasa sólo los exentos por minusvalías mayores de un 40%.

---

<sup>56</sup> TEDH (Gran Sala), *D.H y otros c. República Checa*, núm. 57325/00, 13 de noviembre de 2007. Véase la opinión disidente del juez Borrego-Borrego en esta sentencia y el comentario sobre la misma de FLAUSS, Jean-François, «Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (septembre 2009-février 2010)», *L'Actualité juridique droit administratif* (AJDA), núm. 18, 17 mai, 2010, pp. 997-1009. En opinión de Flauss las opiniones disidentes se han vuelto cada vez más virulentas (véase, p. 998) y en ocasiones son más agresivas que las formuladas por la doctrina académica.

<sup>57</sup> TEDH (Gran Sala), *Orsus y otros c. Croacia*, núm. 15766/03, 17 de julio de 2008.

<sup>58</sup> TEDH, *Glor c. Suiza*, núm. 13444/04, 30 de abril de 2009.

## 6. LOS LÍMITES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS PROTEGIDOS POR EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EL TEST DE PROPORCIONALIDAD

Procedemos a continuación a examinar las técnicas que utiliza el TEDH para establecer algunos límites en los recursos planteados por los particulares contra sus Estados, que justifican una denegación de los mismos al observar que no ha habido violación del derecho o que la restricción al mismo está justificada. Existe también bastante paralelismo entre los límites funcionales y sociales que establece el Tribunal Supremo de Canadá con las técnicas presentes en el TEDH.

Una primera técnica consiste en el uso del test de proporcionalidad, que se aplica también en el TEDH tanto a los límites sociales (legales) como a los límites funcionales en la limitación de un derecho del particular.

Los criterios de la jurisprudencia del TEDH son tres: primero, el Estado debe demostrar en el caso de una norma en litigio que dicha medida persigue un bien legítimo<sup>59</sup>; segundo, que existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad buscada; y tercero, que no existe otra medida que, logrando el mismo fin, dañe en menor medida el derecho individual, es decir sea menos gravosa para el particular al que se le limita el ejercicio de un derecho legítimo<sup>60</sup>. El TEDH se limita a examinar la segunda y omite el análisis de la primera y la tercera.

En los tres casos, todos estos criterios quedan englobados en el otro conocido mecanismo del «margen de apreciación de los Estados» del TEDH, que examinaremos después, y que lo hemos calificado como una noción equivalente a la de «interés preponderante del Estado» en el derecho canadiense.

En relación con el primer criterio, el concepto indeterminado de «fin objetivo y legítimo» será interpretado por el juez y se concretará a la luz de las circunstancias concretas del caso<sup>61</sup>.

Lo mismo es aplicable al segundo criterio: serán también los jueces quienes decidirán, utilizando los métodos habituales de argumentación jurídica, como el de proporcionalidad y el de ponderación, si existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad buscada.

En relación con el tercer criterio, también, como parte del concepto de proporcionalidad, el Tribunal examina si la restricción del derecho para ese ciudadano o la aplicación de esa norma general sin admi-

<sup>59</sup> TEDH, *Thlimmenos c. Grecia* (ya citado) y TEDH, *Glor contra Suiza* (ya citado).

<sup>60</sup> Remitimos a los argumentos expuestos *supra* en el caso *Glor contra Suiza*.

<sup>61</sup> TEDH, *Rasmussen c. Dinamarca*, serie A, núm. 87, de 28 de noviembre de 1984; TEDH, *Inze c. Austria*, serie A, núm. 126, de 28 de octubre de 1987.

tir excepciones le supone un sacrificio excesivo de su derecho, como hemos indicado en el caso *Glor contra Suiza*.

Por tanto, conjugado con el concepto examinado anteriormente de discriminación indirecta, el principio de proporcionalidad ayuda a detectar si el efecto de la norma es desproporcionado, lo que, en caso de serlo, obligaría entonces al Estado a adoptar una solución que flexibilice la norma para evitar el impacto adverso en esos ciudadanos. La norma puede estar formulada de un modo neutro (consistiendo o no en una restricción), pero sería indirectamente discriminatoria si sus efectos imponen dificultades particulares a ciertas personas<sup>62</sup>. El fin del test de proporcionalidad es detectar e impedir una diferencia de trato injustificable, negativa (discriminatoria), basada en los efectos discriminatorios indirectos de la norma neutral.

Para evitarlo se debe conceder a ese ciudadano, paradójicamente, un tratamiento especial positivo (favorable), basándose en el principio de que la igualdad requiere tratar diferente a lo diferente (*caso Thlimmenos c. Grecia*), realizando una adaptación de la norma.

## 7. EL MARGEN DE APRECIACIÓN DE LOS ESTADOS COMO LÍMITE A LOS DERECHOS. PARALELISMO CON EL CONCEPTO CANADIENSE DE *COMPELLING STATE INTEREST*

Es apreciable a su vez un paralelismo entre el margen de apreciación que posee cada Estado y los límites a los derechos marcados en el Convenio con la noción canadiense (tomada a su vez de la jurisprudencia estadounidense) del *compelling state interest* (interés preponderante del Estado).

Como resultado del análisis que hemos realizado de la jurisprudencia del TEDH se puede concluir que el TEDH está siendo más proclive a defender los derechos culturales en apoyo de determinadas minorías, como por ejemplo la gitana entre otras, y que sin embargo no se muestra muy inclinado hacia la defensa de la libertad religiosa, a los Estados que la violan<sup>63</sup>, con la reciente excepción del caso *Eweida*.

En mi opinión, la jurisprudencia del TEDH se muestra prometedoramente cara a la protección de minorías y de sus derechos culturales, y parece alumbrar pocas esperanzas en relación con acomodamientos razonables que protejan la libertad positiva de manifestar la religión, aunque haya habido alguna sentencia que se haya desmarcado de la línea general, y el TEDH está absolutamente cerrado a otorgar acomodamientos razonables a los padres por convicciones religiosas en materias

<sup>62</sup> BOSSET, P. y FOLETS, M.C., *op. cit.*, p. 63.

<sup>63</sup> Véase ELÓSEGUI, M., *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable*, Cizur-Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013.

educativas, inaceptando la dispensa o la objeción a determinados programas de enseñanza, al margen de algunas sentencias positivas como las del caso *Folgerø y otros c. Noruega*<sup>64</sup>, así como el caso *Hassan y Eylem Zengin c. Turquía*<sup>65</sup>.

En contraste con su jurisprudencia anterior el TEDH ha resuelto a favor de Eweida<sup>66</sup> el famoso caso *Eweida v. British Airways*<sup>67</sup>, relativo a una empleada de *British Airways*, a quien no se le permitió llevar una pequeña cruz con el uniforme siendo finalmente expulsada de la compañía, al que se ha añadido el caso de la enfermera Chaplin, a quien se le prohibió llevar una pequeña cadena en el cuello con el crucifijo<sup>68</sup>. La sentencia del TEDH de 15 de enero de 2013 ha dado la razón a la azafata Eweida, pero no así a la enfermera Chaplin. La sentencia ya es definitiva porque Reino Unido no la ha apelado y las dos apelaciones finales de Ladele y McFarlane han sido rechazadas el 30 de mayo de 2013.

## 8. UN NUEVO RETO: LOS AJUSTES CONCERTADOS Y LAS PRÁCTICAS DE ARMONIZACIÓN PREVIAS. UN CAMBIO DE PARADIGMA

En Canadá la jurisprudencia y las argumentaciones judiciales han ido creando una nueva mentalidad en la línea de fomentar medidas previas de ajustes concertados y de adaptaciones previstas con antelación o negociadas entre las partes sin necesidad de llegar a las situaciones de enconamiento que terminan planteándose ante los tribunales. Esto conduce a tener una actitud, como señalan muchos autores<sup>69</sup>, preventiva y proactiva, y no sólo correctivo.

<sup>64</sup> TEDH (Gran Sala), *Folgerø y otros c. Noruega*, núm. 15472/02, § 84, CEDH 2007-VIII. Véase, DUCOULOMBIER, P., «Folgero v. Norway: dispensation from religious education: from the United Nations Human Rights Committee to the European Court of Human Rights», *European Human Rights Law Review*, issue 3, (2008), pp. 391-399.

<sup>65</sup> TEDH, *Hassan y Eylem Zengin c. Turquía*, núm. 1448/04, 9 de octubre de 2007.

<sup>66</sup> TEDH, *Eweida y otros c. Reino Unido*, n<sup>o</sup>s. 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10, 15 de enero de 2013.

<sup>67</sup> *Eweida v British Airways* [2010] EWCA Civ 80, junto con el caso de la enfermera Chaplin, See App Nos 48420/10 y 59843/10 (recibidos el 10 de agosto y el 29 de septiembre de 2010, respectivamente).

<sup>68</sup> *Ídem*. Para un comentario detallado del clima en el Reino Unido véase el extenso artículo de MCGOLDRICK, D., «Religion in the European Public Sphere and in European Public Life. Crucifixes in the Classroom?», *Human Rights Law Review*, 11, 3, 2011, pp. 451-502. Sobre Reino Unido pp. 456-457.

<sup>69</sup> Jézéquel, Bosset, Ast, Foblets, Woehrling, Kymlicka, en la bibliografía ya citada. Es decir, que como he dicho al final deben adelantarse a las demandas individuales de adaptación, en la línea que señalaba Jézéquel, Bosset y Foblets., *op. cit.*, p. 46.

En ese sentido, la lección aprendida conduce a un cambio de actitud y a analizar las normas generales teniendo en cuenta de un modo proactivo su posible adaptación a ciudadanos con necesidades o capacidades diferentes. El Tribunal Supremo de Canadá ha encarecido a las administraciones públicas a que adopten una actitud activa para responder a lo que forma parte de su obligación. En lugar de esperar a que se produzcan conflictos y buscar *a posteriori* las soluciones, se trata de adelantarse a los problemas estableciendo pautas y buenas prácticas. No haría falta entonces esperar que se planteen recursos judiciales contra las discriminaciones indirectas, sino de evitar que se lleguen a producir. De manera que en la implementación de las normas y políticas de empleo se incorpore una perspectiva que evite las barreras estructurales e institucionales a personas con características diferentes a las de la mayoría de la población.

La aplicación de esta nueva actitud conduce a distintos tipos de soluciones; en unos casos la norma general sólo requiere una pequeña adaptación, en otros sería necesaria una norma diferente, por tanto especial.

No se trata por tanto de que esas personas soliciten un régimen de excepciones que les llevaría a situarse en una situación de ventaja o privilegio (de favoritismo) sobre los demás (trabajadores o usuarios) sino que son medidas de justicia necesarias para que pueda ocupar el mismo lugar que el resto de los ciudadanos<sup>70</sup>. No es un régimen de excepciones, sino de flexibilidad incorporada a la propia norma para evitar que ésta produzca efectos discriminatorios no buscados. Se trata, en consecuencia, de prever modos flexibles de ejecutar la regla general. Es un modo de aceptar la diferencia dentro de las situaciones de ciudadanos normales con distintas necesidades<sup>71</sup>. Con ello todos mantienen la obligación de cumplir la regla, pero se evitan las discriminaciones que podrían producirse si la regla se aplicara de un modo

---

<sup>70</sup> Si bien la jurisprudencia que estamos tratando se centra en temas laborales y el acceso a los servicios públicos, cabría también pensar en el acceso a los derechos políticos en personas capaces pero con minusvalías físicas. De hecho ha habido grandes avances en las legislaciones para hacer posible el voto electrónico a personas con minusvalías. Recientemente se ha reformado la legislación en España y en las elecciones nacionales de noviembre de 2011 se ha instaurado este nuevo sistema. Por Resolución Ministerial núm. 820, del día 17 de mayo de 2006, es creado en el ámbito de la Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior, el Programa de Accesibilidad Electoral, cuyo objetivo general es «Incorporar a la normativa electoral previsiones que faciliten el derecho al sufragio de personas con discapacidad». También España ha sido líder europeo en el año 2009 en poner a disposición de la persona invidente la posibilidad del voto accesible en *Braille*, lo que le permite ejercer su derecho a voto pudiendo prescindir de la ayuda de una persona de confianza. Ver también, *Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Martes 2 de agosto de 2011, BOE núm. 184, p. 87478*. Disponible en: [boe.es/boe/dias/2011/08/02/pdfs/BOE-A-2011-13241.pdf](http://boe.es/boe/dias/2011/08/02/pdfs/BOE-A-2011-13241.pdf)

<sup>71</sup> Véase, la opinión del juez François Blais en el asunto *Soleno inc. c. Métallurgistes unis d'Amérique*, 2005, CanLII. 55297, § 196 (2005T-1114).

rígido. Además esas adaptaciones no afectan al objetivo esencial que persigue la norma, sea la seguridad, el cumplimiento de un horario, el uso de un uniforme, la atención de la clientela, la instrucción académica etc.

Con más motivo, a medida que las sociedades son más plurales, también desde el punto de vista cultural, los acomodamientos serán más necesarios<sup>72</sup>.

Esta nueva mentalidad abre perspectivas muy válidas para la gestión de la diversidad cultural y religiosa. Hasta ahora ha sido una técnica que ha servido para evitar discriminaciones indirectas a minorías históricamente estigmatizadas, como los afroamericanos y minorías autóctonas, personas con minusvalías (hoy ya con un claro derecho establecido), o las discriminaciones indirectas hacia las mujeres, pero todavía queda un largo camino por recorrer para aceptar la diversidad proveniente de la inmigración y los elementos que arrastra consigo como las diferencias de color, de visiones de la vida o cosmovisiones, de filosofías y de religión, así como las diferencias dentro de los propios ciudadanos de origen entre creyentes y no creyentes. Se trata de avanzar utilizando técnicas jurídicas hacia una ciudadanía inclusiva, que equilibre los privilegios de la sociedad y la cultura dominante. Por ejemplo, la posibilidad de brindar intérpretes a personas recién llegadas que no han tenido tiempo de conocer el idioma del país de acogida posibilita de modo extraordinario el acceso a los servicios y la comunicación con la nueva sociedad.

Estas técnicas para detectar discriminación indirecta en diversas minorías o el impacto adverso tienen también su origen en la jurisprudencia estadounidense. Se trata de estudiar cómo afectará determinada normativa a grupos específicos en el acceso a los servicios públicos o a nuevos nichos laborales. Con mayor razón debe utilizarse este criterio para fomentar la integración laboral de los inmigrantes<sup>73</sup>.

La filosofía de fondo de la necesidad jurídica de acomodamientos razonables se apoya en una concepción de la justicia social distributiva, desde una perspectiva de ciudadanía incluyente. Se basa en un modelo intercultural concreto, que ya hemos indicado y diseñado en obras anteriores, a las que remitimos<sup>74</sup>. Esta construcción de una ciudadanía inclusiva exige compartir unos valores ético-jurídicos cívicos, en los que caben también diferencias. Es más, tanto la libertad cultural como la religiosa forman parte de esos valores.

---

<sup>72</sup> TSC, *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique* (Council of Human Rights), [1999] 3 RCS 868 (caso Grismer).

<sup>73</sup> Por ejemplo el Ayuntamiento de Zaragoza, incorporó como empleados en el Plan de restauración del Casco viejo a los inmigrantes que vivían en esa zona. Véase, Ayuntamiento de Zaragoza, *Plan integral del Casco Histórico de Zaragoza 2005-2012*, Zaragoza, Ayuntamiento de Zaragoza, 2012. Disponible en: [www.zaragoza.es/contenidos/urbanismo/Pich\\_informa.pdf](http://www.zaragoza.es/contenidos/urbanismo/Pich_informa.pdf)

<sup>74</sup> ELÓSEGUI, M., *El derecho a la identidad cultural en la Europa del siglo XXI*, Pamplona, Eunsa, 2012.

Esa integración de la diferencia se debe llevar a cabo sin ceder en los valores constitucionales fundamentales, pero a su vez requiere flexibilidad para distinguir aquello que no es esencial y que por tanto no tiene porqué ser exigido a todos de un modo homogéneo<sup>75</sup>. Esa es la tarea del legislador, del poder judicial y de los intelectuales<sup>76</sup>.

Aunque el modelo canadiense o quebequense no es directamente trasladable a Europa o España, guarda muchos paralelismos con situaciones que se dan en ese continente y en nuestro país. Tanto la sociedad de Québec como la europea se encuentran en el dilema entre la tradición y la renovación, entre sus identidades del pasado y la integración de propios y ajenos en nuevos espacios de mayor autonomía local y de aceptación de lo extranjero.

Los particulares y las administraciones públicas deben gestionar la diversidad tanto por la vía de la legislación con posibles excepciones previstas ya en las leyes generales (a través de otras leyes ordinarias), como a través de ajustes acordados concertados (amistosos), y también a través de la jurisprudencia adoptando acomodamientos razonables, con la resolución de recursos planteados caso por caso ante los tribunales de justicia.

Quizá el fenómeno de la religión en Europa se ha centrado en las últimas décadas en la relación del Estado con las Iglesias, en cuanto instituciones, sin embargo es imprescindible hoy en día llamar la atención sobre la idea de que el Estado social se relaciona también con ciudadanos individuales que, como tales, poseen sus propias convicciones, tanto de creencias como de filosofías de vida. En ese sentido, el Estado, las administraciones públicas, las empresas privadas y los particulares deben de gestionar la diversidad de sus propios ciudadanos, también en cuanto trabajadores en el sector privado, como en cuanto funcionarios públicos y, por otra parte, en la convivencia vecinal.

Se trata de afrontar la gobernanza y la gestión de la diversidad desde las Administraciones Públicas y privadas con un sano realismo consistente en aportar pequeñas soluciones jurídicas y administrativas factibles, para las que los conceptos de «acomodamientos razonables» y «ajustes acordados o concertados», surgidos en la jurisprudencia estadounidense y canadiense (también en Quebec, en el Tribunal de derechos de la persona y otras instancias judiciales, como el Tribunal Superior de Justicia de esa provincia) podrían resultar muy útiles para hacer posible un nuevo concepto de ciudadanía más inclusivo para los

---

<sup>75</sup> ELÓSEGUI, M., *Derechos Humanos y pluralismo cultural*, Madrid, Iustel, 2008.

<sup>76</sup> RAMADÁN, T., «Accommodements pour les minorités ou accommodements pour tous et chacun», en COE, *op. cit.*, pp. 173-182. Aquí pp. 178-179, donde afirma que «Las desconfianzas, los miedos, las controversias que se repiten, la cuestión lacerante de la inmigración crean una atmósfera que contribuye al trabajo de los juristas –habitualmente discreto y sereno– para tomar medidas, a la vez preventivas y continuas, de clarificación, de transparencia, y de explicación, especialmente en relación con la clase política y los periodistas».

grupos y los individuos como particulares, además de las relaciones del Estado con las minorías culturales y con las distintas confesiones religiosas. Interesaría no tanto el tratamiento de la diversidad desde el punto de vista del grupo, sino el del ciudadano individual, y las prácticas concretas adoptadas por los distintos poderes públicos con el objetivo de gestionar jurídicamente este desafiante reto. En esta línea parece encuadrarse muchas de las propuestas del II *Plan estratégico de ciudadanía e integración, 2011-2014*, publicado por el Ministerio de Trabajo e Inmigración, Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración, Dirección General de Integración de los inmigrantes<sup>77</sup>, centradas en la gestión de los servicios sociales en los municipios y barrios.

Como resumen, el tratamiento del tema en Canadá es clarificador; a mi juicio, la actitud de este país constituye un modelo a seguir en los actuales debates europeos un tanto crispados. En concreto, resulta muy ilustrativa la tesis de que la relación del Estado con el fenómeno religioso no debe ser de distanciamiento sino de gestionar desde las administraciones esa diversidad moral y espiritual de sus ciudadanos, incluida la religiosa y la filosófica. Las administraciones públicas y la actitud de los magistrados del Tribunal Supremo de Canadá son un ejemplo de que la gobernanza o la gestión de la diversidad desde el Estado debe y puede hacerse con una mentalidad amplia, utilizando, entre otros muchos, los mecanismos del acomodamiento razonable y de los ajustes acordados.

## BIBLIOGRAFÍA

- AST, F., «La discrimination indirecte comme outil de protection du pluralisme: enjeux et limites», en COE, *Accommodements institutionnels et citoyens: cadres juridiques et politiques pour interagir dans des sociétés plurielles*, *op. cit.*, p. 90.
- BASSAN TIBI, *Europa ohne Identität? Leitkultur oder Wertebeliebkeit*, Munich, Pieper, 1998.
- BASTA FLEINER, L. R., «Les droits de participation prévus par la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales (CCPMN): évolution vers un cadre juridique rejetant la discrimination sociales et économiques», en COE, *op. cit.*, pp. 69-87. MEDA-WINDISCHER, R., «The European Court of Human Rights and minority rights», *Journal of European Integration*, vol. 25, 3, sept, 2003, pp. 249-271.
- BIELEFELDT, H., «Challenges faced by culturally diverse societies in Europe», en COE, *Human Rights in culturally diverse Societies. Challenges*

---

<sup>77</sup> *Plan estratégico de ciudadanía e integración, 2011-2014*, publicado por el Ministerio de Trabajo e Inmigración, Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración, Dirección General de Integración de los inmigrantes, 2011, 262 pp. Disponible en: [extranjeros.mtin.es/es/integracionRetorno/Plan\\_estrategico2011/pdf/PECI-2011-2014.pdf](http://extranjeros.mtin.es/es/integracionRetorno/Plan_estrategico2011/pdf/PECI-2011-2014.pdf)

- and perspectives. The Hague, Netherlands, 12-13 Novembre, 2008, Proceedings*, Directorate General of Human Rights and Legal Affairs, Council of Europe (Strasbourg), Printed in Netherlands, October 2009.
- BOSSET, P., «Limites de l'accommodement raisonnable: le droit a-t-il tout dit?», *Éthique publique*, vol. 9, núm.1, 2007, pp. 165-168.
- BREITENMOSE, S., «The Protection of Groups and Groups Rights in Europe», editado por Koen de Feyter y George Pavlakos, *The Tension between Group Rights and Human Rights: a multidisciplinary Approach*, Oxford, Portlando (Oregon), Hart, 2008, pp. 245-269.
- BRIBOSIA, E., RINGELHEIM J., y RORIVE, I., «Aménager la diversité: le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse», *Revue Trimestrielle des droits de l'homme*, núm. 78, 2009, pp. 325-333.
- BRUNELLE, Ch., *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail*, Cowansville, Editions Ivon Blais, 2001, pp. 248-251.
- Charte canadienne des droits et libertés*, 1982. Édictée comme l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.). La *Charte canadienne des droits et libertés*. Garantie des droits et libertés. Droits et libertés au Canada. *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*, 4 de junio de 1999. Québec, Éditeur officiel du Québec, À jour 1er mai 2012, ce document a valeur officielle. Disponible en el sitio web: [www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/C\\_12/C12.HTM](http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/C_12/C12.HTM).
- COE, *Libro Blanco sobre el diálogo intercultural: Vivir juntos en igual dignidad*, CM (2008) 30 final, de 2 de mayo de 2008. Disponible en la web del Consejo de Europa: [www.coe.int/t/dg4/intercultural/Publication\\_WhitePaper\\_ID\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dg4/intercultural/Publication_WhitePaper_ID_en.asp).
- Comisión Estatal Contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el Deporte (28/02/2013). Disponible en: <http://www.csd.gob.es/csd/documentacion/01GabPr/Noticias/reunion-de-la-comision-estatal-contra-la-violencia-el-racismo-la-xenofobia-y-la-intolerancia-en-el-deporte-28-02-2013/>
- Comisión Europea Contra el Racismo y la Intolerancia, *Report on Spain*, 8 February 2011, disponible en: <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Spain/ESP-CBC-IV-2011-004-ENG.pdf>
- Commission Ontarienne des Droits de la Personne, en el sitio web: [www.ohrc.on.ca/fr/examen-de-la-jurisprudence-relative-à-la-croyance](http://www.ohrc.on.ca/fr/examen-de-la-jurisprudence-relative-à-la-croyance)
- Conseil de l'Europe (COE), *Accommodements institutionnels et citoyens: cadres juridiques et politiques pour interagir dans des sociétés plurielles*, Strasbourg, Conseil de l'Europe/Council of Europe, 2009. Versión inglesa: *Institutional accommodation and the citizen: legal and political interaction in a pluralist society*. Ambos disponibles en Internet: [www.coe.int/t/dg3/socialpolicies/socialcohesiondev/source/Trends/Trends21\\_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/socialpolicies/socialcohesiondev/source/Trends/Trends21_fr.pdf).
- Consejo de promoción de la igualdad de trato de todas las personas sin discriminación por razón de su origen racial o étnico, *Estudio anual sobre la discriminación por el origen racial o étnico: la percepción de las potenciales víctimas 2011*, publicado en 2012. [http://www.igualdadynodiscriminacion.org/recursos/publicaciones/2012/documentos/2012\\_panel/2011.pdf](http://www.igualdadynodiscriminacion.org/recursos/publicaciones/2012/documentos/2012_panel/2011.pdf)
- ELÓSEGUI, M., «El fundamento filosófico de la laicidad abierta en Taylor y Maclure versus las leyes de neutralidad en Alemania», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 27, 2011, pp. 209-254.

- «El modelo de interculturalidad en el informe de la Comisión Bouchard-Taylor», *Anuario de Derechos Humanos*, junio, 2010, pp. 129-164. Enlace al texto completo en: [www.ucm.es/BUCM/revistas/der/02120364/articulos/ANDH1010110129A.PDF](http://www.ucm.es/BUCM/revistas/der/02120364/articulos/ANDH1010110129A.PDF)
- *Derechos Humanos y pluralismo cultural*, Madrid, Iustel, 2008.
- *El derecho a la identidad cultural en la Europa del siglo XXI*, Pamplona, Eunsa, 2012.
- *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013. Prólogo de Miguel Rodríguez-Piñero.
- EVANS, M., «Advancing Freedom of Religion or Belief. Agendas for change», *Oxford Journal of Law and Religion*, vol. 1, Issue 1, 1 april, 2012.
- FERRER, J., «El crucifijo en la escuela pública», en María Elósegui (Coord.), *La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania*, Zaragoza, Fundación Giménez Abad y Fundación Alexander von Humboldt, 2012, pp. 49-62.
- FLAUSS, Jean-François, «Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (septembre 2009-février 2010)», *L'Actualité juridique droit administratif* (AJDA), núm. 18, 17 mai, 2010, pp. 997-1009.
- FOBLETS, M-C., «Le droit face à la multiplication des revendications identitaires. Pluriculturalité et pluralisme juridique au départ de l'expérience belge», en Julie Ringelheim (Dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 877-906.
- Gobierno de España, *Informe de evaluación del Plan de Derechos Humanos, 2012*. <http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2013/01/INFORME-DE-EVALUACION-DEL-PLAN-DE-DDHH.pdf>
- Informe de la Comisión Bouchard-Taylor, *Fonder l'avenir: le temps de la conciliation, rapport final de la Commission de Consultation sur les Pratiques d'Accommodements Reliées aux Différences Culturelles*, Québec, Éditeur officiel du Québec. 2008. Fue publicado en el año 2009, 309 p. Disponible en Internet en francés e inglés. En: [www.accommodements.qc.ca](http://www.accommodements.qc.ca)
- JÉZÉQUEL, M., «L'obligation d'accommodement raisonnable: ses potentiels et ses limites», en COE, *Accommodements institutionnels et citoyens: cadres juridiques et politiques pour interagir dans des sociétés plurielles*, op. cit., pp. 21-36.
- «L'obligation d'accommodement: un outil juridique et une mesure d'intégration», *Éthique publique*, vol. 8, núm. 1, 2006, pp. 52-59.
- *Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Martes 2 de agosto de 2011*, BOE núm. 184, p. 87478. Disponible en: [boe.es/boe/dias/2011/08/02/pdfs/BOE-A-2011-13241.pdf](http://boe.es/boe/dias/2011/08/02/pdfs/BOE-A-2011-13241.pdf)
- MACLURE, J. y TAYLOR, C., *Laicidad y libertad de conciencia*, Madrid, Alianza editorial, 2011, 161 p. Traducción de María Hernández, original *Laïcité et liberté de conscience*, Montréal, Les éditions du Boréal, 2010.
- MARSCHALL, J., *Personal Freedom through Human Rights Law?: Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention of Human Rights*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, 2009.
- MCGOLDRICK, D., «Religion in the European Public Sphere and in European Public Life. Crucifixes in the Classroom?», *Human Rights Law Review*, 11, 3, 2011, pp. 451-502.
- Ministerio de Trabajo e Inmigración, *Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (2011-2014)*, 23 de septiembre de 2011, 262 p. <http://extranjeros>.

- meyss.es/es/IntegracionRetorno/Plan\_estrategico2011/pdf/PECI-2011-2014.pdf
- Observatorio del pluralismo religioso en España, *Guía de gestión de la diversidad religiosa en los centros hospitalarios. para la gestión pública de la diversidad religiosa pluralismo religioso en España*, Madrid, Ministerio de Sanidad, Política social e Igualdad, 2011, 63 p.
- PAREKH, B.C. (ed)., «The future of multi-ethnic Britain: The Parekh Report», en *Commission on the Future of Multi-Ethnic Britain*, London, The Runnymede Trust, 2002.
- Plan integral del Casco Histórico de Zaragoza 2005-2012*, Zaragoza, Ayuntamiento de Zaragoza, 2012. Disponible en: [www.zaragoza.es/contenidos/urbanismo/Pich\\_informa.pdf](http://www.zaragoza.es/contenidos/urbanismo/Pich_informa.pdf)
- RAMADÁN, T., «Accommodements pour les minorités ou accommodements pour tous et chacun», en COE, *op. cit.*, pp. 173-182.
- RAPPORT, Belge, *Assises de l'Interculturalité, 2010*. Rapport remis à Joëlle Milquet, Vice-Première Ministre, Ministre de l'Emploi et de l'Égalité des Chances, en charge de la Politique de migration et d'asile, lors de la cérémonie de clôture des Assises de l'Interculturalité, le 8 novembre 2010 à Bruxelles. Disponible en: [www.milquet.belgium.be/sites/default/files/Télécharger%20le%20rapport%20des%20Assises%20de%20Interculturalité.pdf](http://www.milquet.belgium.be/sites/default/files/Télécharger%20le%20rapport%20des%20Assises%20de%20Interculturalité.pdf)
- Research Division/Division de la Recherche, *Cultural rights in the case-law of the European Court of Human Rights*, Council of Europe / European Court of Human Rights, January 2011. Este informe está publicado y disponible en el siguiente sitio web: [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) (Case-Law / Case-Law Analysis / Research Reports), p. 4.
- Resolución Ministerial núm. 820, del día 17 de mayo de 2006.
- RUIZ VIEITEZ, E., «Aménagements raisonnables: dépasser la Convention européenne des droits de l'homme pour rendre compte de la pluralité dans les institutions nationales», en COE, *Accommodements institutionnels et citoyens: cadres juridiques et politiques pour interagir dans des sociétés plurielles*, *op. cit.*, pp. 135-151.
- WOEHLING, J., «L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse», *Revue de droit de McGill*, 43, 1998, pp. 325-401.
- «La liberté de religion, l'obligation de neutralité religieuse de l'Etat et le droit à l'accommodement raisonnable: quelle place pour la religion dans les institutions publiques?», *Revista catalana de drt public*, vol. 33, 2006, p. 20.

## JURISPRUDENCIA

- Sentencia de la Sección 2.<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de junio de 2011 dictada en el recurso número 394/2010, interpuesto al amparo de lo previsto en los artículos 114 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, para la protección de los derechos fundamentales de la persona.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo, sección séptima, Recurso de casación 4118/2011, 14 de febrero de 2013,

- Presidente Excmo. Sr. D. José Rodríguez-Zapata Pérez, magistrado ponente Excmo. Sr. Dr. Vicente Conde Martín de Hijas.
- TEDH (Gran Sala), *D.H y otros c. República Checa*, núm. 57325/00, 13 de noviembre de 2007.
- TEDH (Gran Sala), *Folgerø y otros c. Noruega*, no 15472/02, § 84, CEDH 2007-VIII. Véase, DUCOULOMBIER, P., «Folgero v. Norway: dispensation from religious education: from the United Nations Human Rights Committee to the European Court of Human Rights», *European Human Rights Law Review*, issue 3, (2008), pp. 391-399.
- TEDH (Gran Sala), *Gorzelik y otros c. Pologne*, núm. 44158/98, 17 de febrero de 2004.
- TEDH (Gran Sala), *Orsus y otros c. Croacia*, núm. 15766/03, 17 de julio de 2008.
- TEDH, *Eweida v British Airways* [2010] EWCA Civ 80. Nos 48420/10 y 59843/10 (recibidos el 10 de agosto y el 29 de septiembre de 2010, respectivamente).
- TEDH, *Eweida y otros c. Reino Unido, n.ºs. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10*, 15 de enero de 2013.
- TEDH, *Glor c. Suiza*, núm. 13444/04, 30 de abril de 2009.
- TEDH, *Hassan y Eylem Zengin c. Turquía*, no 1448/04, 9 de octubre de 2007.
- TEDH, *Rasmussen c. Dinamarca*, serie A, núm. 87, de 28 de noviembre de 1984; TEDH, *Inze c. Austria*, serie A, núm. 126, de 28 de octubre de 1987.
- TEDH, *Sessa Francesco c. Italie*, núm. 28790/08, 3 de marzo de 2012.
- TEDH, *Sessa Francesco c. Italie*, núm. 28790/08, 3 de marzo de 2012.
- TEDH, *Thlimmenos c. Grecia* (ya citado) y TEDH, *Glor contra Suiza* (ya citado).
- Tribunal Supremo de Canadá, página web oficial: [www.scc-csc.gc.ca/court-court/ju/cory/index-fra.asp](http://www.scc-csc.gc.ca/court-court/ju/cory/index-fra.asp).
- TSC, *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique* (Council of Human Rights), [1999] 3 RCS 868 (caso Grismer).
- TSC, *Commission ontarienne des droits de la personne et Theresa O'Malley (Vincent) c. Simpsons-Sears Ltd* (1985) 2 RCS 536. En su versión inglesa, *Human Rights Commission y O'Malley v. Simpsons Sears Ltd*. Disponible en: [scc.lexum.org/fr/1985/1985rcs2-536/1985rcs2-536.html](http://scc.lexum.org/fr/1985/1985rcs2-536/1985rcs2-536.html)
- TSC, *R. c. Big M. Drug Mart Ltd* [1985] 1 RCS 295.
- TSC, *Syndicat Northcrest v. Amselem* (2004) 2 SCR 551.

Fecha de recepción: 30/06/2013. Fecha de aceptación: 31/10/2013.

# El conflicto entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos en las sociedades multiculturales

## Conflict between freedom of expression and religious feelings in multicultural society

Por ANA GARRIGA DOMÍNGUEZ  
Universidad de Vigo

### RESUMEN

*La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática y es una condición primordial para el progreso. En las sociedades multiculturales, con frecuencia, es necesario buscar el equilibrio entre la libertad de expresión y la libertad de pensamiento y religión. La libertad de expresión ampara, no sólo las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas, sino también aquellas que chocan, inquietan u ofenden. En las sociedades democráticas, los grupos religiosos deben tolerar las críticas públicas y el debate sobre sus actividades, creencias o enseñanzas, siempre que tales críticas no supongan insultos intencionados y gratuitos o discurso de odio, que constituyan una incitación a la violencia y a la discriminación en contra de los miembros de una religión concreta.*

Palabras clave: *Libertad de expresión, creencias religiosas, dignidad, lenguaje del odio.*

### ABSTRACT

*Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress. In multi-*

*cultural societies it is often necessary to look for the balance between freedom of expression and freedom of thought, conscience and religion. Freedom of expression protects, not only to information or ideas that are favourably received, but also to those that offend, shock or disturb. In the democratic societies, religious groups must tolerate critical public statements and debate about their activities, beliefs and teachings, provided that such criticism does not amount to intentional and gratuitous insults or hate speech and does not constitute incitement to violence and discrimination against adherents of a particular religion.*

Key words: *Freedom of expression, religious beliefs, dignity, hate speech.*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.-2. LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN: CONCEPTO Y CARACTERES.-3. CONCEPTO Y DIMENSIONES DE LA LIBERTAD RELIGIOSA. ¿QUÉ SON LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS?-4. SU CONFLICTO CON LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.-5. SENTIMIENTOS RELIGIOSOS Y LENGUAJE DEL ODIÓ.-6. CONCLUSIONES.

**SUMMARY:** 1. INTRODUCTION.-2. FREEDOM OF EXPRESSION AND INFORMATION: DEFINITION AND MEANING.-3. FREEDOM OF RELIGION: CONCEPTION AND DIMENSIONS. WHAT ARE THE RELIGIOUS FEELINGS?-4. CONFLICT BETWEEN RELIGIOUS FEELINGS AND FREEDOM OF EXPRESSION.-5. RELIGIOUS FEELINGS AND HATE SPEECH.-6. CONCLUSIONS.

## 1. INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas a los que ha de enfrentarse el ejercicio de la libertad de expresión en las sociedades pluralistas contemporáneas es el de las diferentes sensibilidades religiosas de sus miembros. En las páginas siguientes se pretende abordar la cuestión de en qué medida la protección de los sentimientos religiosos pueden servir para restringir su ejercicio. Como señalara Zagrebelsky, en nuestros actuales Estados constitucionales deben coexistir valores y principios que, para no hacerse incompatibles «con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir». Por ello nuestras constituciones, fruto de sociedades pluralistas, recogen, valores, principios y derechos heterogéneos que hacen que no sean «documentos axiológicamente homogéneos y unitarios, sino que su contenido es plural y está formado por criterios de valor tendencialmente contradictorios». Hemos de tener en cuenta, por otra parte, que la diversidad cultural imperante en las sociedades europeas actuales

hace necesario «garantizar el disfrute de los derechos humanos de cada persona a través de su propia identidad». Además y tal vez por ello esta problemática sigue originando un amplio debate, nos encontramos ante el fenómeno de «retorno de las religiones», que reemplaza las ideologías por el «redescubrimiento teológico-político de carácter integrista o fundamentalista».

Para poder abordar el conflicto entre los sentimientos religiosos y la libertad de expresión se hace imprescindible que, previamente, nos detengamos en el concepto y significado de las libertades de expresión e información. Seguidamente deberemos detenernos en el concepto y contenido de la libertad religiosa, para así poder conceptualizar adecuadamente la noción de los denominados sentimientos religiosos. En tercer lugar, habremos de valorar si éstos deben operar como un límite independiente o existen similitudes suficientes con otros límites clásicos de estas libertades, particularmente los derechos a la intimidad y al honor. Finalmente, habremos de referirnos a la cuestión del lenguaje del odio como caso extremo de ofensa a los sentimientos religiosos.

## 2. LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN: CONCEPTO Y CARACTERES

La libertad de expresión, según se recoge en la Constitución, protege el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. La libertad de información es el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. Se trata de dos derechos diferentes, con un contenido y unos elementos también distintos. No obstante, aunque no es lo mismo la libertad de expresión que el derecho-deber de información veraz, «éste va englobado en aquélla». Así se recoge también en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, que dispone en su artículo 10 que «toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras».

La libertad de expresión tiene por objeto la manifestación de ideas, pensamientos y opiniones, «concepto amplio dentro del cual deben incluirse las creencias y juicios de valor». La libertad de información comprende el derecho a comunicar y recibir libremente información sobre hechos; en concreto, sobre hechos noticiables. Por lo tanto, es posible distinguir ambos conceptos: la libertad de expresión ampara la emisión de juicios y opiniones y la libertad de información garantiza la manifestación de hechos. No obstante, en muchos casos, en las situaciones que nos presenta la realidad, no siempre es sencillo sepa-

rar lo que es opinión de lo que es información y con frecuencia aparecerán necesariamente unidas, pues «la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo». El objeto de la libertad de expresión es la idea y el de la libertad de información la noticia o el dato.

Nota distintiva y especialmente relevante de ambas libertades es que son, además de derechos fundamentales, garantías institucionales, es decir, instrumentos de los que se vale el sistema democrático para protegerse. La institución que garantizan es la opinión pública libre, fundamento del pluralismo político y elemento básico en un sistema democrático. Para que exista una opinión pública libre «es imperativo que los ciudadanos tengan la posibilidad de estar debidamente informados de los hechos noticiosos y puedan expresar y cotejar sus opiniones respecto de los mismos».

Las libertades de expresión y de información cumplen una función esencial de preservación del principio democrático y del pluralismo ideológico al permitir a los ciudadanos formar sus propias opiniones y convicciones, su conciencia individual y colectiva acerca de hechos y acontecimientos, así como participar en la discusión social sobre asuntos de interés público. Además, sin la garantía institucional de la opinión pública, se podría «poner en tela de juicio la base organizativa jurídica y política de cualquier Estado democrático y no se garantizaría (...) la ineludible protección de las minorías, como mecanismo institucionalizado para garantizar la disidencia o la heterodoxia». En último término, puede afirmarse que son condición necesaria para la realización efectiva del principio de legitimidad democrática.

Por otra parte, no sólo protegen intereses individuales, sino que, en la medida en que entrañan el reconocimiento y la garantía de la opinión pública, poseen una dimensión objetiva. Son, como reiteradamente ha señalado el Tribunal Constitucional, «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto esta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica», plasmada primero en el Estado de Derecho y más tarde en el Estado social y democrático de Derecho. Es decir, en su dimensión objetiva, actúan como elementos esenciales para establecer el necesario equilibrio entre poderes en las sociedades democráticas. La dimensión objetiva, el carácter institucional de los derechos fundamentales, es especialmente destacable en las libertades de expresión e información porque contribuyen «a la realización de los fines del Estado al constituir el vehículo de participación política, y porque (son) un instrumento de control que tanto puede afectar al procedimiento de las tomas de decisiones como a la cualidad y legitimidad de las personas al frente de las instituciones políticas».

Finalmente, debemos destacar que se constituyen en «una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, (que) se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas». Cuando los individuos ejercen su derecho al sufragio eligen sobre la base de un juicio que se construye sobre el conocimiento del que disponga de los asuntos públicos y su gestión. Este conocimiento sobre asuntos de relevancia pública puede garantizar la actuación libre de los ciudadanos, porque solamente las sociedades que pueden recibir una pluralidad de opiniones e informaciones veraces sobre cuestiones de relevancia pública estarán «en condiciones de ejercitar, después, sus derechos y cumplir sus deberes como ciudadanos».

Las libertades de expresión e información encuentran por todas las razones anteriores su fundamento en la dignidad de la persona, la libertad de conciencia y el pluralismo político. Entre estos tres valores, que se implican mutuamente, se produce «una relación secuencial que se articula de la manera siguiente: el pluralismo político es condición *sine qua non* de la libertad de conciencia y, consecuentemente, de la dignidad personal».

Cuando estas libertades son ejercidas por los medios de comunicación social, se transforman en un derecho preferente, en la medida en que los medios de comunicación social deben cumplir la importante función pública de servir al diálogo social. Son el instrumento que permite el diálogo entre los ciudadanos, «y de los grupos sociales unos con otros, pero también instrumentos del diálogo entre los ciudadanos y el poder», sirviendo a través de la formación de la opinión pública libre al pluralismo político e ideológico.

### 3. CONCEPTO Y DIMENSIONES DE LA LIBERTAD RELIGIOSA. ¿QUÉ SON LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS?

La Constitución toma en consideración el hecho religioso como un factor social que debe ser tenido en cuenta por los poderes públicos, en la medida en que es resultado de un derecho fundamental directamente ligado a la dignidad humana. La libertad de creencias tiene una dimensión pública y colectiva, reconociéndose su titularidad a las comunidades. Ahora bien, nuestro ordenamiento no protege «el fenómeno religioso en sí mismo, sino el ejercicio de la libertad respecto de las creencias religiosas o ideológicas». Estamos ante un derecho complejo, que requiere un análisis de las distintas facetas o dimensiones que lo integran.

En primer lugar, debe señalarse que la libertad de creencias representa, con independencia de su naturaleza religiosa o secular, «el reconocimiento de un ámbito de actuación constitucionalmente inmune a la coacción estatal». Ampara las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia y su ámbito de protección no se limita «a las religiones tradicionales o a las religiones o creencias con características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales».

En la libertad religiosa y de culto, que se garantiza tanto a los individuos como a las comunidades, podemos distinguir dos facetas o dimensiones diferentes:

a) Una dimensión objetiva que comporta, por un lado, la neutralidad de los poderes públicos, inherente al principio de aconfesionalidad del Estado y, por otro, «el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas Iglesias». Es decir, la aconfesionalidad del Estado no supone su total incomunicación con las diferentes confesiones religiosas, si bien debe garantizarse que la cooperación con éstas no favorezca a alguna más allá de los términos de igualdad previstos en la Ley y en los acuerdos bilaterales.

b) La libertad religiosa como derecho subjetivo posee a su vez dos dimensiones diferentes: la interna y la externa. Su dimensión interna «garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual». Podemos afirmar que este aspecto de la libertad religiosa, el derecho a profesar las creencias libremente elegidas o el derecho a no profesar ninguna, constituye su manifestación esencial y estaría directamente relacionada con el derecho a la intimidad. En nuestro sistema de valores, la ideología es una cuestión privada e íntima. Las ideas que se profesen, «cualesquiera que sean, no pueden someterse a enjuiciamiento, y nadie, como preceptúa el artículo 14 de la CE, puede ser discriminado en razón de sus opiniones». Esta dimensión de la libertad de conciencia nos remite al ámbito en el que se generan y forman nuestras creencias e ideas, al ámbito «de nuestra concepción personal sobre el mundo, la vida y la sociedad». Este rasgo situaría a la libertad de creencias muy próxima al derecho a la intimidad y, para garantizarlo, el artículo 16.2 CE establece un elemento negativo al determinar que «nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias».

Al mismo tiempo, el derecho subjetivo a la libertad religiosa comprende también una dimensión externa, que «se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, asumido en este caso por el sujeto colectivo o comunidades». En consecuencia, los ciudadanos podrán actuar de acuerdo con sus propias convicciones, manteniéndolas frente a terceros, o incluso haciendo proselitismo de las mismas. Ahora bien,

esta dimensión colectiva de la libertad religiosa sería instrumental y estaría al servicio de la realización plena del derecho individual o, más concretamente, al servicio del derecho a la libertad religiosa de todos los integrantes del grupo en condiciones de igualdad. Si la dimensión interna de la libertad religiosa se encuentra conectada con el derecho a la intimidad, la dimensión externa lo está con el derecho a la igualdad.

Una vez analizadas las distintas dimensiones o facetas de la libertad religiosa, estamos ya en condiciones de avanzar en el concepto de los sentimientos religiosos. Como hemos señalado, la libertad religiosa posee una dimensión interna que protege la existencia de las íntimas convicciones y creencias religiosas, filosóficas o ideológicas de las personas, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso o ideológico, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual. Estas creencias generan, en quienes profesan una religión, sentimientos y emociones respecto de las mismas, porque «la adhesión a unas creencias religiosas, o a una ideología, a la vez que conforma la personalidad del individuo genera inevitablemente una comunión sentimental con las mismas».

Los sentimientos religiosos o la autoestima religiosa, al igual que el derecho al honor y, en la medida en que formarían parte de la identidad de las personas, estarían ligados a los valores «de la integridad moral y en especial de la dignidad humana». Como señaló el TEDH en su sentencia *Kokkinakis* contra Grecia, de 25 mayo 1993, «esta libertad es, en su dimensión religiosa, uno de los elementos vitales y que contribuye a la formación de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida». Es un bien valioso para los creyentes, pero también para los ateos, los agnósticos, los escépticos y los indiferentes.

Un cuestión esencial, para determinar el grado de protección que el Derecho debe brindar a los sentimientos religiosos frente a la libertad de expresión, es la de su fundamento. Son varias las teorías existentes a este respecto, que podemos agrupar en dos más generales para después detenernos en los diferentes matices de cada posición doctrinal. En primer lugar, nos encontramos con aquellas teorías que consideran que su protección dimana de la tutela, que debe otorgarse al ámbito individual de la libertad religiosa y de conciencia y, en segundo lugar, con las que entienden que deriva de la dimensión colectiva de la libertad religiosa.

Dentro del primer grupo, es decir, aquellas posiciones que sostienen que la protección de los sentimientos religiosos debe otorgarse en el plano o dimensión individual, podemos distinguir a los autores que fundamentarían esta tutela como una exigencia derivada de la libertad religiosa y un segundo sector que consideraría que no sería este derecho, sino otros, los que fundamentarían su protección.

El primer sector doctrinal defenderá que, cuando el ordenamiento penal sanciona las conductas que «atentan contra las creencias a las

que las personas se hayan adherido libremente» y sean percibidas como una ofensa al núcleo esencial de su convicciones, lo hace para proteger el derecho individual a profesar una determinada creencia. En la medida en que se trataría de proteger una manifestación individual de la libertad religiosa, «en base a la necesaria garantía de la libre conformación de su personalidad y el respeto a su dignidad», estos delitos tendrían una estrecha relación con el de injurias y sería innecesaria la existencia de tipos penales diferentes de aquel para proteger los sentimientos religiosos.

La segunda postura dentro de este primer grupo de teorías consideraría que, si bien los tipos penales de la profanación y el escarnio protegen una manifestación individual de la libertad religiosa, estaría justificado el mantenimiento de tipos penales diferentes del de injurias, al constituir los sentimientos religiosos un límite autónomo de la libertad de expresión. Se argumenta que, mientras que el derecho al honor encontraría su fundamentación en la vertiente estática de la dignidad (la que posee el ser humano por el mero hecho de existir), los sentimientos religiosos serían una manifestación de su vertiente dinámica (la que se refiere a lo que es ser humano piensa, hace o cree) y del libre desarrollo de la personalidad.

Como es conocido, el concepto de dignidad se ha ido completando desde la noción negativa del derecho a no sufrir vejaciones, con elementos positivos como las nociones de autodisponibilidad humana y autodeterminación, que se concretan en la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad.

La libertad religiosa encontraría su fundamentación directa en la dimensión positiva de la idea de dignidad, porque cuando una persona decide profesar unas creencias religiosas, con independencia de que las exteriorice o no, está eligiendo entre las posibles opciones, lo que conecta la libertad religiosa directamente con el desarrollo de la personalidad. El hecho de albergar unos sentimientos religiosos forma parte de la elección «de conformar o desarrollar libremente su personalidad según unos valores determinados».

Como hemos señalado, existe otro sector doctrinal que no fundamenta, en la libertad de creencias, la protección de los sentimientos religiosos. Un primer grupo de autores sostienen que el desprecio de los sentimientos religiosos podría ser considerado un supuesto incluido dentro del delito de injurias, considerándolo como un supuesto más del conflicto que existe entre la libertad de expresión y el derecho al honor.

El derecho al honor, que encuentra su fundamentación en la idea de que todo ser humano debe ser tratado de manera compatible con su dignidad, se manifiesta de forma clara y directa en la estimación que él siente por sí mismo y que espera de los demás. Es un derecho considerado desde siempre inherente a la persona, protector «de la integridad moral y en especial de la dignidad humana».

En el honor deben distinguirse dos aspectos. Un aspecto subjetivo o interno, que podemos definir «como el aprecio o estimación que el ser humano tiene por sí mismo y cuya violación conlleva un claro menosprecio hacia la persona». Y un aspecto objetivo o externo, que ampara el prestigio, el nombre, la reputación o la fama que cualquier persona desea mantener frente a los demás. Junto a su dimensión externa, el concepto de honor «posee una dimensión íntima de «patrimonio del alma», que afecta a lo más interno de la personalidad y a lo más propio e intransferible del individuo». Pero, es igualmente importante su dimensión externa, pues es presupuesto de la participación del individuo en el sistema social, «el honor está en contacto directo con la participación del individuo en la comunidad» y por ello el elemento esencial en el ataque al honor es aquello «que rebaja ante los demás». Los sentimientos religiosos formarían parte de ese patrimonio moral que garantiza el honor de una persona y, cuando se ofendan estos sentimientos, el ataque se produciría en el ámbito del honor.

Una última postura dentro de este grupo y que comparto plenamente, es la mantenida por Minteguía Arregui. Para este autor, el sentimiento religioso haría referencia a «la sensación de apego con una creencia o idea que hace que ésta sea sentida como propia como parte de nuestro propio ser». Es decir, harían referencia a un estado emocional de afecto que permite a las personas individuales identificarse con «algunas de sus propias creencias, ideas y, en ocasiones, opiniones», convirtiéndose en auténticas convicciones que el sujeto siente como parte de su propia identidad. Así configurados y de acuerdo con el contenido propio de la libertad de conciencia y de creencias, la tutela del ordenamiento penal para los sentimientos religiosos, en la medida en que se «configuran en auténticas ofensas a elementos que el sujeto pasivo percibe como parte de su propia esencia como persona», tendría su origen en la protección que la Constitución brinda a la persona y a su honor en el artículo 18 de la Constitución y no en la libertad religiosa del 16.

Finalmente, parte de la doctrina considera que el fundamento de los sentimientos religiosos tiene un carácter predominantemente colectivo. Dentro de este grupo, un primer sector considera que el sujeto amparado por los delitos de escarnio y profanación serían la comunidad de creyentes o las propias confesiones religiosas y no la persona individual y que el fundamento de la protección penal de los sentimientos religiosos se encontraría en la dimensión colectiva de la libertad religiosa. Un segundo grupo de autores no identificarían directamente el bien jurídico colectivo tutelado penalmente con la libertad religiosa, sino con la defensa del patrimonio moral y religioso de la comunidad «que se constituiría en un elemento necesario para el mantenimiento del orden público y la convivencia pacífica», que sería requisito básico para el ejercicio de la libertad religiosa.

#### 4. SU CONFLICTO CON LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Una vez analizado el fundamento de la protección de los sentimientos religiosos como límite a la libertad de expresión, debemos abordar los criterios que nos permitirán determinar cuándo, en caso de conflicto, debe prevalecer uno u otro derecho y lo haremos de la mano de la jurisprudencia del TEDH.

El Convenio Europeo para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales reconoce la libertad de creencias y la libertad de expresión en los artículos 9 y 10, respectivamente.

Como criterio general, de manera reiterada el TEDH, especialmente a partir de su sentencia de 7 diciembre 1976, caso *Handyside* contra Reino Unido, ha venido recordando que, dentro de los principios propios de las sociedades democráticas, ocupa un papel fundamental la libertad de expresión. Dicha libertad «constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres». Este derecho fundamental ampara no sólo las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, «sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existen una “sociedad democrática”».

Las libertades de expresión e información constituyen una garantía esencial en un Estado democrático en las que cumplen la misión de «perro guardián» de la opinión pública. Por esta especial posición, las medidas que las limiten deben ser necesarias en una sociedad democrática para garantizar los intereses expresamente recogidos en el apartado segundo del artículo 10. La «necesidad» de una determinada medida ha de valorarse teniendo en cuenta si existe proporción entre la misma y el objetivo legítimo que la autoridad pública persigue mediante su aplicación, así como si existe una urgencia social que justifique tal intervención. Veamos brevemente las condiciones para limitar la libertad de expresión:

a) La medida limitativa de la libertad de expresión debe estar «prevista por la ley». Este requisito exige no sólo que la medida tenga una base legal en el Derecho interno, sino que sea accesible al justiciable y previsible.

b) La injerencia en la libertad de expresión debe «perseguir un fin legítimo», en concreto, los mencionados en el apartado segundo del artículo 10; esto es, la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud, de la moral, de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial. Como podemos observar, la protección de los sentimientos

religiosos no se encuentra expresamente recogida entre los límites a la libertad de expresión. Sin embargo, se trata de un fin que indiscutiblemente corresponde al de la protección de los «derechos ajenos» en el sentido del apartado 2 del artículo 10 y que, además, cuadra también perfectamente con el objetivo de protección de la libertad religiosa que ofrece el artículo 9.

c) La limitación de la libertad de expresión, tanto en el ámbito de las creencias religiosas como en cualquier otro, debe ser «necesaria en una sociedad democrática». La noción de necesidad implica una exigencia o necesidad social imperiosa. Este último requisito requerirá normalmente la ponderación de los intereses en conflicto, el derecho o derechos afectados y la finalidad de la injerencia. Deberá realizarse un juicio de proporcionalidad para determinar si no existe algún medio menos lesivo para la libertad de expresión, puesto que la noción de necesidad implica una injerencia basada en una necesidad social imperiosa y, sobre todo, proporcionada al fin legítimo perseguido.

En determinados casos, considera el TEDH, «puede juzgarse necesario, en ciertas sociedades democráticas, sancionar, a fin de prevenir, los ataques injuriosos contra los objetos de veneración religiosa». No obstante, en todo caso, debe procurarse que «toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta sea proporcionada a la finalidad legítima perseguida» y dicha necesidad de restringir la libertad de expresión debe quedar probada de manera convincente. Igualmente, el principio de proporcionalidad exigiría que la medida restrictiva del derecho fundamental cumpla el doble requisito de su idoneidad y que además se adopte la medida menos restrictiva posible con la libertad de expresión para garantizar el fin perseguido.

Otro aspecto que hemos de tener en cuenta es que, como señala el TEDH, quien ejerce su libertad de expresión «asume «deberes y responsabilidades», cuyo ámbito depende de su situación y del procedimiento técnico utilizado». En el contexto de los sentimientos religiosos es necesario tomar en cuenta esos deberes y responsabilidades para efectuar el juicio de proporcionalidad correspondiente. En este ámbito, «puede legítimamente incluirse una obligación de evitar, en la medida de lo posible, expresiones que sean gratuitamente ofensivas para otros y que, por ello, constituyen un atentado a sus derechos y que, sin embargo, no contribuyen a ningún tipo de debate público capaz de favorecer el progreso en los asuntos del género humano».

Pese que así enunciados, los requisitos para restringir la libertad de expresión pudieran parecer clarificadores, en la práctica, la respuesta al conflicto entre esta libertad y la protección de los sentimientos religiosos presenta varios problemas.

En primer lugar, los derivados de las nociones de «sentimiento religioso» y de «moral». En el caso Müller y otros contra Suiza, el TEDH constataba que «no es posible encontrar en el ordenamiento legal y social de los distintos Estados Contratantes una concepción

uniforme de la moral. La idea que tienen de ella y de sus exigencias varía en el tiempo y en el espacio, sobre todo en nuestra época, caracterizada por una profunda evolución de las opiniones en esta materia». Así ocurre también en el ámbito de la religión. Al igual que en el ámbito de la moral, «y probablemente en un grado aún mayor, los países europeos no tienen una concepción uniforme de las exigencias correspondientes a «la protección de los derechos ajenos» cuando se trata de ataques contra las convicciones religiosas. Aquello que ofende gravemente a personas de cierta creencia religiosa varía mucho en el tiempo y en el espacio, especialmente en nuestra época, caracterizada por una multiplicidad creciente de creencias y confesiones. Gracias a sus contactos directos y constantes con las fuerzas vivas de sus países, las autoridades del Estado se encuentran en principio mejor situadas que el Juez internacional para pronunciarse sobre el contenido preciso de estas exigencias en relación tanto con los derechos ajenos como sobre la «necesidad» de una «restricción» destinada a proteger contra este tipo de publicaciones a las personas cuyos sentimientos y convicciones más profundas serían gravemente ofendidos». La consecuencia directa de esta constatación es que se permite un mayor margen de apreciación a los Estados contratantes cuando regulan la libertad de expresión sobre cuestiones susceptibles de ofender las convicciones íntimas, en el ámbito moral y, especialmente, de la religión.

Es decir, el primer problema que habremos de solventar es el de identificar o determinar aquello que puede resultar ofensivo a las convicciones íntimas relativas a las creencias religiosas de un colectivo de personas. En segundo lugar, habrá que sopesar la entidad o gravedad de la ofensa, que deberá ser lo suficientemente importante como para justificar la restricción de la libertad de expresión. Y, finalmente, tendremos que comprobar si se adoptaron, por quien ejercita la libertad de expresión, las medidas necesarias para evitar los aspectos gratuitos o innecesariamente ofensivos para esos sentimientos y convicciones y que nada aportan al debate público.

En un primer momento, «la ofensa» nos sitúa obviamente en el ámbito de lo subjetivo, dependiendo de las distintas sensibilidades, los mismos hechos, imágenes o palabras provocarán una respuesta diferente en distintos grupos de personas; porque el sentimiento, en cuanto estado afectivo, es radicalmente dependiente de la esfera de la subjetividad. Por ello, se hace necesario buscar algún dato objetivo que nos permita diferenciar la crítica legítima de la ofensa grave. Pues como ya hemos señalado, el artículo 10 del Convenio ampara no sólo la emisión de juicios de valor favorables o considerados inofensivos, sino también aquellas ideas que trastornan o inquietan. Las personas «que eligen ejercer la libertad de manifestar su religión, tanto si pertenecen a una minoría como a una mayoría religiosa, no pueden, razonablemente, esperar hacerlo al abrigo de toda crítica. Deben tolerar y aceptar el rechazo ajeno de sus creencias religiosas, incluso la propa-

gación por parte de otros de doctrinas hostiles a su fe». Se hace imprescindible buscar algún elemento objetivo, que nos permita calibrar la necesidad de la injerencia en la libertad de expresión. En el caso *Wingrove contra Reino Unido*, el TEDH señaló que, si bien el artículo 10 del Convenio ampararía la expresión de ideas hostiles a la religión, no quedarían protegidas aquellas ideas o valoraciones que, por la forma en la que se expresan o defienden, constituyan un desprecio, injuria o ridiculización o formen un conjunto de expresiones groseras, que conviertan el ejercicio de la libertad de expresión en suficientemente ofensivo para los sentimientos de los creyentes.

El paralelismo con el derecho al honor es claro, al igual que cuando este derecho fundamental actúa como límite a la libertad de expresión, la forma, los términos o símbolos que se utilicen en la manifestación del juicio valorativo es determinante. La expresión de ideas, pensamientos, críticas u opiniones se encuentra delimitada por la ausencia de expresiones intrínsecamente vejatorias. La valoración de las expresiones empleadas debe hacerse en el contexto en el que se utilizan a fin de determinar si «poseen o no carácter deshonoroso o vejatorio». El reconocimiento de la libertad de expresión no legitima los ataques gratuitos a la dignidad de las personas, ni la injuria, el menosprecio o el insulto a los sentimientos y convicciones religiosas.

Es decir, al igual que ocurre con el derecho al honor, tampoco en relación con las creencias ajenas, la libertad de expresión protege un hipotético «derecho al insulto», ni ampara las expresiones indudablemente injuriosas y vejatorias. No obstante, la valoración del ataque a los sentimientos religiosos resulta más clara cuando «hay elementos gráficos, muy groseros, pero sobre todo ostensibles y fácilmente reconocibles,» que cuando la crítica se formula a través de la palabra.

## 5. SENTIMIENTOS RELIGIOSOS Y LENGUAJE DEL ODIO

La protección de los sentimientos religiosos, como hemos visto, no siempre va a justificar una limitación de la libertad de expresión. Será necesario que la expresión del ataque a estos sentimientos supere la frontera que separa la crítica legítima del menosprecio vejatorio. Para justificar la restricción de la libertad de expresión habrá de realizarse un juicio de proporcionalidad, que deberá ponderar la necesidad e idoneidad de la medida limitadora, así como, especialmente, la forma en la que las ideas, críticas o valoraciones contrarias a los sentimientos religiosos de un grupo de personas han sido expresadas. Sin embargo, existe un caso claro en el que la protección de los sentimientos religiosos deberá prevalecer frente a la libertad de expresión: cuando el ataque pueda ser calificado como discurso de odio. Debemos, entonces, determinar cuándo nos encontramos ante un discurso que pueda calificarse como tal.

Una primera aproximación a su concepto la encontramos en el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que «toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley».

En el mismo sentido, la Resolución del Consejo de Europa (2006) 1510, sobre libertad de expresión y respeto a las creencias religiosas, considera que los discursos que incitan al odio, en contra de los grupos religiosos, son incompatibles con los derechos y las libertades fundamentales garantizados por el Convenio.

Su definición, la encontramos en el Anexo a la Recomendación R (97) 20, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptada el 30 de octubre de 1997, sobre discurso de odio. Allí se establece que el «“discurso de odio” abarca todas las formas de expresión que se propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio basadas en la intolerancia, en particular, la intolerancia expresada por el nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante».

Más recientemente, la Recomendación (2007) 1805, sobre blasfemia, insultos religiosos e incitación al odio contra las personas por razón de su religión, recoge la necesidad de conciliar la libertad de expresión y la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, en las sociedades multiculturales, estableciendo la prohibición de aquellos actos que deliberadamente y de forma grave perturben la paz pública e inciten la violencia pública, por referencias a los asuntos religiosos.

La prohibición del lenguaje del odio encuentra su fundamento directo en el principio de dignidad humana. La dignidad, como rango o categoría de la persona como tal, no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias. Como ha señalado el Tribunal Constitucional «el odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos. Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean». Uno de los rasgos que caracterizan el lenguaje del odio es que «estigmatiza a su objetivo adjudicándole una serie de cualidades que son consideradas en general como indeseables». Ni la libertad de expresión, ni la libertad ideológica pueden amparar las expresiones que promuevan, justifiquen o inciten el desprecio o el odio a una determinada categoría o grupo de personas, así lo exige la conjunción de los valores de la dignidad e igualdad de todas las personas. Este tipo de expresiones o manifestaciones «destinadas a menospreciar o a generar sentimientos

de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales» quedan fuera del ámbito de protección de la libertad de expresión, pues en un Estado social, democrático y de Derecho, «los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social».

Es importante señalar, que la interdicción del lenguaje del odio tampoco supone, en ningún caso, la prohibición de la crítica dura e incluso inquietante o polémica respecto de las religiones o de una en concreto. La libertad de expresión ampara el derecho a la crítica y a la disidencia de los sentimientos mayoritarios de una sociedad o de una minoría determinada. Lo que califica como tal un discurso, no es la crítica por dura que esta sea, sino en que «se compone de manifestaciones que denigran o vilipendian a los miembros de los grupos tradicionalmente discriminados». Además, el discurso del odio debe dirigirse «contra una persona o grupo específico de personas».

En el año 2003, en su sentencia de 4 de diciembre, asunto Müslüm Gündüz contra Turquía, el TEDH abordó la cuestión del lenguaje del odio. Durante un debate televisado, el dirigente de la comunidad islamista Tarikat Aczmendi, Müslüm Gündüz, realizó una serie de afirmaciones que las autoridades turcas consideraron delito de incitación al crimen. En resumen, durante el debate televisado el señor Gündüz hizo las siguientes manifestaciones:

«Una persona que se dice demócrata, laica (...) no tiene religión. La democracia en Turquía es despótica, sin piedad e impía (...). El sistema laico (...) es hipócrita, trata a unos de una manera y a los otros de otra.»

«Si una persona pasa su noche de bodas después de que su matrimonio haya sido celebrado por un funcionario del ayuntamiento habilitado por la República de Turquía, el niño que nazca de esta unión será un bastardo.»

Cuando otro de los participantes en el debate le replicó que el fin de sus partidarios era «destruir la democracia e instaurar un régimen basado en la Sharia», respondió que por supuesto, eso se produciría. Durante el proceso en Turquía, reconoció «que había hecho estas afirmaciones, declarando que el régimen de la Sharia se establecerá no por obligación, por la fuerza o por las armas, sino convenciendo y persuadiendo a las personas».

El Tribunal de Seguridad del Estado de Estambul consideró que las declaraciones de Müslüm Gündüz durante el debate televisado tenían la finalidad «de incitar abiertamente al pueblo al odio y a la hostilidad sobre la base de una distinción fundada en la pertenencia a una religión». Sin embargo, para el TEDH, no nos encontramos ante un discurso que incite al odio. Sus palabras, si bien denotan una actitud intransigente y un descontento profundo frente a las instituciones de Turquía, tales como el principio de la laicidad y la democracia, no

pueden considerarse una llamada a la violencia ni un discurso de odio basado en la intolerancia religiosa si las examinamos en el contexto en el que fueron pronunciadas: un debate televisivo cuyo objetivo era exponer y analizar la postura ideológica y religiosa del grupo representado por el señor Gündüz.

Incluso, la utilización de un calificativo formalmente injurioso durante el debate, el término «piç» (bastardo) para designar a los hijos nacidos fruto del matrimonio civil, y, «pese a que el TEDH reconoce que la expresión utilizada (...) es peyorativa y constituye un insulto destinado a ultrajar a la persona a la que se le aplica», no es considerada lenguaje del odio. El TEDH entiende que ha de prevalecer la libertad de expresión, ya que se trató de declaraciones orales hechas en el transcurso de una emisión de televisión en directo por lo que no existió la posibilidad de reformularlas, perfeccionarlas o retirarlas antes de que fueran hechas públicas.

Tampoco la defensa de la Sharia constituiría este tipo de discurso. El TEDH considera que, si bien es difícil declararse a la vez respetuoso con la democracia y los derechos humanos y apoyar un régimen basado en la Sharia, el simple hecho de su defensa, sin emplear la violencia para establecerla, no podría ser considerado como un discurso de odio, «ya que el asunto Gündüz se sitúa en un contexto muy concreto: en primer lugar, como ya se ha señalado, la emisión de televisión tenía como finalidad presentar la secta de la que el demandante era dirigente; seguidamente, las ideas extremistas de este último ya eran conocidas y habían sido debatidas por el público y principalmente contrarrestadas por la intervención de los otros participantes en el transcurso de la emisión en cuestión; finalmente, fueron expresadas en el marco de un debate pluralista en el que el interesado participaba activamente».

Posteriormente, durante el año 2006, el TEDH se pronunciaría nuevamente sobre este tema en varias ocasiones. En el asunto *Giniewski contra Francia*, el TEDH analiza la condena a un periodista por la publicación de un artículo en el que criticaba determinados dogmas y posturas de la Iglesia Católica, especialmente la Encíclica «Esplendor de la verdad». El periodista consideraba que muchas de las afirmaciones allí contenidas, así como determinadas posturas de la Iglesia Católica eran antisemitas y favorecedoras del antisemitismo e incluso se afirmaba que este tipo de ideas «han abonado el terreno en el que han germinado la idea y la realización de Auschwitz». Con estas afirmaciones, entendió el TEDH, Paul Giniewski había querido elaborar una teoría sobre un dogma y sus posibles vínculos con los orígenes del Holocausto, con lo que habría contribuido al debate de ideas sin crear una polémica gratuita o alejada de la realidad de las reflexiones contemporáneas. Habría examinado las consecuencias perjudiciales de una doctrina, reflexionando «sobre las diversas posibles causas de la exterminación de los Judíos en Europa, cuestión de indudable interés general en una sociedad democrática». Además, la búsqueda de la ver-

dad histórica formaría parte integrante de la libertad de expresión y, «con independencia de que el texto contenga unas conclusiones y formulaciones que puedan chocar, ofender o incluso inquietar a algunas personas, no tenía ningún carácter «gratuitamente ofensivo» y no incita ni a la falta de respeto ni al odio, ni niega en modo alguno la realidad de los hechos históricos claramente establecidos».

Meses después, en mayo de 2006, «justo cuando ya se han producido en tantos lugares alejados las reacciones a la publicación de las caricaturas de Mahoma», debe resolver el TEDH el caso Aydin Tatlav contra Turquía. En un libro publicado por el periodista Aydin Tatlav, *La realidad del Islam*, se contenían duras críticas contra el Islam e incluso contra Mahoma. El Tribunal, sin embargo, no observa en las reflexiones publicadas «un tono insultante hacia los creyentes, ni un ataque injurioso a los símbolos sagrados de los musulmanes». Determinados pasajes contienen dosis de duras críticas, Tatlav constata que el efecto global de la religión es justificar las injusticias sociales, que son legitimadas como «la voluntad de Dios». La expresión de estas ideas ha podido inquietar e incluso ofuscar a los creyentes, pero no justifican la restricción de la libertad de expresión. Como en el asunto *GINIEWSKI*, se afirma que «las religiones tienen que admitir las críticas, siendo decisivo que las ideas puedan expresarse para enfrentarse con los temas que interesan y preocupan a la sociedad».

Finalmente, en una sentencia más reciente, de 16 de julio de 2009, asunto *FÉRET* contra Bélgica, el TEDH sí apreció que había sido utilizado el lenguaje del odio. Durante una campaña electoral en Bélgica, un grupo político distribuyó unas octavillas racistas y xenófobas en las que se atacaba a los inmigrantes. En este caso fue especialmente relevante el contexto y el medio empleado para difundir las manifestaciones controvertidas (durante una campaña electoral y a través de unas octavillas) por el mayor impacto potencial del discurso que, de esta forma, podría llegar al conjunto de la población. En el contexto electoral, los partidos políticos han de disfrutar de una amplia libertad de expresión con el fin de convencer a sus electores, pero en ningún caso hasta el extremo de permitir un discurso racista o xenófobo, que, en tal situación «contribuye a avivar el odio y la intolerancia ya que, por la fuerza de las cosas, la posición de los candidatos a las elecciones tiende a fortalecerse y los eslóganes o fórmulas estereotipadas tienden a imponerse sobre los argumentos razonables. El impacto de un discurso racista y xenófobo es entonces mayor y más dañino». Además, añade el TEDH, «la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo. Los ataques que se cometen contra las personas al injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos específicos o la incitación a la discriminación, como en el caso de *Autos*, son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable y que atenta contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales par-

tes o grupos de la población. Los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos».

En resumen, la prohibición del lenguaje del odio o la protección de los sentimientos religiosos no suponen incrementar el catálogo de límites de la libertad de expresión, «sino que obedece a la exigencia de toda sociedad democrática, pluralista y tolerante que tiene como piedra angular el respeto a la dignidad de la persona» y, como consecuencia exige «evitar la utilización de los medios de comunicación como vehículo para transmitir y propagar expresiones concretas de sentimientos negativos como la agresividad y el odio».

## 6. CONCLUSIONES

En primer término, debe señalarse la idea, que no por obvia es menos importante, de que todas las creencias deben gozar del mismo grado de respeto y merecen un mismo tratamiento legal. En su conflicto con la libertad de expresión, la protección de los sentimientos religiosos no debe otorgarse en virtud de una mayor sensibilidad a la crítica de unas creencias frente a otras. Como la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa señaló en la Resolución (2006) 1510 «la libertad de expresión protegida por el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos no debe restringirse aún más para satisfacer las sensibilidades crecientes de ciertos grupos religiosos».

Me parece fundamental no olvidar el papel central que en las sociedades pluralistas desempeñan las libertades de expresión e información, auténticos pilares de la democracia. Ello no es óbice para reclamar el necesario grado de responsabilidad por quien ejercita estas libertades. La protección de las libertades de expresión y de creencias debería servir para permitir el debate abierto entre las distintas confesiones o ideologías desde el respeto mutuo.

Igualmente, en una sociedad democrática resulta imprescindible proteger la libertad de conciencia, tanto a las personas creyentes como a aquellas que no lo son. Debe garantizarse el ejercicio de la libertad respecto de las creencias religiosas o ideológicas, con independencia de que los individuos y los grupos adopten una actitud creyente, agnóstica o atea. El hecho religioso, como factor social, debe ser tenido en cuenta por los poderes públicos en la medida en que es resultado de un derecho fundamental directamente ligado a la dignidad humana.

Las creencias religiosas generan en quienes profesan una religión sentimientos profundos respecto de las mismas. La adhesión a unas creencias determinadas, a la vez que conforma la personalidad del individuo, genera un vínculo sentimental con las mismas. Este rasgo convierte las convicciones religiosas en una parte importante de la sin-

gularidad e identidad de cada persona y, por ello, estarían ligadas a las nociones de integridad moral y dignidad humana. Desde este punto de vista, en un Estado aconfesional, su protección debiera equipararse a la de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar o a la propia imagen. En este sentido y puesto que al igual que ocurre respecto del derecho al honor, pueden ser titulares de la libertad religiosa las personas individuales o los colectivos de personas, no parece existir inconveniente en reconducir los agravios contra sentimientos religiosos al delito de injurias, máxime cuando, según se recoge en el propio artículo 525 del CP, se impondrán las mismas penas a quienes hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna. Aún más, en mi opinión, la protección que debieran recibir los sentimientos religiosos debería limitarse al ámbito de la responsabilidad civil, en virtud del principio de intervención penal mínima.

Creo que la protección penal debiera quedar reservada a aquellos supuestos más graves calificados como lenguaje o discurso de odio. En ningún caso, el ejercicio de la libertad de expresión debe amparar aquellas manifestaciones que constituyan el denominado lenguaje del odio. El límite que establece el artículo 510 del Código Penal estaría pues plenamente justificado.

El discurso de odio, es decir, cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio basado en la intolerancia, ya sea contra determinadas religiones, razas o etnias, grupos de inmigrantes, mujeres, personas con discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social, debe considerarse un límite al ejercicio de la libertad de expresión, directamente exigido por los principios de dignidad, igualdad y no discriminación. De esta forma, como señala Souto Paz, los sentimientos religiosos pasarían «a ocupar el lugar que les corresponde como elementos integrantes de la dignidad personal, configurando un ámbito inmune frente a ciertas manifestaciones del ejercicio de la libertad de expresión que suponen actitudes gravemente ofensivas» y vejatorias. En las sociedades pluralistas, las confesiones religiosas no pueden pretender la abstención de cualquier crítica o discrepancia, deben tolerar la satirización o la disidencia de sus dogmas siempre que, el ejercicio de la libertad de expresión, no constituya una manifestación objetivamente vejatoria, denigrante u ofensiva. Lo que de ninguna manera es tolerable, como ya se ha señalado, es el lenguaje del odio que persigue el desprecio y la humillación, provocando la discriminación y la violencia.

Fecha de recepción: 30/06/2013. Fecha de aceptación: 31/10/2013.



## **II**

# **ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO**



La fundamentación teórica del Terror de Estado  
en la filosofía jurídica nacionalsocialista  
de Karl Larenz

The theoretical foundation of the Terror state  
in National Socialist legal philosophy of Karl Larenz

Por CARLOS AGUILAR BLANC  
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

**RESUMEN**

*Los principales fundamentos intelectuales del Derecho y del Estado desde el punto de vista filosofía jurídica nacionalsocialista, elaborados por el conocido jurista alemán Karl Larenz. El papel y relevancia de la figura del mundo académico en la fundamentación y legitimación de la represión estatal realizada por el régimen nazi.*

Palabras claves: *Nacionalsocialismo, Escuela de Kiel, Volksgemeinschaft, Karl Larenz, derecho subjetivo.*

**ABSTRACT**

*The main intellectual foundations of the law and the State from the point of the National Socialist legal philosophy, made by the famous German jurist Karl Larenz. The role and relevance of the academic world in the foundation and legitimacy of State repression carried out by the Nazi regime.*

Key words: *National Socialism, Kiel school, Volksgemeinschaft, Karl Larenz, individual or moral rights.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. KARL LARENZ Y LA TRASLACIÓN DEL MEIN KAMPF AL MUNDO JURÍDICO.—III. EL ATAQUE A LA IDEA DE LA PERSONA DE BASE KANTIANA ENTENDIDA ESTA COMO PORTADORA DE DERECHOS Y OBLIGACIONES.—IV. LA CONCEPCIÓN NACIONALSOCIALISTA DEL DERECHO Y DEL ESTADO SEGÚN KARL LARENZ.—V. LA ESTIGMATIZACIÓN SOCIAL DE LOS SUJETOS DESDE EL ABSOLUTO MORAL NACIONALSOCIALISTA.—VI. LA JURISPRUDENCIA ALEMANA DEL TERROR.—VII. CONSIDERACIONES FINALES.

**SUMMARY:** I. INTRODUCTION.—II. KARL LARENZ AND TRANSLATION OF MEIN KAMPF TO THE LEGAL WORLD.—III. THE ATTACK ON THE IDEA OF THE PERSON ACCORDING TO KANTIAN BASIS BEARER OF RIGHTS AND OBLIGATIONS.—IV. THE NATIONAL SOCIALIST CONCEPTION OF LAW AND THE STATE AS KARL LARENZ.—V. THE SOCIAL STIGMA OF SUBJECTS FROM ABSOLUTE MORAL NATIONAL SOCIALIST.—VI. THE GERMAN COURT OF TERROR.—VII. FINAL CONSIDERATIONS.

## I. INTRODUCCIÓN

Antes de comenzar el presente artículo, resulta conveniente señalar que los profesores que a continuación citaremos no fueron los únicos que posibilitaron la configuración de la represión del estado nacional-socialista en sus conocidas manifestaciones o formas de Terror de Estado o de Genocidio; según nos relata Max Weinreich en su obra *Hitler's Professors*<sup>1</sup>, la practica totalidad de los académicos universitarios alemanes de la época tuvo una variada y abundante complicidad con el régimen nacionalsocialista ya fuera desde la propias Universidades alemanas o desde los nuevos organismos creados tras la ascensión de los nazis al poder como: el *Instituto del Reich para la Historia de la Nueva Alemania*, la *Academia del Derecho Alemán*, el *Instituto para el Estudio de la Cuestión Judía*, o la *Escuela Superior de Política Alemana*.

Profesores de todos los campos del saber desde el juristas, antropólogos culturales, filósofos, historiadores, economistas, teólogos, geógrafos, demógrafos lingüistas, ingenieros y médicos, todos ellos colaboraron de manera activa y entusiasta.

Desde la óptica actual puede resultarnos algo sorprendente, por nuestra parte y sin ningún tipo de animo exculpatorio para todos aquellos que fueron colaboradores del régimen nazi, sin embargo desde la psicología social el fenómeno es perfectamente comprensible, el

---

<sup>1</sup> Vid. WEINREICH, M., *Hitler's Professors: The Part of Scholarship in the Germany's Crimes Against the Jewish People*. Yale University Press. New Haven. 1999. pp. 18 y 240.

mundo de la ciencia alemana en general y los científicos en particular también se identificaron con la arrolladora marea emocional que supuso el nacionalsocialismo en la vida política alemana. Es algo muy humano el querer formar parte de la tribu, y en esa época la tribu era *la comunidad del honor y de la sangre* nacionalsocialista. Por otra parte, la verdad es que pensamos sinceramente que si mañana ascendiera al poder político un movimiento similar o semejante al movimiento nacionalsocialista, es más que probable que volviera a suceder lo mismo en el mundo académico, quizás ya no por la novedad emocional, pero sí como consecuencia del arribismo político o personal. A fin de cuentas la condición humana no ha cambiado tanto en sus pautas de conducta más esenciales durante los últimos cien años, ni es previsible que vaya a cambiar a corto plazo.

Karl Larenz era ya un jurista reconocido antes de la llegada del nacionalsocialismo, sus dotes para la filosofía jurídica habían quedado demostradas en su tesis doctoral escrita en el año 1928 sobre *La teoría de la imputación de Hegel y el concepto de imputación objetiva*. Enseñó derecho en la Universidad de Kiel entre los años 1933-1945, donde destacó como impulsor de la llamada *Escuela de Kiel* que trató de adaptar la metodología del derecho, tanto en lo referente a la interpretación como a la aplicación de las normas jurídicas, a la nueva perspectiva del régimen nacionalsocialista. Partiendo de sus estudios iniciales sobre el pensamiento de Hegel concibió al Estado como la realización de la idea moral, en su caso entendida como la moralidad *volkisch* y de la comunidad. Fue nombrado titular de la cátedra de Filosofía del Derecho de Kiel tras la destitución del anterior titular Gerhart Husserl, por ser este último judío. Fue en esos años en los que junto a los jóvenes profesores Franz Wieacker, Wolfgang Siebert, Ernst Rudolf Huber, Georg Dahm und Friedrich Schaffstein conformó la llamada *Escuela de Kiel*. Desde el año 1934 fue el editor de la *Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie* (Revista para la Filosofía de la Cultura Alemana). Inmerso más en el mundo académico que en el mundo de la política real no se afilió al partido nazi hasta el año 1937 con la ficha núm. 5.041.008. Fue apartado de la cátedra durante los llamados procesos de desnazificación desde el año 1945-1949. Volvió a impartir su magisterio en la Universidad de Kiel desde el año 1949 hasta el año 1960, momento en el que se trasladó a la Universidad de Munich. Tras la segunda guerra mundial destacó inicialmente en el campo del derecho civil, posteriormente en el campo de la hermenéutica y finalmente a finales de los años setenta volvió al campo de la filosofía jurídica<sup>2</sup> reformulando sus doctrinas al nuevo escenario político democrático. Fallecido en 1993 Larenz ha pasado a la posteridad como uno de los juristas más influyentes en el panorama académico del derecho alemán; en fin una muestra más de la camaleónica condición humana y de cómo el derecho y los científicos hincan

---

<sup>2</sup> Vid. LARENZ, K., *Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica*, Ed. Civitas. Madrid. 1985.

sus rodillas ante los resortes del poder dominante de turno, alejándose bastante de esa ética de principios de la cual nos hablara el inmortal Max Weber<sup>3</sup>.

## II. KARL LARENZ Y LA TRASLACIÓN DEL MEIN KAMPF AL MUNDO JURÍDICO

Larenz tiene en su currículum intelectual el haber sido el jurista que mejor trasladó el grueso de las ideas acerca del Estado y el Derecho tanto de Adolf Hitler como de Alfred Rosenberg, a la teoría jurídica. Esto es algo que indudablemente contribuyó a la justificación jurídica del terror, dado que a resultas de sus teorías los extraños a la comunidad, como los judíos, gitanos, personas de vida bohemia o los delincuentes comunes, no eran sujetos de derecho, y por lo tanto podrían ser objetos de la estigmatización popular. Observamos claramente esta transposición de ideas en los siguientes ámbitos:

a) En primer lugar Larenz partió para ello de la idea de Hitler del Estado como *el organismo viviente de un pueblo que no solo garantiza la conservación de este, sino que le conduce al goce de una máxima libertad, impulsando el desarrollo de sus facultades morales e intelectuales*<sup>4</sup>. Esta idea era ciertamente del agrado de nuestro jurista dado que la concepción del mismo era absolutamente hegeliana, ya hemos citado antes como la tesis doctoral de Larenz, anterior a la subida de Hitler al poder, trató sobre *la teoría de la imputación en Hegel*, y como veremos desarrolló tales tesis con el nazismo ya en el poder. De ahí que no le representase un gran esfuerzo trasladar esas ideas acerca de la naturaleza orgánica del Estado y de la moralidad intrínseca al mismo, al pueblo y a la raza.

b) En segundo lugar partió así mismo de la idea de Hitler cuando este último escribió en el *Mein Kampf* «*La concesión de la ciudadanía se conectará con un solemne juramento a la Volksgemeinschaft y al Estado*»<sup>5</sup>. Esta idea *Volksgemeinschaft* (Comunidad del Pueblo o Comunidad Nacional) establecida por Hitler, será un elemento clave o

<sup>3</sup> Vid. WEBER, M., en *El Político y el Científico*, Alianza Editorial, Madrid, 1998.

<sup>4</sup> HITLER, A., en *Mi Lucha*, Segunda Parte. Capítulo II El Estado. Traducción autorizada por la Editora Central del Partido Nacionalsocialista Franz Eher Nachflg. G.m.b.H. Munich-Berlín. Alemania. Distribución para España Ávila, San Roque 13. 1935, p. 201.

<sup>5</sup> HITLER, A., *Mein Kampf*, Zentralverlag der NSDAP., Frz. Eher Nachf., G.m.b.H., München, 1943, p. 491. NOTA: Hemos utilizado en este caso la edición original alemana del partido nacionalsocialista alemán (NSDAP) porque la edición española que hemos utilizado habitualmente en el presente trabajo, pese a ser un edición autorizada oficialmente por el partido nazi, había eliminado completamente el párrafo traducido por nosotros en el que se cita a la *Volksgemeinschaft*. Reproducimos a continuación el texto original en alemán.

neurálgico en toda la construcción jurídica de Larenz y como vemos en el texto reproducido lo tomó literalmente del *Mein Kampf*.

c) En tercer lugar recogió así mismo la idea de Hitler de una división entre *Ciudadanos, Súbditos y Extranjeros*<sup>6</sup>.

d) En cuarto lugar vino a recoger la idea de Hitler de que la condición de ciudadano lo que venía a imponer eran deberes<sup>7</sup> y no derechos.

e) En quinto lugar partiendo también de Hitler vino a manifestarnos como a los faltos de carácter, deshonestos, criminales y traidores a la patria se les podrían ser privados de su ciudadanía<sup>8</sup>.

f) Y por último partiendo de las ideas expuestas por Rosenberg en *El Mito del Siglo xx*, vino a establecer la sanción a los extraños a la *Comunidad* como algo una consecuencia natural, sin ningún ánimo intimidatorio, educador o retributivo.

### III. EL ATAQUE A LA IDEA DE LA PERSONA DE BASE KANTIANA ENTENDIDA ESTA COMO PORTADORA DE DERECHOS Y OBLIGACIONES

Larenz inició su trabajo de traslación de las ideas nacionalsocialistas al mundo del derecho en su artículo *Rechtsperson und Subjektives Recht*<sup>9</sup> (Personalidad Jurídica y Derecho Subjetivo). Dicho trabajo comienza atacando las bases de la idea de la persona entendida como portadora de derechos y obligaciones<sup>10</sup>.

La crítica de Larenz contra el derecho subjetivo ha sido tratada doctrinalmente, desde la óptica democrática actual, por Antonio-Enrique Pérez Luño<sup>11</sup> quien ha considerado acertada la calificación del sistema jurídico implantado por el nacionalsocialismo como «perver-

---

Texto original en alemán:

«Die Verleihung der Staatsbürgerkundeist zu verbinden mit einer weihevollen Vereidigung auf die Volksgemeinschaft und auf den Staat.»

<sup>6</sup> Vid. HITLER, A., en *Mi Lucha*, Segunda Parte. Capítulo III Súbditos y Ciudadanos. Traducción autorizada por la Editora Central del Partido Nacionalsocialista, *op. cit.*, p. 226.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> LARENZ, K., «Rechtsperson und Subjektives Recht», en *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Volumen colectivo de los profesores Georg DHAM, Ernst Rudolf HUBER, Karl LARENZ, Karl MICHAELIS, Friedrich SAFFSTEIN, y Wolfgang SIEBERT; todos ellos profesores de derecho de Kiel. Es significativo como los citados autores recalcaron su condición de profesores de Kiel en la portada interna del volumen denotando el claro ánimo de presentarse ante el mundo académico como Escuela. Editado por Junker und Dünhaupt, Berlin, 1935.

<sup>10</sup> LARENZ, K., *Rechtsperson und Subjektives Recht*, *op. cit.* p. 227.

<sup>11</sup> Vid. PÉREZ LUÑO, A. E., «El Estado totalitario contra el derecho subjetivo. La teoría jurídica de Karl Larenz», en *Sistema Revista de Ciencias Sociales*, núm. 212, septiembre de 2009, pp. 3-13.

sión del ordenamiento jurídico». En el presente trabajo trataremos, sin minusvalorar los estudios precedentes, de indagar en la mentalidad jurídica nacionalsocialista a fin de comprender con ánimo crítico la filosofía jurídica que nuestro parecer sentó las bases teóricas del Terror de Estado nacionalsocialista.

Como buen conocedor de la dogmática alemana, Larenz comienza atacando las bases kantianas del derecho subjetivo expuestas por el gran jurista alemán Friedrich Karl von Savigny, el cual aglutinó los conceptos de persona y de derecho subjetivo en el *concepto de humano* cuando este último escribió: *Todo derecho existe en base a la libertad ética interna de cada persona en particular. Por ello deben aglutinarse el concepto original de persona y derecho subjetivo, con el concepto de humano y ésta identidad original de ambos conceptos daría como resultado la siguiente fórmula: cada hombre individualmente y sólo como hombre en particular es capaz jurídicamente*<sup>12</sup>.

A renglón seguido Larenz afirma que las anteriores líneas escritas por Savigny pertenecían a conceptos ya superados y por lo tanto imaginarios, siendo necesario buscar nuevos conceptos basados en la idea de la *Comunidad*. Ni que decir tiene que las ideas universalistas y humanistas en cuanto a la conceptualización de los derechos no casaban bien con las ideas nacionalsocialistas acerca del Derecho. Si la concepción kantiana del derecho hubiera pervivido en la Alemania nazi muy difícilmente habríamos asistido al desarrollo del Terror de Estado o del genocidio.

En lógica consecuencia, Larenz tampoco aceptará las teorías sustentadoras del derecho subjetivo, expuestas por Savigny, basadas en la voluntad del individuo. Larenz precisamente crítica que este último *ve el espíritu de la relación jurídica y por tanto el del derecho subjetivo, como el del espacio donde gobierna e impera la voluntad individual independientemente de cualquier otra voluntad ajena. El derecho subjetivo es por tanto el poder absoluto y autónomo de la voluntad individual y se justifica por sus propios valores éticos absolutos*<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> LARENZ, K., *Rechtsperson und Subjektives Recht*, op. cit., p. 228.

Texto original en alemán:

«Alles Recht ist vorhanden um der sittlichen, jedem einzelnen Mens dien innewohnenden Freiheit willen. Darum muß der ursprüngliche Begriff der Person oder des Rechtssubjekts zusammenfallen mit dem Begriff des Menschen, und diese ursprüngliche Identität beider Begriffe läßt sich in folgender Formel ausdrücken: jeder einzelne Mensch, und nur der einzelne Mensch ist rechtsfähig.»

<sup>13</sup> LARENZ, K., *Rechtsperson und Subjektives Recht*, op. cit., pp. 230-231.

Texto original en alemán:

«Das Wesen des Rechts verhältnisses und damit des subjektiven Rechts erblickt Savigny darin, daß dem individuellen Willen ein Gebiet angewiesen ist, in welchem er unabhängig von jedem fremden Willen zu herrschen hat. Das subjektive Recht ist also unabhängige Herrschaftsmacht des Einzelwillens und wird gerechtfertigt mit dessen absolutem sittlichen Werte.»

Esta idea final de Savigny, basada en el pensamiento kantiano, la de la justificación ética autónoma de los derechos subjetivos choca frontalmente con la concepción orgánica del Estado según el nacionalsocialismo y según Larenz, los cuales verán en el Estado como ente moral absoluto la justificación de la sanción y el apartamiento de los sujetos *extraños* a la *Comunidad*. El resultado de la concepción jurídica de Savigny es inasumible para Larenz ya que deriva en el sometimiento del derecho positivo al *formalismo de la voluntad* sin atender a su *contenido*<sup>14</sup>.

Pensamos que la idea del Derecho entendido como un formalismo garantista o procedimental, no es compatible con la idea nacionalsocialista de un derecho de contenidos materiales basados en la *raza* y en la *conciencia nazi*<sup>15</sup>. La crítica de Larenz obedece a una «lógica» aplastante, las viejas construcciones doctrinales no nos valen, derribémoslas y construyamos otras nuevas, y eso hizo.

#### IV. LA CONCEPCIÓN NACIONALSOCIALISTA DEL DERECHO Y DEL ESTADO SEGÚN KARL LARENZ

El paso siguiente de Larenz fue el de cambiar la concepción de la ley que dejaría atrás el trasnochado concepto liberal normativo para pasar a ser una expresión vital o una forma de vida de la Comunidad nacional *das Recht als Lebensform der Volksgemeinschaft*, así afirmó categóricamente:

«La ley es la forma en la cual y a través de la cual la Comunidad del Pueblo rige y estructura de manera uniforme la vida de la comunidad, y de manera específica la dirige hacia la imagen del correcto y verdadero orden comunitario, que contribuye en si mismo a la meta de la justicia<sup>16</sup>.»

En virtud de lo anterior Larenz sostiene que el *estar en el derecho* solo sucede si se esta dentro de la *Comunidad*. Es decir que el ser sujeto de derecho, para Larenz, ya no parte de la premisa de ser un individuo sino del tener o desempeñar una *Gliedstellung*, es decir de la condición de ser un miembro que desarrolla su *función* dentro de la

<sup>14</sup> Vid. LARENZ, K., *Rechtsperson und Subjektives Recht*, op. cit., p. 232.

<sup>15</sup> Vid. KOONZ, C., *The Nazi Conscience*, The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts. Paperback Edition. 2005.

<sup>16</sup> LARENZ, K., *Rechtsperson und Subjektives Recht*, op. cit., pp. 239-240.

Texto original en alemán:

«Das Recht ist die Form, in der und durch die die Volksgemeinschaft ihr Gemeinschaftsleben einheitlich richtet und gestaltet, und zwar richtet nach dem Bilde von richtiger Ordnung und wahrer Gemeinschaft, das sie als Zielbild der Gerechtigkeit in sich trägt.»

*Comunidad*, de ser en definitiva un compañero o camarada y no una entidad abstracta individual.<sup>17</sup> El paso siguiente fue en buena lógica introducir el elemento racial a su argumentación.

«Solo es sujeto de derecho, quien es miembro de la nación; solo es miembro de la nación quien es de sangre alemana<sup>18</sup>.»

Los sujetos de derecho o *Rechtgenossen* eran desde la óptica del nacionalsocialismo de Larenz no solo miembros de la comunidad nacional, sino miembros de la familia, del estado, de la ciudad, etc; debían ser *camaradas* en todas las dimensiones sociales existentes<sup>19</sup>. El sujeto de derecho tenía por lo tanto una posición en la *Comunidad* como camarada o *Gliedstellung*; y en la esfera del *derecho*, tenía una *Rechtsstellung* o situación jurídica.

Dicha posición no debe ser entendida como un status que permitía el disfrute de derechos, al contrario lo que se derivaba de la *rechtsstellung* o status jurídico eran *Pflichten* o deberes. El *deber* constituye elemento clave en la teoría de Larenz, con ello consigue trasladar perfectamente las exigencias expuestas por Hitler en el *Mein Kampf*<sup>20</sup>, al tiempo consigue entronizar en el campo de lo jurídico a la idea precisamente opuesta a la de derecho subjetivo, con lo cual cierra completamente su argumentación teórica. La idea de deber tenemos que entenderla llevada a su máxima expresión.

«(...) el deber no solo hasta el límite inmanente a la ley sino hasta el propósito o finalidad de la misma<sup>21</sup>.»

En virtud de lo expuesto hasta el momento, podríamos afirmar sin temor a equivocarnos, que la aportación más destacable de Larenz al pensamiento jurídico nacionalsocialista es la de que vino a negar la categoría de derecho subjetivo y la sustituyó por la de *deber* contraído para con la *Comunidad*<sup>22</sup>. Esta concepción recuerda a las antiguas tesis de la Grecia clásica, en la que el ciudadano es el así reconocido

<sup>17</sup> Vid. LARENZ, K., *Rechtsperson und Subjektives Recht*, op. cit., pp. 240-241.

<sup>18</sup> LARENZ, K., *Rechtsperson und Subjektives Recht*, op. cit., p. 241.

Texto original en alemán:

«Rechtsgenosse ist nur, wer Volksgenosse ist; Volksgenosse ist, wer deutschen Blutes ist.»

<sup>19</sup> Vid. LARENZ, K., *Rechtsperson und Subjektives Recht*, op. cit., pp. 242-244.

<sup>20</sup> Vid. HITLER, A., en *Mi Lucha*, Segunda Parte. Capítulo III Súbditos y Ciudadanos. Traducción autorizada por la Editora Central del Partido Nacionalsocialista, Op.Cit. p. 226.

<sup>21</sup> LARENZ, K., *Rechtsperson und Subjektives Recht*, op. cit., p. 248.

Texto original en alemán:

«(...)die Pflicht hier nicht nur die dem Recht immanente Grenze, sondern seine Zweckbestimmung.»

<sup>22</sup> Vid. SORIANO, R., «El derecho subjetivo», en *Compendio de teoría general del derecho*, pp. 205 ss., Ariel, Madrid, 1993.

por la comunidad, la cual no reconoce derechos individuales en el sentido liberal del término, sino determinadas prerrogativas legales derivadas del status jurídico del sujeto<sup>23</sup>.

«el Derecho es creación y configuración del espíritu del pueblo y esta al servicio de la comunidad. No es ni una relación *entre* los individuos, sino forma de la comunidad nacional, y en cuanto tal, un orden concreto. Su validez se apoya en la vinculación del individuo al pueblo, en su calidad de miembro de una comunidad... No la persona, no el individuo como átomo del mundo social, como personalidad éticamente libre que es para sí, constituye la categoría fundamental de la filosofía jurídica, sino la comunidad como unidad vital orgánica y el consorte jurídico como miembro de comunidades menores, una familia o una clase... La propiedad no es, ... sino que se funda en la comunidad, es «atribución para un proceder responsable y adecuado para con un objeto<sup>24</sup>.»

Larenz se adentrará en campo de la filosofía política; yendo más allá de la crítica o demolición de la fundamentación decimonónica de la teoría del derecho subjetivo; el profesor de la Universidad de Kiel fue mucho más lejos ya que le dio la vuelta a la teoría moderna del *Pacto Social*. La teoría nacionalsocialista del derecho no pretende borrar únicamente las aportaciones kantianas a la teoría del derecho, que fueron recogidas por la doctrina jurídica a través de la aportación teórica de Savigny. El pensamiento jurídico nacionalsocialista de Larenz pretende borrar también las aportaciones teóricas de la modernidad aportadas por pensadores como J. J. Rousseau o J. Locke porque Larézn lo que niega directamente es la fundación teoría de la sociedad a través del contrato social, cuando escribe claramente:

«No son los individuos singulares quienes fundan la comunidad jurídica a través de un contrato o según un procedimiento cualquiera, sino que la comunidad nacional, como comunidad jurídica mediante sus orden concreto, hace posible que sus miembros celebren contratos y creen relaciones jurídicas<sup>25</sup>.»

Larenz como vemos realiza una apuesta decidida por lo que el denomina el idealismo objetivo, la consecuencia de su teoría es bastante explícita, un rechazo de las tesis contractualistas ilustradas y rechazo de la centralidad del individuo en el universo social y una subordinación clara de lo jurídico al servicio de la comunidad.

---

<sup>23</sup> CARTLEDGE, P., «Greek political thought: the historical context», en *The Cambridge History of Greek and Roman political thought*, pp. 18 ss. Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

<sup>24</sup> Vid. LARENZ, K., «Pensamiento ordinalista concreto e idealismo objetivo», en *Filosofía contemporánea del Derecho y del Estado*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1942, p. 192

<sup>25</sup> *Ibidem*.

## V. LA ESTIGMATIZACIÓN SOCIAL DE LOS SUJETOS DESDE EL ABSOLUTO MORAL NACIONALSOCIALISTA

Esta concepción del Derecho y del Estado le llevó a formular una teoría de la pena que vino a concretar la visión del filósofo oficial del nacionalsocialismo Alfred Rosenberg. Larenz concebirá la pena como la manifestación de la no pertenencia a la Comunidad del sujeto sancionado, no como una medida intimidatoria, educadora o retributiva. Larenz dejó claras sus ideas sobre este asunto en su artículo *Vom Wesen der Strafe*<sup>26</sup> (La naturaleza del castigo).

Desde la óptica de Rosenberg y Larenz el peor crimen puede cometer un sujeto es la *traición a la Comunidad*, el sujeto se hallará fuera de la legalidad desde el momento en el que perturbe el *orden concreto comunitario*, así desde la óptica nazi o uno era un buen camarada o era un criminal. No había punto intermedio, o se era *amigo* o se era *enemigo* como diría el otro gran teórico del derecho nazi Carl Schmitt. El peor crimen no era cometer un asesinato o lesionar o violar a una persona, el peor crimen para el nacionalsocialismo era el apartarse de la comunidad pudiendo pertenecer a ella. En virtud de lo expuesto en la Alemania nazi ser un traidor, no adherirse a la comunidad del *honor y de la sangre* era peor que ser un judío o un gitano, los socialdemócratas y comunistas o los desahuciados sociales, *los extraños a la Comunidad* esos, debían ser, y de hecho fueron, los más despreciados y perseguidos por la GESTAPO y por el aparato del Terror nacionalsocialista.

Para Larenz la pena lo que hace no es sino mostrar la naturaleza del delito como un acto de la voluntad del sujeto responsable frente a la comunidad. El crimen supone un acto disruptivo frente a la comunidad, la pena separa al sujeto de la comunidad y le muestra dicha separación como una limitación de su existencia<sup>27</sup>.

Según La Torre la diferencia principal radica en que según la tradición ilustrada la penalidad no ataca por sí misma a la personalidad jurídica del sujeto condenado, aunque con cierta frecuencia disminuya su capacidad jurídica, mientras que en el nuevo orden legal propugnado por Larenz la penalidad siempre coincide con una reducción de la personalidad del condenado. Lo que en el sistema liberal no es sino un efecto colateral y contingente de la penalidad, es en el sistema nacionalsocialista algo consustancial a la pena. De hecho desde esta perspectiva la imposición de la pena de muerte, no supone más que

<sup>26</sup> LARENZ, K., «Vom Wesen der Strafe», en *Zeitschrift für deutsche Kulturphilosophie: Neue Folge des Logos*, vol. 2, 1936. *Apud. Cit.* LA TORRE, M., «A National-Socialist Jurist on Crime and Punishment-Karl Larenz and the So-Called Deutsche Rechtserneuerung», en *EUI Working Paper LAW No. 92/27*, Ed. European University Institute, Florence, Badia Fiesolana, Firenze. 1992.

<sup>27</sup> *Vid.* LARENZ, K., *Vom Wesen der Strafe*, pp. 35-36. *Apud. Cit.* LA TORRE, M., *A National-Socialist Jurist on Crime and Punishment...*, *op. cit.*

hacer efectivo el «suicidio» o la propia autoaniquilación personal cometida por el sujeto al separarse de la Comunidad<sup>28</sup>.

Esto viene a configurar la pena como un estigma que hace perceptible y visible la culpabilidad del sujeto ante la sociedad, lo que según La Torre viene a retrotraer la concepción jurídica de la pena a épocas medievales<sup>29</sup>.

El fundamento de las penas lo encuentra Larenz en el absoluto moral que supone el Estado. Parte para ello de los escritos de juventud de Hegel, anteriores a sus *Líneas Fundamentales de la Filosofía del Derecho*, donde la pena es concebida como el *schicksal* (destino) del culpable. Desde ese punto de partida Larenz pasa a formular su propia teoría en la cual el sujeto aparece como criminal no solo porque sus actos entren en conflicto con la ley general abstracta sino porque se ha separado de la *Comunidad*. Según La Torre, desde el neohegelianismo de Larenz<sup>30</sup>, el hombre encuentra la eticidad solo dentro del amor a la patria y al pueblo, participando en el espíritu real de una comunidad viva y total, la cual es para él y por lo tanto un deber ser obligatorio como un ser considerada en si misma

«Es solo en el nivel de la moralidad en la comunidad actual, donde el individuo como persona individual es al mismo tiempo miembro de la comunidad y en consecuencia un verdadero universal<sup>31</sup>.»

Al trasladar el fundamento de la pena al nivel de la moralidad de la comunidad, queda disuelto el fundamento de las penas como el resultado del conflicto entre la voluntad del individuo y la voluntad de la ley general abstracta. La *moral nazi* pasó así a ser el fundamento del derecho y del poder político así como la justificación más profunda de las penas<sup>32</sup>.

Pensamos que en definitiva lo que hizo Larenz fue transfigurar la naturaleza de la pena, al pasar esta de ser una medida del Estado, a ser el efecto subsiguiente, el destino o *fatum* inexorable, del propio acto inmoral del sujeto que se ha separado de la *Comunidad nacional*. Partiendo de la destrucción del derecho subjetivo que hemos comentado anteriormente, Larenz no dejó espacio alguno a la noción de humani-

---

<sup>28</sup> Vid. LA TORRE, M., *A National-Socialist Jurist on Crime and Punishment-Karl Larenz and the So-Called Deutsche Rechtserneuerung*, op. cit., p. 21.

<sup>29</sup> Vid. LA TORRE, M., *A National-Socialist Jurist on Crime and Punishment...*, op. cit., pp. 20-27.

<sup>30</sup> Vid. LA TORRE, M.; «Neohegelismo, Idealismo absoluto e Mito della Razza», en La «*Lotta contra il Diritto Soggettivo*»: *Karl Larenz e la Dottrina Giuridica Nazionalsocialista*, Seminario Giuridico Della Università di Bologna CXXXVII, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 1988. p. 147.

<sup>31</sup> Vid. LARENZ, K., *Vom Wesen der Strafe*, p. 45. Apud. cit. LA TORRE, M., *A National-Socialist Jurist on Crime and Punishment...*, op. cit.

<sup>32</sup> Vid. LA TORRE, M., *A National-Socialist Jurist on Crime and Punishment...*, op. cit., pp. 29-30.

dad y menos aun a la de *dignidad humana* al rechazar todos los fundamentos del sujeto moral kantiano. Llegado a este punto su teoría de la pena podríamos resumirla en la consideración del extraño a la comunidad como un criminal, o quizás deberíamos decir como un enemigo interno, una suerte de *ser inferior* que puede ser estigmatizado o aniquilado, a fin de cuentas según ese tipo de razonamiento su mera existencia suponía un claro peligro para la salud del organismo viviente y concreto que era la *Volksgemeinschaft*.

Esta dimensión del razonamiento nacionalsocialista explicaría probablemente el porque se obligó a los judíos a llevar visible la estrella de David, o el porque variadas y diversas personas, fueran estas de origen judío o simplemente personas no adheridas al régimen y a la causa nazi, podían ser detenidas e internadas en campos e concentración sin supervisión judicial. A fin de cuentas y desde la perspectiva de la teoría de la personalidad jurídica de Larenz, todas esas personas no eran sino «degenerados» *extraños a la Comunidad*.

Esta idea la de los extraños a la Comunidad, fue desarrollada normativamente en el *Proyecto de Ley sobre el tratamiento de Extraños a la Comunidad de 1944*. Por razones de orden conceptual y de extensión del presente estudio no nos adentraremos en su estudio particular, no obstante nos remitimos a los efectos de una mayor profundización en la materia al estudio sobre derecho penal en el nacionalsocialismo realizado por el profesor Francisco Muñoz Conde<sup>33</sup> en el cual aborda la obra y doctrina penal del controvertido jurista alemán Edmund Mezger que tuvo un destacado papel en la elaboración y redacción del referido proyecto legislativo.

Como si no fuera suficiente con la clara subordinación genérica de lo jurídico-normativo al espíritu comunitario, Larenz dio un paso más al frente al propugnar expresamente la subordinación del poder judicial en su interpretación y aplicación de las leyes al espíritu del pueblo.

«La referencia del derecho al espíritu del pueblo como idea y sustancias inmanentes al mismo (...). Las consecuencias más importantes, de la posición aquí expuesta con respecto al derecho positivo atañen a la relación del juez con la ley y a la interpretación jurídica. Según tal posición, el juez se halla vinculado a la ley como expresión de la voluntad jurídica nacional; pero la ley a su vez, no es sino un medio de expresión de la idea jurídica nacional, y así tiene que ser comprendida y aplicada. Habrá de ser considerada, pues, no meramente en su “existencia empírica, sino a la par también en su significación supraempírica, como la concreción del espíritu del pueblo”<sup>34</sup>.»

---

<sup>33</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo: Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

<sup>34</sup> Vid. LARENZ, K., «Más allá del iusnaturalismo y del positivismo», en *Filosofía contemporánea del Derecho y del Estado*, ob. cit., p. 122

A primera vista pudiera pensarse que lo que Larenz hizo no fue sino recoger el testigo de la tradición alemana de la *jurisprudencia de intereses* al permitir que otros factores relevantes, al margen de los que explícitamente están contenidos en la ley, entrasen a formar parte de la *ratio* jurisprudencial. No obstante esta primera impresión es errónea, lo que proponía Larenz iba mucho más allá de una interpretación sociológica del derecho. Nuestra afirmación viene avalada por las afirmaciones que el propio Larenz hizo al respecto en su obra *Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens* (Sobre el Objeto y el Método del Pensamiento Jurídico del pueblo), la única manera en la que Larenz plantea aceptar la Escuela de la *Interessenjurisprudenz* es transformándola en un instrumento por el que juez haga prevalecer en cualquier caso a los *Gemeinschaftsinteressen*<sup>35</sup>.

## VI. LA JURISPRUDENCIA ALEMANA DEL TERROR

Pensamos que lo que proponía Larenz no era sino una aplicación de las leyes como un ritual moral en una suerte de interpretación ius-naturalista de la *moral nacionalsocialista*. La jurisprudencia alemana de la época nacionalsocialista estuvo fuertemente marcada por la aplicación del concepto del *espíritu del pueblo* al que hace referencia Larenz, es difícil saber hasta que punto la doctrina de Larenz pudo influir en lo que se ha llegado a denominar como la *jurisprudencia sin conciencia*<sup>36</sup>, o si la misma fue fruto del clima sociopolítico general, pero sin duda la contribución teórica de Larenz sentó las bases para su posible desarrollo y consolidación. Según nos describe Ingo Müller en su libro sobre la práctica de los tribunales alemanes durante el nacionalsocialismo *Hitler's Justice: The Courts of the Third Reich*, los tribunales alemanes ejercieron un importante control social sobre los ciudadanos alemanes en general, no solo contra la minoría judía como pudiéramos pensar en primer lugar sino también contra los ciudadanos de «sangre alemana».

El control jurisdiccional se produjo principalmente en cuatro ámbitos:

a) El de los *Sondergerichten* (Tribunales de Excepción) establecidos tras el incendio del Reichstag y la aprobación de la *Ley de Ple-*

---

<sup>35</sup> Vid. LARENZ, K.; «II Recht un Wirklichkeit; das "konkrete Ordnungsdenken" C Völkisches Rechtsdenken und Interessenjurisprudenz», en *Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens*, Junker und Dönhaupt, Berlin, 1938. pp. 33-42.

<sup>36</sup> Vid. MÜLLER, I., «Justiz ohne Gewissen: Deutsche Richter von 1933 bis 1945 und die Bedeutung des Gewissens nach 1945 (La Justicia sin Conciencia: Los jueces alemanes desde 1933 a 1945 y la importancia de la conciencia desde 1945)», en *Evangelischen Akademie Bad Boll* [en línea] en alemán en <<http://www.ev-akademie-boll.de/fileadmin/res/otg/520507-Mueller.pdf>> [Consulta 10 de enero de 2010].

*nos Poderes*. Fueron creados 26 tribunales especiales, uno en cada uno de los *Oberlandesgerichten* (Tribunal Superior del Lander)<sup>37</sup>. Hay que señalar que la existencia de tribunales especiales con la capacidad para celebrar juicios sumarios no fue una invención nazi. Tribunales de este tipo existieron tras la I Guerra Mundial bajo la República de Weimar. Estos tribunales estaban formados por tres jueces de carrera que en principio aplicaban los principios y garantías del proceso penal ordinario, aunque su sentencia no era susceptible de apelación y la ejecución de la misma tenía carácter inmediato. El problema residía en la *interpretación teleológica* de carácter nacionalsocialista que asumieron dichos tribunales. Su competencia abarcaba desde la condena a una noche de privación de libertad hasta la imposición de la pena de muerte. Las presiones a las que estuvieron sometidos los magistrados desde el Ministerio de Justicia, a los cuales se les consideraba como buenos *Volksgenossen* fueron reales y se hallan debidamente documentadas<sup>38</sup>. El resultado final fue el establecimiento de toda una red de tribunales internos dedicados a la lucha en el *frente interno* contra los *enemigos de la Comunidad*. Lo cual vino a establecer un régimen de Terror sistemático dirigido contra todos los ciudadanos alemanes al margen del grupo racial, social o religioso de procedencia. Se ha reprimado mucho a los jueces alemanes su colaboración con el régimen nacionalsocialista, y es cierto que su actuación es digna de condena. No obstante nos parece que los juicios morales que se han realizado sobre los mismos, realizados desde la cómoda vida en un régimen democrático y viviendo en libertad, ignoran en muchos casos el clima social así como las teorías jurídicas imperantes que estamos examinando en el presente trabajo. No justificamos en ningún caso sus actos, pero sí podemos comprender por que los realizaron.

Además de las presiones a las que fueron sometidos desde los ámbitos políticos hay que señalar que el Tercer Reich fue promulgando nuevas leyes y decretos que limitaban el campo de *interpretación y aplicación* de las normas de modo que el terror fue intensificado *ad intram* y *ad extram* de la administración de justicia. El sistema de terror judicializado como suele ser habitual gozó del apoyo del régimen y en consecuencia fue exportado a los territorios ocupados del este.

b) El de los Tribunales de Salud Hereditaria o *Erbgesundheitsgerichten* que se estima esterilizaron a 350.000 personas, entre los años 1933-1945, en nombre de la pureza de la sangre entendida no solo

---

<sup>37</sup> Con carácter general podíamos decir que estos tribunales vienen a desempeñar una función jurisdiccional similar a la de las Audiencias Provinciales en España. Aunque en otros casos podríamos equiparar su competencia jurisdiccional con la de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas.

<sup>38</sup> Vid. MÜLLER, I., «Summary Courts in the Inner Front», en *Hitler's Justice: The Courts of the Third Reich*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1991. p. 154.

como pureza racial sino también como «salud genética»<sup>39</sup>. Pese al horror que pueda producirnos tanto la práctica desempeñada por dichos tribunales como la intención con la que fueron constituidos, debemos señalar que los mismos no fueron sino un instrumento de terror indirecto. Es decir la intención de los mismos no era sembrar el terror entre los posibles afectados, al menos entre los afectados de *sangre alemana*. Ciertamente sirvieron a la causa nacionalsocialista de la utopía racial aria, pero no parece que pretendieran provocar migraciones forzadas, ni tan siquiera entre la población judía, dado que esta población fue objeto de específicas prácticas de terror.

c) El de los *Landgerichten* (Tribunales Ordinarios) bajo los cuales apareció una jurisprudencia de carácter arbitrario defensora de los intereses del partido nacionalsocialista o de la *Comunidad* como precisamente propugnara Larenz<sup>40</sup>. La situación vivida por estos tribunales ha sido calificada en el amplio estudio<sup>41</sup> de Hannsjoachim W. Koch como del *poder judicial en crisis*. Coincidimos con el citado autor en que ciertamente los tribunales ordinarios ejercieron una estrecha colaboración con la GESTAPO y la SD, en algunos casos atendiendo a las peticiones de estos organismos y en otros simplemente permitiendo las «correcciones» de los errores judiciales realizadas desde la Oficina de Seguridad de Reich al detener o internar en campos de concentración a personas que habían sido puestas «equivocadamente» en libertad por parte de los tribunales ordinarios. Si tal situación era una situación de crisis de la justicia o más bien una simple aplicación de la *justicia de la Comunidad* es algo que ya resulta más discutible. Así según algún autor<sup>42</sup> los tribunales alemanes realizaron una acomodación oportunista y políticamente intencionada del movimiento del derecho libre alemán a fin de aplicar analógicamente algunas normas restrictivas de derechos a los grupos de personas que el régimen nazi había excluido de la Comunidad.

d) El del conocido como *Volksgerichtshof* (Tribunal Superior del Pueblo), donde la práctica «judicial» nacionalsocialista alcanzó su máxima expresión. Este tribunal que no pertenecía propiamente al orden jurisdiccional fue constituido por mandato expreso de Hitler en el 24 de abril de 1934, en Berlín. En 1936 se intentó incrementar su prestigio y tras incorporarlo al sistema jurisdiccional ordinario se

---

<sup>39</sup> Vid. MÜLLER, I., «The Courts and Eugenetics», en *Hitler's Justice: The Courts of the Third Reich*, op. cit., pp. 120-125.

<sup>40</sup> Vid. MÜLLER, I., «Arbitrary Decisions in Everyday Life», en *Hitler's Justice: The Courts of the Third Reich*, op. cit., pp. 138-139.

<sup>41</sup> Vid. KOCH H. W., *In the Name of the Volk: Political Justice in Hitler's Germany*. I.B. Tauris Publishers. New York. 1997.

<sup>42</sup> Vid. GROSSWALD CURRAN, V., «Law's Past and Europe's Future», en *The German Law Journal*, volume 6 (2005) Issue Number 2, Washington & Lee University School of Law, Lexington, Virginia, pp. 510-511.

autorizó a los miembros del tribunal a vestir las togas rojas reservadas tradicionalmente a los miembros del Tribunal Supremo<sup>43</sup>.

Consideramos que el *Volksgesichtshof* (Tribunal Superior del Pueblo) tiene sin duda paralelismos con los *tribunales revolucionarios* que precedieron al mismo históricamente, nos referimos a los tribunales revolucionarios franceses y bolcheviques. La justicia que se impartía era la *justicia revolucionaria* que obviamente no hacía sino sembrar el Terror en la sociedad civil alemana que no se hubiera adherido al ideario nacionalsocialista de manera espontánea y entusiasta.

De acuerdo con el artículo III de la ley que regulaba la creación y funcionamiento del Tribunal del Pueblo, la *Gesetz zur Änderung des Strafrechts und des Strafverfahrens*<sup>44</sup> (Ley de modificación del Código Penal y de Composición y Procedimiento ante el Tribunal del Pueblo), de 24 de abril de 1934, el Tribunal tenía como misión conocer de los delitos de *alta traición, contra el presidente del Reich, o delitos comunes o graves*, estos últimos según razones de oportunidad. En la práctica el *Volksgesichtshof* se configuró como una unidad política dirigida al combate y derrota de todos los posibles ataques, reales o potenciales, tanto externos como internos, contra la seguridad del Reich; siendo su verdadera misión el exterminio de los enemigos del Reich desde los socialdemócratas, o los comunistas, hasta el último hombre. Sus competencias se fueron ampliando con el paso de los años, abarcando desde el *sabotaje económico*, hasta la *persecución de personas afines al partido* o incluso *pertenecientes a la mismísima policía secreta*, si no habían sido lo suficientemente eficaces en la denuncia de posibles traidores al Estado; pasando por supuesto por los delitos raciales cometidos contra *la sangre y el honor alemanes*.

El número de condenas de muerte entre los años 1933 y 1936 fue «inusualmente bajo» para ser un tribunal de carácter revolucionario, solo 23 condenas de muerte. El número de condenas de muerte aumentó significativamente entre 1937-40 ascendiendo a un total de 138. Pero fue curiosamente con la llegada a la presidencia del Tribunal, del que se decía había sido un antiguo comunista durante la I Guerra Mundial, el Dr. Roland Fraislner, aunque afiliado al partido nazi desde 1923 y del que Hitler dijo que era *un bolchevique en su pleno sentido*<sup>45</sup>; cuando el número de sentencias de muerte se disparó literal-

---

<sup>43</sup> Vid. MÜLLER, I., «The People's Court», en *Hitler's Justice: The Courts of the Third Reich*, op. cit., pp. 140-152.

<sup>44</sup> Vid. Texto original en alemán de la Ley de modificación del Código Penal y de Composición y Procedimiento ante el Tribunal del Pueblo, de 24 de abril de 1934, *Gesetz zur Änderung des Strafrechts und des Strafverfahrens*, de 24 de abril de 1934, en el Archivo Histórico Alemán «dokumentArchiv.de» [en línea] en alemán <[http://www.documentarchiv.de/ns/stgb-landes-hochverrat-volksgesichtshof\\_ges.html](http://www.documentarchiv.de/ns/stgb-landes-hochverrat-volksgesichtshof_ges.html)> [Consulta 15 de enero de 2010].

<sup>45</sup> *Apud. Cit.* MÜLLER, I., «The People's Court», en *Hitler's Justice: The Courts of the Third Reich*, op. cit., p. 145.

mente, habiéndose dictado bajo su mandato un total de 5053 condenas de muerte.

Desde el año 1941, poco antes de asumir Freisler la presidencia del *Volksgeschichtshof*, el tribunal comenzó a realizar su trabajo en estrecha colaboración con la Oficina de Seguridad del Reich dirigida por Reinhard Heydrich, el resultado fue que el Tribunal del Pueblo paso a estar prácticamente en manos de la SS y la SD.

Pensamos que la jurisprudencia del Terror no fue sino un reflejo de la *moral nazi* de su tiempo. Aun cuando, desde nuestra perspectiva actual, se considere que los juicios de valor implícitos en las normas jurídicas nacionalsocialistas sean moralmente indefendibles. Dicha iniquidad moral no fue percibida en la Alemania nacionalsocialista.

Los caracteres expuestos sobre la naturaleza y funcionamiento de los tribunales nazis vienen a fortalecer la idea de que dicha jurisprudencia se sustentó mas es una concepción iusnaturalista de carácter racista y organicista del derecho, que en una concepción meramente iuspositivista del mundo jurídico. Esta cuestión ha sido oportunamente tratada en un excelente trabajo de Juan Antonio García Amado<sup>46</sup> donde se examina con verdadera exhaustividad la cuestión del papel jugado por las corrientes positivista o iusnaturalista en el desarrollo y configuración del derecho nazi.

En cualquier caso y a la luz de los argumentos expuestos anteriormente, parece que la deconstrucción intelectual que Larenz realizara de las categorías jurídicas de corte kantiano y la posterior construcción intelectual de las principales categorías conceptuales nacionalsocialistas, realizada por el mismo autor, no vino sino a reforzar la «racionalidad» argumental de la moral nazi; todo lo cual vino a dar argumentos y razones jurídicas a la jurisprudencia alemana de la época.

## VII. CONSIDERACIONES FINALES

La obra de Karl Larenz como máximo exponente jurídico de la llamada Escuela de Kiel vino a desarrollar científicamente los postulados políticos y filosóficos de Adolf Hitler y Alfred Rosenberg e indudablemente, como hemos expuesto, es muy probable que su obra tuviera una gran influencia o impronta en la configuración y contenido de la llamada *jurisprudencia sin conciencia*.

Particular mención merece la visión de Rosenberg, como filósofo oficial del partido, acerca de la pena. Su concepción de las penas explica perfectamente el motivo que llevó a los nacionalsocialistas a

---

<sup>46</sup> Vid. GARCÍA AMADO, J. A., «Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época. Tomo VIII, 1991, pp. 341-364.

establecer los primeros campos de concentración antes de que transcurrieran dos meses<sup>47</sup> de su llegada al poder.

«El castigo no es en primer término un medio de educación, como nos lo quieren hacer creer nuestros apóstoles del humanitarismo. El castigo tampoco es una venganza. El castigo es simplemente el apartamiento de los tipos extraños y de la esencia extraña a la especie<sup>48</sup>.»

Es decir que para Rosenberg la pena no tenía ni una función educadora o de reinserción social, ni una función punitiva o retributiva, la pena tenía por misión apartar a los sujetos extraños a la *comunidad*, eso es desde luego un elemento que puede causar verdadero Terror sobre todos los potenciales sujetos «extraños». Es decir que el pensamiento de Rosenberg nos muestra la clara la justificación del Terror de Estado basada en la utopía racial nórdica.

La breve semblanza realizada del gran jurista alemán Kart Larenz, es una muestra de la relevancia y el papel que los académicos y científicos juegan o han jugado en el sostenimiento y fundamentación de los regímenes políticos que violan o han violado sistemáticamente los derechos humanos.

El nazismo apeló a los deseos ocultos y a los más recónditos miedos de las masas alemanas. Pudiera ser que los políticos alemanes se hubieran dirigido al inconsciente colectivo del pueblo alemán. Como si empleando las técnicas de manipulación de las masas que aparecieron tras las teorías freudianas del inconsciente; con sus desfiles, con sus grandes concentraciones de masas, su misticismo, hubiese conseguido satisfacer las carencias emocionales de una población hundida psicológicamente tras la derrota y humillación del Tratado de Versalles.

El nazismo supo explotar como ninguna ideología nuestra atávica necesidad de pertenencia a la tribu, en el caso alemán a la *Volksgemeinschaft*. Estas afirmaciones no las hacemos de un modo gratuito, el propio Goebles reconoció haberse inspirado en los escritos del sobrino de Sigmund Freud, el norteamericano Edward Bernays.

Según Erich Fromm<sup>49</sup>, hay que explicar el ascenso de Hitler al poder mediante la confluencia de factores políticos, económicos y psicológicos. El insigne psicólogo alemán, nos explica que la humillación sufrida a causa de Versalles pudo catalizar en un sentimiento

<sup>47</sup> Obsérvese que Hitler llegó al poder el 30 de enero de 1933 y que el campo de concentración de Dachau fue abierto el 21 de marzo de 1933.

<sup>48</sup> Vid. ROSENBERG, A., «Libro Tercero: El Reich venidero. IV El Derecho Nórdico-Alemán», en *El Mito del Siglo XX*, Biblioteca Nacional-socialista Iberoamericana, vol. VI, Ed. Wotam, Versión Informática 2002, p. 205. En Nueva Europa [en línea] <[http://nseuropa.org/Spanish/Alfred\\_Rosenberg\\_-\\_El\\_Mito\\_Del\\_Siglo\\_XX.pdf](http://nseuropa.org/Spanish/Alfred_Rosenberg_-_El_Mito_Del_Siglo_XX.pdf)> [Consulta 15 marzo de 2010].

<sup>49</sup> Vid. FROMM, E., «La Psicología del Nazismo», en *El Miedo a la Libertad*, Ed. Paidós, Barcelona, 1980, pp. 232-264.

sádico-masquista en la clase conformada por el pequeño burgués alemán.

No obstante y aun aceptando las tesis defendidas por Fromm, consideramos que la explicación de éxito del nazismo reside en que el movimiento nacionalsocialista no fue simplemente una vuelta a la política prebélica de las viejas autocracias. El nazismo quiso ser una alternativa a la democracia liberal; denostada y ampliamente criticada en su tiempo; en la que los sentimientos y deseos de las masas aun eran considerados como importantes. Su objetivo era la canalización de los mismos a fin de mantener a la nación unida. A tal efecto desplegaron una poderosa maquinaria de propaganda para ganarse los corazones del pueblo alemán sin usar la fuerza, al menos en primer término.

Los nazis estimularon los sentimientos de *amor al Führer* y de *odio al enemigo interno*. El nazismo transformó la política, que dejó de intentar ser un dialogo racional o un debate sobre que el lo mejor para la sociedad y los individuos que componen la misma; y pasó a convertirse en la satisfacción o manipulación de los miedos y sentimientos más escondidos. Es esas circunstancias en la que los académicos y juristas más prestigiosos se dejaron seducir por los cantos de sirenas del nacionalsocialismo. Dicho escenario puede parecernos cosa únicamente de un pasado lejano, pero nada más lejos de la realidad.

La citada transformación de la política de lo racional a lo emocional ha perdurado hasta nuestros días; lo cual por cierto acerca la actividad política del nazismo a la actividad política de nuestro tiempo. Así, hoy en, día la política esta mas basada en satisfacción o el halago de los deseos y las necesidades individuales de los ciudadanos-consumidores; a menudo generadas artificialmente; y en las técnicas de marketing electoral, que en un discurso reflexivo racional, acerca de cual es el mundo en que queremos vivir.

Frente a estas circunstancias, la responsabilidad del mundo académico actual en la defensa científica de la *Filosofía de los Derechos Humanos*, mediante la elaboración de nuevas propuestas teóricas o mediante el examen histórico de las formulaciones doctrinales pretéritas sigue siendo tan importante y necesaria en el presente como lo fuera en el pasado.

Fecha de recepción: 31/03/2013. Fecha de aceptación: 31/10/2013.



La superación de la condición posmoderna:  
de la deontología profesional a la «deontología  
política» o «del buen gobierno»

The overcoming of postmodern condition:  
from Professional Ethics to «Political Ethics»  
or «Good Governance»

Por SUSANA ÁLVAREZ GONZÁLEZ  
Universidad de Vigo

**RESUMEN**

*La superación de los presupuestos de la postmodernidad y el retorno, con ciertos matices, a los valores ilustrados y a la reflexión sobre la conexión entre Ética y Derecho, con la evolución hacia la denominada hipermodernidad, han provocado un «resurgir» de la deontología que parece recobrar el protagonismo perdido. La hipermodernidad apela a la ética de la responsabilidad colectiva, en la que no todo está permitido, con un retorno a la legitimación ética del Derecho y de la Política basada en la ética pública que implicará, necesariamente, el respeto de ciertos estándares de conducta. La naturaleza de este tipo de normas, que nos remiten de forma constante a la ética, y el auge de la denominada «deontología del buen gobierno» constituyen un objeto de estudio en estos nuevos tiempos «hipermodernos».*

Palabras clave: *Hipermodernidad, Modernidad, Deontología, Ética pública.*

**ABSTRACT**

*The overcoming of the assumptions of the postmodernity and the return, with certain nuances, towards the illustrated values and towards the reflex-*

*tion about the connection between Ethics and Law, with the evolution towards the already called hypermodernity have caused a resurgence of the business ethics that seems to regain the lost prominence. The hypermodernity appeals to the ethics of the collective responsibility in which not everything is permitted, with a return to the ethical authentication of Law and Politics based on the public ethics that will involve, necessarily, the respect for certain standards of behaviour. The nature of this kind of rules, which refer us, constantly, to the ethics and to the peak of the so-called business ethics of the good government constitute an object of study in these new hypermodern times.*

Key words: *Hypermodernity, Modernity, Deontology, Public Ethics.*

**SUMARIO:** I. UN NUEVO CONTEXTO PARA LA DEONTOLOGÍA: LA SUPERACIÓN DE LA CONDICIÓN POSMODERNA.—II. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LAS NORMAS DEONTOLÓGICAS: DE LA ÉTICA AL DERECHO.—III. DE UNA DEONTOLOGÍA PROFESIONAL A UNA «DEONTOLOGÍA POLÍTICA» O «DEL BUEN GOBIERNO»: EL RIESGO DE POLITIZACIÓN DE LA MORAL A TRAVÉS DEL DERECHO.—IV. ALGUNAS CONCLUSIONES.

**SUMMARY:** I. A NEW CONTEXT FOR DEONTOLOGY: THE OVERCOMING OF THE POSTMODERN CONDITION. —II. CONCEPT AND NATURE OF ETHICAL RULES: FROM ETHICS TO LAW.—III. FROM PROFESSIONAL ETHICS TO «POLITICAL ETHICS» OR «GOOD GOVERNANCE»: THE RISK OF POLITICIZATION OF MORALITY THOROUGH LAW. —IV. CONCLUSION.

## I. UN NUEVO CONTEXTO PARA LA DEONTOLOGÍA: LA SUPERACIÓN DE LA CONDICIÓN POSMODERNA

Parece existir en los últimos tiempos un resurgir de la denominada Deontología. Quizás dicha inquietud por la «ciencia o tratado de los deberes» se deba, en gran medida, a la superación de presupuestos de la posmodernidad presentes en todos y cada uno de los ámbitos culturales, sociales y políticos a partir de la segunda mitad del siglo xx; término extendido gracias a la obra de Jean-François Lyotard, *La condición postmoderna*, publicada en 1979, puede definirse como el «estado de la cultura después de las transformaciones que han afectado a las reglas del juego de la ciencia, de la literatura y de las artes a partir del siglo xix»<sup>1</sup>. El ámbito jurídico no constituye una excepción

---

\* Este trabajo ha sido elaborado en el marco del programa «El tiempo de los derechos», Consolider-Ingenio 2010.

<sup>1</sup> LYOTARD, J. F., *La condición postmoderna: informe sobre el saber*, Traducción de Mariano Antolín Rato, ediciones Cátedra, Madrid, 1987, p. 4.

a esta tendencia, pues son ampliamente conocidas las doctrinas que a lo largo de la centuria proclamaron la superación o supresión de los valores propios de la modernidad, abogando por la posmodernidad como irrupción de un conjunto de signos que supusieron una ruptura respecto a los valores ilustrados. Como señala el profesor Pérez Luño, en este contexto, no faltaron tesis centradas en su abolición: «racionalidad, universalidad, cosmopolitismo, igualdad, que consideraban caducos (...). Las normas jurídicas generales y abstractas, corolario de exigencias éticas universales, fueron cuestionadas en nombre de las preferencias particularistas fragmentarias; la propia legitimación ética del derecho y de la política basada en principios consensuales universales llegó a considerarse un ideal vacío y sospechoso de encubrir uniformismos totalitarios»<sup>2</sup>.

No obstante, este modelo, al igual que otros muchos sectores, parece estar en crisis o sufriendo una mutación importante en los últimos tiempos. Se atisba que la primera mitad del siglo XXI será una época de cambios, en la que no pocas voces apuestan por un retorno, evidentemente con ciertos matices, a los valores ilustrados o a la consideración de los mismos, especialmente en el ámbito tecno-científico. Al respecto, es conocido el pensamiento de Habermas sobre su concepción de la modernidad como un «proyecto inacabado» que debería ser retomado frente a las consecuencias de las alternativas a éste<sup>3</sup>. Con esta finalidad incide en el concepto de «razón comunicativa» para «sacarnos de las paradojas y nivelaciones en que, por su carácter autorreferencial, se ve envuelta la crítica radical de la razón»<sup>4</sup>.

En este contexto, han surgido nuevas corrientes doctrinales tendentes a demostrar la evolución hacia la ya denominada «hipermodernidad». Según Lipovetsky, la posmodernidad sólo fue una etapa de transición cuyo concepto posmoderno se ha agotado, pues «no se trata ya de salir del mundo de la tradición, sino de modernizar la modernidad misma, de racionalizar la racionalización»<sup>5</sup>. En este sentido, para el autor, la hipermodernidad constituye una «espiral tecno-comercial por la que discurre un reforzamiento colectivo del tronco común de los valores democrático-humanistas»<sup>6</sup>. Se propone un retorno a los derechos humanos, a los valores y a la ética, ya no vinculada, como sucedía en la modernidad, al sacrificio sino adaptada a la autonomía individualista. En la hipermodernidad

---

<sup>2</sup> Para un estudio sobre esta cuestión, *vid.* PÉREZ LUÑO, A. E., *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, Grupo Nacional de Editores, 2003, Sevilla, p. 15 ss.

<sup>3</sup> «Me parece que en lugar de abandonar el proyecto de modernidad como una causa perdida, deberíamos aprender de los errores de aquellos programas extravagantes que trataron de negar la modernidad». HABERMAS, J., «Modernidad: un proyecto inacabado», en *Ensayos Políticos*, Península, Madrid, 1988.

<sup>4</sup> Al respecto, *vid.* HABERMAS, J., *El discurso filosófico de la modernidad*, Taurus, Madrid, 1991, p. 402.

<sup>5</sup> *Vid.* LIPOVETSKY, G., *Los tiempos hipermodernos*, Anagrama, Barcelona, 2006.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 105.

se apela a la ética de la responsabilidad colectiva; ya no todo está permitido, de tal forma que «las declaraciones y compromisos éticos se elevan a la categoría de centro de gravedad ideológico y de norma organizadora omnipresente de las acciones colectivas»<sup>7</sup>. También Alain Touraine ha apostado por la idea de sociedad hipermoderna, por la necesidad de reinterpretar la modernidad y por un principio integrador que restablezca la conexión entre individuo y la colectividad, que permita salir de la crisis de la modernidad y evitar «la tentación posmodernista»<sup>8</sup>.

Esta nueva concepción del mundo tiene su reflejo en los distintos ámbitos del conocimiento<sup>9</sup>. No resulta novedoso señalar que a lo largo del siglo XX se consideró que el modelo típico de formación debía estar alejado de consideraciones éticas<sup>10</sup>. Esta orientación que influyó de forma especialmente notable a la ciencia jurídica se tradujo «en una concepción del Derecho como sistema cerrado, como un cuerpo sistemático de reglas dotado de plenitud; y autónomo o autosuficiente respecto al sistema social»<sup>11</sup>. Dicha tendencia se manifestó en una falta de interés y, en ocasiones, incluso en un cierto desprecio hacia las ramas del conocimiento jurídico dedicadas, en parte, a la reflexión sobre la Justicia o sobre el Derecho que debe ser, olvidando, en gran medida, como señala Peces-Barba que «la distinción entre Derecho y Moral, consecuencia correcta de una sociedad crecientemente secularizada, no supone tampoco romper las conexiones, y dejar al Derecho como expresión desnuda del Poder»<sup>12</sup>. Con la superación de la condición posmoderna parece lógico pensar en un retorno a la reflexión sobre dicha conexión.

Cierto es que esta visión puede ser tachada de demasiado optimista en un momento en el que las materias dedicadas a estos menesteres

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> TOURAINE, A., *¿Después del posmodernismo?... La modernidad*, en RODRÍGUEZ MAGDA, R. M. y ÁFRICA VIDAL, M. C. (eds.); *Y después del postmodernismo ¿qué?*, Anthropos, 1998, pp. 23 ss.

<sup>9</sup> En el ámbito jurídico, estas nuevas tendencias han tenido su incidencia tanto en el ámbito del Derecho público como privado. En relación con este último, resulta, por su enfoque, especialmente interesante la obra de MICHINEL ÁLVAREZ, M. A., *El Derecho internacional privado en los tiempos hipermodernos*, Dykinson, Madrid, 2011. En el ámbito del Derecho público, entre otros, *vid.* DROMI, J. R., *El Derecho público en la hipermodernidad*, Hispania, Madrid, 2005.

<sup>10</sup> Se suele citar el ámbito de la Medicina como una excepción a esta desconexión. Al respecto, APARISI MIRALLES, A., *Ética y deontología para juristas*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 2006, p. 70. Sin embargo, si bien no puede negarse que en este ámbito parece existir una interrelación particular entre Derecho y Moral, no es menos cierto que la mayoría de los contenidos de carácter ético, por ejemplo del Juramento Hipocrático, se han trasladado al marco legal, derivando su incumplimiento en responsabilidades. Llegados a este punto, quizás debería analizarse si esta especial conexión del ámbito médico con determinados contenidos de carácter éticos es fruto de un especial compromiso ético o de la función de control social del Derecho.

<sup>11</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., *Trayectorias contemporáneas...*, *ob. cit.*, p. 76.

<sup>12</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Editorial Debate, Madrid, 1989, p. 188.

han sido reducidas a su mínima expresión en números planes de estudios destinados a la formación de los futuros profesionales, pero no es menos cierto que parece existir un auge y un cierto retorno a la reflexión iusfilosófica sobre este particular, con gran incidencia en el ámbito social que reclama el regreso a la reflexión ética en determinadas materias, entre las cuales se incluye sin duda el Derecho<sup>13</sup>. Lo que sí parece claro es que existe un consenso social en la necesidad de huir de profesionales ética y jurídicamente irresponsables<sup>14</sup>, pues como señala Fernández García, la idea de virtudes está necesariamente unida no a cualquier tipo de práctica sino a la buena práctica y «es de aplicación, por tanto, al ser humano en general, al ciudadano en particular y al que ejerce una determinada profesión»<sup>15</sup>.

El resurgir de la deontología parece ser uno de los reflejos de esta tendencia. En este nuevo contexto, el concepto de deontología, entendida como «eminente ciencia fundamental», parece recobrar un protagonismo perdido. Como señala Zapatero, la excelencia está relacionada con el ejercicio diestro de una profesión pero ésta va más allá; implica algo más «como es el respeto a ciertos estándares de conducta en sus relaciones con los ciudadanos que demandan sus servicios»<sup>16</sup>. Cuáles son estos estándares, que nos remiten de forma constante a la ética, y su naturaleza constituyen, sin duda, un objeto cuyo estudio se presenta especialmente interesante en estos nuevos tiempos «hipermodernos».

## II. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LAS NORMAS DEONTOLÓGICAS: DE LA ÉTICA AL DERECHO

La primera cuestión que surge en relación con el tratamiento de la deontología es su conceptualización. De forma genérica se suele defi-

---

<sup>13</sup> Como señala Peces-Barba, renunciar a una reflexión ética sobre el Derecho, «supone, si se considera al Derecho válido con independencia de sus contenidos de justicia, acomodarse a una relación de Derecho y poder, significativa de que aquél es sólo expresión del más fuerte». *Ibidem*, p. 190.

<sup>14</sup> En el ámbito jurídico, indica Pérez Luño, la ideología del aislacionismo trajo como consecuencia la imagen de un jurista «ética y jurídicamente irresponsable, incapaz de oponerse a la arbitrariedad legal o de reaccionar frente a lo que se ha denominado perversión autoritaria del orden jurídico». PÉREZ LUÑO, A. E., *Trayectorias contemporáneas...*, *ob. cit.*, p. 76.

<sup>15</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA, E., «Los jueces buenos y los buenos jueces», *Derechos y Libertades, Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, núm. 19, 2008, p. 25.

La definición del término «profesión» ha sido objeto de discusión por la doctrina, dando lugar a numerosos conceptos y a intentos de definición de las características que la diferencian de otro tipo de ocupaciones. Sobre esta cuestión, *vid.* GARRIDO SUÁREZ, H., *Deontología del abogado: el profesional y su confiabilidad*, Edisofer, Madrid, 2011, p. 26 ss.

<sup>16</sup> *Prólogo* de la obra, GARRIDO SUÁREZ, H. M., *Deontología del abogado...*, *ob. cit.*, p. 11.

nir la deontología como «la ciencia o tratado de los deberes», vinculados de forma habitual, aunque no de manera exclusiva, a la profesión. Dicha terminología, de origen griego<sup>17</sup>, fue empleada por primera vez por Jeremy Betham y alcanzó especial difusión tras su obra *Deontology*. En ésta, Betham define la deontología, en cuanto a Ciencia: «es conocer lo que conviene hacer en toda ocasión»; el conocimiento de lo que es justo y conveniente. Por este motivo, según el citado autor, el término se aplicaría al ámbito de la ética, esto es, «a aquella parte del dominio de las que no está bajo el imperio de la pública legislación»<sup>18</sup> y su fundamento o base se encontraría en el «principio de utilidad»<sup>19</sup> y no en la moral basada en el sufrimiento ni en el sacrificio<sup>20</sup>.

La aplicación del término al ámbito profesional es más tardía y se encuentra estrechamente relacionada con el estudio de los deberes de la profesión médica<sup>21</sup>. En la actualidad, dicho concepto parece remitir a los deberes derivados del ejercicio profesional, como tratados cuyo objetivo es dotar a los profesionales de normas precisas sobre su comportamiento, «teniendo en cuenta el contexto social en el que se desarrolla la profesión»<sup>22</sup>. Cuál es la naturaleza de estas normas ha resultado ser una cuestión compleja, alejada de una respuesta doctrinal unívoca<sup>23</sup>. El debate sobre la naturaleza de las normas deontológicas ha sido una constante a lo largo de tiempo tanto el ámbito del Derecho como de la Filosofía, destacando la doctrina su posición intermedia entre el Derecho y la Ética.

A título anecdótico conviene recordar aquí la distinción habitual entre tres tipos de normas: las normas morales, las reglas de trato social y las normas jurídicas. Como señala Hierro, si consideramos esta tipificación como exhaustiva<sup>24</sup>, no podemos considerar las nor-

<sup>17</sup> - δέον, -οντος, –el deber– y *logía* –el conocimiento–. *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 22.ª edición, Espasa-Calpe, Madrid, 2003.

<sup>18</sup> BENTHAM, J., *Deontología o Ciencia de la Moral*, Imprenta de J. Ferrer de Orga, Valencia, 1936, p. 19.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>20</sup> Frente a dicha concepción no puede dejar de mencionarse la ética deontológica kantiana. KANT, E., *Crítica de la razón pura*, Alfaguara, Madrid, 1995.

<sup>21</sup> La doctrina apunta a la obra de Maz Simon como origen de la identidad y relación entre deontología y ámbito profesional. SIMON, M., *Déontologie Médicale ou des Devoirs et des Droits des Médecins dans l'Etat Actuel de la Civilisation*, J. B. Bailliere, París, 1845.

<sup>22</sup> APARISI MIRALLES, A., *Ética y deontología...*, *ob. cit.*, p. 156.

<sup>23</sup> Al respecto, *vid.* RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J., «Deontología de las profesiones jurídicas y derechos humanos», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 20, 2010, pp. 94 ss.

<sup>24</sup> No obstante, algún autor parece apostar por una diferenciación entre normas deontológicas, jurídicas y éticas en los siguientes términos: «es preciso convenir en que la coexistencia de diversos sistemas de normas –deontológicas, jurídicas, éticas– regulando las conductas contribuye a la creación de un entramado regulador que coadyuva a la cohesión y garantiza la existencia de un control social realizado a distintos niveles». En este sentido señala que el lugar de las normas deontológicas en la jerarquía de las distintas clases de normas que rigen nuestra conducta «constituyen algo más vinculante y sancionador –desde el punto de vista externo– que las normas

mas deontológicas como un cuarto tipo, sino que «han de ser un segmento de las reglas de trato social, o un segmento de las normas morales o un segmento de las normas jurídicas o, quizá, un segmento de alguna de las zonas de confluencia entre unas y otras»<sup>25</sup>.

Numerosos han sido los esfuerzos doctrinales por incluirlas en alguno de los tres tipos señalados. Así, para Aparisi Miralles, aún reconociendo cierta dimensión jurídica y social<sup>26</sup>, la norma deontológica es «aquella exigencia moral anclada en la naturaleza de una profesión», de tal forma que estas normas básicamente son exigencias de ética profesional. Al respecto, cabe recordar que la moral hace referencia a un conjunto de valores principios, deberes y obligaciones que sirven de guía a la conducta humana, también a la profesional, y que «suelen expresarse a través de normas de actuación»<sup>27</sup>. En este sentido, Eusebio Fernández apunta, haciendo referencia a la ética judicial, que ésta implica la posesión de ciertos rasgos de carácter que denomina «virtudes»; éstas irían más allá de lo exigido por las normas jurídicas, pero serían esenciales y necesarias para que los objetivos de una profesión se cumplan de forma adecuada y satisfactoria<sup>28</sup>.

Sin embargo, si bien es cierto que la tendencia doctrinal mayoritaria ha centrado el discurso en vincular la deontología a ciertas exigencias éticas, es necesario recordar dos cuestiones que tienen relevancia en esta materia: la ética profesional no tiene un carácter unitario, pues será propia de cada profesión<sup>29</sup> y no puede obviarse que un análisis de determinadas normas deontológicas de las distintas profesiones revela que no siempre se puede fundamentar, de forma estricta, dicha vinculación, ni mucho menos sostener el carácter moral de forma exclusiva. Por los motivos señalados, algunos autores sostienen que, no en pocos casos, estas normas presentan las características propias de las «reglas

---

*morales y menos que el derecho*». CASADO GONZÁLEZ, M., «Ética, Derecho y Deontología profesional», *Revista Derecho y Salud*, 1998.

<sup>25</sup> HIERRO, L. L., «Deontología de las profesiones jurídicas. Una discusión académica», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 8, 2010, p. 83.

<sup>26</sup> En este sentido, señala la citada autora que hay que matizar que no siempre el concepto de norma deontológica encaja de forma precisa en la norma moral. PARISI MIRALLES, A., *Ética y deontología...*, *ob. cit.*, p. 157.

<sup>27</sup> PÉCES-BARBA, G., FERNÁNDEZ, E. y DE ASÍS ROIG, R., *Curso de teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 200, p. 72.

<sup>28</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *Los jueces buenos y los buenos jueces*, *ob. cit.*, p. 27.

<sup>29</sup> Incluso, como recuerda García Manrique, en ciertos ámbitos como el jurídico, a diferencia de otros sectores, no se puede sostener su carácter unitario. En este ámbito no hay una ética profesional, sino varias, tantas como profesiones jurídicas. GARCÍA MANRIQUE, R., «El discreto encanto de la seguridad jurídica. Apuntes para una reconstrucción unitaria de la ética de los juristas», *Derechos y Libertades, Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, núm. 19, 2008, pp. 25 ss.

Sobre la forma en que deben relacionarse distintas profesiones jurídicas y sus modos de actuación resulta de actualidad, a pesar de su fecha de publicación, la obra de Pietro Calamandrei. *Vid.* CALAMANDREI, P., *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Le Monnier, Firenze, 1938.

de trato social»<sup>30</sup>, siempre y cuando no neguemos la sustantividad propia de las mismas.

Especial interés reviste, sin embargo, para el Derecho la posible naturaleza normativa de este tipo de normas<sup>31</sup>; naturaleza normativa que no pocos han asentado en un reconocimiento positivo a través de los denominados códigos deontológicos. Por este motivo, son varias las propuestas que sostienen la distinción entre «ética profesional» o «moral profesional» y «deontología». Al respecto, la ética profesional estaría formada por el conjunto de normas morales que regulan el ejercicio de una profesión mientras que la deontología haría referencia a las normas jurídicas que regulan la misma<sup>32</sup>. Se puede considerar que estas propuestas son un reflejo de la tradicional distinción entre sistemas normativos que hacen referencia a saberes diferenciados; la moral entendida, como señala Pérez Luño, como un conjunto de reglas de comportamiento que definen la actuación correcta en una sociedad o dictados orientadores de la conducta procedentes de la conciencia individual, y el Derecho entendido como conjunto de normas de inexorable cumplimiento que prescriben un orden en la coexistencia<sup>33</sup>.

Entre las múltiples concepciones del Derecho está aquella que lo concibe como una técnica de organización de conductas, mediante normas jurídicas que pretenden unos objetivos a través de patrones previamente determinados y que se insertan en un Ordenamiento. Si hay un rasgo que caracteriza a la norma jurídica es precisamente su pertenencia al Ordenamiento jurídico. Evidentemente, cada sistema jurídico conformará unos criterios que condicionarán su pertenencia o no al mismo. Como el concepto de validez es relativo, debe ser analizado en relación con cada sistema jurídico que especificará los criterios, tanto formales como materiales, de pertenencia al mismo. El criterio de validez jurídica nos permite identificar a una norma jurídica frente a otro tipo de disposiciones, pues el Derecho tiene una naturaleza sistemática que permite una autorregulación de los criterios de pertenencia.<sup>34</sup>

Son numerosas las definiciones que pueden recogerse de código deontológico; de facto, casi todos los Códigos suelen contener su propia definición. En general, se suelen definir como conjunto de normas

---

<sup>30</sup> RECASÉNS SICHES, L., *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1986, p. 62.

<sup>31</sup> Por la complejidad que presentan las normas deontológicas, algún autor, como Martínez Roldán, se cuestiona si éstas, más que normas de carácter jurídico, no serán «auténticos obstáculos para el cumplimiento de las normas jurídicas, interesadamente orientadas a o renunciar e incluso a reforzar ese cooperativismo profesional». En este sentido, considera que éstas reflejan ideas de moral estamental que, en determinadas ocasiones, constituyen un problema para el cumplimiento de la legalidad vigente. MARTÍNEZ ROLDAN, L., «Deontología notarial: corporativismo o regulación jurídica», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 25, 2008-2009, p. 36 y 39.

<sup>32</sup> MANRIQUE, R., *El discreto encanto de la seguridad jurídica...*, *ob. cit.*, p. 40.

<sup>33</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., *Teoría del Derecho. Una concepción...*, *ob. cit.*, p. 105.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 66

que contienen los principios o deberes que tienen que regir en una determinada profesión<sup>35</sup>. Son fundamentalmente códigos que plasman los deberes de los profesionales colegiados en relación con «el resto de la sociedad y para con los miembros de una determinada profesión»<sup>36</sup>. De ellos se ha alabado, en ocasiones, su función como instrumentos valiosos que favorecen «la publicidad, certeza y eficacia de las normas deontológicas»<sup>37</sup>. Sin embargo, también han sido objeto de numerosas críticas, entre las que figuran, de forma habitual, la falta o errónea fundamentación de su existencia, justificada por algunos sectores en una moral vinculada al ámbito religioso que pretende incidir en la conciencia individual<sup>38</sup>, y, en lo que aquí concierne, a su falta de validez que vendría determinada especialmente por la incompetencia de los colegios profesionales para crear normas jurídicas<sup>39</sup>. Frente a estas afirmaciones, se ha sostenido por algún sector que si estos códigos se impusiesen desde otros centros de producción normativa dejarían de poseer un carácter deontológico<sup>40</sup>. Sin embargo, resulta dificultoso, desde la perspectiva aquí analizada, compartir esta última argumentación respecto a la validez, habida cuenta que son numerosas las normas jurídicas con fuerte dimensión ética, entre las que ocupan un lugar relevante algunas del ámbito penal, aprobadas por los principales centros de producción normativa. En este sentido, es importante no confundir la fundamentación ética del contenido de la norma con la naturaleza de la misma. Simplemente, quizás dicha objeción sea un reflejo de la revisión o desbordamiento del sistema de fuentes jurídicas que está aconteciendo en la actualidad, en el que, como señala Pérez Luño, se asiste, entre otros fenómenos al de infraestatalidad normativa que se desglosa, entre otros criterios, en el de *ratione personae*, en «cuya virtud se están acrecentando atribuciones autonormativas de determinados grupos o colectivos sociales sien-

---

<sup>35</sup> Al respecto sostiene Danovi, en relación con el código forense italiano, que la codificación de estas reglas suele ser aceptada por los destinatarios como una necesidad, pues, entre otras dan y otorgan certeza, mejoran la calidad profesional, resuelven casos complejos y realizan el principio de legalidad. DANОВI, R., *Manuale breve. Ordinamento forense e deontología*, Percorsi, 2011.

<sup>36</sup> APARISI MIRALLES, A. y LÓPEZ GUZMÁN, J., «Aproximación al concepto de deontología», *Persona y Derecho: revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y derechos humanos*, núm. 30, 1994, p. 175.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> Como mero ejemplo, en el marco de la deontología profesional, son habituales frases como la siguiente: «la civilización occidental se ha desarrollado sobre los 10 Mandamientos y aún quienes han querido evitar toda referencia a ellos, los manejan implícitamente, sin darse cuenta; aquí se citarán explícitamente el 5.º, 7.º y 8.º, junto con dos de la Virtudes cardinales: Prudencia y Justicia, como bases éticas de la actividad profesional». ESCOLA GIL, R., *Deontología para ingenieros*, Ediciones Universidad de Navarra, 1987.

<sup>39</sup> Sobre estas cuestiones, *vid.* IGLESIAS, T., «El discutible valor jurídico de las normas deontológicas», *Jueces para la democracia*, núm. 12, 1991.

<sup>40</sup> APARISI MIRALLES, A. y LÓPEZ GUZMÁN, J., *Aproximación al concepto...*, *ob. cit.*, p. 180.

do especialmente importante este fenómeno en el ámbito profesional»<sup>41</sup>.

En este contexto se enmarca la discusión sobre la potestad de los colegios profesionales para aprobar normas jurídicas. Algunos autores atribuyen esta legitimidad a un supuesto «pacto social» a través del cual la sociedad ha depositado en las corporaciones profesionales la facultad para otorgar licencias que permitan el ejercicio de determinada profesión. En este sentido, los miembros que pertenecen a esta corporación quedarían obligados a cumplir una serie de pautas de comportamiento «que garantizan el cumplimiento de la función social que se atribuye a una determinada profesión, así como los valores éticos que ésta persigue»<sup>42</sup>. En este sentido, el código deontológico adquiriría legitimidad formal «cuando surge de un colectivo al que la sociedad ha reconocido la capacidad para dictar disposiciones a las cuales se debe obedecer»<sup>43</sup>.

Frente a este tipo de argumentos vinculados a un pacto social contamos con un apoyo normativo en el que se sustenta esta competencia<sup>44</sup>. La competencia para la elaboración de estos códigos de conducta recae en los Colegios Profesionales. Las normas deontológicas son creadas por el propio colectivo para regular el comportamiento de sus profesionales. Son una forma de autoregulación, esto es, un acuerdo institucional mediante el cual una organización regula los estándares de conducta de sus miembros. La creación de los Colegios profesionales está prevista constitucionalmente. El artículo 36 de la Constitución remite a la ley para regular las peculiaridades de su régimen jurídico, indicando que, en todo caso, su estructura interna y su funcionamiento deberán ser democráticos. Los aspectos básicos de su régimen jurídico están regulados, sin embargo, en una norma preconstitucional: la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales. Los colegios profesionales son Corporaciones de Derecho público, amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. Dicha Ley, en el artículo 5, apartado i, atribuye a los colegios profesionales la función de ordenar, en el marco de sus competencias, la actividad de sus colegiados, velando por

---

<sup>41</sup> Sobre esta cuestión, *vid.* 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*, Colección Gregorio Peces-Barba, núm. 1, Dykinson, 2001.

<sup>42</sup> APARISI MIRALLES, A y LÓPEZ GUZMÁN, J., «Aproximación al concepto de deontología», *ob. cit.*, p. 179.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 180.

<sup>44</sup> Sobre el papel de los colegios profesionales, *vid.* MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «El papel de los colegios en la ordenación de las profesiones y el control y vigilancia del ejercicio profesional, en MARTÍN RETORTILO, L. (coord.); *Los colegios profesionales a la luz de la constitución*, Civitas, 1996. Acerca de la potestad normativa de los colegios profesionales, CASARES MARCOS, A., «Los titulares de la potestad sancionadores. Los entes institucionales y corporativos», *Documentación Administrativa*, núm. 280/281, pp. 289 ss.

la ética y dignidad profesional y conciliando sus intereses con el interés social y los derechos de los ciudadanos<sup>45</sup>.

Las normas deontológicas aprobadas por los Colegios profesionales o sus respectivos Consejos superiores o equivalentes no constituyen, por tanto, simples tratados de deberes morales sin consecuencias en el orden disciplinario. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de tratar esta cuestión, entre otras, en sus sentencias 219/1989, de 21 de diciembre, 93/1992, de 11 de junio, y 386/1993, de 23 de diciembre. El Alto Tribunal concluye que dichas normas, por el contrario «determinan obligaciones de necesario cumplimiento por los colegiados y responden a las potestades públicas que la ley delega a favor de los Colegios para ordenar la actividad profesional» (Fundamento jurídico quinto de la Sentencia 219/1989)<sup>46</sup>.

En aras a rechazar las normas deontológicas como normas jurídicas se ha argumentado también su falta de carácter vinculante y coactivo, pues el ordenamiento jurídico moderno se caracteriza, entre otros aspectos, por la existencia de normas que permiten identificar si un sujeto determinado ha violado una norma y la aplicación, en su caso, de la sanción correspondiente. La diversidad entre los diferentes órdenes normativos encuentra, por tanto, también una de sus bases en el criterio de la sanción institucionalizada. Mientras que la infracción de una norma jurídica lleva aparejada una consecuencia jurídicamente tipificada, tanto la vulneración de las normas morales como de las reglas de trato social no darían lugar a la misma. Como señala Prieto Sanchís, las conductas que regula el Derecho no son distintas a las que regula la moral sino que la diferencia radica en el modo de hacerlo, a través de la fuerza<sup>47</sup>. Asimismo, el Derecho no regula la totalidad de las conductas contempladas por la moral, sino solamente aquellas cuya ordenación se estima necesaria para una convivencia social pacífica<sup>48</sup>.

Frente a la postura señalada de quienes atribuyen a los códigos deontológicos una función meramente promocional, de promoción o estímulo de ciertos comportamientos, se aboga por la naturaleza jurí-

---

<sup>45</sup> La Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, insiste en la obligación de la sociedad profesional y de los profesionales de actuar en el seno de su actividad profesional de conformidad con el régimen deontológico y disciplinario propio de la correspondiente actividad profesional –artículo 9–.

<sup>46</sup> La naturaleza jurídica de las normas deontológicas ha sido reconocido en otros ordenamientos, como el italiano. Como señala Danovi, «la Cassazione, che ha riconosciuto che le norme deontologiche hanno natura giuridica (...) “nell’ambito della violazione di Legge va compresa anche la violazione delle norme dei codici deontologici degli ordini professionali”». DAVONI, R., «Dall’avvocato della famiglia all’avvocato del minore: questioni deontologiche», en CESAREO, G. O., *La tutela dell’interesse dal minore: deontologie a confronto*, Franco Angeli, Milano, 2007, p. 32.

<sup>47</sup> PRIETO SANCHÍS, L., «Derecho y Moral en la época del Constitucionalismo jurídico», *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, núm. 10, 2007, p. 76.

<sup>48</sup> DIEZ PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, Editorial Ariel, Madrid, 1997.

dica de este tipo de normas. Algunas normas determinan o especifican principios del Ordenamiento jurídico. Otras, imponen directamente conductas y comportamientos y están dotadas con un mecanismo represivo y sancionador –de carácter disciplinario–, con una estructura formal determinada, que prevé sanciones en supuestos de infracción. Como todo sistema sancionador evidentemente habrá de adaptarse al mandato de seguridad jurídica<sup>49</sup>, previendo, de forma clara, qué se castiga, cómo se castiga, quién castiga, de qué forma y dónde se castiga. Esta última cuestión ha sido, sin duda, el talón de Aquiles de la regulación contenida en los códigos deontológicos<sup>50</sup>.

A pesar de lo señalado, resulta evidente, como defiende el profesor Peces-Barba, que no parece posible mantener la definición de lo jurídico, sólo desde el propio Derecho, «con criterios formales del órgano competente y del procedimiento establecido para identificar la pertenencia al Ordenamiento, sino que se incorporan a la definición de Derecho las dimensiones de la moralidad»<sup>51</sup>, a la que denomina ética pública en sus conocidos estudios sobre este particular<sup>52</sup>. Desde la modernidad, la ética pública se ha integrado en el Derecho mismo. La regulación de la actividad profesional no está, por tanto, desvinculada de referentes morales sustantivos, «sino que la correcta actuación profesional toma como referentes morales materiales los propios del sistema jurídico, incluso por encima de las convicciones, perjuicios o emociones profesionales»<sup>53</sup>. Por lo señalado, la regulación deontológica no es ni puede ser puramente formal.

Sin embargo, para evitar confusiones terminológicas, parece necesario distinguir entre ética profesional y deontología, abarcando esta última únicamente las normas jurídicas que forman parte de los denominados códigos deontológicos. Dicha propuesta no implica, en ningún caso, el afán de otorgar relevancia a una sobre otra, sino, simplemente, un intento de conceptualizar, en la medida de lo posible, la utilización de dicho término pues, si reducimos la deontología a su aspecto ético o moral, su aportación en relación con los deberes no distaría de aquellos impuestos por las costumbres o por exigencias éticas que el individuo debe asumir como propias y comportarse de

---

<sup>49</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., *Teoría del Derecho. Una concepción...*, *ob. cit.*, p. 163.

<sup>50</sup> En este sentido critica Martínez Roldán la posición del Tribunal Constitucional español en esta materia al considerar que no tiene «ningún tipo de inconveniente en el hecho de que las normas deontológicas no definan expresamente sus infracciones disciplinaria, ni definan las sanciones aplicables, ni siquiera cree necesaria la exigencia de publicidad de esas normas deontológicas». MARTÍNEZ ROLDÁN, L., «Deontología notarial: corporativismo o regulación jurídica», *ob. cit.*, p. 53.

<sup>51</sup> PECES-BARBA, G., «Ética pública-ética privada», *Anuario de Filosofía del Derecho* XIV, 1997, p. 533.

<sup>52</sup> Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Ética pública y Derecho*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (sesión de 19 de abril de 1993), Madrid, 1993.

<sup>53</sup> BLÁZQUEZ MARTÍN, D., «Ética y Deontología de las profesiones jurídicas», *Derechos y Libertades, Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, núm. 19, 2008, pp. 25 ss.

conformidad con las mismas. Asimismo, parece que esta propuesta podría dar una posible solución a las inquietudes sociales derivadas de prácticas éticamente reprobables, pero que a veces han sido consideradas jurídicamente no relevantes argumentando su carencia de sanción jurídicamente institucionalizada, con independencia de la sanción social o moral que acarrear. Sin embargo, dicha distinción está lejos de resultar pacífica, especialmente entre aquellos que rechazan la estricta equiparación entre norma deontológica y deontología codificada<sup>54</sup>.

Evidentemente, no se trata de justificar su condición por su oportunidad o conveniencia, habida cuenta que no es ésta la finalidad del Derecho, sino posibilitar o crear el conjunto de condiciones mínimas en las que la vida social «pueda desarrollarse pacífica y ordenadamente»<sup>55</sup>. Desde el momento que estas normas imponen determinadas conductas y dicho cumplimiento no depende de la opinión u opción individual, dotando a las mismas de mecanismos que permiten la imposición coactiva al sujeto en relación con su vida profesional, se puede afirmar que estamos ante una verdadera norma jurídica.

En este sentido, la ética profesional debe ser necesariamente concebida como un ética aspiracional, que permita formar un buen profesional, en términos ideales<sup>56</sup>. Asimismo, la naturaleza normativa de las normas deontológicas no excluye el componente ético de su contenido. Es más, para que no pierdan su carácter deontológico será necesario que los deberes impuestos sean también deberes de justicia porque «afectan a diversos planos de incidencia o diferentes tipos del valor de la justicia»<sup>57</sup>. Y es que no cabe olvidar, como señala Hart, que el «el Derecho de todo Estado moderno muestra mil puntos de influencia tanto de la moral social aceptada como de ideales morales más amplios». Estas influencias penetran en el Derecho ya abruptamente y en forma ostensible por vía legislativa, ya en forma silenciosa a través del proceso judicial»<sup>58</sup>. Sin embargo, dicha referencia no puede establecerse en torno a unos contenidos morales concretos, sino a valores, principios y derechos que inspiran el ordenamiento jurídico. Esto impide que la fundamentación de las normas deontológicas pueda plantearse desde ciertas consideraciones morales, sino desde una conexión de Derecho y Moral en los términos señalados.

---

<sup>54</sup> Entre otros, APARISI MIRALLES, A., *Ética y deontología...*, *ob. cit.*, p. 165.

<sup>55</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., *Teoría del Derecho. Una concepción...*, *ob. cit.*, p. 155.

<sup>56</sup> Vid. FERNÁNDEZ GARCÍA, E., «Los jueces buenos y los buenos jueces», *Derechos y Libertades, Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, núm. 19, 2008, p. 41.

<sup>57</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una Filosofía de la Experiencia jurídica*, MERGABLUM, Sevilla, 1998, p. 124.

<sup>58</sup> HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, p. 251.

### III. DE UNA DEONTOLOGÍA PROFESIONAL A UNA «DEONTOLOGÍA POLÍTICA» O «DEL BUEN GOBIERNO»: EL RIESGO DE POLITIZACIÓN DE LA MORAL A TRAVÉS DEL DERECHO

En una época de crisis o cambio como la actual está resurgiendo también el debate sobre la necesidad de crear normas de conducta que plasmen los deberes políticos en la gestión pública a través de los cuales se fortalezca la idea de servicio Público<sup>59</sup>; deberes traducidos, de forma habitual, en obligaciones relativas a actuaciones en los cargos que los servidores públicos ostentan.

A pesar de la aparente novedad del tema, ésta no es tal, habida cuenta que la relación entre ética, poder y derecho o la forma en que ésta ha de plantearse ha constituido siempre uno de los temas centrales de la Filosofía del Derecho<sup>60</sup>. En realidad, lo que resulta novedoso es la preocupación por esta temática en un momento histórico en el que se creían superados ciertos debates. En este contexto, algunas veces se han apresurado a aventurar una nueva «era de la ética» o de «eclosión ética», caracterizada, en gran medida, por la lucha contra la corrupción<sup>61</sup>. Desde el punto de vista iusfilosófico la corrupción, como señala Peces-Barba, tiene una dimensión política, no siendo exclusiva de ningún sistema político ni de ninguna ideología, si bien tendrá dimensiones o rasgos distintos en función del régimen político o del desarrollo del país<sup>62</sup> e incluso del contexto en el que vivimos pues, como indica Touraine, estamos asistiendo a una caída y desaparición del «universo social», con ascenso de fuerzas situadas por encima de la sociedad y apelación al individualismo como principio de la moral<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> Como recuerda De Asís Roig el concepto de poderes públicos es genérico e incluirá a todos aquellos entes y organismos que ejercen un poder de imperio derivado de la soberanía nacional y procedente del propio pueblo. Incluiría en estos términos no sólo a los tres poderes clásicos y a las instituciones del Estado, Autonómicas y Locales, sino también a los que detentan la fuerza al servicio de estos poderes, los operadores jurídicos, los funcionarios y los ciudadanos en cuanto participan en su formación y en su normal funcionamiento. DE ASÍS ROIG, R., «Notas sobre Poder y Ordenamiento», *Revista Española de Derecho Constitucional* 12, núm. 36, 1992.

<sup>60</sup> Para un análisis histórico de esta relación, *vid.* PÉREZ LUÑO, A. E., *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, *ob. cit.*, pp. 105 ss. Sobre las cuestiones básicas de la Filosofía del Derecho en el marco de la relación entre la Ética, el Poder y el Derecho, *vid.* PECES-BARBA, G., *Diez Lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2010. Asimismo sobre la relación entre poder y derecho, *vid.* DÍAZ, E., «Razón de Estado y razones del Estado», *Isegoría*, núm. 26, 2002.

<sup>61</sup> MARTÍNEZ BARGUEÑO, M., «La ética, un nuevo objetivo en la gestión pública», *Gestión y análisis de políticas públicas*, núm. 10, 1997, p. 19.

<sup>62</sup> Según Peces-Barba la corrupción existe cuando participan personas u órganos de instituciones públicas. PECES-BARBA, G., «La corrupción en las instituciones y en la sociedad civil», *Corrupción y Ética*, Cuadernos de Teología de Deusto núm. 9, Universidad de Deusto, Bilbao, 1996.

<sup>63</sup> *Vid.* TOURAINE, A., *Un nouveau paradigme*, Librairie Arthème Fayard, París, 2005.

Al respecto, no se puede obviar que, ni la aplicación del Derecho Penal clásico ni del Derecho Administrativo disciplinario ha podido frenar este fenómeno. Como indican Dellis y Pappas, el modelo disciplinario de los agentes públicos, si se analiza la utilidad práctica de los sistemas en vigor en la Unión Europea, dista de ser ideal, presentando numerosos problemas cuya solución pasa no sólo por un cambio de sistema sino también de mentalidad<sup>64</sup>. Quizás una explicación puede encontrarse, como adelantó hace ya algún tiempo Peces-Barba, en la crisis general de valores, de la moralidad que se extendió al ámbito público con la modernidad; de esa moralidad que constituye el contenido ético de la Política y del Derecho<sup>65</sup>. Como señala el citado autor: «una crisis general de la modernidad impide la construcción de un sistema comprensible de moralidad pública referente a los comportamientos que andan sin rumbo en el mundo que es a la vez complejo, difícilmente explicable y fragmentario»<sup>66</sup>.

Se trata, por tanto, de una crisis de principios universales institucionalizados<sup>67</sup>, que llegó a cuestionar la propia legitimación ética del Derecho y de la Política. En esta particular situación, el retorno a los valores éticos y la elaboración de normas de conducta en el ámbito político se presentan como un pretendido remedio para prevenir o hacer frente a la corrupción en las administraciones públicas y en los gobiernos<sup>68</sup>. Surgen iniciativas legislativas cuyo fin último es la solución de tal crisis pues, como señala Lipovestky, en los nuevos tiempos hipermodernos se reivindica la ética de la responsabilidad colectiva, de tal forma que los compromisos éticos se colocan como centro de la ideología y de las normas<sup>69</sup>. En este contexto, en la búsqueda de estos compromisos, las normas deontológicas parecen alcanzar un nuevo protagonismo, reflejo de la necesidad de comunicación entre la ética, las normas jurídicas y las instituciones; protagonismo que se refleja en reivindicaciones relativas al «paso de una simple disciplina a una verdadera deontología que falta en la función pública en Europa»<sup>70</sup>.

Este compromiso en el ámbito público, impulsado, en gran medida, por la lucha contra la corrupción, tuvo un gran impacto en el ámbi-

---

<sup>64</sup> DELLIS, G. y PAPPAS, S. A., «Desde la mera disciplina hasta una verdadera deontología», *Documentación Administrativa* núm. 241, 1995, pp. 105 y 108.

<sup>65</sup> PECES-BARBA, G., *La corrupción en las instituciones y en la sociedad civil*, ob. cit.

<sup>66</sup> *Ibidem*.

<sup>67</sup> TOURAINE, A., *¿Después del posmodernismo?... La Modernidad*, ob. cit., p. 24.

<sup>68</sup> El incremento de la corrupción en los gobiernos, apunta Bautista, genera, entre otros problemas, ineficiencia en el funcionamiento de las instituciones, incumplimiento de objetivos y programas de gobierno, no resolución de problemas y necesidades ciudadanas y pérdida de confianza en las instituciones. BAUTISTA, O. D., *Una forma de prevenir la corrupción en los gobiernos y en administraciones públicas*, Desclée De Drouwer, 2009.

<sup>69</sup> Vid. LIPOVETSKY, G., *Los tiempos hipermodernos*, ob. cit.

<sup>70</sup> DELLIS, G. y PAPPAS, S. A., *Desde la mera disciplina hasta...*, ob. cit., p. 508.

to anglosajón, especialmente tras el escándalo *watergate* que generó la creación de asociaciones y normas destinadas a regular y mantener la actuación de los gobiernos de conformidad con una serie de valores y principios. Asimismo, por su especial relevancia en la materia cabe mencionar el denominado *Informe Nolan –Standars in Public Life–* del Comité sobre las Normas de Conducta en la Vida Pública, presentado ante el Parlamento inglés en 1995<sup>71</sup>. El mencionado informe tenía como finalidad la siguiente: «examinar las actuales preocupaciones acerca de las normas de conducta de todos los titulares de cargos públicos, incluidos los arreglos relacionados con las actividades financieras y comerciales, y recomendar aquellos cambios en las actuales disposiciones que puedan requerirse para asegurar que se cumplan las normas de conducta más apropiadas en la vida pública (...) Para estos propósitos, la vida pública incluye a Ministros, funcionarios y consejeros, Diputados y Diputados del Parlamento Europeo por el Reino Unido, consejeros y altos cargos de todos los entes públicos no ministeriales y de entes del servicio nacional de sanidad, titulares de cargos no ministeriales, consejeros y otros altos cargos de otros entes que ejecuten funciones financiadas públicamente, y consejeros elegidos y funcionarios de grado superior de las administraciones locales»<sup>72</sup>. Concluye el informe señalando la necesidad de elaborar códigos de conducta en todo el sector público. Como base de estos códigos el informe incorpora siete principios: necesidad de que la actuación esté presidida en todo caso por el interés público, integridad, responsabilidad, transparencia, honestidad y liderazgo. Asimismo, con independencia de la elaboración de estos códigos, se recomendó al gobierno realizar una revisión con vista a la redacción de un marco legal más coherente para regular la conducta apropiada y la responsabilidad de los organismos públicos.

Este tipo de propuestas se han extendido, con fortuna dispar, a los países de Europa<sup>73</sup> continental que han elaborado en los últimos años «códigos éticos», «códigos de buenas prácticas» o «códigos deontológicos» con denominaciones diversas y objetivos generales, comisiones de seguimiento e, incluso, reivindicando una formación en la materia<sup>74</sup>. Las diferencias en la denominación quizás respondan más a

---

<sup>71</sup> Sobre este informe y su repercusión, entre otros, *vid.* GARCIA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, 2009 o FUENTETAJA, J. y GUILLÉN, J., *La regeneración de la Administración Pública en Gran Bretaña*, Civitas, 1996.

<sup>72</sup> *Normas de conducta para la vida pública. Informe Nolan*, Documentos INAP, Ministerio de Administraciones Públicas, 1996.

<sup>73</sup> En el ámbito de la Unión Europea, con el objetivo de reformar la gobernanza, especialmente para acercar a los ciudadanos a las instituciones se aprobaron diversos instrumentos, no obstante, vinculados a la voluntad política. Sobre esta cuestión, GUILLÉN CARRAY, J., «La necesaria reformulación del “buen gobierno”», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2011.

<sup>74</sup> En nuestro Ordenamiento jurídico, dicha formación debe tener su base en el artículo 27, apartado segundo, del texto constitucional. En este sentido, pueden

un reflejo de la influencia de las tendencias en los países anglosajones que a una motivación real de unificar o separar ética profesional y deontología. Sin embargo, como se ha puesto de manifiesto con anterioridad, en nuestro ámbito, si bien no cabe duda de la interrelación existente ni de la importancia de la ética en esta materia, sería conveniente diferenciarlas.

Los resultados de tales experiencias en nuestro entorno, como sabemos, han sido de diversa índole. Por este motivo, fueron y son numerosas las reivindicaciones relativas a la necesidad elaboración de un «código deontológico de los cargos públicos y políticos» que regule las pautas de comportamiento en actividades públicas, especialmente para evitar situaciones de corrupción política y la responsabilidad individual y colectiva en su actuación. Con el objetivo de dar respuesta a estas preocupaciones, en el año 2005 se aprobó en España el denominado «Código del Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración del Estado»<sup>75</sup>, adoptado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005<sup>76</sup>. A través de su aprobación los poderes públicos, siguiendo las Directrices de la OCDE en la materia, buscan ofrecer a los ciudadanos el compromiso de que los altos cargos guiarán su actuación por unos principios de conducta, cuya plasmación se traduce en garantías institucionales que consolidan el pacto de los poderes públicos con los ciudadanos. Desde este punto de vista, parece existir una ruptura de la pretendida vinculación necesaria entre profesión titulada, mayoritariamente ejercida de forma liberal, y deontología<sup>77</sup>. Se mantiene, sin embargo, un elemento esencial que jus-

---

presentar una gran utilidad para cumplir el objetivo de pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales la formación en educación para la ciudadanía. Sobre este particular, *vid.* PECES-BARBA, G.; FERNÁNDEZ, E.; DE ASÍS, R. y ANSUÁTEGUI, J., *Educación para la ciudadanía y derechos humanos*, Espasa, Madrid, 2008.

<sup>75</sup> Un estudio sobre el mismo puede encontrarse en BAUTISTA, O. D., «La ética en la gestión pública: fundamentos, estado de la cuestión y proceso para la implementación de un sistema ético integral en los gobiernos», tesis doctoral, Departamento de Ciencia Política y de la Administración, Universidad Complutense de Madrid. Enlace al texto completo: <http://biblioteca.ucm.es/tesis/cps/ucm-t29799.pdf>, pp. 104, 134 y 158 ss.

<sup>76</sup> BOE, núm. 56, de 7 de marzo de 2005.

Este tipo de códigos han tenido acogida en las Comunidades Autónomas. Al respecto, a título ejemplificativo, se pueden citar entre otros, el Código del Buen Gobierno de la Comunidad Foral de Navarra –Ley Foral 2/2011, de 17 de marzo–, el Código de Ética y Buen Gobierno, altos cargos, personal eventual y demás cargos directivos del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi –Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno por Resolución 23/2011, de 11 de mayo– o Ley de Buena Administración y Gobierno de Illes Balears –Ley 4/2011, de 31 de marzo–.

<sup>77</sup> Esta vinculación es manifiesta en algunos estudios conocidos sobre la materia. Al respecto, resulta ejemplificativa la definición de APARISI MIRALLES, «*en este sentido, podemos afirmar que, actualmente, la Deontología remite, fundamentalmente, al estudio de los deberes que surgen en el desempeño de profesiones que se consideran de interés público, requieren un vínculo con el cliente o paciente, se ejercen en*

tifica dicha regulación: el desempeño de una profesión u actividad que se considera de interés público.

Asimismo, cabe señalar de la misma forma que ha sucedido en otros temas, especialmente en ámbitos vinculados a los avances científicos y tecnológicos, se ha pasado de una autorregulación a través de códigos de conducta a una regulación legal. Con la aprobación o cambios en disposiciones normativas de rango legal se pretende, por una parte, superar el debate en torno a la seguridad jurídica de este tipo de normas y por otra, garantizar el cumplimiento de las mismas en la vida pública con el objetivo de recupera la confianza en los servidores públicos, esencial en el Estado de Derecho. Por su actualidad, cabe citar, en nuestro Ordenamiento jurídico, la Ley 19/2013 de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, de 9 de diciembre. Según su preámbulo, la Ley tiene entre sus objetivos establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento –lo que se convierte en una exigencia de responsabilidad para todos los que desarrollan actividades de relevancia pública–. Trata la norma de plasmar una serie principios deontológicos de actuación y de deberes los servidores públicos; deberes que, tal y como se ha señalado, deben derivar de las dimensiones de la ética pública en relación con el poder<sup>78</sup>.

Al margen de la oportunidad que presentan las normas señaladas y de que la Ley parece dar respuesta a cuestiones deficientemente tratadas en nuestro Ordenamiento jurídico, desde la perspectiva aquí analizada resulta cuestionable la denominación de ambas normas –en lo que respecta a la inclusión del «buen gobierno»–, habida cuenta que puede inducir a confusión, pues ninguna concepción del bien puede ser núcleo ni de la justicia básica ni de la razón pública. La política en el Estado de Derecho nunca puede guiarse por lo que se puede considerar verdad global<sup>79</sup>.

En relación con este tema no se puede obviar uno de riesgos en la elaboración de este tipo de normativa: la posible politización de la ética a través del Derecho. Evidentemente, como señala Pérez Luño, el intento de la politización de la moral a través de las normas jurídi-

---

*régimen de monopolio –porque exigen estar en posesión de un título- y de forma liberal».* APARISI MIRALLES, A., *Ética y Deontología...*, ob. cit., p. 156.

<sup>78</sup> Evidentemente, en este contexto no faltan voces que culpan a la distinción entre público y privado en la moral como una causa esencial de esta situación actual en la clase política y cuestionan que se pueda separar la ética pública de la ética privada, alegando que el individuo es constantemente público o privado en sus relaciones jurídicas (CARRETERO SÁNCHEZ, S., «Corrupción, funcionarios públicos y papel de la deontología», *Revista telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 13, 2010, pp. 1-26). Sin embargo, dicha identificación no puede sostenerse, a menos que se vincule la ética que se recoge en las normas deontológicas con una determinada ética privada a la que se considere en un plano superior al Derecho.

<sup>79</sup> PECES-BARBA, G., *Ética pública-ética privada*, ob. cit., p. 535.

cas no es un tema novedoso, existiendo numerosos ejemplos tanto en el ámbito teórico como jurisprudencial. No obstante, frente a este riesgo, cabe concluir que la «remisión por parte del derecho a categorías morales debe realizarse con propiedad»<sup>80</sup>.

Por este motivo, estos códigos deontológicos tienen que partir de la ética pública y tienen que dar respuesta a los problemas con base en ésta<sup>81</sup>. Los remedios institucionales contra la corrupción, señala Ferrajoli en relación con el papel del juez en una sociedad democrática, requiere, entre otras cosas, de una deontología guiada por valores democráticos de los derechos de los ciudadanos y de sus garantías y de una dialéctica interna entre los diferentes agentes<sup>82</sup>. La ética que interesa al poder político y al Derecho es la ética pública; los sistemas de ética pública derivados de la razón que tiene su base en la modernidad y a los que, siguiendo a Peces-Barba, nuevos protagonistas se unirán con sus aportaciones, conformando el depósito de moralidad que asume el poder político y el Derecho<sup>83</sup>. Serán precisamente los contenidos de ética pública, a través de los principios, valores y derechos los que establezcan los criterios para la acción de los operadores jurídicos y permitan el retorno a la legitimación ética de la Política. Por lo anteriormente señalado, si bien en estos momentos resulta necesaria una cierta revisión, reinterpretación o redefinición de la Modernidad que proponen las nuevas tendencias, resulta también esencial que dicha labor no pierda de vista el proyecto inacabado de la misma, con el objetivo esencial de búsqueda, reflexión y examen de los valores que permitan su recomposición.

#### IV. ALGUNAS CONCLUSIONES

Parece que la superación de los presupuestos propios de la posmodernidad ha provocado el resurgir del interés por la Deontología. Las

---

<sup>80</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., *Teoría del Derecho. Una concepción...*, *ob. cit.*, p. 148.

<sup>81</sup> Una de las críticas que se han realizado a los códigos deontológicos es que parten de una moral de imperativos «es decir de una orientación valorativa rígida y dirigida siempre por baremos incondicionales y absolutos. En una moral de este tipo no hay lugar para las excepciones, pero sobre todo no hay lugar para las cuestiones de grado». SALAS, M. E., «¿Es el derecho una profesión inmoral?», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 30, 2007, p. 598.

<sup>82</sup> En relación con el papel del juez en una sociedad democrática señala que «sólo la reflexión crítica y autocrítica promovida por los agentes implicados y su apertura al control democrático de la opinión pública puede dar sentido, legitimidad y valor al difícil oficio de juez». FERRAJOLI, Luigi, *El juez en una sociedad democrática*. Puede consultarse el texto en: <http://www.poder-judicial.go.cr/dialogos/documentos/LUIGI%20FERRAJOLI/LUIGI%20Ferrajoli.doc>.

Asimismo, sobre la relación entre deontología y derechos humanos, *vid. RODRÍGUEZ TOUBES, J.*, «Deontología de las profesiones jurídicas y derechos humanos», *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 20, 2010.

<sup>83</sup> PECES-BARBA, G., *Ética pública-ética privada*, *ob. cit.*, p. 542.

nuevas corrientes hipermodernas apuestan por una reinterpretación o modernización de la Modernidad misma, con un retorno a los valores y a los derechos humanos. En la Hipermodernidad se apela a la ética de la responsabilidad colectiva lo que conduce de nuevo a la eterna reflexión sobre la conexión entre el Derecho y Moral. En este contexto, la Deontología recupera su protagonismo perdido.

Si bien resulta incuestionable que, en su nacimiento, Bentham vincula el significado de dicho término al ámbito de la ética, la necesidad de regular el comportamiento en el ejercicio de las profesiones en aras de la protección de la colectividad y del interés público, a través de normas jurídicas recogidas en códigos deontológicos, ha provocado un traslado del término del ámbito ético al jurídico. Dicho reconocimiento conduce a la necesidad de distinguir entre «Ética profesional», formada por normas de naturaleza moral, y «Deontología», formada por normas de naturaleza jurídica. Esta propuesta trata de evitar confusiones y no implica en ningún caso una pretensión de otorgar una mayor relevancia a uno de los términos. El reconocimiento, sin embargo, de la naturaleza jurídica de las normas deontológicas, tanto desde el punto de vista formal como material, no implica y no debe implicar una desvinculación de referentes éticos. No obstante, dichos referentes no pueden estar vinculados a cualquier tipo de moral, sino que han de ampararse en la ética pública y han de ser los propios recogidos por el Ordenamiento jurídico.

La idea de recuperación de la Deontología como instrumento para la necesaria conexión entre Ética y Derecho no se limita al ámbito estrictamente profesional. De hecho, la vinculación de este término con dicho ámbito, aunque resulte ya clásica, no es exclusiva. La crisis de los principios universales institucionales ha provocado también el replanteamiento de esta cuestión, reivindicando la elaboración de normas deontológicas en el ámbito público y, especialmente, en relación con los deberes de los servidores públicos. La ética de la responsabilidad colectiva implica necesariamente un sistema de ética pública comprensible y un retorno, con matices, a la moralidad extendida por la Modernidad.

Se constata la impotencia de diferentes ramas del Derecho, a las que se vinculada tradicionalmente la potestad sancionadora, para dar respuesta a los casos de corrupción en el ámbito público. Por este motivo, son varias las propuestas que abogan por el paso a una «verdadera deontología» en este ámbito que implique además un cambio de mentalidad. No obstante, cabe advertir, aunque resulte evidente, que dicho cambio no puede buscar ni implicar un adoctrinamiento o remisión a determinados tipos de moral privada. De ahí que se considere cuestionable la denominación de «códigos de buen gobierno», pues, como se ha señalado, ninguna concepción del bien puede ser centro de la razón pública. Dicho rechazo tiene como objetivo además evitar la posible politización de la ética a través de la elaboración de este tipo de normas. Las normas deontológicas han de partir necesari-

riamente de la ética pública y dar respuestas a los problemas con base en la misma, buscando la conexión adecuada entre la Ética, el Derecho y el Poder Político.

Fecha de recepción: 31/03/2013. Fecha de aceptación: 31/10/2013.



Crítica a los derechos lingüísticos y Justicia  
lingüística en Lionel Wee: una evaluación  
iusfilosófica<sup>1</sup>

Lionel Wee's Conception of Language justice  
and Critique of language rights: a legal-philosophical  
assessment

Por MIGUEL ÁLVAREZ ORTEGA  
Universidad de Sevilla

**RESUMEN**

*Este trabajo pretende presentar un acercamiento actualizado al debate contemporáneo sobre la noción y sentido de los derechos lingüísticos, centrándose en la contribución de Lionel Wee. En su acercamiento, el profesor Wee lleva a cabo un análisis de los problemas relativos al objeto de los derechos, evalúa las debilidades teóricas de los modelos actuales basados en derechos y describe lo que considera las consecuencias negativas esperables de estas estrategias en la práctica, acudiendo a diversos ejemplos internacionales. Es mi intención delinear un análisis crítico y equilibrado de su posición. Su consideración de las lenguas como objeto inapropiado de derechos, con base en su naturaleza dinámica e híbrida, así como su intento de*

---

<sup>1</sup> Este artículo es resultado de una investigación llevada a cabo en la Universidad de Auckland bajo la supervisión del Profesor Stephen May y financiada por una Beca del Programa José Castillejo del Ministerio de Educación. Quisiera expresar mi sincera gratitud al Prod. May por sus disponibilidad para discutir los temas aquí tratados. Huelga decir que cualquier inexactitud, incoherencia u omisión de importancia quedan bajo mi plena responsabilidad.

Este estudio ha sido desarrollado como parte de las actividades científicas del grupo de investigación CONSOLIDER «El tiempo de los derechos» (HURI-AGE).

*mostrar que el uso de los derechos conduce inevitablemente al esencialismo, la frustración y la violencia ayudan a revelar algunos importantes obstáculos, pero representan argumentos basados en sobrerrepresentaciones e interpretación selectiva de los datos. Del mismo modo, su crítica a los modelos teóricos basados en derechos, aunque bien construida en términos generales, parece evitar enfrentarse con la posibilidad de fundamentar moralmente reclamaciones lingüísticas como resultado de una composición lingüística injusta del Estado, al tiempo que ignora los datos relativos al éxito de la educación bilingüe. También se analiza su propuesta alternativa, basada en una educación lingüística que promueve la consciencia metalingüística y la tolerancia y las encuestas deliberativas como instrumento para canalizar la posición de las partes. A pesar de lo interesante de estas medidas, se trata en este trabajo de mostrar que no estén exentas de debilidades y que no se bastan por sí solas para resolver cualquier caso de regulación lingüística.*

Palabras clave: *Derechos lingüísticos; Lenguas en la educación; Lionel Wee; Multiculturalismo; Democracia deliberativa.*

## ABSTRACT

*This paper aims at providing an updated approach to the cotemporary debate on the notion and sense of language rights, focusing on the recent contribution of Lionel Wee. In his approach, Lionel Wee undertakes an analysis of the problems regarding language as the object of a right, assesses the theoretical flaws in current rights-based models and points to what he considers the expected negative consequences of such strategies in practice, drawing on different international examples. I intend to provide a balanced and critical account of his position. His consideration of languages as inappropriate objects of rights, based upon its dynamic and hybrid nature, as well as his attempts to show that the use of rights unavoidably leads to essentialism, frustration and violence help to reveal some important obstacles but they represent arguments largely based on overstatements and selective interpretation of data. Likewise, his criticism of the theoretical rights-based models, though well constructed in general terms, seems to avoid dealing with the possibility of morally funding language claims as a result of an allegedly unfair linguistic composition of the State, while neglecting the data regarding the success of bilingual education. I also address his alternative approach, based on a linguistic education that promotes meta-linguistic awareness and tolerance and deliberative polling as an instrument to channel the parties' position in linguistic conflicts. Interesting as these measures are, I attempt to show that they do not lack flaws themselves and they cannot cope with every linguistic scenario on their own.*

Key words: *Language rights; Language in education; Lionel Wee; multiculturalism; deliberative democracy.*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN: PLANIFICACIÓN, POLÍTICAS Y DERECHOS LINGÜÍSTICOS.–2. LENGUAS Y DERECHOS: ¿OTRO EJEMPLO DE LECHO DE PROCUSTO?–3. CUESTIONAMIENTO TEÓRICO: LOS MOVIMIENTOS A FAVOR DE LOS DERECHOS LINGÜÍSTICOS. 3.1 *Ecología lingüística y lenguas amenazadas*. 3.2 *Los derechos humanos lingüísticos*. 3.3 *Los derechos sobre lenguas minoritarias*.–4. CUESTIONAMIENTO EMPÍRICO DE LOS MODELOS BASADOS EN DERECHOS.–4.1 *Discriminación intralingüística*. 4.2 *Invocación de derechos en contextos pluriétnicos: ¿inesitabilidad sociopolítica?* 4.3 *Inmigración y educación: movilidad social c. preservación étnica*.–5. LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA COMO ALTERNATIVA: DAR LA PALABRA A LOS HABLANTES. 5.1 Encuestas deliberativas y educación. 5.2 *Limitaciones e indefiniciones*.–6. CONSIDERACIONES FINALES.

**SUMMARY:** 1. INTRODUCTION: LANGUAGE PLANNING, POLICIES AND RIGHTS.–2. LANGUAGES AND RIGHTS: ANOTHER PROCRUSTEAN BED?–3. THEORETICAL ASSESSMENT: LANGUAGE RIGHTS MOVEMENTS. 3.1 LANGUAGE ECOLOGY AND ENDANGERED LANGUAGES. 3.2 *Linguistic human rights*. 3.3 *Minority language rights*.–4. RIGHTS-BASED MODELS: AN EMPIRICAL ASSESSMENT. 4.1 *Intralinguistic discrimination*. 4.2 *Invocation of rights in multi-ethnic contexts: socio-political instability?* 4.3 *Immigration and education: social mobility v. ethnic preservation*.–5. DELIBERATIVE DEMOCRACY AS AN ALTERNATIVE: CHANNELLING THE VOICE OF SPEAKERS. 5.1 *Deliberative polling and education*. 5.2 *Limitations and indeterminacies*.–6. CONCLUDING THOUGHTS.

## 1. INTRODUCCIÓN: PLANIFICACIÓN, POLÍTICAS Y DERECHOS LINGÜÍSTICOS

Si hemos de considerar la inevitabilidad del lenguaje (por todos: Kymlicka 1995) como hecho razonablemente innegable junto con la diversidad lingüística<sup>2</sup>, la actividad humana encaminada de una u otra forma a gestionar el uso de las lenguas aparece como un aspecto natural de la regulación social vinculado con las propias nociones de organización, poder y control. La antigüedad de la gestión lingüística debería entonces considerarse análoga a la de las propias estructuras sociales, constituyendo un problema diverso el grado de formulación o desarrollo técnico. Tal y como sostiene Spolsky, «la política lingüística existe incluso cuando ésta no ha sido explicitada o establecida por

---

<sup>2</sup> Evidentemente, el grado de diversidad aumentó progresivamente con la diáspora lingüística y el desarrollo de la regulación social, pero incluso si hemos de asumir un origen común para todas las lenguas (Atkinson, 2011), parece razonable asumir la existencia de al menos algún tipo de actividad intralingüística prescriptiva.

parte de las autoridades»<sup>3</sup> (Spolsky 2004: 8; *vid.* también Heath 1976). Esto no implica que lo que desde la perspectiva académica occidental se considera hoy día como perteneciente al amplio campo de la política y planificación lingüísticas presente una conexión distintiva con estructuras jurídico-políticas desarrolladas. Dejando de lado planteamientos más generalistas que llevarían a incluir a los imperios de la Antigüedad, esta idea enlaza con la necesidad de una contextualización histórica moderna que recoja el proceso de toma de conciencia y explicitación que arranca con la creación de los Estados-nación, continúa con la administración colonial y arriba a los modelos y paradigmas actuales.

Si la preocupación inicial tenía una naturaleza principalmente práctica, esto es, dirigida en su mayor parte a garantizar un espacio lingüístico homogéneo viable, los desarrollos ulteriores implicaron la aparición de una auténtica disciplina académica en el seno de la Sociolingüística posterior a la Segunda Guerra Mundial, de la mano de Haugen (1959), Kloss (1968) y Cooper (1989), entre otros.

No sería hasta hace relativamente poco cuando estas cuestiones han comenzado a abordarse desde la perspectiva de la Ética y la equidad, cuestionándose así la legitimidad de las diversas opciones lingüísticas adoptadas en el marco de los Estados-nación contemporáneos. Una vez que el foco de interés se traslada desde el campo de las soluciones técnicas para problemas localizados (lo que los anglosajones denominan *feasibility*) a la consideración de valores tensionados en la gestión lingüística (*desirability*), las teorías de la justicia contemporáneas entran en escena y, con ellas, el atractivo y complejo lenguaje de los derechos.

Si las lenguas representan un bien social específico que puede precisar de algún tipo de protección jurídica por razones morales, cabría preguntarse si el siguiente paso lógico no sería precisamente la formulación de las pretensiones en términos de garantía del acceso público a estos bienes, esto es, el establecimiento de un sistema de derechos. De esta forma, durante los últimos veinte años se ha asistido a un creciente interés académico, dominado principalmente por los sociolingüistas y politólogos, por tratar de defender la ubicación ética de las lenguas en el marco de los derechos, o llevando la ratio a sus últimas consecuencias, de los derechos humanos (Skutnabb-Kangas & Phillipson 1995; Hammel 1995; De Varennes 1996; Kontra et al. 1999; Skutnabb-Kangas 2000; Phillipson 2000; May 2001, 2005, 2009, 2011; Kymlicka & Patten 2003).

No ha sido hasta hace muy poco cuando este tipo de acercamientos han comenzado a encontrarse con algún tipo de oposición crítica. Y no deja de ser interesante constatar en qué medida las respuestas no pro-

---

<sup>3</sup> Se ha optado por presentar todas las citas en lengua castellana. Las traducciones de citas de obras publicadas en inglés son propias a no ser que se indique lo contrario.

ceden tan sólo de filósofos de corte liberal, normalmente acusados de presentar una condescendiente falta de interés o comprensión de las cuestiones de diversidad lingüística o cultural<sup>4</sup>, sino de académicos pertenecientes a áreas lingüísticas que se cuestionan tanto la validez como la viabilidad de los modelos basados en derechos.

En una obra expresivamente titulada *Language without Rights* (Oxford University Press, 2011), el especialista en inglés de Singapur, el profesor Lionel Wee, presenta la primera monografía que trata de enfrentarse a los principales problemas relativos al concepto y puesta en práctica de los derechos lingüísticos, al tiempo que explica su propia alternativa basada en la noción de democracia deliberativa. En este trabajo, se pretende presentar un acercamiento al debate académico sobre los derechos lingüísticos tomando como hilo conductor esta reciente obra, de forma que se planteará una relación crítica tanto de los motivos de sus objeciones al modelo de los derechos, como de la mencionada alternativa deliberativa. Algunas reflexiones conclusivas tratarán de ofrecer una valoración equilibrada del conjunto de esta obra en el escenario actual del debate sobre los derechos lingüísticos.

## 2. LENGUAS Y DERECHOS: ¿OTRO EJEMPLO DE LECHO DE PROCUSTO?

La discusión sobre la capacidad de un modelo basado en derechos para residenciar cuestiones lingüísticas presenta un contorno complejo y multifacético como resultado de las diversas zonas de solapamiento referidas a la naturaleza y contexto de los derechos alegados, su caracterización jurídico-política, así como el propio concepto de «lengua» empleado, a lo que debe sumarse el conjunto de datos socio-lingüísticos de relevancia.

La intersección menos problemática puede encontrarse en la identificación de derechos internacionales que protegen dimensiones lingüísticas de ciertos derechos humanos. Así, el proceso con todas las garantías requiere de la presencia de un intérprete para las partes cuando su competencia en la lengua empleada por el tribunal no garantiza una comprensión plena (Gamal 2008: 63-64). Y la libertad de expresión, la intimidad y la libertad cultural suponen que los ciudadanos pueden emplear la lengua de su elección para propósitos privados, sin poder ser perseguidos o discriminados por motivos lingüísticos (Arzoz 2007: 25-26), lo que es conocido en ocasiones como «derechos de tolerancia», siguiendo la clasificación creada por Kloss (1968, 1977; Dunbar 2001). Pero tratar de ir más allá sigue resultando

---

<sup>4</sup> Siendo uno de los pocos liberales que se han pronunciado explícitamente sobre la cuestión lingüística, Brian Barry ha sido blanco común de estas críticas (Barry 2001; May 2011).

muy problemático, e iuspublicistas e iusinternacionalistas coinciden en señalar que, a pesar de la abundancia aparente de instrumentos internacionales en esta materia, no podría deducirse ningún tipo de régimen promocional a nivel internacional (Arzoz 2009: 550-551)<sup>5</sup>. Si, por otra parte, el centro de reflexión se traslada al ámbito del derecho interno, la tarea de identificación de Estados que garantizan derechos específicos de naturaleza lingüística se muestra como un mero ejercicio de derecho comparado.

Puede entenderse, desde una perspectiva iusfilosófica, que los verdaderos problemas se encuentran en otro lugar. Asumiendo que el Derecho y los derechos constituyen una realidad histórica en continua evolución que implica desarrollos tanto explícitos como implícitos<sup>6</sup>, el problema en cuestión se ubica en la indagación filosófica de las razones morales que justifican la protección de bienes lingüísticos en un sistema de derechos y en la identificación de las consecuencias éticas, políticas y jurídicas del mismo en varios niveles.

En su acercamiento, Lionel Wee evalúa los inconvenientes de los modelos contemporáneos basados en derechos (epígrafe 3) y señala lo que considera las consecuencias negativas de tales estrategias en la práctica (epígrafe 4). Pero, en primer término, se plantea como cuestión previa si la propia construcción de los «derechos lingüísticos» no constituye una suerte de complejo lecho de Procusto en el que tanto las lenguas como los derechos parecen ser distorsionados y manipulados para poder encajar mutuamente. La cuestión se plantea en el mismo comienzo del libro: «¿Es la lengua el tipo de realidad que puede ser correctamente construida como el objeto de un derecho?» (Wee 2011: 9; se citarán sólo las páginas de aquí en adelante). De acuerdo con Wee, las lenguas poseen muchos problemas para tal acercamiento, empezando por la cuestión de quiénes han de ser considerados como propietarios legítimos de una lengua y, muy ligado a este problema y mucho más controvertido, qué ha de considerarse como «lengua».

Tanto la noción de «minoría lingüística» de las Naciones Unidas como construcciones teóricas como las «culturas societales» de Kymlicka han empleado las lenguas como método aparentemente seguro, aprehensible e incontrovertido para identificar grupos étnicos vulnerables merecedores de protección (23). Las semejanzas con la crítica moderna al nacionalismo, desplegada por autores como Gellner (1983) y Anderson (1991) es notable, de ahí la bien conocida acusación de esencialismo, resultando en «una situación en la que los

---

<sup>5</sup> El solitario artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aún no ha generado suficiente consenso interpretativo en relación a la necesidad de medidas positivas de apoyo público a las lenguas minoritarias.

<sup>6</sup> Piénsese, por ejemplo, en la deducción de un derecho al aborto derivado en el Derecho constitucional norteamericano del derecho a la intimidad (*vid.* Hull & Hoffer, 2001).

derechos pueden acabar siendo constitutivos de las culturas y de sus identidades asociadas, más que limitarse simplemente a protegerlos» (26).

Las lenguas, como las culturas, estarían lejos de ser una realidad ontológica nítidamente delimitada y lo que se presenta como el objeto evidente de un derecho no sería más que el resultado de un proceso constructivo que seguiría tres pasos. En primer lugar, se eligen algunas variantes lingüísticas con base en su alegada capacidad para representar culturalmente al grupo (*selectividad*); en segundo término, normalmente se alteran las peticiones y prácticas lingüísticas para hacerlas encajar en el discurso de los derechos (*reinención*) y, finalmente, si la estrategia funciona, la consagración como cuestión de derechos implica una estructura petrificada, muy difícil de desmantelar y que convierte a los hablantes en víctimas del esencialismo (*neutralidad*) (26-37).

En definitiva, la tesis nuclear trata de identificar el problema principal en «la asunción ontológica de que existe una variedad lingüística identificable que puede ser tratada de manera coherente como el objeto de un discurso de derechos» (45). Asertos similares pueden hallarse en estudiosos como Pennycook (1996: 80), Stroud (2001: 347-348) y Wright (2007: 211-212), quienes insisten en la idea de que la conocida naturaleza compleja e híbrida de las lenguas y las prácticas lingüísticas resulta convenientemente soslayada en la literatura prescriptiva, que considera al acercamiento basado en derechos como el más apropiado para enfrentarse a las injusticias lingüísticas.

Podrían explorarse aquí dos núcleos de consideraciones. El primero apunta a la acusación genérica de esencialismo, lugar común de la literatura crítica sobre multiculturalismo y nacionalismo. La idea de que un conjunto de elementos inalterados constituyen la auténtica esencia de un grupo o de un pueblo, de tal forma que aquel se configura como merecedor de algún tipo de protección específica, aunque bastante popular durante un tiempo, no es ya la tendencia dominante y ha sido objeto de cuestionamiento progresivo en el seno de la Antropología y las Ciencias Políticas (vid, por ejemplo, Barth 1969; Cohen 1978; Grillo 1998; Grillo 2003; Baumann 1999; Modood 1998; Parekh 2000; entre muchos otros). Es interesante constatar que el proceso en tres pasos descrito por Wee, más que un indeseado esencialismo, parece implicar una estrategia constructiva deliberada, bastante en sintonía con la literatura antropológica mencionada. Apelar a lo que el autor denomina «esencialismo estratégico», que conduciría hacia un «esencialismo no estratégico» una vez que se obtiene la estructura de derechos, aunque bastante expresiva, puede ser terminológicamente confusa. Cualquier proyecto político se basa en una estrategia selectiva que supone algún tipo de estabilización cuando se plasma jurídicamente. La capacidad de alterar el régimen establecido dependerá entonces, jurídicamente, del tipo de marco de revisión escogido y, políticamente, de una amplia variedad de elementos socio-

políticos, pero describir la situación en términos de esencialismo podría considerarse bien una inexactitud o una exageración.

Por otra parte, el propio autor parece titubear al admitir lo deseable de tal proceso estabilizador basado en derechos en una solitaria nota al pie, cuya interpretación resulta bastante enigmática en conjunción con las tesis principales defendidas en el libro:

[El proceso de tres pasos] «no es necesariamente un resultado rechazable. Existen buenas razones por las que un discurso de derechos debería alentar el esencialismo, pues pretende proteger atributos o condiciones específicos que se consideran de especial importancia. Pero precisamente por esto, debemos poner cuidado a la hora de determinar qué amplitud estamos dispuestos a reconocerle a la noción de derechos y, en particular, si las lenguas garantizan tal extensión» (37, n. 5).

En segundo lugar, la necesidad de enfrentarse con la naturaleza no nítidamente discreta de las lenguas debería ser ampliamente admitida. Pero hasta qué punto la compleja y contextualizada caracterización de un objeto (y su valor asociado) conduce necesariamente al pleno rechazo de cualquier marco de derechos razonable parece más cuestionable. Incluso en el seno del esquema más universal, esto es, los derechos humanos, se admite cierto grado de indeterminación cultural sin que esto implique una rendición frente al relativismo duro (Donnelly 1984). Si el contenido y extensión, por ejemplo, de la intimidad o incluso del proceso con todas las garantías, varía de un Estado a otro, no parece haber razones por las que lo que se considere como una lengua, así como su valor asociado, no puedan determinarse mejor de una forma en cierta medida contextual. El hecho de que lo que se considera como objeto de protección sea en algún grado el resultado del activismo social y político y no un *prius* dado, puede ser interpretado como una localización lógica de las lenguas junto con otras prácticas sociales y normativas en el seno del Estado-nación.

Entiendo que, posiblemente, una forma mesurada de aprovechar críticamente las reflexiones y denuncias de Wee apuntaría a la necesidad de descartar propuestas basadas en visiones ontológicas y apriorísticas de las lenguas y favorecer, más bien, aquellas que abogan por una comprensión contextual, constructiva y abierta de las lenguas como objeto de posibles reivindicaciones jurídico-políticas, basadas o no en derechos.

### 3. CUESTIONAMIENTO TEÓRICO: LOS MOVIMIENTOS A FAVOR DE LOS DERECHOS LINGÜÍSTICOS

Tras abordar los escollos derivados de la consideración de la lengua como objeto de un derecho, el autor avanza descendiendo a pro-

puestas teóricas sobre justicia lingüística, volcándose entonces en el análisis de los principales movimientos que apuestan por un acercamiento que emplea o se ancla en la categoría de los derechos. Para este propósito, Wee acude a una conocida clasificación propuesta por el profesor neozelandés Stephen May, quien identifica: un movimiento a favor de una ecología lingüística y centrado en las lenguas en peligro de extinción (3.1); un movimiento pro derechos humanos lingüísticos (3.2) y un movimiento en defensa de los derechos de las lenguas minoritarias (3.3) (2005: 319). A continuación se presentan las características comunes de estos movimientos, obviamente plurales y matizados en su seno, junto con la crítica de Wee.

### 3.1 Ecología lingüística y lenguas amenazadas

El primero de estos movimientos engloba a los estudiosos involucrados en la defensa de la diversidad lingüística partiendo de las contribuciones culturales que cada lengua proporciona a la Humanidad, centrándose especialmente en las lenguas amenazadas. La singularidad de cada lengua sería análoga a la de cada una de las especies de seres vivos que habitan el planeta: su preservación es tanto una cuestión de intrínseca riqueza como de armonía y equilibrio. Las obras de Mühlhäuser (1996), Nettle y Romaine (2000) o Maffi (2001) pueden considerarse indiscutidos representantes de esta tendencia.

Aunque resulta una posición instintivamente atractiva debido a su profundización sobre el valor de las lenguas, Wee advierte que ciertos problemas surgen cuando una lengua está en declive tan sólo en un territorio concreto, pero no en términos mundiales [«deberíamos poner cuidado en no equiparar el deseo de preservar una lengua particular con los problemas de discriminación lingüística» (52)]. Pero lo más trascendente es su idea clave de que se debe prestar atención a la implicación, intereses y expectativas vitales de los hablantes. Aunque la preservación de un lengua bien pueda ser una empresa culturalmente loable –sugiere el autor– el precio no puede llegar a ser la negación del acceso a la cultura general del Estado y del resto del mundo y reducir dramáticamente la autonomía de los hablantes como agentes (53-56).

Este planteamiento ha de ser bienvenido por todo aquel que apueste por lo que los anglosajones gustan llamar un modelo liberal. Personalmente, incidiendo en la misma línea de argumentación, añadiría que si se interpreta esta cuestión en el marco del trilema de Fishkin, implicaría que en caso de detectarse una tensión entre la preservación lingüístico-cultural y las perspectivas de potencial desarrollo del niño, se debe adoptar una razonable restricción de la autonomía de la familia para garantizar la igualdad de oportunidades vitales y el respeto al principio de mérito (*vid.* Fishkin 1983). La misma ratio resulta aplica-

ble de manera más intensa si son las autoridades las que tratan de imponer tales medidas en contra de la voluntad de las familias.

### 3.2 Los derechos humanos lingüísticos

El segundo movimiento plantea una reivindicación aún más fuerte en la medida en que afirma la categoría de los Derechos Humanos Lingüísticos. En la introducción de una conocida obra colectiva defensora de esta posición se sostiene:

«El respeto de los Derechos Humanos lingüísticos implica a nivel *individual* que todos los individuos puedan identificarse de manera positiva con su lengua madre y que esa identificación es respetada por los demás, con independencia de si se trata de una lengua minoritaria o mayoritaria. Implica el derecho a aprender la lengua madre, incluyendo al menos una educación básica en la lengua madre y el derecho a emplearla en [una pluralidad de] (...) contextos oficiales (...). Respetar los Derechos Humanos Lingüísticos supone en un nivel *colectivo* el derecho del grupo minoritario a existir (...). Conlleva el derecho a disfrutar y desarrollar la lengua propia y el derecho de las minorías a crear y mantener escuelas y otras instituciones formativas y educativas, asumiendo el control de los currícula e impartiendo la enseñanza en la lengua propia. También supone una serie de garantías de representación en los asuntos políticos del Estado y la preservación de la autonomía política para la administración de asuntos grupales internos, al menos en las áreas de cultura, educación, religión, información y asuntos sociales, contando con el necesario apoyo financiero mediante impuestos y subvenciones para el cumplimiento de estas funciones (Skutnabb-Kangas & Phillipson 1995: 2).»

La formulación como Derechos Humanos supone que lo que está en discusión son bienes necesarios para cualquier plan de vida (Rawls 1971: 61, 395 ss.), imprescindibles para la preservación de la autonomía básica del agente o, por proseguir con términos kantianos, algo que se deriva de la propia dignidad humana. Este elevado estatus explica por qué los defensores de esta posición llegan a sostener que los niños privados de una educación en su lengua madre son víctimas de un auténtico genocidio (lingüístico), sugiriendo también que resulta difícil de imaginar la prestación de un consentimiento válido e informado proveniente de unos padres que optan por el cambio lingüístico para sus hijos (Skutnabb-Kangas 2000: 503). De hecho, si la categoría ha de ser tomada en serio, sería más que cuestionable la admisibilidad de algún tipo de consentimiento de renuncia a la lengua madre —la importancia de los Derechos Humanos es tal que excluyen la disponibilidad, lo que significa que los individuos no están facultados, por ejemplo, a renunciar a su derecho a un juicio con todas las garantías.

Asumir que una vida significativa precisa necesariamente de educación en la lengua madre bien podría ser considerado como desproporcionado y Wee indica que la posición requiere un inaceptable esencialismo que ignora el hecho de que los hablantes cambian su percepción sobre lo que debe ser considerado como su lengua madre, así como de su valor asociado en términos tanto instrumentales como identificativos (57-59). Además, hablar de «derechos humanos lingüísticos colectivos» o de las propias lenguas como sujetos de derechos (Skuttnabb-Kangas *et al.* 2006: 319) supondría lidiar con una categoría altamente contradictoria desde el punto de vista subjetivo, ya que importantes iusfilósofos y politólogos llevan considerable tiempo denunciando el absurdo que constituye atribuir derechos humanos a entes diversos a los seres humanos (*vid.*, e.g. Donnelly, 1989). El profesor Pérez Luño lo explica de manera directa:

«Hablar de “derechos colectivos” implica, en términos de un uso riguroso del lenguaje de los derechos, un sinsentido peraltado. Porque lo que se pretende significar con esas expresiones, que inducen a confusión, es que existen formas de titularidad individuales o colectivas de los derechos. Los individuos podrán ser sujetos titulares de derechos humanos o de cualquier otro tipo de derechos; mientras los entes colectivos podrán ser sujetos titulares de cualquier tipo de derechos en el plano internacional e interno, incluso de derechos fundamentales, pero nunca de derechos humanos» (Pérez Luño 2002: 266).

Esto constituye una de las razones por las que los intentos de considerar a la autonomía política como un *príus* frente a los derechos humanos (se puede acudir a Hammel 1995 para una propuesta de este corte para garantizar los derechos lingüísticos) parecen distorsionar la composición, pues es precisamente a través de los derechos humanos cómo la autonomía personal y actuación política pueden florecer y ser garantizadas.

### 3.3 Los derechos sobre lenguas minoritarias

Todos estos inconvenientes llevan al autor a prestar una atención más detallada al tercer movimiento, a saber, aquel dedicado a combatir las injusticias lingüísticas a través de derechos sobre lenguas minoritarias (*Minority Language Rights*). Partiendo principalmente de la noción de Kymlicka de «ciudadanía multicultural», el principio fundamental deriva de la asunción de que una supuesta conformación neutral de los Estados nación ocultaría gran parte de la diversidad cultural que late en su seno y que resulta marginada debido a una distribución injusta del espacio público. La solución provendría de una serie de derechos especiales para grupos específicos que servirían a la reversión de la situación descrita y a garantizar que los individuos pertenecientes a todas las culturas societales (y no sólo aquellos adscritos

al grupo mayoritario) disfrutaran de reconocimiento cultural y libre desarrollo dentro del Estado. Y así, a las minorías nacionales les corresponderían derechos de autogobierno; los inmigrantes deberían tener acceso a derechos poliétnicos y los grupos desaventajados precisarían de derechos de representación especiales (Kymlicka, 1995). La teoría general de Kymlicka inspira la propuesta lingüística concreta de Stephen May. Ambas posiciones son criticadas por Wee.

La principal oposición a un Estado multicultural en el que las diferentes minorías vean reconocidos derechos diferentes, parte del cuestionamiento de su capacidad para permanecer fiel a los principios fundamentales del liberalismo, señaladamente su defensa nuclear de la igualdad en términos de ciudadanía (65). Cabría preguntarse con Sartori si las tendencias multiculturales benevolentes no estarían en el fondo promoviendo una suerte de «servidumbre de la etnia» (Sartori, 2000). Además, la posibilidad de identificar claramente a estos grupos y de justificar sus distintos regímenes ha sido el objeto de un fiero ataque por parte del frente liberal. ¿Acaso la identificación de una cultura societal no encuentra los mismos problemas que las naciones románticas, ampliamente acusadas de mitología esencializadora? ¿Por qué los inmigrantes deberían contar con derechos distintos a las minorías nacionales? ¿Establecer derechos de representación especiales no es una forma clara de minar la auténtica ratio de la democracia representativa? Etcétera. La ingente cantidad de literatura crítica producida en los últimos veinte años apunta a que resulta más razonable centrarse aquí en la propuesta concreta de May.

Stephen May trabaja sobre la asunción de que toda lengua realiza funciones tanto instrumentales como identificativas. Lo que se presenta como un conjunto de procesos históricos inevitables que tienden a potenciar el estatus y rentabilidad socio-económica de algunas lenguas frente a otras que resultan estigmatizadas como «étnicas», sirviendo así principalmente a fines identitarios, no sería otra cosa que una estrategia ideológica que emplea pretensiones de neutralidad para encubrir una distribución injusta. Tanto la inevitabilidad histórica como la falta de movilidad social podrían entonces combatirse mediante la remoción de la desigualdad ligada a ciertos grupos lingüísticos. En definitiva, puesto que no existe un vínculo intrínseco entre ciertas lenguas y ciertos estatus, la adopción de medidas jurídicas y políticas podría facultar a que los grupos desfavorecidos vieran su pertenencia lingüística (y cultural) dignificada en el espacio público junto con la cultura mayoritaria. Y ello supondría un mayor grado de justicia social.

Por otra parte, en contraposición a otros movimientos basados en derechos, la noción de que no existe un vínculo esencial entre lengua e identidad explicaría la preocupación por tratar de tomar en consideración la forma en la que los hablantes se relacionan de hecho con su lengua (*vid.* May 2005). Y aquí es donde comienzan las críticas de Wee. Si bien la contextualización y la contingencia son consideradas

como aportaciones positivas, el autor entiende que debería otorgarse prioridad a los deseos reales de los hablantes, lo que podría suponer un cambio lingüístico pleno, en el sentido de abandono de la lengua madre. Por tanto, rechaza la asunción de que «la mejor forma de ayudar a los hablantes es mejorar el estatus de su lengua minoritaria» (68) y abre la posibilidad de asignar recursos precisamente para ayudar a conseguir una transición exitosa.

Otros problemas detectados en la propuesta de May apuntarían hacia los límites sociológicos de una propuesta que parecería depender, por un lado, de contar con una base mínima de hablantes [la conocida cláusula de «en el caso de que los números lo justifiquen» («where numbers warrant»)] y, por el otro, en las posibilidades reales de establecer distinciones sociales para una amplia diversidad de realidades grupales cambiantes que serían merecedoras del correspondiente marco de derechos propios (65-70).

Estas críticas parecen revelar implícitamente que una de las cuestiones más difíciles en esta área es la de la naturaleza de los derechos defendidos. Dado que ya no trabajamos en el exigente terreno de los derechos humanos, las reivindicaciones de derechos sobre lenguas minoritarias no se ven constreñidas por las exigencias insalvables de indisponibilidad y prevalencia absoluta. Parecen encajar mejor en la estructura de las luchas políticas que buscan contestar el *statu quo* lingüístico de los Estados-nación y, como tales, el necesario elemento de activismo podría servir para excluir situaciones en las que los intereses de los hablantes se hallen soslayados por completo. Sus consecuencias prácticas, sea como fuere, son tachadas de nocivas, como se verá en el siguiente apartado.

Interesantes e incitadoras a la reflexión, la mayoría de las críticas de Wee, sea como fuere, adoptan una perspectiva excesivamente reducida, debido principalmente a que se centran en un artículo publicado por May como respuesta a las acusaciones de esencialismo y carácter retrógrado esgrimidas frente al movimiento de defensa de los derechos sobre lenguas minoritarias y no en su obra principal, *Language and Minority Rights* (2001, 2008, 2011). Las principales cuestiones relativas a la posibilidad de fundamentar reivindicaciones lingüísticas desde un punto de vista moral como resultado de una alegada composición lingüística injusta del Estado, no son tratadas. Esto no socava el hecho de que la principal preocupación de Wee, es decir, la compatibilidad de las propuestas de May y compañía con una democracia liberal, aún se encuentre en el centro de los debates teóricos actuales.

También es de justicia reconocer que el autor trata de identificar como cuestiones comunes a los diferentes acercamientos basados en derechos y no de proporcionar un análisis detallado de un movimiento específico. En consecuencia, Wee describe tres problemas principales que parecen presentar todos los modelos: 1) una infraestimación de «la variedad de formas que pueden presentar los casos que implican discriminación lingüística», principalmente debido a centrarse en

exceso en la discriminación extralingüística, ignorando las cuestiones intralingüísticas; 2) la asunción ilegítima de que el mantenimiento y no el cambio lingüístico sirve mejor a los intereses y deseos de los hablantes; 3) una suposición científicamente cuestionable de que «las lenguas pueden ser razonablemente tratadas como entidades delimitadas» (72).

La tercera de estas acusaciones ha sido objeto de comentario *supra*. La segunda de ellas constituye una saludable llamada de atención sobre la necesidad de tener presente la voluntad real de los hablantes y parece ser la clave de bóveda implícita en la alternativa de Wee (epígrafe 5). La primera objeción, rara vez tenida presente en los discursos normativos sobre las lenguas, sirve al autor para comenzar una nueva línea crítica, esta vez basada en cómo la casuística real presenta duros retos para los modelos basados en derechos.

#### 4. CUESTIONAMIENTO EMPÍRICO DE MODELOS BASADOS EN DERECHOS

Efectivamente, tal y como se ha indicado, aún se registra una tercera forma de afrontar las dificultades de aceptar un modelo basado en derechos: explorar una serie diversos ejemplos prácticos mediante los cuales el autor pretende mostrar las consecuencias negativas de tal acercamiento. Se tiene ocasión, de esta forma, de considerar la problemática de la discriminación intralingüística (4.1), de la invocación de derechos en contextos pluriétnicos (4.2) y de los retos que representan la inmigración y los contextos educativos (4.3).

##### 4.1 Discriminación intralingüística

El primer conjunto de casos empleado para ilustrar hasta qué punto la discriminación lingüística y sus problemas asociados van más allá de la noción de minoría lingüística con una lengua distintiva diversa a la hablada por la mayoría en un Estado determinado. Wee procura mostrar las diferencias entre ese escenario étnico y los casos de discriminación intralingüística, en la que: es más probable que los elementos delimitadores posean un carácter más social que étnico; muchas de las actitudes de marginalización son asumidas por los propios hablantes debido a la estigmatización promovida en las escuelas; existe una gama más amplia de posiciones con respecto a este fenómeno.

El principal ejemplo escogido se toma del plurilingüístico Singapur, donde existe una variedad de inglés conocida como *singlish* que presenta influencia de otras lenguas orientales habladas en el país. Mientras los propios hablantes parecen no compartir una posición común con respecto a este fenómeno, las autoridades lo perciben cla-

ramente como una amenaza económica debido a la importancia de la comunicación en inglés en el contexto de una economía globalizada y tratan, por tanto, de eliminarla activamente a través de una serie de medidas, como el movimiento *Speak Good English*.

Wee trata de mostrar que este caso presentaría duros retos para los defensores de la estrategia de los derechos. Puesto que se hallan embarcados en la preservación de variedades lingüísticas y de la autonomía cultural, deberían ver este caso como apropiado para sus modelos. Pero la puesta en práctica resultaría altamente problemática, al menos en la medida en la que no existe «un grupo unificado de singapurenses que sean pro-singlish y pretendan oponerse al Estado» y también debido a que la forma en que esta variedad es experimentada y empleada sugiere que el tipo de institucionalización (p. ej. mediante la educación) propuesto por los movimientos basados en derechos arruinaría, de hecho, la «autenticidad» del singlish (77-83). Por otra parte, el apelar a la noción de derechos se considera como algo útil a la hora de despertar la conciencia de discriminación lingüística, pero también engañoso, porque alimentaría expectativas infundadas sobre la eliminación de prejuicios lingüísticos en todas las esferas de interacción social (92-94).

#### 4.2 Invocación de derechos en contextos pluriétnicos: ¿inestabilidad sociopolítica?

Otra idea interesante explorada por Wee es hasta qué punto «el reconocimiento de derechos lingüísticos (...) alienta la fragmentación social en divisiones étnicas» (96). Su tesis es que los Estados, para poder gestionar el plurilingüismo, deberían adoptar las propuestas de Daniel M. Weinstock. De acuerdo con este autor, tres principios habrían de asumirse en la gestión lingüística: *minimalismo*, que requiere que todos los ciudadanos desarrollen un conocimiento operativo de la lengua del Estado de la manera menos invasiva posible; *antisimbolismo*, que implica que el pragmatismo debería guiar la elección de las lenguas que se van a privilegiar y *revisabilidad*, en el sentido de que la configuración oficial debería adaptarse para reflejar una realidad lingüística cambiante (Weinstock, 2003). Wee considera que adoptar una estrategia basada en derechos supone alejarse de este deseable modelo y haría la armonía inter-étnica muy difícil.

En el caso de Sri Lanka, Wee argumenta que la presentación de las reivindicaciones de la minoría tamil ante el Estado y sus políticas pro-singalesas en términos de «derechos» no habría hecho otra cosa que llevar la situación política a un punto muerto. Si estos supuestos derechos –como los derechos lingüísticos– no se garantizaran, los activistas probablemente hallarían razones para denunciar una violación de los mismos y sentirse por ello legitimados a tomar acciones violentas, como sería el caso de los Tigres Tamiles, cuyo objetivo final se ha

convertido en la secesión. Este tipo de escenario conduciría normalmente a una fuerte etnificación de la gestión lingüística, implicando un indeseable simbolismo en el que el reconocimiento identitario se impone a la racionalización y hace que los otros dos principios, minimalismo y revisabilidad, sean muy difíciles de conseguir.

De manera similar, la estructura asimétrica creada en Malasia para proteger y empoderar a los malayos y su lengua como poblaciones «indígenas» y objeto de discriminaciones históricas bajo dominio británico, parece haber generado un contexto competitivo en el que los diversos grupos étnicos tratan de re-equilibrar el esquema distributivo (98-111).

Como contraposición, «la noción de lengua o incluso de derechos culturales es silenciada y está prácticamente ausente en el discurso público de Singapur» (113). Singapur se presenta como un ejemplo de puesta en práctica de los principios de Weinstock. La diversidad lingüística es afrontada a través del reconocimiento de estatus oficial para las lenguas de los tres grupos étnicos principales, que son el mandarín, el tamil y el malayo, así como mediante el establecimiento del inglés como lengua de trabajo e instrucción. La lengua madre se determina, paradójicamente, por el padre del niño, sin que exista lugar a ulteriores elecciones o consideraciones, y se exige una alta competencia en la misma para progresar en el sistema educativo. Se sostiene que el apoyarse en una «lengua étnicamente neutra» (el inglés) y el garantizar un estatus igualitario a aquellas lenguas que representan un papel identitario habría minimizado los conflictos étnicos y lingüísticos. La única fuente potencial de problemas mencionada sería la comunidad euroasiática (el 0,43% de la población), aquella de ascendencia europea cuya lengua principal suele ser el inglés. Dado que los niños necesitan demostrar su dominio del mandarín, el tamil o el malayo, podría haberse alegado un trato injusto que desembocara en un movimiento reivindicativo de derechos que desestabilizara el país. Los motivos por los que tal escenario no se ha producido son identificados por Wee en la específica fundamentación ideológica del Estado sobre los principios de autoritarismo, pragmatismo y multi-etnicidad:

«Los singapurenses son por tanto alentados a aceptar, por razones de pragmatismo, que cualquier reivindicación que pudieran querer realizar y que implicara la invocación de derechos étnicos específicos, debe ser descartada en aras del mantenimiento de la cohesión y la prosperidad nacionales» (114).

De cualquier modo, esto no evitaría futuras revisiones del sistema en el caso de que el espectro sociológico (los eurasiáticos, por ejemplo, son por ahora una minúscula minoría) evolucionara de forma que aquellas resultaran razonables y prácticas.

Los ejemplos propuestos son ciertamente interesantes y provocadores, pero cabría preguntarse hasta qué punto coadyuvan de hecho a reforzar las tesis de Wee. En el caso de Sri Lanka y de Malasia, el

origen de los problemas descritos parece proceder de una estructura asimétrica del Estado que tiende a otorgar privilegios a ciertos grupos frente a otros. La asimetría, aunque no necesariamente incompatible con la democracia y el Estado de derecho, debería ser *prima facie* objeto de sospecha desde el punto de vista liberal. Si lo que está en juego son los derechos fundamentales<sup>7</sup> de los ciudadanos, es absolutamente necesario un acceso en términos de igualdad. De modo que si un grupo étnico es discriminado por las autoridades en su acceso a bienes básicos (por ejemplo, en Sri Lanka se les exige un perfil más bajo a los estudiantes singaleses que a los tamiles en el acceso a la Universidad), existe una alta probabilidad de encontrar fundamentos para una reivindicación de derechos legítima.

Si observamos el caso de Singapur, esto es exactamente lo que el Estado trata de conseguir: una estructura simétrica referida a los tres grupos étnicos principales, cuyas lenguas son reconocidas junto con el inglés, que ejerce una función transversal. La razón por la que reina la armonía interétnica en esa parte del mundo se basa en la presencia por ahora estadísticamente insignificante de otros grupos étnicos «nativos» (los residentes extranjeros optan pacíficamente por las escuelas privadas), junto con lo que el propio Wee denomina una cultura de pragmatismo y autoritarismo. Huelga recordar que precisamente el totalitarismo no parece ser un buen candidato para fundamentar una construcción política justa (sobre el déficit democrático de Singapur puede consultarse el *Amnesty International Report 2010*: 286-287).

Aún así, debe admitirse que la fuerza derivada del lenguaje de los derechos puede generar mucha distorsión, frustración social e inestabilidad política. Gran parte de nuestra cultura y discurso éticos se basa en la noción auto-reafirmante de los derechos, que pueden ser también considerados una importante conquista de la Modernidad y el instrumento reivindicativo clave que explica y articula el grado de progreso social conseguido a día de hoy. Ocupando una posición tan decisiva, la noción se enfrenta al riesgo de adulteración (esperemos que no de extinción) a causa de su éxito, en el sentido de que la figura puede convertirse fácilmente en una base sempiternamente invocable para legitimar cualquier tipo de petición. Ello haría muy tentador acudir a la paráfrasis de una famosa cita sobre la justicia del iusfilósofo Alf Ross y así concluir que «invocar [derechos] es lo mismo que golpear sobre la mesa: una expresión emocional que convierte las exigencias de uno en un postulado absoluto» (Ross, 1959: 269).

Antes de rendirse ante un escepticismo de este tipo, resulta recomendable distinguir entre los que los anglosajones llaman *claims* y *entitlements* y definir claramente el sujeto, objeto y naturaleza de los derechos en juego, siendo los derechos humanos, obviamente, el míni-

---

<sup>7</sup> «Derechos fundamentales» en este contexto debe entenderse como equivalente a «derechos humanos», en un profundo sentido moral, y no como aquellos derechos que poseen especial protección en un marco constitucional particular.

mo ético que justifica y limita la actuación estatal. Cuando estas características no son clarificadas, la confusión resulta esperable y la polémica, garantizada.

Esto puede observarse nítidamente en el caso del derecho de los pueblos a la autodeterminación. Creado como un derecho internacional para garantizar el proceso de descolonización para los territorios no autónomos y sometidos a administración fiduciaria (*vid.* Eide 2000; Musgrave 2000), este instrumento ha acabado siendo el argumento comúnmente empleado para tratar de justificar una amplia gama de reivindicaciones de autonomía típicamente expuestas como una cuestión de derechos humanos e implicando a veces el uso de la violencia. Aún admitiendo que la ubicación y redacción jurídico-internacionales podrían haber sido escogidas con más cuidado y acierto, el derecho a la autodeterminación no es un derecho humano, ni mucho menos justifica la violación de cualesquiera derechos humanos. Eso no significa que no halla lugar para proyectos de autonomía política fuera del mencionado marco o que tales proyectos no cuenten a veces con una razonable justificación ética. Pero la idea de que pertenecen a un ámbito diferente al de los derechos humanos no debería ser soslayada como punto de partida.

Estas reflexiones resultan trasladables al problema de los derechos lingüísticos. No existe nada intrínsecamente erróneo en acudir a estos, siempre que su sujeto, objeto y naturaleza estén cuidadosamente fundados y clarificados. Existe además una responsabilidad política a la hora de prevenir el tipo de situaciones polarizadas descritas por Wee, en las que se promueve que la distinción *claim/entitlement* sea directa o indirectamente ignorada. No se trata de abogar por el inmovilismo positivista o de desautorizar el activismo y las reivindicaciones. Después de todo, existe un innegable componente de lucha social en la definición y conquista de los derechos. Pero hay que tener presente que los activistas y la sociedad civil en general no suelen trabajar con estas distinciones técnicas y por ello establecen con facilidad una equivalencia entre derechos y derechos humanos.

El desarrollo del sistema de derechos humanos ha permitido, entre otras cosas, defender la existencia de un cierto grado de consenso y certeza como contraposición al lenguaje etéreo y supuestamente subjetivo de la «justicia». De manera que acudir a derechos distintos a los derechos humanos en el discurso público y en la producción académica debería llevarse a cabo con el máximo cuidado y una fundamentación y expresión depuradas. El propio Lionel Wee parece no evitar caer en esta trampa cuando alude, siguiendo a Dworkin (1984), a la naturaleza preponderante de los derechos frente otros bienes políticos y consideraciones en liza que conducirían a una peligrosa imposición de los derechos lingüísticos frente a otros valores cualesquiera. Pero Dworkin se refiere claramente a los derechos *fundamentales*, no a cualquier otro tipo de derechos. De cualquier modo, esto no supone que su argumentación de la sobredimensión carezca de valor o interés y así Wee acude a Grin

(2005) y De Varennes (1996) para señalar que un excesivo énfasis moral magnifica innecesariamente cuestiones que normalmente se articulan sobre consideraciones que tienen que ver con la viabilidad, la economía y una multiplicidad de datos contextuales<sup>8</sup>.

#### **4.3 Inmigración y educación: movilidad social c. preservación étnica**

Una última batería de ejemplos es tomada de contextos diversos a los basados en relaciones étnicas en el seno de Estados nación. Se considera que los problemas derivados de la inmigración y la movilidad global se afrontan mejor desde un derecho individual a la comunicación, antes que desde derechos lingüísticos grupales. Por ejemplo, los procedimientos de solicitud de asilo en Bélgica se desarrollan bajo la asunción de una suerte de paradigma de «monolingüismo múltiple» que excluye la comunicación apropiada y efectiva cuando los solicitantes se expresan en variedades mixtas, como el krio del África Occidental, un criollo basado en el inglés y hablado principalmente en Sierra Leona. Esta cuestión estaría muy influida por la misma ideología que informa la consideración de las lenguas discretas como objeto de los derechos lingüísticos (128-132). Lo que se debe garantizar es el derecho del inmigrante a ser entendido en los procedimientos administrativos, del mismo modo en que el debido proceso requiere en el derecho internacional la mediación de un intérprete; correlativamente, existiría un deber de aprendizaje de la lengua del país de acogida (Rubio-Marín, 2003):

«la noción tradicional de derechos lingüísticos precisará ser reformulada como el derecho comunicativo de un individuo a ser oído y comprendido, implicando una obligación recíproca por parte de los destinatarios de escuchar y entender» (142-43).

---

<sup>8</sup> Wee cita a De Varennes: «Sin necesidad de presentar una lista exhaustiva, es posible apuntar un número de consideraciones relevantes a la hora de determinar si una distinción lingüística concreta realizada por parte de la maquinaria o los agentes del Estado resulta discriminatoria: el número de personas a los que se les niega un beneficio o ventaja disfrutado por otros que pueden emplear su lengua principal o preferida; la concentración territorial de individuos que se ven en situación de desventaja o se les deniega el mismo beneficio; si se trata de ciudadanos, residentes permanentes o extranjeros; las preferencias individuales; la gravedad de la desventaja o carga que la preferencia de un Estado a favor de una lengua particular ocasiona a aquellos que poseen una lengua primaria diferente; lo deseable de contar con una lengua nacional común en un Estado; viabilidad y disponibilidad de recursos; los fines estatales a la hora de favorecer una lengua frente a otras; si una lengua particular ha desarrollado forma escrita; el tipo de servicio o actividad estatal implicado; la conveniencia de no descartar apresuradamente concesiones lingüísticas jurídicas o tradicionales; e incluso el deseo de corregir prácticas estatales opresivas del pasado. Todos estos hechos y otras consideraciones relevantes deben ser incluidos en una fórmula equilibrante para determinar si la distinción lingüística por parte del Estado constituye una medida proporcional o razonable» (De Varennes 1996: 127, citado por Wee: 187).

De forma análoga, el caso de la lengua francesa en una escuela de Toronto es empleado para ilustrar problemas similares, pues diferentes grupos de estudiantes parecen presentar diversas expectativas relativas al tipo de bilingüismo deseable, así como a la variedad del francés que debe ser promovido por la escuela. De nuevo, el esquema de los derechos se considera como inadecuado debido a la ausencia de una «lengua», tal y como ésta es normalmente definida, que pueda ser considerada como objeto de un derecho, y a su capacidad para incrementar el conflicto y las tensiones (136-140).

Las reflexiones finales de Wee en esta parte de la obra se centran en los problemas educativos y su conexión con el lugar de trabajo. Partiendo de la idea ya explorada de que una lengua no presenta necesariamente un anclaje identitario, rechaza las visiones preservacionistas y «pastorales» (se toma este término prestado de Gal 1989) del lenguaje que tienden a hacer recaer sobre los hablantes o, más bien sobre sus descendientes, una obligación de cultivar una lengua específica a través de la educación formal. En su lugar, se pone el acento sobre la consciencia y discusiones metalingüísticas en el contexto de la enseñanza de «lenguas de herencia» (es decir, lenguas con las que se tiene una importante vinculación cultural), así como en una transición generalizada hacia una suerte de paradigma lingüístico de mercantilización:

«Los hablantes que aprenden una lengua lo hacen porque ésta es valorada como un recurso que facilita la movilidad socio-económica en un mercado competitivo, en lugar de una lengua de herencia valorada intrínsecamente como un marcador de identidad cultural» (149).

Complementando esta idea con la noción de que la alfabetización plurilingüe es una empresa exigente y muy costosa, muchos contextos parecerían requerir una preferencia educativa racional en favor de la lengua que permita el mayor marco comunicativo posible, antes que las lenguas minoritarias o de herencia.

Los comentaristas multiculturalistas probablemente se apresuren a desplegar su conocida crítica basada en la dicotomía movilidad social / preservación étnica, acusando a Wee de establecer el tipo de jerarquía impuesta que él mismo trata de combatir, así como de impedir una reflexión de fondo sobre las estructuras sociales que presentan estos dilemas como elecciones trágicas. Sin embargo, parece más interesante constatar aquí una falta de cabal recepción de la bibliografía contemporánea que muestra que la alfabetización bilingüe es la opción educativa más *efectiva* para los niños cuya lengua madre difiere de la lengua vehicular de la enseñanza (*vid.* por todos May 2008: 214-221 y la bibliografía allí citada). De esta forma, se obvian por completo los contextos en los que son precisamente argumentos de naturaleza práctica, antes que obligaciones preservacionistas, presumiblemente atávicas, los que requerirían una sensata inversión en educación bilingüe.

Es, sea como fuere, la preocupación por proporcionar canales adecuados para dar la palabra a los hablantes en los asuntos lingüísticos, en lugar de imponerles una rígida estructura de derechos, lo que se yergue como la principal motivación del autor. Su propia propuesta será analizada a continuación.

## 5. LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA COMO ALTERNATIVA: DAR LA PALABRA A LOS HABLANTES

La idea de consenso ha sido objeto privilegiado de interés académico en los últimos cincuenta años, contando con una amplia pluralidad de ángulos que van desde amplios proyectos filosóficos (Habermas 1984), o justificaciones institucionales hipotéticas (Rawls 1971, 1996) a acercamientos más fácticos que buscar profundizar y renovar la idea de democracia. En esta última corriente, J. M. Bessette publicó en 1980 su «*Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government*», realizando su propia contribución tanto al cuestionamiento de en qué medida el modelo de democracia representativa resulta verdaderamente un instrumento válido para la articulación de la voluntad ciudadana, y así servir al propósito de legitimar las políticas y actuaciones públicas, así como a la exploración de cómo tal modelo puede ser complementado. A partir de esa fecha, teóricos político-sociales y filósofos del derecho como Held (1987), Cohen (1989), Fishkin (1991, 2005), Benhabib (1996), Gutmann y Thompson (1996, 2004) o Elster (1998) han empleado el término para articular sus propias propuestas en orden a establecer las condiciones bajo las que los procesos deliberativos puedan ayudar para generar e identificar mejor una opinión pública informada y reflexiva y de esta manera mejorar la legitimidad democrática.

Wee apela a este marco teórico como una alternativa más sensata al muy cuestionado modelo basado en derechos. Sus dos premisas de partida desarrollan la idea de que ni las autoridades estatales ni ninguna otra institución o ente pueden pretender reclamar para sí el control monopolístico de las prácticas lingüísticas; y que las elecciones y percepciones de los hablantes sobre estas prácticas constituyen una realidad en continuo cambio. Si las preferencias y asunciones poseen un alto grado de dinamismo y ejercen una influencia en las vidas de los hablantes y el resto de actores sociales, es razonable esperar algún tipo de justificación, revelando así la necesidad de mecanismos reflexivos que pueden acabar por generar una nueva posición consciente (163-164). Lo que se precisa, entonces, es la identificación y establecimiento de las condiciones de comunicación pública en términos de igualdad que garanticen una representación más flexible y dinámica de las preferencias de las personas, en lugar de trabajar sobre la base de intereses supuestamente estables canalizados a través de la

democracia liberal «tradicional» y de vínculos nucleares entre las identidades étnicas y las variedades lingüísticas:

«el truco consiste en alentar a los individuos a que lleven a cabo reflexiones informadas y a que estén dispuestos a rectificar sus juicios en el transcurso de la generación de una serie de compromisos basados en el respeto recíproco, en lugar de animarles a enrocarse tercamente en sus posiciones heredadas acerca de las lenguas, la identidad y los límites grupales y realizar peticiones con base en tales asunciones. Sería realmente muy perjudicial para cualquier intento de resolver cuestiones lingüísticas el hecho de que los individuos se aproximaran al otro con la idea de que cualquier requerimiento de examinar críticamente asunciones heredadas supone una amenaza para su percepción del yo» (170).

El objeto de las deliberaciones no estaría limitado a preferencias y asunciones lingüísticas, sino que también comprendería elecciones meta-discursivas relativas al proceso deliberativo. Así, por ejemplo, la lengua usada en las discusiones: si se aceptara al singlish como medio válido para discutir su propio estatus, ello afectaría tanto a sus percepciones como posiblemente a los resultados del debate. De igual modo, podrían discutirse elementos fundamentales normalmente considerados como no negociables por los hablantes.

Indudablemente, debe existir un límite a esta configuración abierta y Wee reconoce que un conflicto sobre cuestiones normativas de fondo puede admitirse siempre que se respeten los principios de publicidad (acceso abierto y evitación del propio interés), rendición de cuentas (los argumentos deben respetar las exigencias básicas de racionalidad) y reciprocidad (compromiso de adoptar posiciones que sean potencialmente respaldables por los otros sobre una base cooperativa) (172). Esto excluye posiciones que imponen «a otros ciudadanos el requisito de adoptar la propia forma de vida sectaria como condición para obtener acceso al entendimiento moral que resulta esencial para enjuiciar la validez de las pretensiones morales propias» (Gutmann & Thompson 1996: 57). En lo que se refiere a los participantes, toda persona que podría verse afectada por las decisiones a adoptar es considerado como una parte potencial, a la par que se hace necesario crear múltiples foros continuados en las esferas pública, privada y «mixta».

## 5.1 Encuestas deliberativas y educación

Las propuestas institucionales concretas elegidas son las denominadas «encuestas deliberativas» (*deliberative polls*) y la reforma educativa. La primera de ellas persigue la consecución de posiciones informadas y dialogadas por parte de ciudadanos expuestos a información y orientación asumidas por expertos especializados. El *Center for Deliberative Democracy* de la Universidad de Stanford, dirigido

por el creador de la noción, James S. Fishkin, proporciona una buena descripción de cómo funciona un ejemplo de encuesta deliberativa:

«Se realiza en primer término una encuesta sobre las cuestiones estudiadas a una muestra aleatoria y representativa de individuos. Tras esta encuesta de referencia, se invita a los miembros de la muestra a reunirse en un mismo lugar durante un semana para discutir las cuestiones. Se les envía una serie de materiales informativos equilibrados que se ponen igualmente a disposición pública. Los participantes entablan un diálogo con expertos y líderes políticos que representan diferentes posiciones, tomando como base las cuestiones que desarrollaron en discusiones llevadas a cabo en pequeños grupos con moderadores formados. Parte de los eventos del fin de semana se emiten por televisión, en directo o en diferido. Tras las deliberaciones, se le vuelen a plantear a la muestra las preguntas originales. Los cambios de opinión resultantes representan las conclusiones a las que el público llegaría si las personas tuvieran la ocasión de estar más informadas e involucradas en los asuntos discutidos». (...) «Cada experimento llevado a cabo hasta ahora ha reunido una muestra altamente representativa en el mismo lugar. En cada ocasión, se registraron drásticos cambios de opinión estadísticamente relevantes» [Por ejemplo, en la *British Deliberative Polling®* sobre Europa de 1995 (Gran Bretaña), el 45% de los participantes estaban de acuerdo con que al Reunido Unido le convenía más estar dentro que fuera de la Unión Europea antes de la deliberación; el porcentaje subió al 60% tras la deliberación]. (<http://cdd.stanford.edu/polls/docs/summary/>)

En lo que atañe a la educación, se deberían tomar medidas para incentivar una cultura cívica deliberativa e inculcar un acercamiento más abierto al aprendizaje, las prácticas y reflexiones lingüísticas. Esta dualidad interrelacionada procura la formación de ciudadanos capaces de tomar parte con la suficiente competencia en procesos de deliberación pública, como las mencionadas encuestas, con una mentalidad crítica y transcultural, así como de desarrollar lo que algunos autores denominan «consciencia metalingüística» (*vid.* Tunmer, Pratt & Herriman, 1984). Se considera que las lenguas se enseñan y entienden mejor partiendo de la consideración de las propiedades gramaticales como necesariamente vinculadas a fines comunicativos. Wee apuesta por un acercamiento constructivo que no parte directamente de la descripción de las lenguas o las variedades lingüísticas como sistemas normativos discretos y altamente normativos, sino que comienza por el análisis comparativo de diferentes segmentos lingüísticos para poder reconocer cómo sus propiedades formales se relacionan con sus funciones. De manera que las aproximaciones jerárquicas a los fenómenos lingüísticos se rechazan de plano y en cambio «se presta atención pedagógica a la comparación de diferentes estructuras lingüísticas y al propio uso que los estudiantes hacen de la lengua», al tiempo que «se les incentiva para adoptar una actitud más reflexiva hacia su propia lengua» (181).

Se estima que este modelo está en mejores condiciones de afrontar las cuestiones de inevitabilidad, neutralidad y carácter híbrido sobre las que el autor articuló su crítica de las iniciativas basadas en derechos. Esto sería así porque una vez que se reconoce la inevitabilidad, la democracia deliberativa no exige pretensiones de neutralidad, sino tan sólo el uso de reglas discursivas en las que no se espera que los participantes sean representativos de grupos étnicos identificables. En definitiva, el carácter abierto del modelo le permitiría abrazar todos los casos posibles de discriminación lingüística, no sólo aquellos relativos a lenguas supuestamente definibles pertenecientes a grupos étnicos, y proporcionar soluciones sensatas, racionales y contextualizadas (176-177).

## 5.2 Limitaciones e indefiniciones

Esta propuesta precisa, en primer término, ser entendida como una ubicación alternativa de los debates referentes a las cuestiones lingüísticas en el espacio público. Y esto parece poder entenderse principalmente en términos procedimentales, pues el énfasis se pone en el tipo de proceso deliberativo y la formación de participantes antes que en medidas materiales concretas defendidas como justas o apropiadas. Ciertamente, el papel de la educación no debería ser subestimado, pues, como apuntaba ya en el siglo XVIII el Marqués de Condorcet, los hombres tan sólo se convierten en ciudadanos libres y plenos a través de la educación (*vid.* Duce 1971).

El poder disponer de interlocutores de mentalidad abierta y lingüísticamente conscientes, dispuestos a reconsiderar sus asunciones y prácticas referidas a las lenguas es de seguro una ventaja de peso en cualquier discusión o escenario de diseño de políticas. Hasta qué punto esto sigue siendo en buena parte un horizonte utópico o en qué medida podría ser considerado un fundamento lo suficientemente sólido como para garantizar resultados éticamente aceptables, es otra cuestión.

El primer tipo de problemas identificable en los instrumentos deliberativos deriva de la naturaleza de los bienes y decisiones implicados, en el sentido de que la cuestión primaria debería ser qué valores están en juego y si resulta justo o razonable que estos sean determinados por este procedimiento. Ello constituye en sí mismo una posición sustantiva que es sustraída del terreno debatible y no debe olvidarse que los sistemas constitucionales operan bajo la asunción de que ciertas áreas no pueden ser dejadas al albur de las decisiones mayoritarias.

En este caso particular, asumir que todos los problemas de discriminación lingüística pueden ser resueltos en el marco de este modelo implicaría que los fenómenos lingüísticos no comportan ninguna relevancia para el esquema de los derechos humanos/ fundamentales, idea que el propio Wee parece rechazar. El hecho de que al menos algunos

derechos humanos cuenten con una dimensión lingüística es pacíficamente asumido.

En segundo lugar, se presentan importantes interrogantes relativos a en qué contexto y con qué participantes se espera que opere el mecanismo. Wee no exige que los participantes sean representativos de una posición, lengua o tendencia determinadas, ni tampoco menciona el espacio territorial del proceso deliberativo de las políticas lingüísticas. La única referencia alude a los individuos potencialmente afectados, lo que resulta excesivamente vago. También quedan faltas de previsión cuestiones como quién estaría a cargo del mecanismo y qué tipo de cuestiones, preguntas y formulaciones deben presentarse.

En lo que atañe al propio proceso, se espera que se sigan ciertos principios y reglas, lo que implica la necesidad de alguna autoridad externa para determinar hasta qué punto las posiciones defendidas caen dentro del marco argumentativo admisible. Cuanto más rigurosas sean las limitaciones, más alto será el perfil del resultado, pero también aumentarán las posibilidades de sutil abandono de la arena del consenso fáctico para deslizarse hacia un consenso idealizado o «hipotético», por usar la terminología de Hanna Pitkin (1965: 997). Esto alimenta la sensación de que las soluciones racionales parecerían ser más bien el resultado de cómo cualquier persona *pensaría* si estuviera correctamente guiada e informada. Estas concomitancias con algún tipo de posición rawlsiana dispararía probablemente las alarmas de los multiculturalistas; al tiempo que una honesta recepción de los trabajos de Rawls, especialmente aquellos articulados sobre la idea del consenso por superposición (see Rawls, 1996), habría sido más que deseable en un autor como Wee, que pretende formular sus propuestas en términos de razón pública.

Todas estas consideraciones no tienen como objetivo descartar por completo el papel de las encuestas deliberativas en el campo de la política lingüística, sino, más bien, llamar la atención de la necesidad de proporcionar una descripción más profunda y detallada de sus principios operativos, así como de enfrentarse a la idea de que no resulta un mecanismo suficiente para resolver por sí solo, con la única ayuda de la educación, todas las cuestiones lingüísticas de relevancia política y normativa.

## 6. CONSIDERACIONES FINALES

En este trabajo se han tratado de identificar los principales méritos, problemas y preocupaciones tanto en el ataque del lingüista Lionel Wee al paradigma de los derechos, como en su propuesta deliberativa. Pueden apreciarse ahora, de manera compendiada, lo que entiendo que constituyen las virtudes más relevantes del acercamiento del profesor singaporense. Así, llevar a cabo un llamada de atención sobre las

visiones apriorísticas, esencialistas y simplificadoras que en ocasiones caracterizan las aproximaciones a la justicia lingüística es importante, especialmente con respecto a la consideración de las lenguas en sedes académicas extra lingüísticas. Por otra parte, es indudablemente sana la incorporación de una visión liberal sobre los derechos y los derechos humanos en la que se critica la noción de derechos humanos colectivos y se descarta a las lenguas como posibles titulares de derechos. En el plano socio-político, procurar mostrar los problemas, confusiones y frustraciones que la invocación irreflexiva de derechos trae para la sociedad resulta un ejercicio saludable y necesario; como lo es la denuncia del monopolio que las reivindicaciones lingüísticas de minorías nacionales en el seno de Estados-nación ejercen en los debates sobre justicia lingüística, implicado, entre otras cosas, una preterición de las cuestiones intralingüísticas.

Siempre desde este posicionamiento liberal, probablemente lo más interesante sea la insistencia en la injustificabilidad de prescindir de la voluntad e intereses de los hablantes, entre los que se incluyen necesariamente la participación en la sociedad general. En consecuencia, en sus consideraciones críticas, Wee parece tomar la autonomía –en un sentido bastante kantiano– así como el derecho a comunicar del hablante, como piezas insoslayables de cualquier aproximación a cuestiones de justicia lingüística. Esto explica su apuesta por reubicar los problemas lingüísticos en un escenario de diálogo deliberativo en el que hablantes con la debida educación y consciencia metalingüística puedan expresarse mediante cauces reglados, como las encuestas deliberativas. La propuesta es sin duda, atractiva, pero no está exenta de problemas, tanto en lo que atañe a las condiciones de implementación como en las propias limitaciones de un modelo exclusivamente deliberativo. Efectivamente, todo modelo formal radical acaba por requerir algún tipo de anclaje o complemento material, sea por la necesidad de garantizar el respeto de ciertos bienes, sea por la propia inercia y preocupación del modelo por incorporar tal grado de restricciones que irremediamente se aleja sutilmente de un marco meramente discursivo. Y es aquí donde puede apreciarse uno de las principales objeciones a la apuesta de Wee quien, siendo coherente con la defensa de la autonomía y comunicación del hablante, debería haber incluido algún tipo de referencia material o requisitos mínimos de contenido. En lugar de ello, se prefiere elidir la confrontación directa con posiciones que cuentan con una densa y compleja defensa en los debates contemporáneos, como es el caso de las asimetrías en la configuración lingüística del espacio público o los importantes beneficios educativos que comporta la escolarización en la lengua madre.

Es importante señalar aquí que la posibilidad o incluso potencial conveniencia de presentar las mencionadas referencias materiales mediante la categoría de los derechos no parece ser convincentemente rebatida por los argumentos de Wee. En sede teórica, el hecho de que las lenguas sean una realidad vaga y constructiva no las incapacita

para ser objeto de derechos pues, como se ha indicado, la doctrina contemporánea acepta cierto margen de definición cultural y contextual para el contenido de los derechos. Y en el plano empírico, debe apreciarse que los ejemplos empleados de escenarios radicalizados –como el caso de Sri Lanka– no tienen tanto que ver con la invocación de derechos como con la falta de acceso igualitario a los mismos.

A modo de reflexión final, conviene señalar que el debate sobre la justicia lingüística ha sido monopolizado durante largo tiempo por intentos multiculturalistas de proporcionar una sólida fundamentación teórica para la protección de las lenguas minoritarias. Mientras los filósofos liberales han prestado poca atención a estas cuestiones, se ha comenzado a generar un movimiento crítico, sorprendentemente desarrollado en el ámbito de la sociolingüística, en el que estudiosos como Lionel Wee no sólo señalan posibles representaciones erróneas de las lenguas en los modelos basados en derechos, sino que también se adentran en los problemas filosóficos, políticos y jurídicos de tal ubicación para esta discusión. Su obra *Language without rights*, con sus aciertos y debilidades, sirve como un buen interlocutor para el hasta ahora dominante acercamiento multiculturalista y su exploración de otras posibilidades en el seno del esquema liberal debe ser críticamente bienvenido como un sano contrapeso.

## BIBLIOGRAFÍA

- Amnesty International Report* 2010. [http://report2010.amnesty.org/sites/default/files/AIR2010\\_AZ\\_EN.pdf#page=233](http://report2010.amnesty.org/sites/default/files/AIR2010_AZ_EN.pdf#page=233)
- ANDERSON, B., *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, 2.ª ed., Londres, Verso, 1991.
- ARZOZ, X., «Language Rights as Legal Norms», *European Public Law*, 15 (4), 2009, 541-574.
- «THE NATURE OF LANGUAGE RIGHTS», *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, 2 (6), 2007, pp. 1-35.
- BARRY, B., *Culture and equality. An Egalitarian Critique of Multiculturalism*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 2001.
- BARTH, F., *Ethnic Groups and Boundaries: The Social Organization of Culture Difference*, Boston, Little, Brown & co, 1969.
- BAUMANN, G., *The Multicultural Riddle: Rethinking National, Ethnic and Religious Identities*, London, Routledge, 1999.
- BENHABIB, S., *Democracy and Difference*, Princeton, Princeton University Press, 1996.
- BESSETTE, J., «Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government», en Goldwin, R. A. (ed) *How Democratic is the Constitution?*, Washington, D.C., AEI Press, 1980, pp. 102-116.
- COHEN, J., «Deliberation and Democratic Legitimacy», en A. Hamlin and P. Petit (eds.) *The Good Polity: Normative Analysis of the State*, Oxford, Blackwell, 1989, pp. 17-34.

- COHEN, R., «Ethnicity: Problem and Focus in Anthropology», *Annual Review of Anthropology*, 7, 1978, pp. 379-403.
- COOPER, R. L., *Language Planning and Social Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.
- DE VARENNES, F., *Language, Minorities and Human Rights*, The Hague, Kluwer Law International, 1996.
- DONNELLY, J., «Cultural Relativism and Human Rights», *Human Rights Quarterly*, 6 (4), 1984, pp. 400-419.
- *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Ithaca (Nueva York), Cornell University Press, 1989.
- DUCE, C., «Condorcet on education», *British Journal of Educational Studies*, 19 (3), 1971, pp. 272-282.
- DUNBAR, R., «Minority Language Rights in International Law», *International and Comparative Law Quarterly*, 50, 2001, 90-120.
- DWORKIN, R., «Rights as trumps», en Waldron, J. (ed.) *Theories of Right*, Oxford, Oxford University Press, 1984, pp. 153-167.
- EIDE, A. (2000). *Working paper on the relationship and distinction between the rights of persons belonging to minorities and those of indigenous peoples*, E.CN.4/Sub.2/2000/10.
- ELSTER, J., *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.
- *Democracy and Deliberation: New Directions for Democratic Reform*, New Haven, Yale University Press, 1991.
- *Justice, equal opportunity, and the family*, New Haven, Yale University Press, 1983.
- FISHKIN, J. S., *When the People Speak: Deliberative Democracy and Public Consultation*, New York, Oxford University Press, 2009.
- GAL, S., «Lexical innovation and loss: The use and value of restricted Hungarian», en N. Dorian (ed.) *Investigating Obsolescence: Studies in Language Contradiction and Death*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, pp. 313-331.
- GAMAL, M. Y., «Court interpreting», en M. Baker, y G. Saldanha, G. (Eds.) *Routledge encyclopedia of translation studies*, New York, Routledge, 2008, pp. 63-66.
- GELLNER, E., *Nations and Nationalism: New Perspectives on the Past*, Oxford, Basil Press, 1983.
- GRILLO, R. D., «Cultural essentialism and cultural anxiety», *Anthropological Theory*, 3 (2), 2003, 157-173.
- *Pluralism and the Politics of Difference: State, Culture and Ethnicity in Comparative Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1998.
- GRIN, F., «Linguistic human rights as a source of policy guidelines: A critical assessment», *Journal of Sociolinguistics*, 9, 2005, 448-460.
- GUTMANN, A. y THOMPSON, D., *Democracy and Disagreement*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 1996.
- *Why Deliberative Democracy?*, Princeton, Princeton University Press, 2004.
- HAMMEL, R. E., «Derechos lingüísticos como derechos humanos: debates y perspectivas», *Alteridades*, 5 (10), 1995, 11-23.
- HAUGEN, R. E., «Language Planning in Modern Norway», en J. A. Fishman (ed.) *Readings in the Sociology of Languages*, Paris, Mouton de Gruyter, 1968, pp. 673-687.

- HEATH, S. B., «A National language Academy?», *International Journal of the Sociology of Language*, 11, 1976, 9-43.
- HELD, D., *Models of Democracy*, Stanford, Stanford University Press, 1987, 3ª ed.: 2006.
- HULL, N. E. H. y HOFFER, P. C., *Roe v. Wade: The Abortion Rights Controversy in American History*, Lawrence, University Press of Kansas, 2001.
- JÜRGEN, H., *Theory of Communicative Action*, Boston, Beacon Press, 1984.
- KLOSS, H., «Notes concerning a language-nation typology», en J. Fishman, C. Ferguson, and J. Das Gupta (Eds.) *Language Problems of Developing Nations*, Nueva York, John Wiley and Sons, 1968, pp. 69-85.
- *The American Bilingual Tradition*, Rowley, Newbury House, 1977.
- KONTRA, M. et al. (eds.), *Language: A Right and a Resource. Approaches to Linguistic Human Rights*, Budapest, Central European University Press, 1999.
- KYMLICKA, W. y PATTEN, A. (eds.), *Language Rights and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- KYMLICKA, W., *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995.
- MAFFI, L., *On Biocultural Diversity: Linking Language, Knowledge, and the Environment*, Washington, D.C., Smithsonian Institution Press, 2001.
- MAY, S., «Language rights. Moving the debate forward», *Journal of Sociolinguistics*, 9(3), 2005, 319-347.
- *Language and Minority Rights. Ethnicity, Nationalism and the Politics of Language*, 2ª ed., New York, Routledge, 2011.
- MODOOD, T., «Anti-Essentialism, Multiculturalism and the «Recognition» of Religious Groups», *Journal of Political Philosophy* 6 (4), 1998, 378-399.
- MÜHLHÄUSLER, P., *Linguistic Ecology: Language Change and Linguistic Imperialism in the Pacific Region*, London, Routledge, 1996.
- MUSGRAVE, T. D., *Self-determination and national minorities*, Oxford, Oxford University, 2000.
- NETTLE, D. y Romaine, S., *Vanishing Voices: The Extinction of the World's Languages*, Oxford, U.K., Oxford University Press, 2000.
- PAREKH, B., *Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory*, Basingstoke, Macmillan, 2000.
- PENNYCOOK, A., «The Right to Language: towards a Situated Ethics of Language Possibilities», *Language Sciences*, 20 (1), 1998, 73-87.
- PÉREZ LUÑO, A. E., «Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos», en F. J. Ansuátegui (Ed.) *Una discusión sobre derechos colectivos*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 259-270.
- PHILLIPSON, R. (ed.); *Rights to Language. Equity, Power and Education*, Mahwah, Lawrence Erlbaum, 2000.
- PITKIN, H., «Obligation and Consent», *American Political Science Review*, 59 (4), 1965, 990-999.
- RAWLS, J; *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.
- *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1996.
- ROSS, A., *On Law and Justice*, Berkeley, University of California Press, 1959.
- RUBIO-MARÍN, R., «Language Rights: Human Rights: Exploring the Competing Rationales», en W. Kymlicka and A. Patten (Eds.) *Language Rights and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 52-79.
- SARTORI, G., *Pluralismo, multiculturalismo e estranei: saggio sulla società multiétnica*, Milano, Rizzoli, 2000.

- SKUTNABB-KANGAS *et al.*, «Getting linguistic human rights right: A trio respond to Wee», *Applied Linguistics*, 27, 2005, 318-324.
- SKUTNABB-KANGAS, T. y PHILLIPSON, R. (eds.), *Linguistic Human Rights. Overcoming Linguistic Discrimination*, Berlin, Gruyter & co, 1995.
- SKUTNABB-KANGAS, T., *Linguistic Genocide in Education –or Worldwide Diversity and Human Rights?*, Mahwah, Lawrence Erlbaum, 2000.
- SPOLSKY, B., *Language policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- STROUD, C., «African Mother-tongue Programmes and the Politics of Language: Linguistic Citizenship Versus Linguistic Human Rights», *Journal of Multilingual and Multicultural Development*, 22 (4), 2001, 339-355.
- TUNMER, W. E., PRATT, C. y HERRIMAN, M. L. (eds.), *Metalinguistic awareness in children: Theory, research, and implications*, Berlin and New York, Springer-Verlag, 1984.
- WEE, L., *Language without Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- WEINSTOCK, D. M., «The Antinomy of Language Policy» en W. Kymlicka and A. Patten (eds.) *Language Rights and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 250-270.
- WRIGHT, S., «The Right to Speak one's own language: Reflections on Theory and Practice», *Language Policy*, 6 (2), 2007, 203-224.

Fecha de recepción: 31/03/2013. Fecha de aceptación: 31/10/2013.

# El principio de mérito a la luz de los hechos sociales

## The Concept of Desert and the Social Facts

Por JESÚS GARCÍA CÍVICO

Universitat Jaume I

### RESUMEN

*El estudio del mérito personal o del principio de mérito ocupa en la filosofía moral y política norteamericana un lugar excepcional pero su estudio está mucho menos extendido en Europa. Con el término desert se hace referencia en el ámbito anglosajón a la idea de merecimiento individual y aparece como una especie de la categoría o género más amplio de mérito (merit). Mérito y merecimiento son conceptos que en el ámbito académico aparecen íntimamente ligados a reflexiones valorativas en el campo de la justicia social o distributiva, una parte básica de la más general reflexión sobre la justicia. Este trabajo aborda la vigencia del principio del mérito en nuestro entorno puesto en contraste con algunos datos sobre igualdad y movilidad social vertical en una aproximación empírica hecha a partir de algunos hechos sociales, jurídicos y políticos que afectan tanto a la base del mérito como a su principal presupuesto, la igualdad de oportunidades.*

Palabras clave: *Mérito, justicia distributiva, igualdad, movilidad social*

### ABSTRACT

*The study of desert or principle of merit occupies in the American moral philosophy an exceptional place but its study is much less extended in Europe. With the term desert one refers in the Anglo-Saxon area to the idea of individual merit and appears as a case of the more general category of merit.*

*Merit and desert are concepts both that in the academic field turn out to be intimately tied to moral reflections in the social or distributive justice ground, as a basic part of the most general studies on justice. This work approaches the force of the merit principle in our state put in contrast with some recent reports, statistics and figures on equality and social vertical mobility in an empirical approximation in the light of some social, juridical and political facts that they affect both to the base of the merit and to its principal budget: the equality of opportunities.*

Key words: *Merit, desert, distributive justice, equality, social mobility.*

**SUMARIO:** 1. EL MÉRITO: UNA CLAVE EN LA DISCUSIÓN SOBRE EL IMPACTO DE LA CRISIS FINANCIERA. 2. EL PRINCIPIO DEL MÉRITO: UNA VISIÓN DEL MUNDO Y DE LA JUSTICIA.-3. LA PERMANENTE PRESENCIA DE LA IDEA DE MÉRITO.-4. EL MÉRITO COMO CLAVE DE LA DESIGUALDAD LEGÍTIMA.-5. LA BASE DEL MÉRITO: UN BIEN SOCIALMENTE VALIOSO QUE PROMOCIONA EL DERECHO.-6. EL PRINCIPIO DE MÉRITO Y LA DESIGUALDAD.-7. LA MOVILIDAD SOCIAL Y SU PERCEPCIÓN.-8. HOMBRE RICO, HOMBRE POBRE. 8.1 *Hombre rico*. 8.2 *Hombre pobre*.-9. OTROS HECHOS SOCIALES: DESIGUALDAD DE GÉNERO Y DE OPORTUNIDADES. 9.1 *La infrarrepresentación de la mujer*. 9.2 *La escasa movilidad de los peor situados*.-10. A MODO DE CONCLUSIÓN.

**SUMMARY:** 1. DESERT: A KEY IN THE DISCUSSION ON THE IMPACT OF THE FINANCIAL CRISIS.-2. THE CONCEPT OF DESERT: A WORLD VISION AND A VISIÓN OF JUSTICE.-3. THE PERMANENT PRESENCE OF DESERT.-4. DESERT AS A KEY OF LEGITIMATE INEQUALITY.-5. THE BASE OF DESERT: A SOCIAL VALUE PROMOTED BY LAW.-6. THE CONCEPT OF MERIT AND THE INEQUALITY.-7. SOCIAL MOBILITY AND ITS SOCIAL PERCEPTION.-8. RICH MAN, POOR MAN.-8.1 *Rich man*. 8.2 *Poor man*.-9. OTHER SOCIAL FACTS: SOCIAL INEQUALITY AND EQUALITY OF OPPORTUNITIES. 9.1 *The infra-representation of women*. 9.2 *The low social mobility of the poor man*.-10. SOME CONCLUSIONS.

## 1. EL MÉRITO: UNA CLAVE EN LA DISCUSIÓN SOBRE EL IMPACTO DE LA CRISIS FINANCIERA

Un lustro después del estallido más gráfico de la aún actual crisis financiera y de acuerdo con las percepciones recogidas en distintos barómetros del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS)<sup>1</sup> pode-

---

<sup>1</sup> CIS, Estudio núm. 2911, septiembre de 2011, aquí además de las preguntas habituales de los barómetros se incluían otras destinadas a recoger la percepción de

mos convenir en que hay en nuestro país una extendida sensación de indignación social, cuando no de escándalo, tanto en lo que toca a la percepción de la injusta distribución de los costes de la crisis (expresada básicamente en la idea de la inequitativa socialización de las pérdidas frente a la anterior privatización de los beneficios<sup>2</sup>) y al aumento de las distancias materiales en el seno de la sociedad (el aumento de la desigualdad entre ricos y pobres) como en lo que se refiere a la revelación de numerosos casos de corrupción o de «contaminación de esferas de justicia», por decirlo en los conocidos términos de Michel Walzer<sup>3</sup>, que afectan a miembros de una élite empresarial, política y financiera que ocupa la parte más elevada de la estratificación social<sup>4</sup>.

Recientes informes de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) dan a conocer datos sobre la baja movilidad social y el paralelo aumento de la brecha económica entre ricos y pobres, cuestión ésta que afecta a la igualdad de oportunidades. También el Consejo Económico y Social (CES) en sus recientes informes sobre la distribución de la renta en nuestro entorno ha evidenciado junto al fenómeno de la cronificación de la pobreza y al

---

las desigualdades sociales en España: Grado de desigualdad social percibido, la evolución de la desigualdad, la representación de la estructura social, [http://www.cis.es/cis/openem/ES/1\\_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=11844CIS](http://www.cis.es/cis/openem/ES/1_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=11844CIS). Consulta de 1 de julio de 2013. Se ha hecho aquí un seguimiento de distintas encuestas de opinión sobre la percepción de la desigualdad desde antes de iniciarse la crisis: CIS, Estudio núm. 2634 en 2006, «Clases sociales y estructura social»; CIS, Estudio núm. 2745, diciembre de 2007: «Discriminaciones y su percepción», [http://www.igualdadoportunidades.es/documentacion/documento/?url=http://www.igualdadoportunidades.es/archivos/doc\\_1832008\\_18954.pdf](http://www.igualdadoportunidades.es/documentacion/documento/?url=http://www.igualdadoportunidades.es/archivos/doc_1832008_18954.pdf). y hasta los datos reflejados en los últimos barómetros de 2012. CIS, Estudio, núm. 2972, diciembre de 2012 [http://datos.cis.es/pdf/Es2972mar\\_A.pdf](http://datos.cis.es/pdf/Es2972mar_A.pdf). Consulta de 5 de mayo de 2013.

<sup>2</sup> Nos referimos aquí a la cuestión más concreta del coste de la crisis en términos de reparto de la riqueza, básicamente la pérdida de poder y de poder adquisitivo resultado de las rebajas salariales frente el significativo aumento de los beneficios de grandes empresas y entre ellas también las del sector financiero. Sobre el debate alrededor de la privatización de beneficios en detrimento de la valoración meritocrática y la recompensa de contribuciones colectivas por ejemplo en el ámbito de la innovación científica y el desarrollo tecnológico, una temprana reflexión de fondo en ALPEROVITS, G., DALY, L., *Unjust Deserts: How the Rich Are Taking Our Common Inheritance and Why We Should Take It Back*, New York, New Press, 2009, p. 97 ss.

<sup>3</sup> WALZER, M., *Esferas de justicia*, México, Fondo de Cultura Económicas, 1997, p. 37 ss.

<sup>4</sup> OECD, [http://editor.pbsiar.com/upload/PDF/ocde\\_persepectivas\\_2012.pdf](http://editor.pbsiar.com/upload/PDF/ocde_persepectivas_2012.pdf). Consulta de 7 de febrero de 2013. También organismos como la *Pew Foundation* evidencian en recientes estudios sobre actitudes valorativas de la ciudadanía la desconfianza en la capacidad y valía de las élites empresariales, dirigentes financieros y de los gobernantes, lo cual se une a algunos de los déficits de tono meritocrático que ya arrojaban los primeros análisis sobre la economía propia de la globalización. *Pew Research Center's Global Attitudes Project*, <http://www.pewglobal.org/2013/05/23/chapter-3-inequality-and-economic-mobility/>, 2013, consulta de 5 de diciembre de 2013. NOYA, J., «La economía moral de la globalización: legitimación del Estado de Bienestar, cultura y capitalismo global», *Política y sociedad*, núm. 38, 2001, pp. 113-128.

aumento de las distancias entre ricos y pobres<sup>5</sup>, cómo la movilidad social vertical y uno de sus principales corolarios como es la igualdad de oportunidades parecen muy escasas en la mitad y en la zona peor situada de la estratificación social.

En general, aunque no sólo como consecuencia de la crisis, ha aumentado muy significativamente el número de personas que dice haber descendido inmerecidamente de clase social a la vez que cuestiona, de alguna forma, la legitimidad de la riqueza y del estatus, el carácter justificado o merecido de las grandes fortunas, las posiciones de privilegio y los agraciados estatus socioeconómicos ligados a una élite empresarial, política y financiera salpicada por continuos, incidentes y para algunos ya sistémicos casos de ruptura de las reglas básicas y de los rudimentos elementales del juego: corrupción, especulación, redes clientelares, tráfico de influencias y nepotismo.

Este hecho afecta a una de las piedras angulares no sólo de nuestro sistema económico (una suerte de ataque al sistema desde dentro) sino de nuestro modelo socio-jurídico, una sociedad caracterizada tanto por la división del trabajo y las posibilidades, al menos formales, de movilidad como por la justificación racional de la existencia de grandes desigualdades en su seno: el principio de mérito personal.

El estudio del mérito personal o principio de mérito ocupa en la filosofía moral y política norteamericana un lugar excepcional pero su estudio está menos extendido en Europa. Con el término *desert* se hace referencia en el ámbito anglosajón a la idea de merecimiento individual y aparece como una especie de la categoría o género más amplio de mérito (*merit*).<sup>6</sup> La fórmula general se expresa usualmente como «A merece X en virtud de Y» (*A deserves X in virtue of Y*). Por ejemplo, «A merece una buena nota (X) porque se ha esforzado en estudiar mucho (Y)». (Y) puede considerarse como la base del mérito, aquí el esfuerzo.

En efecto, cuando nos preguntamos acerca de qué es una sociedad justa o acerca de la justicia de una determinada institución, lo hacemos acerca de la manera en que *ésta* distribuye la riqueza, las posicio-

---

<sup>5</sup> En concreto se ha puesto de manifiesto que las brechas socioeconómicas se han mantenido estables durante tres lustros pero con la crisis se han acentuado. Desde el cuarto trimestre de 2007 los hogares que no perciben ningún tipo de ingreso, indicador indirecto de la pobreza más extrema, aumentaron un 120%, la eficacia de las transferencias sociales en España para reducir el riesgo de pobreza fue bastante menor que el promedio europeo. Consejo Económico y Social, «Informe Pobreza, desigualdad y crisis económica» disponible en <http://www.ces.es/web/guest/informes>. Consulta de 1 de febrero de 2013.

<sup>6</sup> Para una clarificación ya clásica de los conceptos de mérito (*merit*) y merecimiento (*desert*), *vid.*, SHER, G., *Desert*, Princeton, Princeton University Press, 1987. MILLER D., *Principles of Social Justice*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999. Distintas aproximaciones en la obra colectiva de MCLEOD, O., POJMAN, L., *What We Do Deserve? A Reader on Justice and Desert*, Nueva York, Oxford University Press, 1999. Resulta clara la exposición de Michael Sandel en SANDEL, M., *El liberalismo y los límites de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2000.

nes sociales, los beneficios y las cargas. La justicia social tiene por objeto la distribución de rentas y de oportunidades (iguales, desiguales, muchas, pocas o ninguna), cargos y posiciones, derechos y obligaciones, privilegios y desventajas, estatus, poder, patrimonio, etc. Es desde ese terreno que podemos entender expresiones sobre atribuciones causales de beneficios como «x no merece el cargo y», o «x gana más de lo que se merece», alusiones a la responsabilidad de una acción «x no ha hecho nada para merecer esto», o en el punto con el que comenzábamos: «los injustos efectos de la crisis financiera» o «el injusto reparto de costes y beneficios de la crisis».

No obstante, se conviene en que la importancia trascendental del mérito reside en que legitima desiguales recompensas económicas ya que en una economía de mercado, al menos en teoría, las persona canalizan distintos desempeños, esfuerzos, inteligencia y aptitudes en trabajos, carreras, profesiones y negocios que dan lugar a distintas recompensas materiales. En cierto sentido es lógica esta preponderancia pues el principio del mérito (*desert*) funciona como «piedra angular» del propio sistema del capitalismo en su configuración decimonónica. Es decir, en la génesis del liberalismo económico es central la idea de que el individuo, libre de determinaciones estamentales natalicias, mejora su condición o acaba ocupando un lugar particular en la estratificación social de acuerdo a los desempeños personales, al esfuerzo, al distinto valor de sus aportaciones en el mercado, a su capacidad, inteligencia o a su talento. Desde entonces, mérito y merecimiento son conceptos que en el ámbito académico aparecen íntimamente ligados a reflexiones valorativas propias del campo de la justicia económica, social o distributiva como parte básica de la más general reflexión sobre la justicia.

## 2. EL PRINCIPIO DEL MÉRITO: UNA VISIÓN DEL MUNDO Y DE LA JUSTICIA

Hemos señalado que el mérito es un concepto que ocupa un lugar privilegiado en la filosofía moral y política norteamericana y que aparece al hilo de las reflexiones propias de la justicia económica, social o distributiva. Las ideas de merecimiento (*merit*) y mérito individual (*desert*) tienen un anclaje fundamental en la visión del mundo y de la vida que surge en la Norteamérica independizada de las trece colonias en coherencia con imágenes de un poderoso imaginario fundacional: individualismo, derecho a la búsqueda de la felicidad, visión de la tierra como tierra de oportunidades y epopeyas de movilidad vertical de acuerdo con la imagen lírica del *self made man*.

Efectivamente, profundamente arraigada en el «sueño americano», la idea de hombre hecho a sí mismo debe entenderse como un auténtico mito fundacional de la cultura norteamericana. En tanto que mito,

la adjudicación de su autoría resulta una cuestión perfectamente baladí pero suele incluirse tanto el célebre discurso de Frederic Douglas *Self made man*<sup>7</sup>, la no menos célebre y aleccionadora autobiografía de Benjamín Franklin<sup>8</sup> y, de acuerdo con Harold Bloom<sup>9</sup>, la obra de Ralph Waldo Emerson<sup>10</sup> cuyo célebre aforismo *la confianza en uno mismo es el primer peldaño para ascender por la escalera del éxito*, supone la exaltación entusiasta de un individuo que según Emerson debía liberarse de las ataduras físicas (la abolición de la esclavitud fue una de sus grandes causas públicas reprochando al mismo Lincoln su lentitud en este aspecto) y liberarse también del *peso del pasado* de los maestros, de las organizaciones, de las jerarquías y de las iglesias para acometer la aventura de vivir y la construcción de su genio individual en solitario. La imagen del hombre hecho a sí mismo tanto la de Douglas como la de Emerson es inusitadamente poderosa y presenta una formidable capacidad de adhesión.

Paralelamente el mérito aflora desde entonces en el terreno normativo, propositivo, especulativo propio de la justicia presentándose hoy en particular en el debate académico de la justicia distributiva a veces de forma central con un estatuto moral en sentido fuerte, por ejemplo en las tesis de cuño comunitarista de Alasdair MacIntyre donde la idea

---

<sup>7</sup> Publicada en 1845, se convirtió pronto en uno de los primeros *best sellers* de la historia de la literatura. Utilizado por el darwinismo social frente a movimientos sociales de corte igualitario, la idea del *self made man* se mostró extraordinariamente potente, como potentes eran sus corolarios, entre ellos la igualdad de oportunidades. Nacido esclavo, Frederick Augustus Washington Bailey, abolicionista, activista del sufragio femenino, defensor de los derechos civiles, llegó a convertirse en hombre de estado, candidato a la vicepresidencia del país y rico. Figura prominente de la historia afroamericana de los Estados Unidos, con Douglas, el león de Anacostia, el hombre hecho a sí mismo es consciente de la influencia del origen, de las relaciones con otros hombres (el hombre en la masa social «como una ola del océano»), el antiguo esclavo reconoce que no todos los hombres se han hecho, ni pueden hacerse a sí mismos. No es cuestión de suerte, hace falta habilidad y esfuerzo pero un hombre no se levanta con independencia absoluta de sus prójimos, y ninguna generación de hombres puede ser independiente de la generación precedente.

<sup>8</sup> Franklin describe el ascenso económico y social de un hijo de familia humilde fabricantes de velas que alcanza por sí mismo el éxito en los negocios llegando a formar parte de la alta sociedad norteamericana. Arquetipo de la epopeya de movilidad que a base de perseverancia, ingenio y esfuerzo se crea una nueva identidad que vence a la herencia social, Franklin insiste en que es posible llegar a la riqueza por los propios medios a base de trabajo duro y de una sólida formación moral.

<sup>9</sup> BLOOM, H., «The sage of Concord», *The Guardian* 23 de mayo de 2003.

En <http://www.guardian.co.uk/books/2003/may/24/philosophy>. Consulta de 7 de mayo de 2013.

<sup>10</sup> Emerson exaltó la supremacía del individuo y del genio individual en su ensayo *Naturaleza* (1836). En *El erudito americano* (1837) lanzó la idea de la necesidad de una independencia cultural americana. La inclusión de *Confianza en un mismo* entre los *Ensayos* que hubo de reunir entre 1840 y 1841 le garantiza definitivamente un puesto en la amplia nómina de defensores de un individualismo en la base del mito del sueño americano. WALDO EMERSON, R., *Confianza en un mismo*, Madrid, Gadir, 2009. Id. *La conducta de la vida*, Valencia, Pre-textos, 2004; *Hombres representativos*, Madrid, Cátedra, 2008.

de mérito (*merit*) se vincula al merecimiento personal de acuerdo a concepciones compartidas acerca de lo bueno y lo malo. También ocupa el mérito una posición central en las tesis de Wojzech Sadurski en torno a la justicia de las remuneraciones en sentido amplio<sup>11</sup>. Otras veces, el mérito en un sentido general como merecimiento (*merit*) o de forma más particular (*desert*) es una imprescindible variable a considerar en ese juego especulativo propio de las teorías de la justicia de corte constructivo o procedimental, paradigmáticamente en la de John Rawls, donde, como es sabido, las capacidades individuales incluida la inteligencia y la capacidad de esfuerzo de tal o cual sujeto eran englobadas como parte de esa «lotería natural» que influye en la posición, estatus y recompensas económicas que una sociedad puede considerar legítimo redistribuir en nombre de la igualdad incluso si las oportunidades han estado efectiva o sólo formalmente abiertas a todos. Frente a la tesis de Rawls uno de los argumentos de Robert Nozick contra la justicia social redistributiva apela a la idea de mérito (*desert*)<sup>12</sup>.

### 3. LA PERMANENTE PRESENCIA DE LA IDEA DE MÉRITO

Las palabras no guardan, celosas, su sentido a lo largo de la historia, y con la palabra mérito ocurre eso precisamente. En otro lugar<sup>13</sup> ya nos dedicamos tanto a presentar la maleable noción de mérito como un concepto histórico, contingente, social y no natural, como a problematizar la noción de merecimiento asociándola a fórmulas explícitas de exclusión (argumentos históricos sobre la «servidumbre natural», recurrentes tesis de la mayor valía del guerrero y del noble en distintas versiones aristocráticas, y a contrario, discursos sobre la menor aptitud de tal género, tal raza, tal clase social para ocupar cargos políticos o instituciones), fórmulas difusas de exclusión/ discriminación, más tarde, sobre todo a partir de un uso frente-igualitarista del mérito individual (como capacidad personal o inteligencia y esfuerzo personal) enarbolado como argumento moral frente a propuestas normativas informadas por el valor igualdad: fiscalidad progresiva, medidas del tipo renta básica, acción afirmativa y otras.

El punto de partida de esa aproximación genérica era que la definición de mérito exige dilucidar un conflicto previo en la sociedad y sus

<sup>11</sup> SADURSKI, W., *Giving Deserts its Due: Social Justice and Legal Theory*, Dordrecht, Reidel, 1985. POJMAN, L., MACLEOD, O., «Historical Interpretations of Desert», en *What We Do Deserve? A Reader on Justice and Desert*, cit., pp. 10-56.

<sup>12</sup> RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1972. NOZICK, R., *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books, 1974 pp. 228 ss.

<sup>13</sup> GARCÍA CÍVICO, J., «La difusa discriminación por el mérito: genealogía y desarrollo», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XXII, BOE, Madrid, 2006, pp. 309-335. GARCÍA CÍVICO, J., «Usos del mérito», *Actas de la Sociedad de Filosofía del País Valenciano*, Universidad de Valencia, 2008, pp. 35-49.

valores, coincidiendo con la aproximación de Amartya Sen acerca de la existencia de una contradicción a usar el mérito en términos absolutos y su carácter en última instancia instrumental.

Defendimos entonces que el mérito no es una noción natural, por ejemplo no en el sentido que le da Joel Feinberg, sino una noción derivada y contingente<sup>14</sup> y suscribimos que hay un contraste básico que se hace muy intenso por la tendencia en la práctica a caracterizar el mérito en formas inflexibles que reflejan prioridades del pasado (por ejemplo la deslegitimación de las diferencias estamentales debidas al nacimiento o la injusta distribución adscriptiva en distintas categorías sociales) en un conflicto agudo con preocupaciones más contemporáneas, así, en lo que nos interesa aquí, ya no la distinción entre categorías sino la persistencia de altos porcentajes de desigualdad de estatus o material e incluso de exclusión en el seno de una misma categoría, por ejemplo la ciudadanía.

El mérito es un concepto cultural, una fórmula dinámica que se concreta históricamente de acuerdo con la influencia de fundamentos culturales (sobre el tipo de sociedad que se desea conseguir) pero sobre todo a través de instituciones políticas, y económicas, por ejemplo de la forma en que Max Weber lo describía en *Economía y sociedad*. También en *El antiguo régimen y la revolución*, Tocqueville describe magistralmente el proceso por el cual la nobleza feudal (basada en un criterio de legitimación carismático en los términos de Weber posterior cronológicamente) va siendo sustituida por funcionarios cuya autoridad está delimitada por normas. Conforme al viejo sistema decae, la organización social comienza a basarse en la competencia y capacidad de los funcionarios y de los profesionales.

No es momento de recordar los distintos episodios de un concepto básicamente emparentado a ideales regulativos que de hecho es posible rastrear hasta en la *paideia* griega, en la *areté*, como virtud, o mejor como excelencia, en la dinámica noción de *axiásis*, presente ya en ese breviarío teórico de la *demokratía* que es el famoso discurso fúnebre de Pericles<sup>15</sup>. Tampoco, parece hoy en día prioritaria una aproximación crítica del carácter distópico de la propia meritocracia, al modo de la ficción de Michael Young, aunque ésta sea posible, o incluso cuando están vigentes, por legibles, las detracciones clásicas al potencial del mérito (como de alguna forma lo son la inversión del

<sup>14</sup> SEN, A., «Merit and Justice», AARON, K., BOWLES S., DURLAUF, S. (eds.), *Meritocracy and Economic Inequality*, Princeton, Princeton University Press, 2000, p. 5. FEINBERG, J., «Justice and Personal Desert», *Nomos VI*, New York, Atherton, 1963, pp. 63-97. SCANLON, T., «The Diversity of Objections to Inequality», CLAYTON, Williams (eds.), *The Ideal of Equality*, New York, St Martin's Press, 2000, pp. 202-218.

<sup>15</sup> ADKINS, A. W. H., *Merit and Responsibility: A Study in Greek Ethics*, Chicago University Press, 1960; MUSTI, D., *Demokratía, Orígenes de una idea*, Madrid, Alianza, 2000, citados en GARCÍA CÍVICO, J., «La difusa discriminación por el mérito: genealogía y desarrollo», *cit.*, p. 320.

criterio de justicia que hace Marx en la *Crítica del programa de Gotha*, las teorías de la reproducción de Pierre Bourdieu o la del propio John Rawls). No. Lo que hoy parece necesario, como señalábamos en la introducción de este trabajo, es reclamar la profesionalidad y el mérito en distintos ámbitos, retomar las razones esgrimidas a favor del principio del mérito.

Efectivamente, a la luz de los hechos parece que el peligro para la cohesión social y para lo que con gran ambigüedad llamamos «orden social y económico justo» viene precisamente no de la realización parcial y de la discriminación difusa que el principio del mérito conlleva sino precisamente de la falta de realización del ideal meritocrático.

#### 4. EL MÉRITO COMO CLAVE DE LA DESIGUALDAD LEGÍTIMA

En la modernidad el mérito aparece: (a) como fórmula legítima de adquisición privada de bienes y dinero: suma de esfuerzo y de talento en los términos de Locke y/o (b) como capacidad para ocupar cargos y posiciones públicas.

En el primer sentido (a) es una idea extraordinariamente promovida en la génesis del liberalismo económico pero también político. Está presente en las tesis de Locke sobre las formas legítimas de apropiación y enriquecimiento descritas en el *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*<sup>16</sup> y en el estudio de Adam Smith sobre la inclinación del hombre «a mejorar su condición». Tal como lo desarrolla en *La riqueza de las naciones*<sup>17</sup>.

En el segundo sentido (b) como «capacidad», el principio quedó plasmado en el artículo 6.º de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: «La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos, al ser iguales ante ella, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos». La idea no es ajena a la nueva valoración de un ideal de igualdad y ya Tocqueville describió la forma en que la burocratización iba a nivelar las condiciones económicas y sociales que condicionan el acceso a cargos.

En nuestra opinión, desde la filosofía política no se ha insistido lo suficiente (como hizo Weber<sup>18</sup> en el terreno de la sociología) en que el ideal meritocrático de la modernidad no pretendió ni acabar, ni rebajar

<sup>16</sup> LOCKE J., *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Madrid, Espasa-Calpe, 1991, p. 238

<sup>17</sup> SMITH. A., *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 612.

<sup>18</sup> WEBER, M., *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983.

las desigualdades materiales sino sólo sustituir una justificación de la desigualdad por otra de tipo racional. La idea de que hay una cierta correspondencia entre la trayectoria profesional, empresarial o política, las virtudes, el sacrificio, la inteligencia y el esfuerzo, el logro individual, el desempeño o el talento depositado en una carrera, trabajo, empresa, industria, cargo público etc. y la posición social o el estatus socioeconómico que el individuo ocupa, apunta explícita o tácitamente a ese imaginario de la racionalidad moderna que funda un tipo de desigualdad funcional económicamente además de moralmente deseable. Un sistema de legitimación de la desigualdad que se va a llamar, mucho más tarde, «meritocracia». Dado que no la vida es finita y no hay excesivas diferencias de inteligencia entre individuos las nuevas distancias económicas fruto de desempeños individuales serían llevaderas. Para ello debía partirse de unas premisas: básicamente una ausencia de discriminación y una efectiva igualdad de oportunidades tales que hagan posible decir que el mérito en sentido dinámico es un principio fundamental, aunque ciertamente no el único, del éxito material, de la diferenciación por estatus y de la movilidad social.

En efecto, de forma implícita o explícita el recurso al esfuerzo, el sacrificio laboral o formativo, la inteligencia, el desempeño o al talento (al principio del mérito, en inglés «desert») se ha hallado en la base de un discurso que legitima los estatus socioeconómicos a la vez que crea ese «amortiguador» de la protesta por la desigualdad social que es el convencimiento recogido por T. H. Marshall en su obra clásica sobre la interrelación los derechos y la ciudadanía: el sentimiento de que la gente lleva, más o menos, *el tipo de vida que se merece*.<sup>19</sup> Es así también que, a menudo contrafácticamente, aún se enarbola el principio del mérito personal en la reacción (en el sentido que le daba el sociólogo recientemente fallecido Albert O. Hirschman<sup>20</sup>) frente a las políticas redistributivas, una reacción expresada en términos de *mérito frente a la envidia* o el «resentimiento», o se esgrime la idea de mérito (*desert*) en la respuesta a medidas positivas como las políticas de cuotas, planteando en este caso un conflicto en términos de *mérito frente a igualdad* que viene expresado más o menos así: «el grupo infrarrepresentado en tal o cual institución, consejo de administración de una empresa o partido político pretende el puesto en nombre de la igualdad y en detrimento del mérito de otra persona».

Esto nos lleva a esbozar muy brevemente el lugar que el principio del mérito ocupa en el derecho.

---

<sup>19</sup> MARSHALL, T. H., *Ciudadanía y clase social*, Madrid, Alianza, 1998, p. 75 ss.

<sup>20</sup> HIRSCHMAN, A. O., *Retóricas de la intransigencia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991.

## 5. LA BASE DEL MÉRITO: UN BIEN SOCIALMENTE VALIOSO QUE PROMOCIONA EL DERECHO

La dimensión moral, quizás mejor cultural, de la base meritatoria (el esfuerzo, la capacidad, el talento) se incluye entre los bienes considerados socialmente valiosos que corresponde al derecho difundir y promocionar. El principio de mérito se ha incorporado de hecho a nuestro ordenamiento jurídico. El mérito y la capacidad personal es el principio de acceso a la función pública (art. 103 CE), una conquista, lo recordamos atrás, de la modernidad.

En la actualidad el mérito como «criterio de justicia» en los términos de Bobbio<sup>21</sup> o, de forma creemos que un tanto cursi, como *cultura del esfuerzo*, es un recurrente pivote de las reformas legislativas del sistema de educación. De otra forma, como argumento justificativo de un trato desigual, el mérito aparece en algunos intentos de *meritocratizar* normativamente determinadas percepciones públicas asistenciales<sup>22</sup> y un tanto elípticamente en la justificación de desigualdades patrimoniales asociadas a la inversión de patrimonio, inteligencia, etc. en una empresa privada, en el escalonamiento salarial, muchas veces debidas simplemente a las llamadas «azarosas leyes del mercado» pero algunas también justificadas explícita o implícitamente en las tesis del capital humano: el esfuerzo formativo, la preparación, la especial capacitación, etc.

A su vez, lo hemos apuntado ya, se ha tenido en cuenta la necesidad de conciliación el mérito con principios como el de igualdad, así en relación con fórmulas concretas de resolución de la tensión típica entre mérito e igualdad como en las llamadas medidas de discriminación inversa, la acción positiva y/o afirmativa, lo cual confiere al asunto que nos ocupa ya no sólo un tono actual sino también *problemático*. En todo caso, insistimos en ello, el principio de mérito personal es uno de los bienes que considerados socialmente valiosos, el derecho se ocupa de proteger ya que de hecho es ésta es una de sus funciones. Efectivamente, junto a la orientación del comportamiento, el control social, o el tratamiento y resolución de conflictos, corresponde al derecho desarrollar funciones de legitimación tanto en el ámbito político como en el ámbito civil<sup>23</sup>. En este punto se trata de una función

<sup>21</sup> BOBBIO, N., *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós, 1993.

<sup>22</sup> «(...) cuanto mayor sea la interiorización de una filosofía meritocrática y contributiva por parte de los trabajadores cotizantes, más dificultades encontraremos para la transición hacia una Renta Básica». NOGUERA, J. A., «La Renta Básica o el principio contributivo» en *La Renta Básica. Por una ciudadanía más libre, más igualitaria, más fraterna*, RAVENTÓS, D. (coord.) Barcelona, Ariel, 2001.

<sup>23</sup> Bobbio insistió en ello en distintos lugares, por todos, *vid.* BOBBIO, E., *Estado, gobierno y sociedad: por una Teoría General de la Política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985. Sobre el significado del Estado de derecho en el sentido en que insistimos aquí investigó tempranamente Elías Díaz. DÍAZ, E., *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1998.

que afecta tanto a la diferenciación social (a la diferenciación social legítima) como a la distribución de bienes sociales. Corresponde, pues, al derecho la resolución de muchos aspectos típicos y externos de la tensión mérito/ igualdad.

## 6. EL PRINCIPIO DE MÉRITO Y LA DESIGUALDAD

Tal como recordamos atrás, el principio del mérito personal aparece bajo la fórmula esfuerzo + talento en la modernidad como una base de adquisición legítima de carácter dinámico (frente al carácter estático de las adscripciones estamentales) y formalmente abierta tanto en la esfera privada (universal aunque parece cierto que ligada en muchos aspectos a la ascética laboral puritana y a la ética protestante funcional al desarrollo del capitalismo de acuerdo a las clásicas tesis de Weber como, más en general, a las señas de la identidad burguesa, tal como lo describiera Sombart<sup>24</sup> y de distinta forma la Escuela de Frankfurt, Norbet Elias, Polanyi, Dumont, Wright Mills, Grignon o Bourdieu; como en el acceso a cargos públicos de la administración del Estado.

El mérito personal (*desert*) es desde entonces una piedra angular del discurso sobre la justicia distributiva que afecta a la estratificación social y a la moderna racionalización de las desigualdades paralela al proceso de racionalización del mundo. Las sociedades pre-modernas se basaban en valores adscritos, las sociedades modernas en logros adquiridos: las diferencias patrimoniales se basan en el esfuerzo y el talento desarrollado es un contexto de igualdad formal (en la esfera privada) y por el más general principio de capacidad y talento en el acceso a cargos y posiciones públicas.

En el primer ámbito, el privado o el del mercado (hoy expandido como «mercado de trabajo») las tesis funcionalistas de la desigualdad, por ejemplo las de David Moore, insistían en que la desigualdad es funcional para la sociedad porque crea los incentivos para el esfuerzo<sup>25</sup>. En la tradición abierta por James Stewart, Adam Smith o Mandeville, la búsqueda de la desigualdad patrimonial resultaba útil a la sociedad en su conjunto en tanto que estímulo de una lucha tan inocua como productiva<sup>26</sup>. Es un sistema de premios e incentivos inherentemente competitivo al que subyace una visión competitiva o agonal de la sociedad y quizás también de la propia existencia en la que inevita-

<sup>24</sup> SOMBART, W., *El burgués. Introducción a la historia espiritual del hombre económico moderno*, Madrid, Alianza, 1982, p. 163 ss.

<sup>25</sup> ARNESON, R., «Welfare Should Be the Currency of Justice», *Canadian Journal of Philosophy*, 30/4, 2000, pp. 497-524. Id., «Moral Limits on the Demands of Beneficence?» D. Chatterjee (ed.), *The Ethics of Assistance: Morality, Affluence, and the Distant Needy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003. LEVINE, A., «Rewarding Effort», *The Journal of Political Philosophy* 7/4, 1999, pp. 404-418

<sup>26</sup> HIRSCHMAN, A. O., *Las pasiones y los intereses*, Barcelona, Península, 1999.

blemente hay «ganadores» y «perdedores»; pero que al menos e idealmente permitiría que las personas no sean recompensadas de acuerdo a la «sangre» como en la sociedad estamental, sino por sus logros.

La aceptación y el éxito de la idea-fuerza del mérito fue enorme: aún hoy podemos convenir en que es razonable que los individuos que realizan diferentes elecciones partiendo de un mismo conjunto de oportunidades sean responsables de los desiguales resultados que se derivan de ellas. Se trata de un corolario del principio de responsabilidad individual: en las economías industrializadas modernas de mercado los beneficios económicos se distribuyen a través del mercado (empresarial y ocupacional) y de acuerdo a la división del trabajo y a las contribuciones personales de cada cual. Como los aportes son desiguales las retribuciones también lo son.

La valoración que los individuos hacen de la desigualdad, se insistía, depende en gran medida de las expectativas sobre la mejora de su propia posición social: las expectativas sobre movilidad y bienestar individual están condicionadas por las percepciones, la posición relativa que un individuo ocupa en el conjunto de la sociedad y su evolución a lo largo del tiempo. Una dosis de desigualdad inicial, incluso de continua desigualdad *durante* (así en la imagen del túnel que utilizaba Albert Hirschman) actuaba como inhibidor de las salidas del sistema y a la vez como estímulo para el ascenso social<sup>27</sup>.

De forma muy resumida: si en el plano de las percepciones sociales, el individuo de la sociedad moderna podría asumir que la graduación o el «gradiente» social está basada en el mérito, en el plano del contraste empírico la desigualdad moderna debía implicar tasas crecientes de movilidad social.

## 7. LA MOVILIDAD SOCIAL Y SU PERCEPCIÓN

Los primeros tratamientos de la movilidad social pertenecen a la época clásica de la sociología. Marx, Weber, Sorokin, Pareto y Schumpeter se interesaron con distintas prioridades y sensibilidades por ésta. La movilidad social puesta en relación con la desigualdad social y la estructura de clases es a su vez un vastísimo tópico de la sociología y apenas podemos hacernos aquí eco de la actualidad de algunos de sus estudios. La medición de la movilidad social es un buen indicador de la meritocracia, esto es, de la realidad social del principio del mérito. Sin embargo, los enfoques analíticos han estado en tensión con enfoques histórico-estructuralistas y funcionalistas y hay distintas teorías sobre la desigualdad en la conformación de las clases sociales (hipóte-

---

<sup>27</sup> HIRSCHMAN, A. O., ROTHSCILD, «The changing tolerance for income inequality in the course of economic development», *The Quarterly Journal of Economics*, 87 (4), 1973, pp. 544-566.

sis de cercamiento, zona de contención, contrapesos, contra movilidad y otros). Si hacemos un ejercicio de solapamiento, los indicadores más usuales sobre posiciones sociales y estatus son el patrimonio o riqueza, los ingresos, la ocupación y la educación.

La movilidad social entre origen y destino social refleja la apertura de una sociedad, así para medir la meritocracia de forma objetiva se utilizan esquemas de clases, un concepto de oportunidades vitales y una propuesta de medición empírica. Aquí son ya clásicos los estudios de Erik O. Wright<sup>28</sup>, el estudio de Blau y Duncan sobre la estratificación social en Norteamérica<sup>29</sup>, la aproximación crítica a la meritocracia desde las teorías de la reproducción de Bourdieu; la crítica al principio del mérito como inteligencia en el discurso del capitalismo,<sup>30</sup> los estudios de Sorensen o la estructura de clases de John H. Goldthorpe y otros. La posición social suele medirse través de variables de clasificación como el género, la edad, la ideología y la clase social. En la mayoría de estudios que hemos consultado se ha utilizado para la medición de la clase social el esquema EGP o CASMIN (Erikson, Goldthorpe y Portocarero) en su versión simplificada de cinco clases. El primer grupo es el de la clase de servicio (I+II), que está conformada por los propietarios y directivos de grandes empresas, así como por el conjunto de profesionales con título universitario. En segundo lugar está la clase administrativa o de rutina no manual (IIIa), que engloba a todos los administrativos, técnicos y empleados que tienen trato directo con el público. En tercer lugar están los propietarios de pequeñas empresas y los trabajadores por cuenta propia o autónomos (IVabc). En cuarto lugar, la clase de supervisores y trabajadores cualificados (V+VI), que aglutina al conjunto de supervisores y trabajadores manuales. Y por último el grupo de los trabajadores no cualificados en el sector industrial (VII) y de servicios (IIIb); también hemos acudido a versiones afines como: Trabajo no manual: I Clase servicio superior (abogados); II Clase servicio inferior (maestros); III Clase no manual rutinaria (oficinistas); Trabajo manual: V Técnicos y superiores manuales (capataz); VI Trabajadores manuales con cualificación (albañil); VII Trabajadores manuales sin cualificación; Otros grupos: IV Pequeña burguesía (autónomos)<sup>31</sup>.

Aunque sea de forma muy genérica, hay dos conclusiones que se repiten en todos los estudios de nuestro entorno: la movilidad social

<sup>28</sup> WRIGHT, E., O., *Class Counts. Comparative Studies in Class Analysis*, Cambridge University Press, 1997. Íd., «Análisis de clase», en Julio Carabaña (comp.), *Desigualdad y clases sociales. Un seminario en torno a Erik O. Wright*, Madrid, Argenteria-Visor, 1995.

<sup>29</sup> BLAU, P., DUNCAN, O., *The American Occupational Structure*, Nueva York, Free Press, 1978.

<sup>30</sup> BOWLES, S., GINTIS, H., *La meritocracia y el Coeficiente de Inteligencia. Una nueva falacia del capitalismo*, Barcelona, Anagrama, 1976.

<sup>31</sup> GOLDTHORPE, J., ERIKSON, E., *The Constant Flux: A Study of Class Mobility in Industrial Societies*, Oxford, Clarendon Press, 1993.

vertical es mucho más escasa que la percibida y hay factores ajenos al principio del mérito que explican muchas veces mejor tanto el «ascensor social» como las grandes fortunas: el llamado capital social, redes de contactos, información privilegiada/ cercanía al poder y otros.

En España, importantes trabajos como los de Javier Noya insisten en que nuestro país valora tanto la igualdad como las políticas redistributivas, esto es, la mayoría de la población española cree que es justo que el Estado tome medidas para reducir las diferencias de ingresos, aún cuando éstas puedan ser debidas a versiones del principio de mérito personal. Desde sus primeros estudios sobre la percepción de la meritocracia,<sup>32</sup> Noya ha destacado la ambivalencia, en particular en la esfera de actitudes sociopolíticas referidas a la igualdad y el estado de bienestar, y cómo a final del siglo xx ya hay un núcleo considerable de ciudadanos ambivalentes ante la igualdad y el estado de bienestar. Esa ambivalencia sustantiva tiene una estructura interna determinada socialmente.

Como ejemplo de una aproximación en el ámbito local, en «Percepción de la desigualdad y demanda de políticas distributivas en Andalucía», investigadores del Centro de Estudios Andaluces, conclúan que en los años anteriores al auge de la crisis y respecto a la evaluación de la desigualdad, los andaluces consideraban mayoritariamente que ya existían importantes diferencias salariales en el país, algo que ya se debía, fundamentalmente, a causas estructurales y no a criterios meritocráticos. Con respecto a la evaluación normativa de la desigualdad, el grupo estudiado se aproximaba entonces a una concepción más meritocrática que igualitarista, es decir, consideraban como principio de distribución que el sueldo ha de ser proporcional al esfuerzo invertido. Asimismo, se aproximaban más a una concepción estatalista a la hora de proporcionar los medios de vida necesarios para el sustento de la población, que a una concepción liberal, en la que el individuo sea quien se encargue fundamentalmente de esta tarea. El nivel de responsabilidad, el hacer bien el trabajo y el trabajar mucho eran los criterios que debían pesar, se decía, más en la retribución de un trabajador. En lo que concernía a la relación entre la movilidad objetiva y subjetiva se subrayaba que los individuos desconocían qué probabilidad tienen los hijos procedentes de distintos orígenes sociales de llegar hasta las posiciones sociales más altas, dando a todos los orígenes probabilidades más altas que las reales. Sin embargo, sí acertaban a la hora de ordenar los niveles de acceso y las dife-

---

<sup>32</sup> NOYA, J., «El valor de la ambivalencia: las actitudes ante la meritocracia, la igualdad y el Estado de Bienestar en España en perspectiva comparada», *Reis: Revista española de investigaciones sociológicas*, núm. 86, 1999, pp. 185-222; Íd., «Ambivalencia, consenso e igualdad», *Complejidad y teoría social*, PÉREZ-AGOTE, A., SÁNCHEZ, I. (coords.), 1996, pp. 259-282; Íd., «Justicia distributiva: actitudes, posiciones sociales y consecuencias políticas en España», *Perspectivas teóricas y comparadas de la igualdad*, 1996, pp. 121-168.

rencias entre ellos. En otras palabras, los individuos captaban el orden de las diferencias en función del origen social pero minimizaban tales diferencias, no percibían haber experimentado movilidad de largo recorrido en los últimos diez años. La sensación predominante era de inmovilidad y, en caso de movilidad, hubiera sido de corto recorrido.

Unos años más tarde, en los años 2010 a 2012 la percepción de la meritocracia es mucho más negativa y en ese sentido insisten la totalidad de aproximaciones sociológicas a cuestiones como la calidad de vida y las expectativas laborales, la valoración de los dirigentes empresariales y políticos, etc. Así, las encuestas sobre condiciones de vida del INE, CIS, CIRES, ECBC, Instituto de Estudios Económico Eurobarómetros, encuestas del ISSP (programa internacional de encuestas sociales) y las *Statistics on Income and Living Conditions* de Eurostat insisten en ese contraste entre la percepción del mérito y de la desigualdad. Como recordaba recientemente Vicenç Navarro, hoy en día la ideología existente en nuestras sociedades que asume que el gradiente social está basado en el mérito está siendo cuestionada ampliamente. La desigualdad social<sup>33</sup>, incluso en relación con los parámetros de la cuantificación de la desigualdad socialmente admisible, reconduce tanto a la percepción social de ésta como a su carácter justo o más extensamente a su carácter legítimo, lo que nos lleva de nuevo al principio del mérito ya que éste permite realizar atribuciones causales entre la situación material de un individuo y sus acciones. Aquí, una de las consecuencias de la crisis financiera ha sido la pérdida de confianza en las élites gobernantes, sean éstas financieras, económicas, mediáticas o políticas. «Más y más gente cuestiona que las élites que están arriba mandando estén allí debido a su mérito (...) En realidad, comienza a verse lo contrario. Unos porcentajes que están creciendo son los de los que piensan que la gente de arriba es más corrupta que la gente normal y corriente. Se han enriquecido, no sobre sus méritos, sino a través de sus contactos y conexiones.»<sup>34</sup>

A su vez, recordémoslo una vez más, el principio del mérito en su formulación moderna, como suma de esfuerzo y de talento, es una base de adquisición legítima pero no inescindible de las premisas, corolarios o reglas del juego que deben acompañarlo: básicamente la igualdad de oportunidades. En este punto, el conjunto de percepciones sociales sobre la legitimidad del reparto de beneficios y cargas de acuerdo con el principio de mérito personal en un sentido muy amplio es inescindible del contexto de igualdad/ desigualdad real. Y aquí hay

---

<sup>33</sup> Desde la filosofía moral y política suele utilizarse la expresión «desigualdad social» en un sentido muy amplio. Aquí nos referimos básicamente a la desigualdad social en un sentido más sociológico como distribución diferencial de recompensas y oportunidades entre los individuos de un grupo o entre distintos grupos en una sociedad determinada.

<sup>34</sup> NAVARRO, V., «El fin de la mal llamada meritocracia» en <http://www.vnavarro.org/?p=7615>. Consulta del 15 de febrero de 2013.

una notable coincidencia entre los diagnósticos de la situación de la distribución de la renta tras la crisis emitidos por instituciones académicas, sindicatos, organizaciones empresariales e instituciones de la sociedad civil, así como en los distintos informes periódicos acerca de la evolución de la desigualdad en nuestro país en los últimos veinte años: en épocas de crecimiento económico y de centralidad de la iniciativa profesional y/o empresarial y del trabajo remunerado por cuenta ajena como ejes de la vertebración social y de estatus, la pobreza no se ha reducido, sino que ha aumentado, la movilidad ha sido muy escasa y según la percepción social más extendida las distancias entre ricos y pobres no son siempre consecuencia del mérito personal.

Una de las conclusiones de un reciente informe del CES es que en España en los últimos veinte años el empleo no ha servido como factor de movilidad. El intenso crecimiento del empleo entre mediados de los noventa y 2007 no redujeron tampoco ni los porcentajes de pobreza ni la desigualdad. En épocas de bonanza ni las distancias entre las rentas más altas y las más bajas se contrajeron ni se acabó con importantes porcentajes de miseria y exclusión reproducidos por entorno social, familiar, geográfico y ambiental<sup>35</sup>. La distribución de la renta por quintiles (división de la población en cinco tramos en función de su nivel de renta) evidencia que el porcentaje de renta de los quintiles intermedios se mantuvo estable mientras que en los extremos se reduce el porcentaje de renta del quintil más bajo y aumenta el porcentaje del más alto. De hecho, España es uno de los países de la UE con un ensanchamiento más marcado de la brecha; en 2007, el 20% de población con más ingresos tenía 5,3 veces más que el 20% con ingresos más bajos. En 2011 ese multiplicador ya era del 6,8%. En España la brecha económica ha superado siempre la media de los socios del euro, al menos desde que arrancan las series estadísticas de Eurostat en 1995. La brecha se mantenía estable hasta que comenzó a crecer en 2008.

El coeficiente de Gini<sup>36</sup> que mide la diferencia de ingresos de un país es una clara muestra de ese cambio. Si la estadística arrojara un

---

<sup>35</sup> Si bien hasta la crisis de los años 90 España había avanzado en la reducción de la desigualdad (un mandato constitucional, el del artículo 9.2 CE), la crisis de esa década supuso una suerte de estancamiento y luego un retroceso permanente en la igualdad socioeconómica entre ricos y pobres. Incluso el periodo de crecimiento correspondiente a la llamada «burbuja inmobiliaria» dejó intactos los altos índices de desigualdad en nuestro país. Lo más significativo es que a ese estancamiento ha seguido un marcado aumento de la distancia entre ricos y pobres acentuado durante la crisis económica.

<sup>36</sup> El coeficiente de Gini es una medida de la desigualdad ideada por el estadístico italiano Corrado Gini. Mide la desigualdad en los ingresos, dentro de un país, pero puede utilizarse para medir cualquier forma de distribución desigual. El coeficiente de Gini es un número entre 0 y 1, en donde 0 se corresponde con la perfecta igualdad (todos tienen los mismos ingresos) y donde el valor 1 se corresponde con la perfecta desigualdad (una persona tiene todos los ingresos y los demás ninguno). El índice de Gini es el coeficiente de Gini expresado en porcentaje y es igual al coeficiente de Gini

cero, significaría que en ese país hay una igualdad perfecta. El 100 sería la desigualdad más absoluta. España sacó en 2011 un 34. El nivel más alto desde que hay registros. Además, en lo que toca al aumento de las distancias, en los últimos años ha salido con insistencia a la luz y no precisamente por un ánimo morboso, ni motivada por la envidia<sup>37</sup>, numerosa información sobre gráficos aspectos de la enorme fisura social, así se ha difundido información sobre el disfrute exclusivo de comodidades poco conocidas, ostentación de fortunas cifradas en millones de euros, lujos ligado al placer o a las condiciones físicas y psíquicas que lo hacen posible.

## 8. HOMBRE RICO, HOMBRE POBRE

Dedicar la vida a la adquisición de grandes patrimonios, a superar a los demás en este punto, o lo que puede ser más chocante, *en no consentir ser superado*, se ha convertido en un modo de vida socialmente extendido. Al otro lado de la estratificación social se sitúa un nutrido grupo que padece la precariedad en la satisfacción de las necesidades básicas y, lindante con éste en un sentido dinámico, un creciente número de personas que sufre la pobreza.

Detengámonos en algunos datos de esa estratificación social que hace tiempo dejó de ser una pirámide para asemejarse más a una fina copa de champagne: una base amplia de desplazados y pobres, fino canal de ascenso y una estrecha copa en lo más alto.

### 8.1 Hombre rico

En el lado privilegiado de la estadística sobre desigualdad social se encuentran las personas ricas y las grandes fortunas. Autores como Joseph Stiglitz, Richard Wilkison o Kate Pickett han analizado tanto el problema de la división social que supone la existencia de altas cuotas de desigualdad económica como el impacto sobre ámbitos informados por los derechos<sup>38</sup>.

En *The Price of Inequality*, Stiglitz dedica numerosas páginas a recoger argumentos sobre cómo la búsqueda de enormes beneficios a

---

multiplicado por 100. Aunque el coeficiente se utiliza para medir la desigualdad en los ingresos, también puede utilizarse para medir la desigualdad en la riqueza. FEDRIANI, E. M., MARTÍN, A. M., «Distribución personal y funcional de la renta», en Vallés, J., *Economía Española*, Madrid, McGraw-Hill, 2009, pp. 331-345.

<sup>37</sup> ANDERSON, S., E., «What is the Point of Equality», *Ethics*, 109, 1999, pp. 287- 337.

<sup>38</sup> STIGLITZ, J., *The Price of Inequality: How Today's Divided Society Endangers Our Future*, W. W. Norton & Company, 2012; WILKISON, R., PICKETT, K., *Desigualdad: un análisis de la (in)felicidad colectiva*, Madrid, Turner, 2009, p. 72 ss.

corto plazo o la compensación millonaria en el sector financiero aparecen desligadas de los típicos atributos meritocráticos y además resultan dañinas para amplios sectores de la sociedad, en concreto afecta a sus oportunidades (segregación residencial, salud, educación, protección legal, etc.), lo que permite a su vez nuevos beneficios sobre las ventajas conseguidas<sup>39</sup>. Entre las estadísticas que arrojan luz sobre el polo privilegiado de la desigualdad, por ejemplo Merryll-Lynch y Capgemini publican informes anuales sobre la riqueza y sus detentadores<sup>40</sup> y una de sus conclusiones más rotundas es que las grandes fortunas suben también, o precisamente, en tiempos de crisis y de recesión económica con altos índices de desempleo y precariedad laboral.<sup>41</sup>

Por su parte, Forbes destaca que en 2012 aumentó el número de megamillonarios, y su patrimonio promedio (3500 millones de dólares). La mayoría sigue siendo estadounidenses pero su porcentaje está declinando, mientras aumentan los ricos de países pobres. China, Brasil, India, México, Turquía, Ucrania o Rusia producen muchos multimillonarios. En este punto el análisis de la composición de las listas de «nuevas grandes fortunas» indica que es la cercanía al poder público, o los ventajosos negocios con países con importantes déficits democráticos, libertad y ausencia de igualdad de oportunidades y no tales o cuales señas o virtudes personales depositadas en una determinada trayectoria profesional o empresarial lo que actúa como extraordinario «ascensor social»<sup>42</sup>.

## 8.2 Hombre pobre

La crisis económica que comenzó en verano de 2007 ha provocado un incremento en el porcentaje de personas que se encuentran por debajo del umbral de la pobreza relativa en España hasta rondar el 25%. Según Eurostat, el 19,6% de los españoles está expuesto al riesgo de pobreza, una cifra superior al 16,5% de la media de la UE<sup>43</sup>. Para la agencia europea de estadísticas, personas en riesgo de pobreza

<sup>39</sup> STIGLITZ, J., *The Price of Inequality: How Today's Divided Society Endangers Our Future*, cit., pp. 77-79.

<sup>40</sup> Los informes de Merryll-Lynch y Capgemini distinguen entre los *High Net Worth Individuals* (HNWI) y los *Ultra High Net Worth Individuals* (UHNWI). Los primeros tienen activos superiores al millón de dólares, sin contabilizar la primera residencia, los bienes consumibles, los bienes coleccionables y los de consumo duradero. Los *Ultra High Net Worth Individuals* es el grupo de personas que en 2009 estaba compuesto por 31.000 miembros con activos superiores a 13.845.000.000.000 dólares. MERRYLL-LYNCH, CAPGEMINI, *World Wealth Report 2010*, en [http://www.it.capgemini.com/m/it/doc/pubbl/wwr\\_2010.pdf](http://www.it.capgemini.com/m/it/doc/pubbl/wwr_2010.pdf) Consulta de 2 de marzo de 2013.

<sup>41</sup> RAVENTÓS, D., «Las cifras de la concentración mundial de la riqueza», *Sin permiso*, disponible en <http://www.sinpermiso.info/textos/index>. Consulta 7 de diciembre de 2012.

<sup>42</sup> «Un vulgar club de ricos» (editorial) *El País*, 11 de marzo, 2011.

<sup>43</sup> [http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/government\\_finance\\_statistics/excessive\\_deficit/supplementary\\_tables\\_financial\\_turmoil](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/government_finance_statistics/excessive_deficit/supplementary_tables_financial_turmoil). Consulta de 14 de enero de 2013.

son aquellas que viven en hogares donde los ingresos equivalentes por adulto después de recibidas las transferencias sociales son inferiores en un 40% al ingreso medio nacional<sup>44</sup>. Por su parte, según el Instituto Nacional de Estadística, los ingresos medios anuales de los hogares españoles alcanzaron los 25.732 € en 2009, una disminución del 2,9% respecto al año anterior, mientras que el 20,8% de la población está por debajo del umbral de pobreza relativa<sup>45</sup>.

La experiencia del pasado siglo en los principales países con economía de mercado parece indicar que un cierto nivel de desigualdad económica no sólo es inevitable, sino también necesario para el mantenimiento del sistema: a ambos extremos encontramos ejemplos poco deseables, bien una homogeneidad socioeconómica conseguida con el sacrificio de derechos y libertades, bien una distancia excesiva (tanto de bienestar como de oportunidades) traducida en quiebra democrática y de la propia sociedad civil. No hay lugar aquí para tratar la interesante cuestión de los límites de la desigualdad socioeconómica. Apuntemos sólo algunos aspectos destacados sobre la legitimidad de la desigualdad a la que nos venimos refiriendo.

Según las recientes encuestas de valores realizada por la *Pew Foundation*, la mayoría de las poblaciones de los países en recesión incluyendo los países de la Eurozona, no confían en las élites gobernantes<sup>46</sup>. Éstas están perdiendo no sólo la confianza sino su legitimidad. Esta mayoría percibe que la línea ascendente en el gradiente social no la determina el mérito, sino las conexiones y relaciones interpersonales determinadas en gran parte por el origen social del individuo, definido éste por clase social y género. El mérito parece no poder explicar convincentemente sus posiciones de responsabilidad y de privilegio. Las conexiones y redes de intereses (que los sociólogos llaman «capital social») que les permiten ascender, explica que estén arriba. Es lógico, pues, que la gran mayoría de la ciudadanía cuestione el sistema que permite a las élites existir, permanecer y reproducirse, sin ninguna justificación o responsabilidad frente a los demás (*accountability*): «la meritocracia aparece como la ideología que las élites promueven en los medios que controlan para justificar su poder»<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Eurostat, *Income and Living Conditions in Europe*, 2010.

<sup>45</sup> Al margen de los datos que sobre el empleo arroja la Organización Internacional del Trabajo (OIT), para el INE, la tasa de pobreza relativa es el porcentaje de personas que está por debajo del umbral de la pobreza, medido éste como el 60% de la mediana de ingresos por unidad de consumo de las personas. A su vez, la mediana es el valor que, ordenando a todos los individuos de menor a mayor ingreso, deja una mitad de los mismos por debajo de dicho valor y a la otra mitad por encima. De modo que por tratarse de una medida relativa, su valor depende de la distribución de la renta entre la población. BARRAGUÉ CALVO, B., «Desigualdad económica y bienestar: tres modelos de justicia social», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2011. Pp- 17-46

<sup>46</sup> Pew Research Center, 2012, en <http://www.pewglobal.org/2013/05/28/world-worried-about-inequality>. Consulta de 27 de marzo de 2013.

<sup>47</sup> V., NAVARRO, V., *El fin de la mal llamada meritocracia*, cit., p. 5.

## 9. OTROS HECHOS SOCIALES: DESIGUALDAD DE GÉNERO Y DE OPORTUNIDADES

No hay diferencia de inteligencia entre hombres y mujeres, ni entre negros y blancos, ni entre gitanos ni payos, no hay diferencia de inteligencia, ni de talento o capacidad de esfuerzo entre géneros, razas ni grupos étnicos por ello si se observa que en una sociedad donde están presentes distintos géneros y razas hay una sobrerrepresentación de un grupo étnico o de un género en particular es porque están fallando los presupuestos meritocráticos señalados atrás y básicamente el principio de igualdad de oportunidades. Citemos sólo dos ejemplos.

### 9.1 La infrarrepresentación de la mujer

Un hecho muy gráfico sobre el que evaluar la vigencia del mérito es que a pesar de que éste no parece realizar en la actualidad convincentemente sus aspectos positivos (consecución de una marcada y creciente movilidad social vertical, legitimación/ racionalización de las posiciones políticas y económicas más ventajosas, imputación causal del estatus al talento o al esfuerzo), el principio del mérito se sigue enarbolando recurrentemente frente a medidas informadas por el valor igualdad. Esto es bien visible en el debate sobre las políticas de cuotas propuestas para rectificar la infrarrepresentación de la mujer en las instituciones socialmente representativas.

En lo que se refiere a la igualdad de sexos, los ámbitos a los que se accede por estricta oposición son razonablemente paritarios, sin embargo, las instituciones a las que se accede por cooptación siguen hoy copadas por varones. A modo de ejemplo en la RAE en 2012 la composición por sexo era de 42 hombres y 4 mujeres. En Europa, el 86,3% de los consejeros son hombres en un continente de larga tradición igualitaria en el que el 60% de los nuevos licenciados son mujeres, pero cuando se produce un debate sobre cómo lograr que instituciones representativas reflejen una relativa paridad de sexos éste se presenta como ejemplo de tensión igualdad *versus* mérito. Según datos del Parlamento Europeo, menos del 14% de los embajadores europeos son mujeres, y sólo 9 de cada 100 decanos universitarios son de sexo femenino. De cada 100 grandes empresas, sólo 3 cuentan con una presidenta, y únicamente el 2% de los ministros de la UE son mujeres<sup>48</sup>. Además, ellas cobran 2 euros menos por cada hora de trabajo y asumen 13 horas de trabajo doméstico más por semana. El Instituto Europeo de Igualdad de Género recopila y anali-

---

<sup>48</sup> <http://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/content/20110324STO16428/html/Cien-datos-chocantes-sobre-la-desigualdad-de-g%C3%A9nero-en-la-UE>. Consulta de 14 de febrero de 2013

za estos datos, que demuestran que aún queda mucho camino por andar para poder hablar de igualdad de oportunidades, aún así cuando la vicepresidenta de la Comisión Europea y comisaria europea de justicia Viviane Reding logró sacar una directiva cuyo objetivo era incorporar mujeres europeas a consejos de administración de las grandes empresas, el debate se rotuló: «meritoriaje frente a género». En la actualidad, 11 de los 27 países de la UE han legislado por la paridad en las empresas con normas poco severas que plantean la necesidad de esta legislación con ecos de la tensión mérito-igualdad.

## 9.2 La escasa movilidad de los peor situados

Hemos insistido en que un presupuesto necesario de la legitimidad de la desigualdad meritocrática es la existencia de una previa igualdad de oportunidades. El concepto sociológico de «igualdad de oportunidades» apunta a los ingresos de unos individuos según el nivel de estudio de los padres. Si tuviéramos que plantarlo muy brevemente, podríamos decir que si los individuos cuyos padres tienen un nivel de estudio A obtienen sueldos siempre inferiores a los individuos cuyos padres tienen un nivel de estudio B, hay desigualdad de oportunidades. Desde esta perspectiva España es un país con una gran desigualdad de oportunidades en el ámbito europeo. Atendiendo a los datos más recientes del INE (2012) sobre movilidad intergeneracional en España, la tasa de riesgo de pobreza de los adultos cuyo padre solo tenía educación secundaria de primera etapa o inferior es del 21,3%, mientras en el caso de disponer de educación superior baja al 10,7%. La mayoría de estudios al respecto coinciden en el punto de partida: la educación pública se ha tenido como un instrumento para alcanzar esta igualdad pero también parece haber fracasado como vehículo de igualdad social.

De forma más amplia, la igualdad de oportunidades alude a los condicionantes de la situación socioeconómica en el acceso a oportunidades profesionales, laborales, etc. España ocupa una de las posiciones más preocupantes en las estadísticas que miden la desigualdad social y se ha convertido, por primera vez, en el país de la UE con mayor distancia entre las rentas altas y las bajas lo que influye en las oportunidades reales de mantener una trayectoria formativa y profesional<sup>49</sup>. No se participa en el juego de la igualdad de oportunidades cuando la prioridad es la supervivencia; dicho de otra forma, cuando la igualdad de oportunidades no es más que un principio meramente

---

<sup>49</sup> En el momento de acabar la redacción de este trabajo, más de 1,7 millones de hogares españoles, según la última Encuesta de Población Activa (EPA), tiene a todos sus miembros en paro. Y solo el 67% de los registrados en las oficinas de empleo reciben alguna ayuda o prestación del Estado. EPA 2013.

retórico, la libertad formal que permite atribuciones causales de mérito carece de valor<sup>50</sup>.

De acuerdo con los informes 2011/2012 de la OCDE, desde mediados de los noventa las políticas correctoras como los impuestos y los servicios sociales han perdido poder de redistribución de riqueza y de corrección de la desigualdad de oportunidades en los dos sentidos anteriores. El impacto de la crisis financiera y económica pero también las políticas públicas han afectado negativamente a la situación de la igualdad de oportunidades de acuerdo con los principales indicadores que atienden a tres dimensiones: predistribución, redistribución y movilidad social. Sin embargo, el principio del mérito aparece de forma intermitente como contrapeso teórico frente a la presión impositiva dirigida a las grandes fortunas y patrimonios. A su vez, el dismantelamiento progresivo del sistema de protección del estado social saca del «juego meritocrático» a altos porcentajes de la población.

Un número dado de casos de corrupción, privilegios injustificados y de nepotismo puede afectar a la percepción de la legitimidad de la desigualdad de estatus. De igual forma, lo puede hacer también ya no la existencia de grupos en situación de desventaja inicial, sino de individuos directamente excluidos (piénsese en las decenas de miles de personas en situación de miseria, en la estratificación de nacionales de terceros países, ciudadanos extranjeros, la cuestión de la homologación de títulos, de bolsas de trabajo, etc.) y/o ciudadanos expulsados del sistema económico y por tanto de la posibilidad de acceder a esa suerte de «ascensor social» de inspiración meritocrática.

## 10. A MODO DE CONCLUSIÓN

El mérito es un principio que ocupa un lugar privilegiado en el debate sobre justicia social o distributiva. Un concepto contingente que como señalaba acertadamente Amartya Sen ha de ponerse en relación con lo que en cada momento una sociedad considera valioso.

Básicamente y con el trasfondo de la crisis de legitimidad de las instituciones políticas, económicas y financieras, hemos distinguido dos usos de la meritocracia. Una apunta al futuro y tiene forma de ideal: se trata de dar una oportunidad (*chance*) a todos de obtener una posición, un puesto o alcanzar un estatus en función de una serie de acciones que no dependen de factores adscriptivos ni heredados sino que de una u otra forma, dependen del individuo (su esfuerzo, su desempeño, etc.). Otra apunta al pasado y es un concepto de tono moral emparentado con las ideas de justicia que revela que algo que se ha

---

<sup>50</sup> BESCOND, D., CHATAIGNIER, A., MEHRAN, F., «Seven indicators to measure decent work: An international comparison», *International Labour Review*, vol. 142, pp. 179-213.

hecho resulta merecedor de una recompensa. En ambas la meritocracia es una técnica que revela capacidades y talentos que se descubren y aprovechan en el seno de una sociedad. El primero está muy ligado al principio de igualdad de oportunidades y tiene una doble espacio de realización: el privado y el público. En el ámbito privado, el mérito personal o individual (inteligencia y esfuerzo) se convierte en la piedra angular del discurso del capitalismo desde el siglo XIX y en corolario del discurso del «hombre hecho a sí mismo»: el aspecto lírico y conmovedor de la desigualdad y aún hoy el mérito (*desert*) es una forma de legitimar las desigualdades socioeconómicas pues propone atribuciones causales de acciones y elecciones individuales con estatus materiales, cargos y posiciones sociales. Desde el punto de vista de la teoría sociológica es el principio de estratificación propio de las sociedades postindustriales que describieron Daniel Bell o Joachim Richta. El principio del mérito tiene como presupuesto la existencia de una serie de premisas, o dado el trasfondo competitivo o agonial en que se funda, unas «reglas de juego»: básicamente la sujeción a una normas de competencia, respeto contractual y «fair play», ausencia de «jugadores» excluidos (igualdad formal) y una previa igualdad de oportunidades.

Sin embargo, si los enfrentamos a algunos hechos sociales el principio del mérito parece en la actualidad un concepto enormemente paradójico: de un lado una aproximación mínimamente crítica aún desvela sus clásicas debilidades, así las derivadas de la posible inclusión de la propia inteligencia o del talento en categorías adscriptivas, y «no merecidas» por ser parte de esa lotería natural a que se refería Rawls, así la crítica socialdemócrata a los excesos de una suerte de «darwinismo social» y su uso antiigualitario refractario a medidas positivas, mayor progresividad fiscal, etc.; así incluso las denuncias hechas desde el pensamiento conservador al individualismo insolidario que genera una base insuficiente, dicen, para mantener a la sociedad integrada; así las teorías de la reproducción paradigmáticamente expuestas por Pierre Bourdieu, y otras.

De otro lado, a pesar de esos frentes teóricos permanentemente abiertos y del limitado efecto de la educación como instrumento de mejora de las posiciones sociales (la esperanza cifrada en la educación como «ascensor social»), la crisis ha desvelado la ausencia y la necesidad de una meritocracia real ligada a una ética de la profesionalidad o en general a unos mínimos valores morales. La alternativa a una meritocracia imperfecta parece la ausencia de méritos, el nepotismo, el abuso de las influencias de las redes de capital social (el «enchufismo») de una suerte de oligocracia elitista ajena a alguna de las bases meritorias que nos hemos ocupado de recordar aquí: trayectoria profesional, inteligencia o esfuerzo depositada de forma continuada en una actividad, cargo público, empresa o industria. Los estudios que hemos aportado sobre la escasa movilidad social meritocrática hacen vigente la pregunta clásica de Willis: «¿por qué

los hijos de padres de clase obrera consiguen trabajos de clase obrera?». <sup>51</sup> Y aún peor, ponen de manifiesto una marcada movilidad social *descendente* para una clase trabajadora que pasa de «ejército de mano de obra de reserva» a mera superfluidad de acuerdo con los análisis de Zygmunt Bauman <sup>52</sup>.

En nuestro entorno, incluso durante el periodo 1996-2005 cuando el crecimiento económico era importante, la proporción de personas bajo el umbral del 60% de la renta media, casi un quinto exacto del total de la población se ha mantenido constante con índices de movilidad muy bajos. Al margen de la crisis, pues, y dado que se han superado tasas de crecimiento económico sustanciales, se puede decir que nuestro Estado de derecho ha fracasado en el compromiso constitucional de lograr ese orden social y económico justo buena parte del cual depende de la depuración de las premisas que harían un poco más legítima la estratificación social y el reparto de las oportunidades y de la riqueza.

No sólo la economía sino la convivencia social descansa sobre el armazón de creencias comunes sobre lo que es justo. Las personas que realizan diferentes elecciones a partir de un mismo conjunto de oportunidades pueden ser legítimamente responsables por unos resultados diferentes. Otra cosa, sin embargo, es la insistencia de cuño neoliberal en enarbolar el principio de responsabilidad individual: *a)* sin constatar la existencia de la básica igualdad de oportunidades inicial y sus corolarios: ausencia de excluidos, bajo número/ gravedad de casos de corrupción y nepotismo, transparencia, información adecuada para todos los participantes, etc.; *b)* para deslegitimar medidas sociales informadas por el valor igualdad, así opciones fiscales redistributivas como los impuestos sobre el patrimonio, la herencia o los rendimientos de capital pero también medidas afirmativas o positivas; *c)* tolerar niveles indecentes de desigualdad, miseria o exclusión social en una misma sociedad o en el seno de una categoría social de vocación igualitaria como es la ciudadanía.

En relación con la movilidad social hemos recogido, siguiendo el consenso sociológico, que hay marcadas divergencias entre la probabilidad real de la movilidad social y la percibida. El caso de la desigualdad de sexos está más medido que el socioeconómico pero aquí hemos subrayado datos para la corroboración empírica de otros hechos sociales que afectan globalmente al paradigma de la meritocracia: escasa movilidad social, desvinculación de unos presupuestos morales

---

<sup>51</sup> WILLIS, P., *Aprendiendo a trabajar. Cómo los chicos de clase obrera consiguen trabajos de clase obrera*, Madrid, Akal, 1988. Resultan también hoy preocupantemente legibles otras obras de referencia de finales de los años ochenta como BOWLES, S., GINTIS, H., *La instrucción escolar en la América capitalista*, Madrid, Siglo XXI, 1985. LERENA ALESÓN, C., *Escuela, ideología y clases sociales en España*, Barcelona, Círculo de Lectores, 1989.

<sup>52</sup> BAUMAN, Z., *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Barcelona, Gedisa, 2000, pp. 27 ss.

del principio meritocrático, reparto injusto del impacto de la crisis, aumento de la miseria y ausencia de una rudimental igualdad de oportunidades que hace grotesco hablar en serio del reparto meritorio de cargos, riqueza, estatus y posiciones incluso cuando la meritocracia sea un sistema imperfecto, o como se señalaba en una época quizás con menos hechos que acudían a desmentirla, en realidad una perfecta distopía.

Fecha de recepción: 31/03/2013. Fecha de aceptación: 31/10/2013.

A propósito del paso de Hans J. Morgenthau  
por España: *Positivismo mal entendido y teoría  
realista del derecho internacional*<sup>1</sup>

About the Stay of Hans J. Morgenthau in Spain  
*Misunderstood Positivism and Realist Theory  
of International Law*

Por JOSÉ ANTONIO GARCÍA SÁEZ  
Institut de Drets Humans de la Universitat de València

**RESUMEN**

*El objetivo de este texto es doble. Por un lado, pretende relatar el paso de Hans J. Morgenthau por España, donde enseñó en el Instituto de Estudios Internacionales y Económicos entre 1935 y 1936, en plena II República. Por otro lado, y principalmente, quiere realizarse una revisión crítica de la única obra que Morgenthau publicó en España durante su estancia: Positivismo mal compris et théorie réaliste du droit international. En ella se anuncia la construcción de una teoría realista del derecho internacional, apropiada para superar los límites que, a su juicio, presentaba el positivismo jurídico, incapaz de comprender los problemas de la realidad internacional. Se pres-*

---

<sup>1</sup> Este trabajo se inscribe dentro del proyecto de investigación Consolider-Ingenio CDS2008-00007 «El tiempo de los derechos», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación; en concreto dentro de su línea 2, «Organización internacional y justicia». Una versión previa se presentó en el Seminario de Profesores a Tiempo Completo del Departamento Académico de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México el 6 de septiembre de 2013, e incorpora algunas de las valiosas observaciones que allí se realizaron.

*tará una especial atención a las influencias que la teoría kelseniana tiene sobre el autor, así como a sus marcadas diferencias.*

Palabras clave: *Morgenthau, Filosofía del Derecho Internacional, Historia del Derecho Internacional, Positivismo jurídico, Realismo político.*

## ABSTRACT

*This text has a double goal. On the one hand, it wants to report the short stay of Hans J. Morgenthau in Spain, where he taught at the Instituto de Estudios Internacionales y Económicos from 1935 to 1936, in the middle of the II Spanish Republic. On the other hand, and mainly, it wants to perform a critical review of the only work that Morgenthau published in Spain during his stay: Positivisme mal compris et théorie réaliste du droit international. It announced the construction of a realistic theory of international law, suitable to overcome the limits that, in his opinion, had legal positivism doctrine, unable to understand the problems of international reality. Special attention is paid to influences Kelsen's theory in the author, as well as to their deep differences.*

Key words: *Morgenthau, Philosophy of International Law, History of International Law, Legal positivism, Political realism.*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. HANS J. MORGENTHAU, JURISTA A LA SOMBRA DE KELSEN.-2. ESTANCIA EN MADRID (1935-1936).-3. POSITIVISMO MAL ENTENDIDO.-4. PROLEGÓMENOS DE UNA *TEORÍA REALISTA DEL DERECHO INTERNACIONAL*.-5. NOTAS CONCLUSIVAS.

**SUMMARY:** 1. INTRODUCTION. HANS J. MORGENTHAU, LAWYER UNDER THE SHADE OF KELSEN.-2. STAY IN MADRID (1935-1936).-3. MISUNDERSTOOD POSITIVISM.-4. PRELIMINARIES OF A *REALIST THEORY OF INTERNATIONAL LAW*.-5. CONCLUSIVE NOTES.

### 1. INTRODUCCIÓN. HANS J. MORGENTHAU, JURISTA A LA SOMBRA DE KELSEN

Hans J. Morgenthau (1904-1980) es un autor sobradamente conocido en España por los estudiosos de las relaciones internacionales. No es, en cambio, tan conocido entre quienes se dedican al derecho y, particularmente, entre los iusfilósofos. En efecto, Morgenthau no ha pasado a la historia como un jurista, sino como un analista de la polí-

tica exterior norteamericana y, en concreto, como el padre<sup>2</sup> de las relaciones internacionales. Su obra *Politics Among Nations* (1948)<sup>3</sup> ha sido considerada como un hito fundamental en la consolidación de esta rama del saber como una disciplina autónoma y, a su vez, le ha situado –junto con Edward H. Carr, Raymond Aron o Robert Gilpin– como uno de los máximos exponentes del realismo político en el siglo xx. Pese a ello, Morgenthau fue, al menos en la primera etapa de su vida académica, un jurista, y particularmente un jurista interesado por los problemas de la filosofía del derecho y del derecho internacional<sup>4</sup>. Es en ese aspecto de su obra en el que centraré estas líneas, puesto que los trabajos de Morgenthau dedicados al derecho internacional constituyen, en mi opinión, una de las críticas más directas y afiladas a las propuestas del pacifismo jurídico que Hans Kelsen formuló aplicando los postulados de su teoría pura del derecho al ámbito del internacional.

Como ha destacado La Torre<sup>5</sup>, buena parte de las principales teorías originadas en la República de Weimar surgen como respuesta a las obras de Kelsen, o, cuanto menos, las utilizan como un indiscutible referente. Es el caso de Carl Schmitt y su conocidísima polémica sobre quién debía ser el guardián de la Constitución<sup>6</sup>. Pero también de la discusión con Hermann Heller a propósito de la soberanía<sup>7</sup>, con Erich Kaufmann respecto de la filosofía neokantiana<sup>8</sup>, o con Eugen Ehrlich<sup>9</sup> sobre los fundamentos sociológicos del derecho, por mencio-

<sup>2</sup> HOFFMAN, S. «An American Social Science: International Relations», en *Daedalus*, núm. 106, 1977, pp. 41-60, p. 44.

<sup>3</sup> MORGENTHAU, H. J., *Politics among Nations. The Struggle for Power and Peace* (7.ª ed., revisada por K. W. Thompson y W. D. Clinton), Mc Graw Hill, Nueva York, 2006 [1948].

<sup>4</sup> Solo en los últimos años se ha insistido lo suficiente en Morgenthau como teórico del derecho, tal y como se ha resaltado con especial acierto en: JÜTERSONKE, O., *Morgenthau, Law and Realism*, Cambridge University Press, 2010; o *Id.*, «The image of law in Politics Among Nations», en Michael C. Williams (ed.), *Realism Reconsidered: The Legacy of Hans J. Morgenthau in International Relations*, Oxford University Press, 2008, pp. 93-117. Un importante precedente de este enfoque sería: AMSTRUP, N., «The “Early” Morgenthau. A Comment on the Intellectual Origins of Realism», en *Cooperation and Conflict*, núm. 13, 1978, pp. 163-175.

<sup>5</sup> LA TORRE, M., *La crisis del noveciento. Giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimar*, Dedalo, Bari, 2006, p. 94.

<sup>6</sup> KELSEN, H. y SCHMITT, C., *La polémica Schmitt / Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución / ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 2009.

<sup>7</sup> HELLER, H., *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995 (1927).

<sup>8</sup> KAUFMANN, E., *Critica della filosofia neokantiana del diritto*, ed. a cargo de A. Carrino, trad. R. Miccú y A. Carrino, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992 [1921].

<sup>9</sup> *Vid.* ROBLES MORCHÓN, G., «La polémica entre Kelsen y Ehrlich en torno a la naturaleza de la ciencia jurídica», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XIX, 1976-1977, pp. 183-197; también *Id.*, *La ley y el derecho vivo. Método jurídico y sociología del derecho en Eugen Ehrlich*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

nar solo unos pocos ejemplos. Hans J. Morgenthau es otro más de los muchos juristas formados en la *Staatsrechtslehre* alemana que encuentra en los postulados de Kelsen un punto de partida para sus propias teorías, si bien es cierto que para hacerlas evolucionar en un sentido totalmente inverso al del profesor de Viena.

En 1929, un joven Morgenthau presenta en Frankfurt la tesis doctoral que lleva por título *Die internationale Rechtspflege, ihr Wesen und ihre Grenzen*<sup>10</sup>. Claramente influida por la profunda crisis de la Sociedad de Naciones y por el desencanto alemán con las condiciones impuestas por el Tratado de Versalles, la tesis supone una extensa crítica a la idea de que los tribunales (y, por extensión el derecho) puedan ser un instrumento adecuado para establecer la paz en el ámbito internacional. Inspirada también por la agria crítica al liberalismo que Schmitt formula durante la República de Weimar, la tesis pretendía ser además una réplica parcial a la primera edición de *El concepto de lo político* (1927), relativizando la importancia de la distinción amigo-enemigo como un elemento definitorio de lo político y proponiendo en su lugar la noción de *intensidad*. Años más tarde, Morgenthau acusará a Schmitt de haber introducido esa noción *intensidad* en la segunda edición de *El concepto de lo político* (1932) como consecuencia de la lectura de su tesis doctoral, pero sin ni siquiera mencionarle<sup>11</sup>. Morgenthau nunca le perdonaría ese hecho, ni tampoco la mala impresión que personalmente le causó en la única entrevista que mantuvieron en el despacho de Schmitt, en Berlín, tras la cual pensó «acabo de conocer al hombre más malo sobre la faz de la Tierra»<sup>12</sup>.

Habiendo sufrido la discriminación por su origen judío desde la infancia<sup>13</sup>, Morgenthau decide abandonar su país en 1932 para hacer carrera académica, convencido de que no podría encontrar una plaza en la universidad alemana debido al auge del totalitarismo y el antise-

<sup>10</sup> MORGENTHAU, H. J., *Die internationale Rechtspflege, ihr Wesen und ihre Grenzen*, Robert Noske, Leipzig, 1929. Existe una traducción parcial al italiano en Id., *Il concetto del politico*. «Contra» Schmitt, ed. a cargo de A. Campi y L. Cimmino, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2009.

<sup>11</sup> Sobre la relación Schmitt-Morgenthau se pueden encontrar varios estudios pormenorizados: SCHEUERMAN, W. W., *Carl Schmitt. The End of Law*, Rowman & Littlefield, Lanham, 1999, pp. 225-251; Id. «Carl Schmitt and Hans Morgenthau: Realism and beyond», en WILLIAMS, M. C. (ed.), *Realism Reconsidered...* (cit.), pp. 62-92; BROWN, C., «The Twilight of International Morality»? Hans J. Morgenthau and Carl Schmitt on the end of the *Jus Publicum Europaeum*», en M. C. WILLIAMS (ed.), *Realism Reconsidered...* (cit.), pp. 42-61; CAMPI, A. «Hans J. Morgenthau e Carl Schmitt: un bilancio critico-biografico», en MORGENTHAU, H. J., *Il concetto del politico...* (cit.), pp. LIX-CXII; o KOSKENNIEMI, M., *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, 2001 (especialmente, su Capítulo VI).

<sup>12</sup> MORGENTHAU, H. J., «Fragment of an Intellectual Autobiography», en THOMPSON K. y MYERS R. J. (eds.), *Truth and Tragedy. A Tribute to Hans J. Morgenthau*, Transaction Books, New Brunswick, 1984 [1977], pp. 1-17, p. 16.

<sup>13</sup> Vid. FREI, C., *Hans J. Morgenthau. An Intellectual Biography*, Baton Rouge, LA, Louisiana State University Press, 2001, pp. 20 ss.

mitismo. Ya en Ginebra publica en 1933 *La notion du «politique» et la théorie des différends internationaux*<sup>14</sup>, libro que recoge parcialmente el contenido de su tesis doctoral. En él se deja sentir el resentimiento hacia Schmitt, cuyo concepto de lo político se dedica a desmenuzar hasta la saciedad. Pero, fundamentalmente, esta obra supone una primera aproximación a la principal preocupación de Morgenthau: las relaciones entre el derecho y la política en el ámbito internacional. Partiendo de la premisa de que dentro de lo jurídico siempre hay un componente imprescindiblemente político, Morgenthau traza la distinción entre *disputas* y *tensiones* con el fin de distinguir aquellos conflictos susceptibles de ser resueltos en los tribunales o en las cortes de arbitraje a través de procedimientos jurídicos (*disputas*), de aquellos otros conflictos que, por la intensidad con la que se manifestaba su carácter político, no podrían encontrar una solución por la vía jurídica (*tensiones*).

Poco después, Morgenthau escribe *La réalité des normes. En particulier des normes du droit international*<sup>15</sup> (1934), que pretende ser una teoría general de las normas enfocada, como su título indica, a indagar en los problemas planteados por las particularidades propias del derecho internacional. No hay ningún ámbito jurídico –considera Morgenthau– que esté tan necesitado de un profundo trabajo sociológico como el derecho internacional<sup>16</sup>. Por eso se propone adoptar un enfoque que, superando los límites impuestos por el positivismo, permita contemplar la realidad internacional «tal cual es» y, en consecuencia, facilite la comprensión del verdadero papel que el derecho puede cumplir en ese ámbito. Se trata de una obra netamente influida por Hans Kelsen, quien es, con diferencia, el autor más citado en el texto. No obstante, tanto el análisis como las conclusiones a las que se llega son completamente opuestas a la teoría kelseniana sobre el derecho internacional, que si por algo se caracteriza es por su confianza en el derecho como principal instrumento para conseguir la paz<sup>17</sup>.

El contenido de esa obra fue lo que Morgenthau presentó para su habilitación como profesor en el *Institut Universitaire de Hautes Études Internationales* de Ginebra. Sorprendentemente, no consiguió la habilitación debido, según su versión<sup>18</sup>, a las envidias de uno de los miembros

<sup>14</sup> MORGENTHAU, H. J., *La notion du «politique» et la théorie des différends internationaux*, Sirey, París, 1933. Recientemente se ha publicado una traducción en inglés: *The Concept of the Political* (ed. y pref. H. Behr y F. Rösch), Palgrave-McMillan, 2012.

<sup>15</sup> MORGENTHAU, H. J., *La réalité des normes. En particulier des normes du droit international*, Alcan, París, 1934.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 215.

<sup>17</sup> Paradigmáticamente, *Vid.* KELSEN, H., *La paz por medio del derecho*, estudio introductorio de M. La Torre y C. García Pascual, trad. L. Echávarri, Trotta, Madrid, 2003.

<sup>18</sup> JOHNSON, B., «Interview with Hans J. Morgenthau», en THOMPSON, K. y MYERS, R. J. (eds.), *Truth and Tragedy...* (*cit.*), pp. 333-386, p. 353.

del tribunal, Paul Guggenheim. No conforme con el suspenso, Morgenthau exigió que su trabajo fuera revisado esta vez por el propio Kelsen, quien acababa de llegar a Ginebra procedente de Colonia, escapando también de la barbarie nazi. Kelsen accedió a la petición y, pese a las claras divergencias teóricas, fue gracias a su empeño que Morgenthau obtuvo la habilitación: «si no hubiera sido por Kelsen, mi carrera académica probablemente hubiera acabado prematuramente»<sup>19</sup>. Por este gesto le quedaría agradecido toda la vida, como atestigua la correspondencia entre ambos, que se extendió entre 1934 y 1971<sup>20</sup>, o la dedicatoria que Morgenthau le dedica al viejo maestro en una recolección de sus principales ensayos de la década de los sesenta: «*To Hans Kelsen, who has taught us through his example how to speak Truth to Power*»<sup>21</sup>.

La ayuda de Kelsen, sin embargo, no bastó para que Morgenthau pudiera permanecer en Ginebra. Antes de partir hacia los Estados Unidos, donde abandonaría definitivamente la perspectiva jurídica para consagrarse como un teórico de las relaciones internacionales de fama mundial, Morgenthau pasó brevemente por España. Paso que quizá merezca ser reconstruido con algún detalle.

## 2. ESTANCIA EN MADRID (1935-1936)

Aparte de la inédita tesis doctoral<sup>22</sup> de Esther Barbé y de la colección de escritos de Morgenthau que esta misma autora publicó en 1990<sup>23</sup>, encontramos en el mundo hispano-hablante pocos trabajos que den a conocer el pensamiento del influyente pensador de origen alemán<sup>24</sup>. De igual manera, sus obras han sido muy poco traducidas al

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 354.

<sup>20</sup> He podido revisar esta correspondencia gracias al archivo que se conserva en la *Library of the Congress* (Washington D. C.): *Hans J. Morgenthau Papers*, Contenedor 33, Carpeta 6.

<sup>21</sup> MORGENTHAU, H. J., *Truth and Power: Essays of a Decade, 1960-70*, Praeger, Nueva York, 1970, p. v.

<sup>22</sup> BARBÉ, E., *La obra y el pensamiento de Hans J. Morgenthau* [tesis doctoral inédita], Universidad Complutense de Madrid, 1986.

<sup>23</sup> MORGENTHAU, H. J., *Escritos sobre política internacional*, ed. y trad. de E. Barbé, Tecnos, Madrid, 1990.

<sup>24</sup> Entre esos pocos podrían citarse: BARBÉ, E., «El papel del realismo en las relaciones internacionales (La teoría política internacional de Hans J. Morgenthau)», en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), núm. 57, julio-septiembre, 1987, pp. 149-176; CARVAJAL, L., «Morgenthau: ¿el Maquiavelo de la política internacional?», en *OASIS. Observatorio de Análisis de los Sistemas Internacionales*, núm. 12, 2007, pp. 253-269; o COLACRAI, M., «El legado hobbesiano acerca del «estado de naturaleza» en los estudios de Relaciones Internacionales de Hans Morgenthau y Raymond Aron: matices y diferencias», en *Revista de Historia Actual*, núm. 1, 2003, pp. 97-107.

castellano<sup>25</sup> y las ediciones son escasas y difíciles de encontrar actualmente. El testimonio más detallado que existe del paso de Hans J. Morgenthau por España es el texto de presentación a la colección de Barbé escrito por Antonio Truyol<sup>26</sup>, quien asistió como joven estudiante al curso de derecho internacional impartido por Morgenthau en Madrid. El valioso testimonio de Truyol, no obstante, se centra en recordar el aspecto académico, sin incidir demasiado en los detalles biográficos de Morgenthau.

Ante la imposibilidad de poder continuar su carrera en Ginebra, Morgenthau recibió una oferta para enseñar en Madrid a través del *Comité de Emergencia para Académicos Extranjeros Desplazados*<sup>27</sup>. Se trataba de un contrato por un año a tiempo parcial para ocupar un lugar que dejaba libre Leo Gross<sup>28</sup>, justamente un discípulo de Kelsen que luego llegó a ser un relevante internacionalista establecido también en los Estados Unidos. El centro donde se le ofreció esa plaza fue el Instituto de Estudios Internacionales y Económicos, una de las múltiples instituciones de investigación independientes que la II República Española creó con el fin de regenerar la vida cultural e intelectual del país. Dirigido por Álvaro de Luna, el Instituto contaba con doce jóvenes profesores europeos, de los cuales únicamente siete eran españoles. Una muestra más de la apertura a las nuevas ideas que se respiraba en la joven República, que acogió también a otros intelectuales alemanes para nosotros bien conocidos aún hoy, pero que corrieron peor suerte, como Hermann Heller o Walter Benjamin.

Este ambiente es el que recibe a Morgenthau en la primavera de 1935. En una larga entrevista concedida en sus últimos años, califica su estancia en la España republicana de «extremadamente agradable»<sup>29</sup>. Encontró un país «mucho más hermoso de lo que luego fue tras la llegada de Franco al poder. Se respiraba por todas partes una libertad enorme y una gran vitalidad»<sup>30</sup>. Resulta curioso comprobar como sus impresiones reproducen buena parte de los tópicos que todavía hoy perduran: «Trabajé muy poco allí. Se hablaba mucho, pero se trabajaba poco»<sup>31</sup>. En contraste con la sobriedad alemana y con el

<sup>25</sup> Entre ellas encontramos: MORGENTHAU, H. J., *La lucha por el poder y por la paz*, GEL, Buenos Aires, 1986; Íd. y CHOMSKY, N., *El interés nacional y los documentos del Pentágono*, A. Redondo, Barcelona, 1973; o (en una obra colectiva) Íd., «La política entre naciones» y «Otro gran debate: El interés nacional de los Estados Unidos», en HOFFMAN, S. (ed.), *Teorías contemporáneas sobre las relaciones internacionales*, Tecnos, Madrid, 1963.

<sup>26</sup> TRUYOL Y SERRA, A., «Presentación», en MORGENTHAU, H. J., *Escritos sobre política internacional* (cit.), pp. IX-XVIII.

<sup>27</sup> Este Comité fue creado por el Instituto Internacional de Educación y puede encontrarse información sobre él en su página web: <http://www.iiie.org/Who-We-Are/History> [fecha de consulta: 11 de agosto 2013].

<sup>28</sup> FREI, C., *Hans J. Morgenthau...* (cit.), p. 53.

<sup>29</sup> JOHNSON, B., *Interview with Hans J. Morgenthau* (cit.), p. 358.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

ritmo de trabajo en Suiza, donde trabajaba quince horas diarias en precarias condiciones<sup>32</sup>, le llamó poderosamente la atención el largo tiempo que los españoles se tomaban para comer al mediodía y las reposadas tertulias de la sobremesa. La única fotografía que en su biografía aparece de su paso por Madrid es, precisamente, la de un Morgenthau echándose la tradicional siesta en algún parque madrileño<sup>33</sup>.

Siestas aparte, la mejor muestra de su buena adaptación es el número de amigos que hizo en el Instituto, con algunos de los cuales mantendría el contacto durante muchos años. De entre ellos puede destacarse la amistad con Antonio de Luna, con quien se conserva correspondencia entre 1953 y 1961; o Rafael Altamira, con quien también se carteó entre 1937 y 1951, como atestiguan los archivos que se conservan en la *Library of the Congress* de Washington. Morgenthau, de hecho, se consideró un buen conocedor de España y en 1953 llegó a ofrecer sus servicios como asesor al Departamento de Estado para las relaciones entre ambos países. El poco interés que el gobierno estadounidense mostró por su oferta generó en él una gran indignación: «juré no ofrecer mis servicios al gobierno nunca más [...] probablemente yo tenía un acceso único a los españoles porque ellos confiaban en mí como un amigo personal. Probablemente sabía más sobre el tema que nadie en el país en ese momento»<sup>34</sup>.

Por el relato de Truyol puede saberse que el contenido del curso de derecho internacional público que Morgenthau dictó en Madrid<sup>35</sup> coincide en buena medida con la perspectiva adoptada en *La réalité des normes*: «el concepto del derecho internacional público de Morgenthau en este curso era, a mi juicio, próximo al de Kelsen [...] Y, como Kelsen, ve el criterio del carácter internacional de una norma jurídica en la índole de la sanción, en la medida en que el ámbito de su eficacia no se limita al territorio de un solo Estado»<sup>36</sup>. En cambio, se aleja de Kelsen en el papel que da al *fundamento sociológico* del derecho internacional, «lo cual estaba en la línea de un realismo alejado del formalismo imperante en la «doctrina dominante» de entonces»<sup>37</sup>. Esa misma visión se plasma en el único trabajo que Morgenthau llega a publicar en España<sup>38</sup>: *Positivism mal compris et théorie réaliste du droit international*

<sup>32</sup> FREI, C., *Hans J. Morgenthau...* (cit.), p. 54.

<sup>33</sup> Vid. FREI, C., *Hans J. Morgenthau...* (cit.), p. 87.

<sup>34</sup> Johnson, B., *Interview with Hans J. Morgenthau* (cit.), pp. 356-357.

<sup>35</sup> Los materiales del curso se conservan también en el archivo «Hans J. Morgenthau» de la *Library of the Congress*.

<sup>36</sup> TRUYOL Y SERRA, A., *Presentación* (cit.), p. XIII.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> Morgenthau firmó otro trabajo como profesor del Instituto de Estudios Internacionales y Económicos, pero en la propia obra declara haberlo escrito en el año 1934, cuando todavía se encontraba en Ginebra. Se trata de: MORGENTHAU, H. J., «Théorie des sanctions internationales», en *Revue de droit international et de législation comparée*, vol. 16, núm. 3 (1935), pp. 474-503 y núm. 4 (1935), pp. 809-836.

(1936)<sup>39</sup>, que aquí se analizará. Se trata de una contribución a un libro homenaje al polifacético humanista Rafael Altamira en el año de su jubilación. Altamira, nacido en Alicante, estudió derecho en la Universidad de Valencia y ocupó el cargo de magistrado de la Corte Permanente en Justicia internacional desde 1921 hasta 1940, fecha en la que dejó de funcionar. El enfoque antiformalista y sociológico que Altamira aplicó al derecho<sup>40</sup> presenta, por cierto, numerosos puntos en común con el punto de vista desarrollado por Morgenthau.

En febrero de 1936 gana las elecciones el Frente Popular y continuos disturbios empiezan a desestabilizar el país. Morgenthau recuerda que vio arder la iglesia de San Martín desde la ventana de su apartamento en Madrid<sup>41</sup>. A pesar de los disturbios, parece que el trabajo académico se desarrollaba satisfactoriamente, puesto que firma la renovación de su contrato en el Instituto para los tres próximos años. Habiendo conseguido por fin una cierta estabilidad laboral, parte de viaje a Italia con su mujer el 10 de julio de 1936, sin saber que ya no podría regresar a España hasta mucho tiempo después. El 18 de julio se produjo el alzamiento militar contra el régimen constitucional de la República. Morgenthau confiesa que cuando tuvo las primeras noticias pensó que se trataría únicamente de una revuelta que duraría dos o tres días<sup>42</sup>. En cambio, el alzamiento fue solo el inicio de una cruenta guerra civil que arrasó el país durante tres largos años. Todas sus pertenencias –incluidos sus libros y documentos de trabajo– quedaron en Madrid. Además, por las medidas que adoptó el gobierno del Frente Popular contra los ciudadanos alemanes, los ahorros que tenía depositados en el Banco de Vizcaya fueron embargados en marzo de 1937<sup>43</sup>. La barbarie volvía a alcanzarle de nuevo: si se vio obligado a dejar Alemania como consecuencia del auge del fascismo, ahora lo perdía todo en España justamente por su nacionalidad alemana. Sucesos como estos sin duda contribuyeron a forjar la consideración trágica de la política y el profundo pesimismo antropológico que subyace a todos sus escritos.

Ante la imposibilidad de regresar a España, y dando por perdidas sus posesiones, Morgenthau emprendió junto con su mujer una penosa odisea que les llevó por París, Ginebra y La Haya, donde no fue posible encontrar ningún trabajo. Finalmente, el 17 de julio de 1937 embarcaron en Amberes rumbo a Estados Unidos, donde, a pesar de los difíciles comienzos, aguardaba a Morgenthau un futuro promete-

---

<sup>39</sup> MORGENTHAU, H. J., «Positivisme mal compris et théorie réaliste du droit international», en *Colección de Estudios históricos, jurídicos, pedagógicos y literarios ofrecidos a D. Rafael Altamira y Crevea*, Bernejo, Madrid, 1936, pp. 446-465.

<sup>40</sup> Vid. LLOREDO ALIX, L. M., «Rafael Altamira y Adolfo Posada: Dos aportaciones a la socialización del derecho y su proyección en Latinoamérica», en *Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, núm. 20, 2012, pp. 209-233.

<sup>41</sup> Johnson, B., *Interview with Hans J. Morgenthau (cit.)*, p. 360.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 361.

<sup>43</sup> Frei, C., *Hans J. Morgenthau... (cit.)*, p. 77.

dor. Antes de llegar a la Universidad de Chicago, en la que alcanzó la gloria académica, pasó primero por el Brooklyn College de Nueva York y, posteriormente por la Universidad de Kansas City. Fue durante su estancia en Kansas cuando, a finales de 1940, las múltiples cartas a España reclamando sus pertenencias tuvieron resultado y Morgenthau recibió en su domicilio varios paquetes. Incluso un diario local, el *Kansas City Times*, publicó un artículo titulado «Siete trajes del general Franco», en referencia a los siete trajes que ahora Morgenthau recuperaba<sup>44</sup>. Pero lo importante, por supuesto, no eran los trajes, sino los papeles recuperados. Sin los «papeles españoles», cuenta su biógrafo Christoph Frei, no podría haberse reconstruido la vida de Morgenthau, y se hubiera perdido buena parte de su legado intelectual europeo<sup>45</sup>. Un legado que, como refleja su único artículo publicado en España, es el legado de un jurista que se replantea el papel del derecho en el ámbito internacional hasta sus últimas consecuencias. Un jurista que se encuentra a caballo entre dos mundos, entre Europa y América; acompañado en su viaje por una profunda transformación teórica.

### 3. POSITIVISMO MAL ENTENDIDO

En un momento en el que Kelsen estaba solo comenzando a ser introducido en España, fundamentalmente a partir de los trabajos y traducciones de Recaséns y Legaz<sup>46</sup>, cabe pensar que el texto de Morgenthau que vio la luz en 1936 pudo suponer una pequeña contribución, al menos indirecta, a la difusión de la teoría kelseniana en el país. En cualquier caso, supone una no demasiado conocida pero sí valiosa pieza dentro del conjunto de la obra de Morgenthau, puesto que es el único texto en el que expresamente se declara la ambiciosa intención de construir una teoría realista del derecho internacional. Una teoría que, en realidad, así formulada, no tuvo mucho más recorrido que este artículo, pero que es significativa de sus orientaciones metodológicas y epistemológicas, y que sirve para ilustrar con toda claridad el paso del Morgenthau jurista europeo al Morgenthau analista de la política exterior norteamericana. Antes de dejar enunciados los principales puntos de esa teoría realista, Morgenthau señala algu-

---

<sup>44</sup> El artículo, publicado el 20 de enero de 1941, mostraba una fotografía de Morgenthau desempacando las cajas y en su texto se podía leer: «Los trajes y unas cuantas cosas más llegaron la semana pasada al apartamento de morgenthau, en el 303 de Brush Creek boulevard, después de cuatro años tratando de persuadir al gobierno español para que le devolviera sus pertenencias» (citado en JÜTERSONKE, O., *Morgenthau, Law and Realism (cit.)* p. 24).

<sup>45</sup> FREI, C., *Hans J. Morgenthau... (cit.)*, p. 5.

<sup>46</sup> Vid. RIVAYA, B., «Kelsen en España», en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época), núm. 107, enero-marzo, 2000, pp. 151-177.

nas críticas al positivismo jurídico, que pueden estructurarse en los siguientes cuatro apartados:

1. Positivismo filosófico y positivismo jurídico.

Morgenthau parte de la asunción de que el positivismo jurídico es la teoría que domina entre los internacionalistas de su época. En efecto, es innegable el peso que por aquellos años tenían en la disciplina juristas como Triepel, Anzilotti o Strupp. Los juristas positivistas, como es sabido, se caracterizarían por acotar el objeto de su investigación limitándose al estudio de las normas jurídicas válidas en tanto que vigentes; es decir, a las normas que pertenecen al derecho *positivo*, y no al derecho *natural*. Serán, por lo tanto, normas jurídicas válidas solo las que hayan sido creadas (*puestas*) de acuerdo con los criterios establecidos por el propio ordenamiento jurídico; esto es, aquellas que hayan sido creadas por el órgano competente siguiendo el procedimiento adecuado. Esta limitación, que viene marcada por una nítida distinción entre el ser y el deber ser, supone a juicio de Morgenthau la causa principal de que el positivismo no sea una teoría útil para el derecho internacional<sup>47</sup>. El positivismo, como explicará con mucha más amplitud en *Scientific Man vs. Power Politics* (1946)<sup>48</sup>, es una teoría que puede haber servido en una época (los siglos XVIII y XIX) y en un ámbito determinado (el estatal), pero, desde luego, resultaba completamente inadecuada para hacer frente a los problemas del complejo ámbito internacional en el siglo XX. El clamoroso fracaso de la Sociedad de Naciones o las continuas violaciones a las Convenciones de Ginebra o al Pacto Briand Kellogg constituían para Morgenthau las pruebas más evidentes de su inaptitud. A pesar de ello, consideraba, una ingenua fe en el poder del derecho seguía vendando los ojos de los juristas positivistas, que «intentan exorcizar los males sociales por la infatigable repetición de una fórmula mágica. Como la Sociedad de Naciones fue un fracaso, tengamos otra Sociedad. Como la primera y la segunda conferencias de Paz de la Haya no tuvieron éxito, hagamos una tercera»<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Morgenthau no fue, por supuesto, el primero ni el único en criticar la aplicación de la teoría positivista al derecho internacional. *Vid.*, por ejemplo, VERDROSS, A., «Règles générales du droit de la paix», en *Recueil des Cours 1929*, Académie de Droit International, París, 1929, pp. 271-517, p. 277; SCELLE G., «Règles générales du droit de la paix», en *Recueil des Cours 1933*, Académie de Droit International, París, 1933, pp. 326-703, p. 692; o LAUTERPACHT, H., *The Function of Law in the International Community*, introducción de M. Koskenniemi, Oxford University Press, 2011 [1933].

<sup>48</sup> MORGENTHAU, H. J., *Scientific Man vs. Power Politics*, University of Chicago Press, 1946.

<sup>49</sup> MORGENTHAU, H. J., «Positivism, Functionalism, and International Law», en *American Journal of International Law*, vol. 34, núm. 2 (Abril 1940), pp. 260-284, p. 260.

El positivismo Kelsen y de la Escuela de Viena es también criticado por Morgenthau, quien reconoce, sin embargo, que el rigor de su método (el método puro) le permitía salvar algunas contradicciones que separaban al positivismo jurídico tradicional del positivismo científico o filosófico, tal y como fuera concebido, paradigmáticamente, por August Comte. Así, Morgenthau se muestra de acuerdo con la crítica formulada por Kelsen al positivismo jurídico dominante por no ser verdaderamente positivista ya que, a falta de una metodología adecuada, hace que la *ciencia* del derecho se *contamine* por elementos ajenos a ella. Dicho más técnicamente, permite que en la determinación de la validez de las normas jurídicas intervengan criterios ajenos al propio derecho, propios de otros ámbitos como la moral, la política, la psicología, etc. No obstante, la tajante distinción derecho-moral (por tomar la más representativa), no implica para Kelsen la amoralidad del derecho: «naturalmente, en manera alguna se niega por esto la exigencia de que el derecho debe ser moral, es decir, bueno»<sup>50</sup>. Lo que la teoría pura rechaza es que el derecho sea una parte integrante de la moral, pero no que el derecho carezca en absoluto de moralidad. Que el derecho sea independiente de la moral implica, entonces, que no se puede acudir a criterios morales para determinar la validez de las normas jurídicas; pero en ningún caso significa negar que todo derecho contenga una cierta carga moral, sea la que sea<sup>51</sup>.

Morgenthau sostiene que la doctrina positivista no ha logrado culminar la gran tarea de dominar la ciencia jurídica y, en su opinión, no lo ha hecho por un doble motivo, por un lado, porque prescinde de ciertos elementos que necesariamente pertenecen al campo de lo jurídico, pero que no es capaz de integrar (*abarca menos de la realidad jurídica*); y, por otro lado, porque no ha conseguido dejar de incorporar elementos no positivos (*i.e., extrajurídicos*) al análisis jurídico (*abarca más de la realidad jurídica*).

2. El positivismo jurídico tradicional abarca menos de la realidad jurídica.

Morgenthau establece tres elementos en base a los cuales considera que el positivismo es insuficiente para abastar el conjunto de la realidad jurídica:

1) Como cualquier positivismo, el jurídico se mantiene al margen de la metafísica. A su juicio, presenta ante ella una actitud hostil *a priori*, que, en lugar de examinar la realidad sin prejuicios, como se supone que exige el positivismo científico, excluye desde el principio ciertas posibilidades empíricas verificables de la realidad en tanto que cualidades de la realidad. De este modo, el positivismo jurídico supon-

<sup>50</sup> KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho* (1ª ed.), Losada, Buenos Aires, 1941 (1934), p. 38.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 67.

dría una idea preconcebida del mundo que no es capaz de aprehender la estructura empírica de la realidad fuera de los rígidos límites que se impone<sup>52</sup>.

2) Además, el positivismo jurídico tradicional no solamente se niega a aceptar la existencia de ciertas realidades jurídicas, sino que también rechaza la existencia de una parte del derecho cuya existencia es evidente: lo que Morgenthau llama normas jurídicas «extranjeras al Estado». Esto tendría su razón de ser en la fuerte dependencia que el positivismo presenta respecto del orden jurídico estatal, característica que Morgenthau denomina *monismo jurídico*. Según el monismo así concebido, la única tarea de la ciencia jurídica sería la sistematización e interpretación de las normas jurídicas estatales. Sin embargo, Morgenthau considera que la estructura de la realidad jurídica es pluralista y que incluye, además del Estado, toda una serie de órdenes jurídicos adicionales que deberían ser reconocidos por un positivismo jurídico *coherente*. Ya en su obra de 1934 se había declarado partidario de un «pluralismo realista»<sup>53</sup>, que complejiza la tradicional forma de contemplar las relaciones entre el derecho estatal y el derecho internacional más allá de los esquemas monistas o dualistas de la época.

3) Por último, el efecto de aplicar el principio de separación de las disciplinas científicas llevaría al positivismo jurídico a excluir de su ámbito de conocimiento no solamente los métodos propios de otras ciencias, sino también ciertos objetos sin los cuales no puede entenderse el fenómeno jurídico. Particularmente, Morgenthau considera que el derecho está inescindiblemente ligado a la moral. Expresado de forma más concreta: «es cierto que el positivismo debe separar el objeto de conocimiento de una forma absoluta del resto del mundo y de esa forma suponer la independencia real absoluta de este objeto; pero no se debe olvidar que esta separación es un procedimiento artificial llevado a cabo con fines heurísticos, una pura hipótesis que no se corresponde en nada con la realidad»<sup>54</sup>. Cuando se olvida que esta separación es artificial y se considera al derecho como una realidad aislada, los resultados de la investigación o las propuestas normativas que se formulen no servirán adecuadamente, por lo tanto, a los efectos de una adecuada caracterización del fenómeno jurídico. De ahí que Morgenthau relativice la distinción ser-deber ser y considere que el sistema jurídico está necesariamente basado no en una norma hipotética como la que formulara Kelsen, sino en una norma de la moral o de las costumbres.

---

<sup>52</sup> MORGENTHAU, H. J., *Positivisme mal compris... (cit.)*, p. 449.

<sup>53</sup> MORGENTHAU, H. J., *La réalité des normes (cit.)*, p. 128.

<sup>54</sup> MORGENTHAU, H. J., *Positivisme mal compris... (cit.)*, p. 451.

### 3. El positivismo jurídico tradicional abarca más de la realidad jurídica.

Además de no abarcar ciertos aspectos de lo que Morgenthau considera que es la realidad jurídica, el positivismo tradicional incluiría dentro de su razonamiento elementos que no son verificables a través un método empírico y que, en consecuencia, difícilmente se concilian con los principios esenciales del positivismo filosófico.

Un primer problema haría referencia a los criterios de validez (formales y materiales) de las normas. En principio, el positivismo jurídico, únicamente podría ocuparse de las normas en vigor, que son las únicas que reconoce como normas jurídicas. Sin embargo, a juicio de Morgenthau, el positivismo jurídico dominante no habría desarrollado el adecuado criterio científico que le permita distinguir las normas realmente válidas de aquellas que son solo aparentemente válidas. Considera que «la doctrina dominante solo conoce dos posibles criterios de validez de una norma jurídica, criterios ambos que se desvían del método positivista, a saber: la declaración del Estado que produce una norma [...] y la concordancia material de la norma jurídica con una norma moral, con otra regla social o con una ley natural»<sup>55</sup>. El primero de estos dos criterios, efectivamente, deriva directamente del monismo estatalista, que concibe el mundo jurídico desde un punto de vista situado exclusivamente en el interior del Estado, como sería, por ejemplo, el caso de Jellinek. El segundo de los criterios (que llama poderosamente la atención por la manera en la que está formulado), no se puede entender al no ser que esté refiriéndose a la distinción entre criterios de validez formales (los que dependerían de la producción normativa) y criterios de validez materiales (que tendrían que ver con el contenido de las normas). Los criterios de validez materiales, sin embargo, no necesariamente han de suponer la introducción un juicio que tenga que ver con una disciplina ajena al derecho, siendo, por lo tanto, perfectamente compatibles con una concepción positivista, como ilustra el criterio de validez normativa de Kelsen, que ha sido calificado como un criterio *mixto*<sup>56</sup>.

Un segundo problema tendría que ver con la teoría de las fuentes del derecho. Un postulado básico del positivismo sería que la única fuente formal del derecho serían las normas *puestas* por el Estado. Sin embargo, las doctrinas positivistas reconocen habitualmente la validez de normas jurídicas que no han sido creadas por los órganos del Estado. Para salvar esta quiebra de los postulados positivistas la solución adoptada, «cual panacea», es el concepto de derecho consuetudinario, que serviría a la doctrina como un recurso para la designación

---

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 452.

<sup>56</sup> Vid. CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson, Madrid, 2008.

colectiva de la totalidad de normas no producidas por el Estado. Según Morgenthau «la teoría del derecho consuetudinario no resuelve por ella misma el problema de conciliar la asunción positivista de la existencia exclusiva de normas jurídicas puestas por el Estado con la existencia de normas extranjeras al Estado»<sup>57</sup>. Admitir la existencia de estas últimas equivale a abandonar el postulado del monismo estatalista. Sin embargo, el positivismo dominante aborrece esa consecuencia, de modo que «recurre a una serie de ficciones y de hipótesis, tales como el consentimiento tácito, el reconocimiento, la recepción jurisdiccional, la función complementaria, etc. Ficciones e hipótesis, todas ellas que hacen derivar la existencia del derecho consuetudinario, de una forma u otra, de la voluntad del legislador estatal». El derecho consuetudinario no puede ser para él un verdadero derecho. La costumbre no tendría influencia normativa, sino una influencia «causal» o «psicológica»<sup>58</sup>, pero en ningún caso cumple con los requisitos que se le deben exigir a una norma jurídica para que pueda ser considerada válida; que tiene que ver, como se verá en el siguiente epígrafe, con la capacidad de determinar en abstracto la conducta de los sujetos a ella sometidos. Obligarían los hechos, la coacción, no la mera práctica repetida de los Estados.

4. El positivismo kelseniano en tanto que transición entre el positivismo tradicional y el realismo jurídico.

Morgenthau caracteriza la *superioridad* del positivismo jurídico kelseniano respecto del positivismo jurídico tradicional en base a cuatro elementos:

1) La renovación metodológica, herencia del criticismo kantiano, sirve a la Escuela de Viena como fundamento de una profunda crítica hacia la tradicional *Staatsrechtslehre* alemana, tal y como esta había sido representada por Jellinek o Laband. A partir del principio de la «pureza del método» esta Escuela, con Kelsen a la cabeza, no solo fue capaz de demostrar la falsedad de algunas imágenes de la realidad utilizadas por los juristas, sino que, sobre todo, destacó la distancia metodológica que separa el positivismo jurídico del positivismo tal y como fue concebido por la filosofía de la ciencia.

2) Como consecuencia de su refinamiento metodológico, Morgenthau considera que el positivismo kelseniano consigue acercarse a la realidad de lo jurídico de una forma más clara que el positivismo tradicional. Destacadamente, es capaz de expresar más fielmente ese ámbito de lo jurídico en cuanto se refiere a su estructura formal: desde la *norma fundamental* a la concepción escalonada del ordenamiento jurídico, pasando por la formalización de la separación de poderes.

<sup>57</sup> MORGENTHAU, H. J., *Positivism mal compris...* (cit.), 454.

<sup>58</sup> MORGENTHAU, H. J., *La réalité des normes* (cit.), p. 105.

3) La teoría de Kelsen, además, habría llamado la atención sobre el problema de la validez y el de las fuentes del derecho de una manera más profunda y precisa de lo que jamás se había hecho (a excepción, quizá, de la escuela analítica de Austin).

4) Para Morgenthau, la teoría kelseniana es la antesala de una nueva concepción del derecho: «la importancia del positivismo kelseniano para el devenir de la ciencia del derecho descansa, seguramente, no tanto en sus elementos sistemáticos positivos, cuya base filosófica neokantiana es fuertemente criticable, como en la posición intermedia que desempeña, por una parte, como punto final de un desarrollo intelectual y, por otra parte, como punto de partida de una nueva concepción científica»<sup>59</sup>.

Morgenthau, no obstante, considera que la teoría kelseniana adolece de dos grandes debilidades: su base neokantiana y su monismo estatalista. Sobre la primera de las debilidades: a su juicio, el neokantianismo adolece de una confusión entre el método y el objeto. Al pretender que el método determine el objeto, excluye del ámbito jurídico, junto con los métodos propios de la ética, la política o la psicología, a la propia ética, a la propia política y a la propia psicología<sup>60</sup>. Es decir, que al excluir sus métodos excluye también sus objetos, los cuales son para Morgenthau fenómenos sociales sin los cuales no se puede entender la realidad del derecho. Morgenthau acepta el postulado neokantiano de que a cada ciencia le corresponde un método científico (en este caso, con que a la ciencia jurídica le corresponde un método específicamente jurídico). Pero ello no implica –a diferencia de lo postulado por Kelsen– excluir del ámbito de la realidad jurídica otros fenómenos sociales que influyen de forma determinante en ella; y ello porque, según su concepción, la ciencia del derecho no es otra cosa que «la comprensión específicamente jurídica de ciertos hechos psicológicos y sociales que pueden revertir, a su vez en un carácter ético o político»<sup>61</sup>. Encontramos aquí, por lo tanto, profundas diferencias epistemológicas entre Morgenthau y Kelsen en torno a qué es el derecho y mediante qué herramientas podemos aprehender su realidad.

En cuanto a la segunda debilidad, cabe señalar que el hecho de considerar que la teoría kelseniana se inclina por el llamado «monismo estatalista» es, a mi juicio, un considerable error, puesto que Kelsen defendió siempre justamente lo contrario: el monismo internacionalista. De la asunción de que el ámbito de lo jurídico está estrictamente separado del resto de ámbitos normativos no se deriva, como entiende Morgenthau, una «negligencia completa hacia los órdenes jurídicos extranjeros al Estado, y, por lo tanto, la insuficiencia

---

<sup>59</sup> MORGENTHAU, H. J., *Positivisme mal compris...* (cit.), p. 456.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 457.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 458.

de la teoría de las fuentes del derecho de Kelsen»<sup>62</sup>. Al contrario. Para desmentir esto basta con acudir a la consideración tantas veces repetida por Kelsen de que «todo Estado es Estado de derecho, pero no todo derecho es derecho del Estado»<sup>63</sup>.

Aún así, pese a la deficiente interpretación que realiza de Kelsen, Morgenthau toma dos de los elementos de la teoría kelseniana como antesala de un «realismo radical», capaz de «derribar los muros» que sumen al positivismo jurídico tradicional en un inadecuado aislamiento respecto del resto de disciplinas sociales. Estos dos elementos son el concepto de norma fundamental y el sistema escalonado de normas jurídicas. A través de ellos, se dice, es posible llegar a una «comprensión radicalmente realista de la realidad, comprensión que creemos que es la verdadera y única tarea de la ciencia del derecho, así como de cualquier otra ciencia»<sup>64</sup>. Pese a las salvedades aquí recogidas, y como se puede comprobar en sus obras posteriores, en realidad el positivismo kelseniano no escapa al rechazo de Morgenthau al positivismo jurídico en general; puesto que si bien es cierto que la pureza de su método le permite salvar algunas incongruencias respecto del positivismo filosófico, no es menos cierto que se mantienen en él con pleno vigor la mayoría de elementos que son criticados respecto del positivismo jurídico en general.

#### 4. PROLEGÓMENOS DE UNA TEORÍA REALISTA DEL DERECHO INTERNACIONAL

El trabajo de *Positivisme mal compris* pretendía ser, como su mismo título anuncia, además de una crítica al positivismo jurídico, la formulación de una teoría realista del derecho internacional. No obstante, dicha teoría no llegaría nunca a ser desarrollada por Morgenthau, quien años más tarde, en un artículo titulado *Positivism, Functionalism, and International Law* (1940) renegaría de la denominación *realista* para llamarle teoría *funcionalista* del derecho internacional<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> *Ibidem*.

<sup>63</sup> KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho...* (cit.), p. 168; Id. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, edición de A. Carrino, Giuffrè, Milán, 1989 [1920], p. 41; Id. *Teoría General del Estado*, trad. cast. L. Legaz y Lacambra, Coyoacán, México, 2008 [1925], p. 57.

<sup>64</sup> MORGENTHAU, H. J., *Positivisme mal compris...* (cit.), 459.

<sup>65</sup> MORGENTHAU, H. J., «Positivism, Functionalism, and International Law» (cit.). Esta obra aporta un doble motivo para explicar su renuncia al calificativo *realista* y sustituirlo por el de *funcionalista*: 1) porque ya muchos prácticos y teóricos del derecho internacional se habían proclamado a sí mismos realistas sin serlo (cita a Kaufmann, Scelle, Le Fur; e, indirectamente, a Pound, Kelsen [quien en la introducción de su primera edición de la Teoría Pura se autocalifica de realista] y Duguit); y 2) porque el realismo se había convertido en un nombre común para tendencias muy distintas de la jurisprudencia contemporánea que tendrían en común el ánimo de

Aún así, en ese artículo –que es en buena medida una reiteración de las tesis aquí expuestas– sigue anunciando el desarrollo de una teoría del derecho internacional que nunca llegará, al ser sustituida por una teoría de la *política* internacional en *Politics among Nations*, obra en la que Morgenthau adopta ya un punto de vista por completo externo al derecho.

Sobre la base de la crítica realizada a los postulados positivistas, la incipiente teoría realista del derecho internacional que Morgenthau enuncia en su artículo publicado en España se estructura en torno a seis puntos principales:

1) La comprensión realista del derecho internacional parte de dos ideas fundamentales: *a)* un íntimo vínculo empírico de todo orden jurídico con los otros órdenes normativos en vigor, en particular con la moral –idea que rompe definitivamente los vínculos con el positivismo jurídico– y, *b)* una absoluta separación teórica entre los diferentes ámbitos normativos. Para combinar ambas ideas toma prestado de Kelsen el concepto de la norma fundamental adaptándolo a su propia teoría: «el derecho internacional descansa, como todo orden jurídico, sobre una norma fundamental, la cual no puede ser de naturaleza jurídica, sino que pertenece necesariamente al ámbito de la moral o de las costumbres; esta norma sirve al sistema jurídico como punto final que garantiza la autonomía teórica del sistema, y de *bisagra* entre los diferentes ámbitos normativos y el ámbito del derecho»<sup>66</sup>. Morgenthau no altera apenas la función que cumpliría la norma fundamental, esto es, la de servir como cierre del sistema jurídico y como referencia última a efectos de determinar la validez de una norma. Pero, en cambio, sí que altera de forma notable su naturaleza. Si para Kelsen la norma fundamental estaba concebida, a grandes rasgos, como una norma hipotética, sin contenido material alguno, para Morgenthau la norma fundamental es una norma de la moral y, en consecuencia, necesariamente debe poseer un contenido en la medida en que la moral es un orden nomoestático. Aunque en *Positivism mal compris* no encontramos más detalles de cuál es el contenido de esa norma ni cómo se sustancia, en *La réalité des normes* sí que trata el tema profusamente para llegar a conclusión de que los jefes de Estado no solamente son garantes de los órdenes jurídicos estatales particulares sino también del conjunto del orden internacional: «las normas fundamentales del derecho estatal y del derecho internacional recaen sobre las mismas personas [...] la validez del derecho internacional reposa en último análisis, no sobre la norma fundamental del derecho internacional, sino sobre la norma fundamental del derecho estatal»<sup>67</sup>. Solución que, además de recordar inevitablemente a Schmitt, parece

---

reemplazar las ficciones de la jurisprudencia tradicional por conceptos más próximos a la realidad práctica del derecho (*vid.* pp. 273-274).

<sup>66</sup> MORGENTHAU, H. J., *Positivism mal compris...* (*cit.*), pp. 459-450.

<sup>67</sup> MORGENTHAU, H. J., *La réalité des normes* (*cit.*), p. 218.

llamativamente incoherente con el esquema de su pluralismo realista según el cual la consideración de lo que jurídico debe extenderse más allá del puro ámbito estatal.

2) La teoría realista propone una teoría de las fuentes materiales del derecho internacional. Considerándose superada la unidad empírica del ámbito normativo; es decir el monismo –sea en su versión estatista o internacionalista–, la teoría del derecho internacional debe fijar su atención sobre las relaciones materiales entre los diferentes ámbitos normativos y replantearse, entre otras, cuestiones tales como cuál es la verdadera función de la equidad en el derecho internacional, o si existe una relación interna entre ciertos hechos sociológicos y ciertas cualidades estructurales constantes de la vida internacional de un lado, y las disposiciones normativas del derecho internacional, de otro lado. Si, como piensa Morgenthau, tales relaciones existen, se debería entonces imponer una distinción entre las normas del derecho internacional que expresan la estructura de las relaciones internacionales y aquellas que no reflejan esa estructura»<sup>68</sup>. Esa distinción se encuentra en la base de la clasificación que establecerá en 1940 entre un *derecho internacional no político*, que estaría fundado sobre intereses permanentes y estables y un *derecho internacional político*, que se fundaría en intereses de naturaleza temporal y cambiante<sup>69</sup>. El *derecho internacional no político* coincidiría a su vez con lo que en *Politics among Nations* llamaría *derecho internacional necesario*; es decir, «un pequeño número de reglas relativas, por ejemplo, a los límites de la soberanía nacional, a la interpretación de sus propias reglas; las cuales son vinculantes para todos los Estados individuales sin que importe su consentimiento, ya que sin estas reglas no puede haber un ordenamiento jurídico en ningún caso»<sup>70</sup>. El resto de normas del derecho internacional –que son la gran mayoría– se encontrarán, en consecuencia, siempre sometidas a la voluntad de los Estados y a las coyunturas políticas.

3) Es necesaria también una teoría de las fuentes formales del derecho internacional, que permita construir un marco teórico que tenga influencia en la práctica. Esa construcción, para Morgenthau implicaría disolver el complejo de normas heterogéneas que se conocen con el nombre de derecho internacional consuetudinario que, como se ha visto, en realidad solo servirían para ocultar lo que en realidad serían auténticos fenómenos jurídicos producidos al margen del Estado.

4) El concepto de validez normativa de Morgenthau es posiblemente una de las claves de su teoría realista. De acuerdo con su concepción del derecho, una norma será válida cuando presenta la facul-

---

<sup>68</sup> MORGENTHAU, H. J., *Positivism mal compris...* (cit.), p. 461.

<sup>69</sup> MORGENTHAU, H. J., *Positivism, Functionalism, and International Law* (cit.), pp. 278-279.

<sup>70</sup> MORGENTHAU, H. J., *Politics among Nations...* (cit.), pp. 286-287.

tad abstracta de determinar la voluntad de los individuos sujetos a ella. La validez se hace depender así de la existencia de una sanción. Allí donde haya una norma capaz de imponerse de forma efectiva sobre la conducta de un individuo, habrá una norma jurídica válida. Para Morgenthau, entonces, a diferencia de Kelsen, la validez no está relacionada con la pertenencia de una norma al sistema jurídico en términos lógico-formales, sino que está directamente relacionada con la capacidad real (*fáctica*) de esa norma para devenir eficaz. Eficacia y validez son de ese modo dos conceptos que se encuentran mucho más próximos en la teoría normativa de Morgenthau que en la de Kelsen. Aunque Morgenthau insiste en distinguirlos conceptualmente: «validez es la existencia normativa de una norma; eficacia objetiva es el resultado positivo de la función normativa de la norma»<sup>71</sup>. Un concepto de validez como el propuesto, implica inevitablemente una notable reducción del número de normas consideradas válidas –y, por lo tanto, jurídicas– de acuerdo con la práctica generalizada de los internacionalistas o los manuales de derecho internacional al uso. Si el criterio de validez sostenido por Morgenthau está basado en la existencia de una sanción como respuesta a la violación de la norma, dejarían de considerarse como válidos instrumentos internacionales que teóricamente se encuentran vigentes porque nunca han sido formalmente derogados pero que, sin embargo, son constantemente violados sin que se arbitre sanción alguna contra sus violadores. El caso más llamativo en la época era, por supuesto, el Pacto de la Sociedad de Naciones. Se considera necesario, por lo tanto, encontrar un criterio de validez que sea realmente susceptible de identificar las normas reales de aquellas que no lo son; y encontrarlo equivale a rechazar los postulados del positivismo jurídico, que, en tanto que aplicado al derecho internacional, es tachado de utópico y quimérico<sup>72</sup>. Las consecuencias de esta concepción de la validez son claras: «cuando ya no es probable que [la sanción] se pueda producir, la norma en cuestión ya no es válida. Nadie debe invocar más esta norma para reclamar la realización del orden prescrito por su disposición normativa o para justificar la intervención de sanciones»<sup>73</sup>. Si el Pacto de la Sociedad de Naciones –o, después, la Carta de Naciones Unidas– no constituyen normas jurídicas válidas de acuerdo con ese criterio de validez, el resultado es que no tendría sentido si quiera invocar sus disposiciones en tanto que normas jurídicas; e igualmente, las controversias creadas en torno a ellas no tendrán naturaleza de controversia jurídica, no pudiendo, en consecuencia ser resueltas por un tribunal de justicia.

5) Puesto que las normas del derecho internacional presentan una particular naturaleza, que las hace diferentes (a juicio de Morgenthau –y ésta sería otra de las diferencias que le separan de Kel-

---

<sup>71</sup> MORGENTHAU, H. J., *La réalité des normes (cit.)*, p. 33.

<sup>72</sup> MORGENTHAU, H. J., *Positivism mal compris... (cit.)*, p. 462.

<sup>73</sup> MORGENTHAU, H. J., *La réalité des normes (cit.)*, p. 227.

sen-) de las normas estatales, los métodos interpretativos que sirven para interpretar el derecho interno no sirven del mismo modo para interpretar una norma internacional. Mientras que el sentido jurídico de un contrato regido por el derecho civil coincide, por lo general, con el sentido su texto o, en todo caso, es constatable a partir de ciertas características objetivas y generalmente aceptadas; el marco jurídico de un tratado internacional, por el contrario, está condicionado por el lenguaje diplomático, que no se presta por lo general a una interpretación literal, sino que exige prestar atención a las circunstancias políticas concretas (y no solamente a aquellas que se daban en el momento de la firma del tratado, sino, fundamentalmente, a las que se dan en el momento de su interpretación). Así, mientras que Kelsen elogiaba la norma *pacta sunt servanda* y despreciaba por completo la cláusula *rebus sic stantibus*, la posición de Morgenthau será justamente la contraria.

6) Finalmente, el punto esencial de todo el realismo propuesto por Morgenthau se cifra en la consideración de las relaciones existentes entre el derecho y la política: «el derecho internacional no puede ser comprendido mediante un proceso que prescinda del ambiente social, esto es, político, que determina el contenido de las normas, que influye sobre su validez y que determina la forma de su realización»<sup>74</sup>. «La política sirve al derecho internacional como soporte social; la política es sobretodo, en tanto que tal, un elemento intrínseco del mismo derecho internacional»<sup>75</sup>. Morgenthau reivindica, por consiguiente, la superación de la animadversión que el positivismo había demostrado tradicionalmente hacia la política internacional para declarar su voluntad –ésta sí cumplida– de avanzar hacia un marco teórico capaz de estrechar los vínculos entre lo político y lo jurídico en el ámbito internacional.

## 5. NOTAS CONCLUSIVAS

Tanto se estrecharían los vínculos entre el derecho y la política en sus obras posteriores que el derecho acabaría totalmente absorbido por la política. En su obra cumbre, *Politics among Nations* –obra con la que, cabe recordar, se han formado generaciones enteras de politólogos y analistas de las relaciones internacionales estadounidenses– el derecho queda relegado a un factor más de control en la lucha por el poder, al mismo nivel que la moralidad internacional, la opinión pública o el equilibrio por el poder. El derecho internacional existe, sí, pero, al contrario del papel protagonista que le había atribuido la concepción positivista, no cualquier ámbito de la realidad internacional es

<sup>74</sup> MORGENTHAU, H. J., *Positivisme mal compris...* (cit.), p. 464.

<sup>75</sup> *Ibidem*, pp. 464-465.

susceptible de ser regulado a través del derecho. El derecho sería una herramienta apropiada para regular cuestiones menores o técnicas, pero resultaría inútil para resolver las grandes cuestiones, como las relaciones entre los Estados o el mantenimiento la paz, que solo podrían ser entendidas en clave de lucha por el poder y, en consecuencia, resueltas, en el mejor de los casos a través de vías diplomáticas. En definitiva, del *peace through law* se pasa al *peace through diplomacy*.

Es un ejercicio interesante plantearse, como hizo Truyol<sup>76</sup>, si Morgenthau hubiera continuado ejerciendo como jurista de haber permanecido en Europa. Quizá hubiera mantenido el punto de vista interno respecto al derecho, aunque como se observa en el artículo analizado –que es su único trabajo publicado en España, pero también su último trabajo europeo–, su teoría estaba ya orientada a romper con los esquemas positivistas del derecho internacional para adoptar un enfoque que integrara los elementos políticos y sociológicos. Es evidente que el contexto teórico estadounidense influyó en la evolución de su teoría, pero también lo hicieron las coyunturas históricas y políticas. Como ha resaltado Koskenniemi<sup>77</sup>, en los tiempos de la Guerra Fría los trabajos de Morgenthau ofrecieron al pujante imperio norteamericano justamente la base teórica que necesitaba su política exterior para verse liberada del incómodo corsé que suponía el derecho internacional.

Recientemente algunos, como Berh y Rösch<sup>78</sup>, han considerado injustas las interpretaciones que sitúan al realismo de Morgenthau como predecesor de las tesis neorrealistas y neoliberales; como un antecedente de teorías como las de Kagan, Kristol, Perle, Wolfowitz, o Posner, autores que, en una u otra medida, han proclamado la muerte de las Naciones Unidas como una organización vetusta e inútil, la superación de la prohibición jurídica del recurso a la guerra o la vuelta a la práctica de la tortura en determinados casos. Queridas o no, lo cierto es que entre las consecuencias del éxito de las tesis de Morgenthau dentro de la disciplina de las relaciones internacionales, se encuentra un progresivo declive de la fuerza normativa del derecho internacional<sup>79</sup>. Como Morgenthau pretendía, puede constatarse que cada vez se utiliza menos el recurso al derecho para regular los asun-

<sup>76</sup> TRUYOL Y SERRA, A., *Presentación (cit.)*, pp. X-XI.

<sup>77</sup> KOSKENNIEMI, M., «Carl Schmitt, Hans Morgenthau, and the Image of Law in International Relations», en BYERS, M. (ed.), *The Role of Law in International Politics. Essays in International Relations and International Law*, Oxford University Press, 2000 pp. 17-34.

<sup>78</sup> BEHR, H. y RÖSCH, F., *Introduction*, en MORGENTHAU, H. J., *La notion du «politique»...*(*cit.*), pp. 1-79.

<sup>79</sup> Vid. KOSKENNIEMI, M., *The Gentle Civilizer of Nations (cit.)*; o García Pascual, C., «Contra el Derecho Internacional. Imperialismo americano y subjetividad jurídica», en BARRANCO, M. C., CELADOR, O. y VACAS, F., *Perspectivas actuales de los sujetos de Derecho*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 247-270.

tos internacionales: antes que a la codificación, se tiende a la descodificación; antes que a la regulación, a la desregulación; en lugar de acudir a los tribunales, se prefiere acudir a arbitrajes o mediaciones; y, por supuesto, se privilegia el contrato al tratado<sup>80</sup>. No podemos saber si este, que se ha convertido en el mundo de las desigualdades en buena medida como efecto del retroceso del papel del derecho, es el mundo que hubiera imaginado Morgenthau. Lo sí que podemos afirmar es que cuando el derecho pierde su capacidad de configurar las reglas de una sociedad –sea la nacional o la internacional–, quienes pierden son siempre los más débiles. Por eso quizá convenga plantearse de nuevo las relaciones entre el derecho y la política internacional y, sin olvidarnos de los inherentes condicionantes políticos en los que insistió Morgenthau, investigar qué podemos rescatar todavía hoy de la fórmula kelseniana de la paz por medio del derecho.

Fecha de recepción: 31/03/2013. Fecha de aceptación: 31/10/2013.

---

<sup>80</sup> *Vid.* KOSKENNIEMI, M., «Global Governance and Public International Law», en *Kritische Justiz*, vol. 37, 2004, pp. 241-254.



# La Filosofía del Derecho: Entre un nuevo Derecho amenazado y una ciencia jurídica desfasada

## Philosophy of law: Between a new threatened law and an outdated juridical science

Por JUANA MARÍA GIL RUIZ<sup>1</sup>  
Universidad de Granada

### RESUMEN

*La llegada del Género al Derecho ha marcado otra forma de hacer y pensar el fenómeno jurídico. Sin embargo, este nuevo Derecho antidiscriminatorio con múltiple potencialidad se encuentra actualmente amenazado entre incipientes reformas que pretenden diluir su potencial transformador, la ignorancia de la metodología de género de las personas intervinientes en el proceso de implementación del mismo, y la (ir)responsabilidad de la ciencia jurídica que insiste en repetir patrones desfasados elevados a categorías dogmáticas no revisables ni falsables. La reticencia de nuestros Tribunales en aplicar la agravante de alevosía en caso de muerte de la mujer víctima de violencia de género es un buen ejemplo de cómo desde la Ciencia jurídica, –y con el beneplácito de la Filosofía del Derecho–, se sigue ejerciendo un plus de violencia añadida desde el conocimiento y la práctica jurídica.*

Palabras clave: *Filosofía del Derecho, Derecho antidiscriminatorio, Ciencia jurídica.*

### ABSTRACT

*The arrival of Gender to the Law has led to an alternative form of imparting and thinking of the juridical phenomenon. However, this new anti-discriminatory*

---

<sup>1</sup> Catedrática Ac. de Filosofía del Derecho. [jjgil@ugr.es](mailto:jjgil@ugr.es)

*and multi-potential Law is currently threatened by: i) emerging reforms which aim to water down its transforming potential, ii) the ignorance of the Gender methodology shown by those responsible for its implementation and iii) the (ir)responsibility of the juridical science which insists on reutilising outdated models regarded as dogmas without the possibility of revision. The reticence of our Tribunals in applying the aggravating circumstance of treachery in cases of deaths of female victims due to gender violence, is a good example of how the juridical science, with the consent of the Philosophy of Law, is still exercising additional violence through the legal knowledge and practice.*

Key words: *Philosophy of Law, Antidiscriminatory Law, Juridical Science.*

**SUMARIO:** I. LA LLEGADA DEL GÉNERO AL DERECHO: OTRA FORMA DE HACER Y PENSAR EL FENÓMENO JURÍDICO.—II. LA AMENAZA DE SUPRESIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL: UNA ANDANADA COMPLETA AL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO.—III. EL PRINCIPIO DE TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO Y SUS CONSECUENCIAS: LA UNIVERSALIDAD DE LA IGUALDAD Y LA INTEGRACIÓN DE LA DIMENSIÓN DE GÉNERO.—IV. LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL CONTEXTO DE PAREJA Y LA AGRESIÓN DE LA CIENCIA JURÍDICA.—V. A MODO DE EJEMPLO: LA REVISIÓN DE LA AGRAVANTE DE ALEVOSÍA EN SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.—VI. UN ÚLTIMO APUNTE SOBRE EL PAPEL RELEVANTE DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO.

**SUMMARY:** I. THE ARRIVAL OF GENDER TO THE LAW: AN ALTERNATIVE WAY OF ENFORCING AND THINKING THE JURIDICAL PHENOMENON.—II. THE THREAT OF ELIMINATION OF GENDER VIOLENCE IN THE NEW PENAL CODE: AN AFFRONT TO THE ANTI-DISCRIMINATORY LAW.—III. THE PRINCIPLE OF GENDER TRANSVERSALITY AND ITS CONSEQUENCES: THE UNIVERSALITY OF EQUALITY AND THE INTEGRATION OF GENDER.—IV. GENDER VIOLENCE WITHIN THE CONTEXT OF THE COUPLE AND THE AGGRESSION OF THE JURIDICAL SCIENCE.—V. AS AN EXAMPLE: THE REVISION OF THE AGGRAVATING CIRCUMSTANCE OF TREACHERY IN CASES OF GENDER VIOLENCE.—VI. FINAL REMARKS ABOUT THE IMPORTANCE OF PHILOSOPHY OF LAW.

## I. LA LLEGADA DEL GÉNERO AL DERECHO: OTRA FORMA DE HACER Y PENSAR EL FENÓMENO JURÍDICO

Repensar el Derecho, apostar por otra forma de soñarlo e implementarlo, no es nada nuevo, aunque sí relativamente reciente. Ya en 1999 Alda Facio en su libro *Género y Derecho*, publicado en Chile hablaba de este desafío transformador que debía venir de la mano de una nueva y rompedora categoría epistemológica: el género. De este modo, «Repensar el Derecho y su función social es un desafío que va

más allá de contar con buenas leyes o con buenas resoluciones judiciales para las mujeres. Significa hacer de esta disciplina un instrumento transformador que desplace los actuales modelos sexuales, sociales, económicos y políticos hacia una convivencia humana basada en la aceptación de la otra persona como una legítima otra y en la colaboración como resultante de dicho respeto a la diversidad»<sup>2</sup>.

De hecho, la recepción y aplicación del concepto de género al Derecho ha marcado la transición de las leyes de igualdad clásicas a las leyes de igualdad modernas. De este modo, desde el Derecho se han ido cubriendo distintas etapas: si la primera se centraba en la igualdad de derechos y en la igualdad de trato ante la ley; la segunda se centró en la acción positiva y en las medidas específicas para las mujeres; para arribar a la tercera que pretende, mediante la «perspectiva de género», incorporar cambios sustanciales de igualdad efectiva inter-géneros, implicando en esta tarea a los hombres.

En otras palabras, se ha pasado de la lucha por la Igualdad formal (la igualdad política, la igualdad ante la ley y la igualdad de derechos), punto cardinal del Estado Liberal, a la lucha por la igualdad de oportunidades, sin olvidarnos de la lucha por la igualdad de hecho o sustancial, punto cardinal del Estado Social, en una dura y agotadora carrera de aciertos y desaciertos.

Muchos de los avances que se han logrado en el ámbito internacional han sido gracias al esfuerzo denodado –y poco reconocido– de los grupos de mujeres de diferentes países que han puesto en la agenda internacional los derechos de las mujeres como uno de los grandes retos de la democracia moderna y del desarrollo humano. Y este empuje ha hecho, a su vez, que actualmente asistamos en un efecto péndulo, a significativos esfuerzos legislativos a nivel nacional e incluso autonómico que, por primera vez en la historia jurídica, se dirigen no solamente a luchar contra la discriminación (desde el punto de vista individual), sino que apostando por un nuevo Derecho antidiscriminatorio –antibordiscriminación– (como subordinación estructural grupal), incorporan la idea de desarrollar derechos de las mujeres y apuestan por incluir proyectos de autonomía, libertad e igualdad defendidos por el feminismo en su pluralidad.

El legislativo español, en esta línea de trabajo e impulsado por las demandas internacionales (Beijing, 1995) y europeas (Tratado de Ámsterdam y Tratado de Lisboa), ha apostado recientemente, por un nuevo *Derecho antibordiscriminación*<sup>3</sup>, que debe incorporar la

---

<sup>2</sup> FACIO, A. y FRIES, L. (ed.), *Género y Derecho*, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 1999, p. 22.

<sup>3</sup> Al respecto, remito a los trabajos de BARRÈRE, M.A., no sólo para conocer el origen del Derecho antidiscriminatorio, y los errores conceptuales graves existentes al trasladar la tradición jurídico-política norteamericana a los ordenamientos europeos, sino para entender las limitaciones de los modelos tradicionales de «igualdad de trato y de oportunidades», como válidos para redefinir éste, al no partir del axioma de la subordinación estructural-grupal de las mujeres. En ningún caso puede desconocerse

perspectiva de género, de manera transversal y principal. Esta integración de la dimensión de la igualdad de oportunidades en la totalidad de los procesos normativos –elaboración, interpretación y aplicación– de la totalidad de las normas y en la totalidad de las políticas públicas –se manifiesten a través de normas o de actos administrativos no normativos–, se denomina transversalidad, traducción del neologismo inglés *gender mainstreaming*.

Resultado de este esfuerzo legislativo son las (des)conocidas y polémicas Ley Integral (LO 1/2004, de 28 de diciembre), Ley de Igualdad (LO 3/2007, de 22 de marzo), sin olvidarnos de la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas.

El atractivo de la transversalidad de género, sin duda, descansa en su potencial transformador a gran escala, esto es, en las múltiples posibilidades de este principio como eje transformador simultáneo y unívoco en todas las áreas de la política. Y ello es así, porque este proceso excede del mero proceso de elaboración de las normas, reatrayendo su aplicación e interpretación, y su planeamiento político, y su óptima implementación, neutraliza los estereotipos de género latentes en los mismos.

Sin embargo, sus virtudes se convierten en debilidades, al haber levantado falsas expectativas de igualdad efectiva y de compromiso coordinado de los poderes públicos que, aún hoy, quedan muy lejos de ser una realidad. Conseguir los objetivos perseguidos por el *gender mainstreaming* requiere cambios catárticos, no conseguibles de manera inmediata, y demanda, tal y como denuncian los organismos internacionales: revisión profunda de la gestión de las políticas, compromiso serio de los tres Poderes del Estado con la igualdad efectiva y formación en género de todo el personal implicado en su puesta en marcha.

Asimismo, el nuevo Derecho antidiscriminatorio y antisubordinación exige romper con una estructura de trabajo primitiva y desfasada –aunque dogmáticamente incorporada, incluso por las Facultades de Derecho– de funcionamiento del fenómeno jurídico, y de los criterios básicos de *igualdad* –tradicional desde Aristóteles en el pensamiento occidental– y de *discriminación* –centrada en un contexto individual, que no estructural y grupal–, que manipula.

Se trata de una ardua tarea que apenas se acaba de acometer desde el Derecho y desde el pensamiento crítico del Derecho, y que centrado en la transversalidad de género parte de varios axiomas:

1. El reconocimiento de la masculinidad del ordenamiento jurídico que obliga a su revisión crítica.

---

de la autora, su monografía *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1997.

2. La insuficiencia de los mecanismos tradicionales de tutela antidiscriminatoria, basados en el sexo, a los fines de la igualdad de género, lo que obliga a una revisión global del Derecho y a la apuesta de un nuevo Derecho antisubordinación.

3. La necesidad de reflexionar sobre una ciencia jurídica obsoleta, parcial y coadyuvante a la violencia de género.

En paralelo, preocupa que el haber acuñado la transversalidad, sin haber realizado la catarsis anteriormente citada, ponga en peligro los avances pro igualdad conseguidos con no poco esfuerzo, desmantelando toda la infraestructura institucional –impulsada por la Unión Europea– para apoyar las políticas de género. La apariencia de igualdad implicaría la desaparición de los fondos, instituciones y programas específicos para la promoción de la igualdad de género.

No entender esto, ni conocer la complejidad del *gender mainstreaming*, además de no estar preparados para acometerla con rigor, implica –desde el desconocimiento–perpetuar o incrementar, en su caso, la discriminación contra las mujeres, esta vez desde la estructura jurídico-política formulada, en teoría, para erradicarla. Reparar, pues, en ella y con carácter de urgencia<sup>4</sup> –en un contexto de necesaria formación en género de profesionales del Derecho y de la Justicia– es uno de los objetivos de esta reflexión jurídica que, ahora más que nunca, se dibuja fundamental. Y en este sentido reivindicar determinados conceptos jurídicos resulta clave; a saber: discriminación, violencia de género y finalmente, el compromiso de los poderes públicos con el *gender mainstreaming*. En este sentido, la revisión de la ciencia jurídica resulta inaplazable y en esta tarea la Filosofía del Derecho no puede quedar impávida<sup>5</sup>, de brazos cruzados.

---

<sup>4</sup> El Informe de Amnistía Internacional de noviembre de 2012 solicita al Parlamento español una mejora en la regulación del deber de formación de los órganos jurisdiccionales (no sólo de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, sino también de instancias superiores) en materia de género e insiste en la efectividad de que esa formación se lleve a cabo lo más urgentemente posible. Asimismo, solicita al Ministerio de Justicia y a las comunidades autónomas con competencias en justicia, la interposición de medidas en aras a garantizar la disponibilidad, accesibilidad y calidad de la asistencia letrada a las víctimas de violencia de género; formación del personal que interviene en los juzgados, incluyendo sobre todo la Fiscalía. Con respecto a la Fiscalía General del Estado y a la Fiscal de Sala de Violencia sobre la Mujer, se les insta a la mejora de la formación, trato y protección hacia las víctimas de violencia de género (Circular 8/2005 de atención y protección a víctimas de delitos y la 3/2009). Idéntica recomendación se dirige a los Colegios de la abogacía y a las asociaciones de jueces y fiscales.

<sup>5</sup> No obstante, en esta línea, destacadas voces, aunque minoritarias, de la Filosofía del Derecho en España se han alzado desde hace tiempo, para recordar el inaplazable papel de ésta en la revisión de la Ciencia jurídica. Entre ellas cabe destacar a Maggy Barrère, Ana Rubio, María José Añón, Encarna Bodelón, o quien suscribe estas líneas, Juana María Gil Ruiz.

## II. LA AMENAZA DE DISOLUCIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL: UNA ANDANADA COMPLETA AL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

Reparar ante todo en la correcta comprensión, en su complejidad, de lo que significa Violencia de Género se justifica, ahora más que nunca, ante las anunciadas reformas de Código Penal que eliminan de manera explícita el concepto de violencia de género –instrumento básico del moderno Derecho antidiscriminatorio– y que vuelve a diluirlo en la violencia doméstica o familiar, desactivando el potencial transformador de éste. Expliquémoslo.

Reconocer un problema, diagnosticarlo con precisión, es el primer paso para combatirlo. Ello implica no olvidar –tal y como reza la Exposición de Motivos de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género– que «La Violencia de Género no es un problema que afecte al ámbito privado. (Ni se limita a la mal llamada violencia doméstica). Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión».

Cierto es que la conocida popularmente como Ley Integral (la LO 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género) centra su objeto de actuación, seguramente por cuestiones de presión social, en «la violencia que, como manifestación de la discriminación, la *situación de desigualdad* y las *relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres*, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia». Pero la Violencia de Género, como bien sabe el legislativo, es algo más que la mal llamada Violencia doméstica o la Violencia en las relaciones de pareja.

La Ley andaluza 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la Violencia de Género sabedora de la asimilación de Violencia de Género como forma de discriminación, abraza en su artículo 1, un concepto de Violencia de Género mucho más acorde y riguroso con el defendido en los distintos Tratados Internacionales y muy especialmente por la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y ratificada por España en 1983; a saber:

«A los efectos de la presente Convención, la expresión «discriminación contra la mujer» denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menosca-

bar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, de los derechos humanos, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.»

La Violencia de Género incluye<sup>6</sup>, pues, todas aquellas agresiones sufridas por las mujeres como consecuencia de los condicionamientos socioculturales que actúan sobre los géneros masculino y femenino, y que se manifiestan –y se han manifestado históricamente– en cada uno de los ámbitos de relación de la persona, situándola en una posición de subordinación al hombre; y ello, insistimos, no sólo toca a la esfera privada, o más concretamente a la relación de pareja, sino a la esfera pública, ya fuere en el ámbito político, económico, social, cultural o civil.

Este reconocimiento y asimilación de la violencia de género como forma de discriminación es, pues, algo más que una cuestión circunstancial. Se trata de un primer paso en la lucha por erradicarla y un compromiso por parte de la Administración Central y Autónoma de no quedar al margen de lo que se califica como «uno de los ataques más flagrantes a los derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la *no discriminación* proclamados en nuestra Constitución» así como «un obstáculo para el pleno desarrollo de las mujeres y de la sociedad». Siendo coherente con este compromiso adquirido, y como respuesta global, se aprobaron dos paquetes de medidas legislativas, especialmente importantes –e igualmente (des)conocidas y polémicas– en lo que se refiere a la erradicación de las distintas Violencias de Género y a la apuesta por la igualdad efectiva. Uno de ellos ha sido ya referido, la Ley Integral. El segundo, no menos destacable, es la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres de 2007. Ambas leyes reconocen que los poderes públicos no pueden ser ajenos a esta lacra social e invocan a la Constitución, –al Estatuto Andaluz en Andalucía–, pero también a las demandas del Derecho Internacional y Europeo para justificar la urgencia de «proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres». Ambas herramientas jurídicas deben ser entendidas y enmarcadas, pues, como un *totum*; esto es, un solo cuerpo que nos permitiría prevenir, detectar, eliminar y erradicar las distintas Violencias de Género que se perpetran sobre las mujeres, situándolas en una posición de subordinación con respecto a los varones, y que se manifiestan –siguiendo la definición jurídica de *discriminación*– tanto en la esfera privada como pública. La reacción legislativa sólo puede ir en la línea, pues, de una acción positiva capaz de volati-

---

<sup>6</sup> Al respecto, véase GIL RUIZ, J. M., *Los diferentes rostros de la violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2007.

lizar la subordinación estructural y conseguir la eliminación de la discriminación en sentido amplio.

Pero esta correcta definición y conceptualización de discriminación abrazada en nuestra Ley, visibiliza, además, que es ésta la que genera vulnerabilidad en los seres humanos y no que las mujeres ostenten el título de seres vulnerables. La Ley Integral es consciente de ello, e insiste en diferenciar la violencia doméstica de la violencia de género. Si en la primera se protege la situación objetiva de vulnerabilidad del sujeto pasivo (víctima), proveniente de una particular naturaleza de la relación familiar, en la segunda se protege a las mujeres de la situación de discriminación y desigualdad social real existente contra ellas (ciudadanas), por el mero hecho de haber nacido mujeres. No podemos, pues, dejar de valorar estos esfuerzos legislativos, constataando la complejidad que encierra introducir en el ordenamiento jurídico español este nuevo contenido del principio de igualdad, más allá del tradicional y aristotélico contenido formal del mismo, y que tantas antipatías ha levantado y seguirá levantando. Las más de doscientas cuestiones de inconstitucionalidad que la Ley Integral suscitó, —aun cuando sólo 127 fueron aceptadas por el Tribunal Constitucional—, son un buen ejemplo de ello.

Por lo tanto, el paso de la «simple protección jurídica de las víctimas de la violencia doméstica» a la necesidad de combatir y erradicar la violencia de género, no es casual ni azarosa, sino que implica romper con la idea de seres vulnerables, débiles, necesitados de protección, con el consiguiente tratamiento paternalista de amparo y reemplazarla por el reconocimiento de la ciudadanía de las mujeres, visibilizando —en caso de desprotección— la incapacidad del Estado de garantizar a éstas el pleno ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, integridad, igualdad, libertad y seguridad. Eliminar, pues, el concepto de Violencia de Género del Código Penal supondría un paso atrás de gigante en la lucha por la erradicación de la discriminación estructural ciudadana.

### III. EL PRINCIPIO DE TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO Y SUS CONSECUENCIAS: LA UNIVERSALIDAD DE LA IGUALDAD Y LA INTEGRACIÓN DE LA DIMENSIÓN DE GÉNERO

Si el reconocimiento expreso de la violencia de género como una forma de discriminación, permite desde el Derecho activar un todo un complejo mecanismo de Derecho antidisdiscriminación (como discriminación estructural grupal), dirigido a minar, a volatilizar las raíces subordinadoras que maniatan el libre desenvolvimiento ciudadano de las mujeres, no es menos cierto que el compromiso internacional con la transversalidad de género supone una vuelta más de tuerca a

este esfuerzo epistemológico jurídico por erradicar las violencias de género, se realicen en la esfera privada o en la pública. No en vano, si la inclusión expresa de la violencia contra la mujer entre las formas de discriminación, permite convulsionar la construcción clásica de la discriminación; la apuesta por la transversalidad de género –como corriente principal– compromete en esta tarea a todos los Poderes Públicos y a todas las ramas del Derecho.

En este sentido, hablar hoy de Igualdad con mayúsculas exige conocer y manejar con rigor el concepto de transversalidad, o mejor dicho, la correcta transposición del principio de *gender mainstreaming* a las legislaciones nacionales, por sus importantes repercusiones sociales, jurídicas y políticas en la ciudadanía. Sin duda, el principio de transversalidad de género parte del compromiso de la comunidad internacional para lograr la igualdad entre los géneros, así como el desarrollo y la paz para todas las mujeres. Sus precedentes internacionales inmediatos son de sobra conocidos: la Conferencia Mundial de las Mujeres en Nairobi en 1985, la propuesta de la Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de las Mujeres de Naciones Unidas en 1987, o a nivel europeo, el III Programa de Acción Comunitaria en materia de Igualdad de Oportunidades (1991-1995).

Pero sin duda, es la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing, en 1995, la que renueva el compromiso con la igualdad y proclama la transversalidad y el triunfo de lo que podríamos calificar «Feminismo de Estado». En la Declaración de Beijing, los Gobiernos participantes adoptaron y se comprometieron «a aplicar la siguiente Plataforma para la Acción, garantizando que en todas nuestras políticas y programas quede reflejada la perspectiva de género» e invita a todos los gobiernos y a los demás agentes a «integrar la perspectiva de género (*gender mainstreaming*) –como corriente principal– en las legislaciones, en las políticas, programas y proyectos públicos»<sup>7</sup>, con el objetivo de analizar sus posibles consecuencias para las mujeres y los hombres, respectivamente, antes de tomar decisiones vinculantes. Posteriormente, este compromiso ha sido reconfirmado en numerosas ocasiones, persiguiendo y analizando los mecanismos para incrementar la responsabilidad de los gobiernos en el cumplimiento del mandato que figura en la Plataforma de Acción.

Ya no hablamos pues, de un principio de igualdad limitado, que parte de una visión sectorial del mismo, esto es, en relación a sí mismo, sino desde una visión más compleja y rica, desde una dimensión universal, que pone el principio en relación con el resto de las normas jurídicas. Para ser más exactos, a partir de ahora el Derecho no se sustentará en una Razón Universal (neutras respecto al sexo-género), sino que responde a una manifestación de Poder (patriarcal,

---

<sup>7</sup> La Declaración de Beijing y Plataforma para la Acción, elaboradas en la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres de Beijing (1995), se han publicado en la Serie Documentos del Instituto de la Mujer, 1996.

según la lógica de la Teoría Crítica Feminista del Derecho). De este modo, no bastará con equiparar los derechos de mujeres y hombres, ni la solución a tanta desigualdad descansa en leyes de igualdad sectoriales, incapaces de desactivar el componente masculino del Derecho. Se pretende integrar la dimensión de la igualdad en la elaboración y en la aplicación de la totalidad de las normas jurídicas y de las políticas públicas, es decir, apostar por el principio de transversalidad de la dimensión de género.

Europa no ha quedado al margen de este compromiso con la igualdad efectiva inter-géneros pasando a formar parte de una de las prioridades de su agenda política. No en vano, se trata de «un principio firme y creciente, en el seno de la Unión Europea. En efecto, ha sido reconocido por el artículo 3 del Tratado de Ámsterdam, que ha incluido, como de una de las prioridades a tener en cuenta en el diseño de Políticas Europeas, la promoción de la Igualdad de mujeres y hombres en todas las políticas y la eliminación de las discriminaciones. Se incluye como objetivo de la Unión, la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres (hasta el punto de condicionar) el conjunto de las Políticas Comunitarias al objetivo de la consecución de esa igualdad»<sup>8</sup>. De este modo, el fin de la igualdad no se alcanza a través de una o varias acciones específicas, sino integrándolo en todas las acciones.

El artículo 3.2 del Tratado de Ámsterdam explicita claramente el objetivo de la Unión Europea: «En todas las actividades contempladas en el presente artículo, *la Comunidad se fijará el objetivo* de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad». El reciente Tratado de Lisboa se pronuncia en idénticos términos en su artículo 8: «En todas sus acciones, *la Unión se fijará el objetivo* de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad».

En este sentido, «la Comisión de la Unión Europea ante la constatación de que decisiones políticas que, en principio, parecen no sexistas, pueden tener un diferente impacto en las mujeres y en los hombres, a pesar de que dicha consecuencia ni estuviera prevista ni se deseara, aprobó (en 1996) una Comunicación<sup>9</sup> sobre la transversalidad *mainsstreaming* –introduciéndola en el Tratado de Ámsterdam (1997)– como un primer paso hacia la realización del compromiso de la Unión Europea de integrar la perspectiva de género en el conjunto de las políticas comunitarias y elaboró una *Guía para la Evaluación del Impacto en Función del Género*<sup>10</sup> diseñada para proyectarse en el seno de la Comi-

---

<sup>8</sup> Vid. REY MARTÍNEZ, F., «Comentario a los informes del Consejo de Estado sobre el impacto por razón de género», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 14, 2.º semestre 2004, pp. 500-523.

<sup>9</sup> Comunicación «Integrar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias», COM (96) 67 final de 21 de febrero de 1996.

<sup>10</sup> *Guía para la Evaluación del Impacto en Función del Género*, de la Comisión Europea, 1998.

sión con objeto de evitar consecuencias negativas no intencionales que favorezcan situaciones de discriminación y para mejorar la calidad y la eficacia de las políticas comunitarias»<sup>11</sup>.

De este modo, y como complemento a los objetivos de la acción comunitaria prevista para la promoción de la igualdad efectiva de mujeres y hombres, merece destacarse la aprobación de la Decisión del Consejo<sup>12</sup> 2001/51/CEE, de 20 de diciembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitaria (V Programa Marco) sobre la estrategia (COM 2000, 335 final) que debe seguirse en materia de igualdad de mujeres y hombres (2001-2005), sustentándose en los principios derivados de la transversalidad y en la Hoja de ruta para la igualdad entre hombres y mujeres 2006-2010. Este Programa Marco, de enfoque dual, «es uno de los instrumentos necesarios para la puesta en práctica de la estrategia global comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres, que abarca todas las políticas y todas las acciones comunitarias encaminadas a alcanzar dicha igualdad, incluidas las políticas de integración de la igualdad de los sexos y las acciones específicas dirigidas a las mujeres», y destaca por conceder un especial protagonismo a la evaluación del impacto de género en todos los ámbitos de intervención (vida económica, social, política, vida civil, roles y estereotipos,...) que tengan repercusiones directas o indirectas en las mujeres o en los hombres, «como una de las acciones a emprender para el logro de los objetivos mencionados en el referido programa»<sup>13</sup>. Ello explica el sentido de la transversalidad y exige que «en el diseño y aplicación de todas las políticas hay(a) que tener en cuenta las preocupaciones, las necesidades y aspiraciones de las mujeres, en la misma medida que las de los hombres»<sup>14</sup>.

Y esto es así, porque de sobra es conocido que el modelo de políticas públicas existente en el mundo, y por supuesto en Europa, no ha sido pensado con la idea de garantizar la equidad de género. Por el contrario, las mujeres acceden en menor medida que los varones a la

---

<sup>11</sup> Exposición de Motivos de la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno.

<sup>12</sup> No obstante, el principio de transversalidad en el ámbito del ordenamiento jurídico comunitario se consolida en la Decisión del Consejo 95/593/CEE, de 22 de diciembre de 1995, relativa a un programa de acción comunitaria a medio plazo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1996-2000).

<sup>13</sup> Decisión del Consejo 2001/51/CEE, de 20 de diciembre de 2000, relativa a un programa de acción comunitaria sobre la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre hombre y mujeres (2001-2005). El texto de la Decisión del Consejo se transcribe literalmente en la Exposición de Motivos de la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración de impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno. *BOE* núm. 246, de 14 de octubre de 2003, pp. 36770-1.

<sup>14</sup> *Vid.* Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, relativa a una Estrategia Marco Comunitaria sobre igualdad de hombres y mujeres (2001-2005).

educación. De hecho, más de dos tercios de las personas analfabetas del planeta son mujeres. Asimismo, las personas son titulares de importantes derechos sociales en función de su posición en el mercado de trabajo, y ello implica –en tanto que la vinculación de las mujeres es menor y sus condiciones de precariedad son mayores que la de los compañeros varones–, una penalización, o mejor dicho, una *discriminación* en el acceso a los derechos sociales derivados del empleo, como las pensiones de jubilación, entre otros.

El legislativo español, en esta línea de trabajo e impulsado por las demandas internacionales (Beijing, 1995) y europeas (Tratado de Ámsterdam y Tratado de Lisboa), ha apostado recientemente, por un nuevo *Derecho antisubordiscriminación* que debe incorporar la perspectiva de género, de manera transversal y principal. Esta integración de la dimensión de la igualdad de oportunidades en la totalidad de los procesos normativos –elaboración, interpretación y aplicación– de la totalidad de las normas y en la totalidad de las políticas públicas –se manifiesten a través de normas o de actos administrativos no normativos–, se denomina transversalidad, traducción del neologismo inglés *gender mainstreaming*.

Sin duda, el artículo 2.k) de la Ley Integral<sup>15</sup>, y con mayor amplitud, el artículo 15 de la Ley de Igualdad, han supuesto la consagración expresa del principio de transversalidad, con la asunción lógica de todas sus consecuencias: la universalidad de la Igualdad y la integración de la dimensión de género.

En cuanto a la primera, la Universalidad de la Igualdad, hablamos en una doble dimensión, a cual más importante. Por una parte, la universalidad subjetiva, se dirige y *afecta a todos los Poderes Públicos*. El arriba citado artículo 15 de la Ley de Igualdad establece la vinculación transversal de la igualdad «en la actuación de todos los Poderes Públicos» y esta universalidad subjetiva la ratificará su carácter de norma básica, tal y como se recoge en la disposición adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley.

Por otra parte, la universalidad objetiva, reatraviesa *a todas las Ramas del Ordenamiento Jurídico*. La universalidad objetiva se contemplará, siguiendo la lectura del artículo 15 de la Ley de Igualdad, no sólo cuando alude a la «adopción y ejecución de sus disposiciones normativas», sino a «la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y (al) desarrollo del conjunto de todas sus actividades».

---

<sup>15</sup> Artículo 2.k) de la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, sobre *Principios rectores de la Ley*: «Garantizar el principio de transversalidad de las medidas, de manera que en su aplicación se tenga en cuenta las necesidades y demandas específicas de todas las mujeres víctimas de violencia de género».

En cuanto a la segunda, la integración de la dimensión de género<sup>16</sup>, en el proceso de elaboración de normas legislativas a propuesta del Gobierno, –que ya introdujera la Ley 30/2003, de 13 de octubre– se modifica el apartado 2 de artículo 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en el sentido de que «el procedimiento de elaboración de anteproyectos de Ley (...) se iniciará en el Ministerio o Ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente Anteproyecto, que irá acompañado por (...) un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo». En este mismo sentido, y en cuanto a la integración de la dimensión de género en el proceso de elaboración de normas reglamentarias emanadas del Gobierno, se añade un párrafo 1.b) del artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, afirmando que «en todo caso, los reglamentos deberán ir acompañados de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establezcan en el mismo». Posteriormente, la Ley de Igualdad de 2007 (LO3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres), en su artículo 19, ampliará tal exigencia a «los proyectos de disposiciones de carácter general y los planes de especial relevancia económica, social, cultural y artística que se sometan a la aprobación del Consejo de Ministros».

Ahora bien, la transversalidad de género en su doble dimensión –subjetiva y objetiva–, sin duda, está más que presente en la Exposición de Motivos de la Ley de Igualdad: «De ahí la consideración de la dimensión transversal de la igualdad, seña del moderno derecho antidiscriminatorio, como principio fundamental del presente texto». Asimismo, «la complejidad que deriva del alcance horizontal del principio de igualdad se expresa también en la estructura de la Ley. (...) De este modo, la Ley nace con la *vocación de erigirse en la ley-código de la igualdad entre mujeres y hombres*». Y dicha vocación pasa por *integrar el principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas*; a saber: el artículo 4 de la Ley de Igualdad eleva «la Igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres (a) principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas». Aquí se aplica la eficacia característica de los principios generales del Derecho según el artículo 1.4 del Código Civil, en tanto que no podemos olvidar la naturaleza compleja de la igualdad jurídica en España en tanto que derecho, principio y valor.

La consecuencia directa del artículo 4 de la Ley de Igualdad sobre la tarea de interpretación y aplicación de las normas derivada de la integración de la dimensión de género en la elaboración normativa, sin duda, descansa en la asunción de la transversalidad como finalidad buscada, no sólo por una, sino por todas las normas del ordenamiento

---

<sup>16</sup> Véase GIL RUIZ, J. M., *Las nuevas Técnicas Legislativas en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

jurídico que, deben ser aplicadas, sin distinción alguna, con perspectiva de género. El impacto directo sobre los criterios de interpretación recogidos en el artículo 3.1 del Código Civil, repercute como si fuera un toque de billar preciso, meditado y certero. Los criterios «antecedentes...legislativos» (en caso de existir Informes de Evaluación de Impacto de Género); el teleológico (en tanto que el espíritu y la finalidad buscada es la Igualdad efectiva ) y el sistemático (en tanto que reatraviesa todo el sistema jurídico), conducen irreductiblemente a que la totalidad del ordenamiento jurídico aparezca impregnado de la igualdad de los sexos. O dicho de otro modo, «todas y cada una de las normas jurídicas –no sólo las tradicionales normas antidiscriminatorias, es decir las leyes de igualdad clásicas– se convertirán –y justamente aquí se encuentra la esencia de la ley de igualdad moderna– en mecanismo de consecución de la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres. Y es que no en vano la universalidad objetiva es exigencia de transversalidad»<sup>17</sup>.

Ello significa un mandato directo, «un llamamiento a la efectividad de los valores y principios básicos del sistema constitucional y del ordenamiento jurídico español»<sup>18</sup> y una consigna legal clara dirigida, muy especialmente, a los órganos judiciales quienes deben someterse al Imperio de la Ley (art. 117.1 de la Constitución y artículo 1 de la LOPJ), y especialmente a la Constitución, aplicando las leyes y reglamentos conforme a la Constitución, inaplicando los contrarios a ésta, y garantizando la tutela de los derechos e intereses legítimos, en particular los derechos fundamentales (arts. 5, 6 y 7 de la LOPJ). La igualdad, como valor superior de ordenamiento jurídico (art. 1.1 de la Constitución) posee esa triple función que no debe olvidarse: sirve de fundamento a las normas jurídicas, es una guía y orientación en la aplicación del ordenamiento jurídico, y un parámetro de valoración (o crítica) de lo que una norma no puede en ningún caso ser. De conformidad con esta dimensión del principio de igualdad, toda desigualdad en principio, deviene una violación del sistema de valores que defiende el proyecto de justicia recogido en la Ley de Leyes. Todo ello deberá ser tenido muy en cuenta, cuando analicemos la actuación del Poder Judicial en supuestos de violencia de género ya que la actividad judicial deberá, no sólo examinar lo asépticamente jurídico, sino el resultado de la aplicación sobre la realidad del género para erradicar los estereotipos que –estructuralmente– constriñen la libertad (sexual), la igualdad y la seguridad de las mujeres. Una aplicación «automática y aséptica» del Derecho sin la correcta y obligada transversalidad de género, supondrá otra forma de infligir violencia de género, esta vez

---

<sup>17</sup> LOUSADA AROCHENA, J. F., *El principio de Igualdad entre Mujeres y Hombres en la legislación española*, 2011.

<sup>18</sup> *Ibidem*, 2011, p. 26.

de manos del Poder del Estado<sup>19</sup>. Se hace pues, precisa «una interpretación que, más allá del plano legal, se efectúe desde el plano constitucional»<sup>20</sup>, en tanto que la Constitución, tal y como nos recuerda el TS<sup>21</sup>, se alza como norma directriz.

#### IV. LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL CONTEXTO DE PAREJA Y LA AGRESIÓN DE LA CIENCIA JURÍDICA

La Violencia de Género y las víctimas que se cobra anualmente vienen ocupando últimamente un lugar central en el debate social y mediático, y han impulsado en España –dejando al margen el marco jurídico internacional<sup>22</sup> de lucha contra la Violencia de Género– una avalancha de reformas legislativas para intentar erradicar esta lacra de devastadoras consecuencias personales y sociales. Desde el año 1989, año en el que por primera vez se recoge el delito de malos tratos habituales en el antiguo Código Penal español, hasta nuestros días, esta lacra social ha sido «reformulada»<sup>23</sup>, jurídicamente hablando en numerosas ocasiones. La última respuesta legislativa ha sido la convertida –pese a su aprobación unánime por todas las fuerzas políti-

---

<sup>19</sup> Reparemos que la Constitución sólo califica como Poder al Poder Judicial, en su Título VI, frente al Legislativo y al Ejecutivo.

<sup>20</sup> MARTÍN MAZZUCCIONI, C., *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres*, en SÁNCHEZ TRIGUEROS y SEMPERE NAVARRO (ed.), Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 94-95.

<sup>21</sup> Ver STTS de 21 de diciembre de 2009, Sala de lo Social.

<sup>22</sup> Fue precisamente la alarma social surgida ante los cuantiosos episodios de agresiones dentro del hogar lo que motivó una reacción institucional a nivel internacional, nacional, autonómico y local. De hecho, y en lo que al ámbito internacional se refiere, desde la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 hasta la revisión realizada en Nueva York en el 2000 de la Plataforma de Beijing de 1995, la ONU ha emprendido importantes campañas de concienciación para erradicar el terrorismo doméstico. Las Conferencias mundiales sobre la mujer de México (1975), Copenhague (1980), Nairobi (1985) y Beijing (1995), la Declaración de la Asamblea General y la Conferencia mundial sobre los derechos humanos de 1993, la Resolución de la Asamblea General de 1998 respecto de la prevención de la violencia sobre las mujeres y el Protocolo facultativo a la Convención de 1979 adoptado por la Asamblea General en 1999 son un buen ejemplo de ello.

<sup>23</sup> Si originariamente el delito de «violencia doméstica» se ubicaba en el artículo 153 CP, aunque con reformas de su contenido por parte de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio (BOE núm. 13, de 10 de junio), cuatro años después, vuelve a modificarse el Código Penal mediante Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, alterando el contenido de los artículos 153 y 173. Posteriormente, la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, de 28 de diciembre de 2004, volvió a modificar el Código Penal agravando las penas, así como ha activado nuevas medidas en ámbitos que tienen que ver con la violencia de género tales como la prevención, protección, atención sanitaria, social y laboral, y por supuesto, la coordinación judicial.

cas– Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género de 28 de diciembre de 2004. Sin embargo, la visibilización de la violencia de género en el contexto familiar y su calificación como delito ha sido muy reciente (1989), constatándose la abulia y el eterno desinterés del legislador español por abordar episodios de violencia hacia los derechos humanos en el contexto familiar (violencia doméstica) y muy especialmente hacia las mujeres como ciudadanas (violencia de género). Habrá que esperar, como sabemos, a la conocida popularmente como Ley Integral para que se creen tipos específicos agravados y se centre especialmente la atención cuando la lesión se produzca contra quien sea o haya sido la esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

Sin embargo, y pese a los incuestionables avances legislativos –aun cuando mejorables<sup>24</sup>– referentes a la consecución de la igualdad efectiva de la ciudadanía y erradicación de las distintas formas de violencia de género, nuestras Facultades de Derecho siguen extrapolando un modelo de ciencia jurídica, desfasado, propio del siglo XIX, inmune a cualquier crítica, en tanto que convertido en dogma científico, una suerte de Teología jurídica, no revisable ni falsable. La alevosía es un buen ejemplo de categoría elevada a dogma, símbolo de cómo el Derecho, este nuevo Derecho, se estrella ante el pseudo-arrecife de la neutralidad interpretativa.

Pese a las distintas reformas, algunas de las exigencias típicas exigidas en supuestos de violencia de género siguen planteando importantes dudas interpretativas que requieren de una reflexión crítica, al menos desde la Filosofía del Derecho<sup>25</sup>. Si es cierto que la reivindicación primigenia de arribar a la igualdad ha supuesto la reformulación y la promulgación de leyes expresadas de forma neutral respecto del género, sin embargo, esta política de exigir un trato igual provoca ciertas dudas, ya sugeridas por la Feminist Jurisprudence. Decir que a la mujer se le tratará como al hombre no supone evidentemente que se le trate igual; acogerse a la neutralidad de la ley eclipsa la auténtica interpretación masculina que rige en ella.

De este modo, el Derecho se percibe como algo construido histórica y concretamente sobre las experiencias, las opiniones y los intereses de los varones. No es masculino por estructura o vocación, sino por elaboración histórica de varones para varones, lo que no significa que las mujeres no aparezcan. Como nos recuerda Pitch «el Derecho

<sup>24</sup> Al respecto, véase ANÓN, M. J., «¿Igualdad ma non troppo? Una reflexión crítica sobre la reciente legislación española en materia de igualdad entre mujeres y hombres», en *Sociología del Diritto*, Franco Angeli Edizioni, vol. 34, Italia, 2008.

<sup>25</sup> Al respecto, unas de las aportaciones críticas más recientes y sugerentes la hallamos en BODELÓN, E. (coord.), *Violencia de Género y las respuestas de los sistemas penales*, Ed. Didot. Buenos Aires, 2012; y en GIL RUIZ, J. M., *Los diferentes rostros de la Violencia de Género*, Editorial Dykinson, Monografías de Derecho Penal, Madrid, 2007, especialmente su capítulo V.

se concibe de dos modos, según un modelo masculino y uno femenino, este último originado por las percepciones masculinas acerca de cómo son las mujeres o de cómo deberían ser»<sup>26</sup>.

La Feminist Jurisprudence propone dos opciones para combatir la desigualdad estructural que desembocan en la reivindicación de la diferencia, combatiendo la falsa idea de igualdad, y la subordinación asociada a la diferencia. Pero, retomemos a MacKinnon:

«Hay dos opciones. La primera la llamo el standard masculino: Las mujeres pueden ser iguales a los hombres. En derecho se llama neutralidad. La otra opción la llamo el standard femenino: Puedes ser diferente de los hombres. En derecho se llama protección especial. De cualquiera de las formas son los hombres los que articulan el standard bajo el cual se mide. Puedes ser lo mismo que un hombre, y entonces serás igual, o puedes ser distinta de los hombres, y entonces será mujer»<sup>27</sup>.

Toda esta reflexión nos obliga a reparar en los tres períodos señalados por Carol Smart en *La mujer del discurso jurídico*, en torno a la crítica feminista al Derecho. El primero de ellos se sitúa en la afirmación de que «el Derecho es sexista»; el segundo con la frase «el Derecho es masculino», y finalmente, en un tercer estadio se argumenta que el «Derecho tiene género». Si el primero de ellos obligaba a revisar todos los preceptos de Derecho Penal bajo la lupa del principio de igualdad de trato, plasmándose *de factum* no sólo en exigencias de criminalización, sino también en demandas de despenalización; el segundo –el Derecho es masculino– aludía a la constatación de que estas leyes formuladas de forma neutral, sin embargo, se aplican de acuerdo a una perspectiva masculina y toman como medida de referencia a los hombres.

«Por esta razón, –continúa Smart– comparado con el enfoque anterior, «el Derecho es sexista», este análisis sugiere que cuando un hombre y una mujer están frente al derecho, no es el derecho el que fracasa en aplicar al sujeto femenino los criterios objetivos, sino que precisamente aplica criterios objetivos y éstos son masculinos. Por ello, insistir en la igualdad, la neutralidad y la objetividad resulta, irónicamente, insistir en ser juzgado bajo valores masculinos»<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Vid. PITCH, T., *Un Derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 262.

<sup>27</sup> Palabras de MacKinnon citadas por EISENSTEIN, A., *The female body and the law*, Berkeley, University of California Press, 1988. En este sentido, véase LAURENZO, P., «La violencia de género en el Derecho Penal: Un ejemplo de paternalismo punitivo», en LAURENZO, P., MAQUEDA, M. L., RUBIO, A., *Género, violencia y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 329-362.

<sup>28</sup> SMART, C., «La mujer del discurso jurídico», en LARRAURI, E. (comp.), *Mujeres, Derecho Penal y Criminología*, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 1994, p. 173.

Sin embargo, no pensemos que esta parcialidad real del Derecho –que no formal– se debe a una aplicación errónea de la ley en lo que al juez e intérprete se refiere; esto es, al supuesto talante machista de éste. Lo que pretendemos demostrar va aún más lejos: la aplicación objetiva del Derecho tiende a reproducir la versión social dominante; y esto es así, aplique el Derecho un hombre o una mujer. La aplicación dogmática de la ley, y el cumplimiento estricto de todos los requisitos admitidos por la Doctrina, puede llevar a una desprotección legal y real de determinados colectivos, y todo ello –y paradójicamente– por mor del supuesto principio igualitario.

Pero, a diferencia de estas dos etapas en la crítica feminista al Derecho, las aportaciones que revisan la idea de que el «Derecho tiene género» nos ha llevado a preguntarnos más que el modo con que el Derecho supera el género, cómo funciona el género dentro del Derecho y cómo el Derecho funciona para crear género. «Además, el Derecho es redefinido no como el sistema que puede imponer la neutralidad del género, sino que se define como uno de los sistemas (discursos) que produce no solamente las diferencias de género sino formas específicas de diferencias polarizadas. El Derecho se ve como creando ambos sujetos con género y también (más discutible) subjetividades o identidades a las cuales el individuo deviene atado o asociado»<sup>29</sup>.

Quizás, todo este triple proceso, que sin duda puede calificarse de complejo, pueda verse con mayor nitidez en el ámbito de la domesticidad, ámbito invisible, privado e íntimo, que ha venido manteniendo su propia legislación despótica, y su jurisdicción extra-jurídica. Y sin duda, el tratamiento científico jurídico de la categoría de la alevosía, tal y como es enseñada en las Facultades de Derecho y transmitida en la práctica judicial, es un buen ejemplo de cómo no sólo la violencia es ejercida por parte del agresor hacia su pareja o expareja, sino que la propia ciencia jurídica inflige un plus añadido de agresión procedimental que redundando en lo que se ha venido calificando –ya con cierta solera– la victimización secundaria.

En este sentido, nuestro análisis se centrará en el análisis de la categoría científico-jurídica de la alevosía e intentará mostrar el talante masculino de la Ciencia jurídica, y cómo funciona el género dentro del Derecho, incluso generándolo. La reacción bidireccional de la Ciencia jurídica ante el agresor, por un lado, y ante la agredida, –en caso de que ésta se defienda–, dando muerte a su maltratador, también es una buena prueba –aun cuando no podamos desarrollarlo<sup>30</sup>– de cómo «el Derecho tiene género», un Derecho que se perpetúa a través de categorías dogmáticas

Y es que lo único que cambiaría la respuesta del Derecho a la violencia de género, por encima de modificaciones legislativas, es un ver-

---

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 177.

<sup>30</sup> No obstante, podrá encontrarse cumplida información en la obra anteriormente citada: GIL RUIZ, J. M., *Los diferentes rostros de la Violencia de Género*, *opus cit.*

dadero cambio de actitud de los operadores jurídicos, –apartándose de la idea de encontrarse ante un problema privado y cuya resolución sólo incumbe a los propios afectados, y considerándolo en cambio como un problema público de devastadoras consecuencias sociales– que exige, para su erradicación, el compromiso, la formación y la consecuente incorporación de la perspectiva de género<sup>31</sup> en la práctica judicial, revisando categorías científicas desfasadas propias del siglo XIX.

## V. LA REVISIÓN DE LA AGRAVANTE DE ALEVOSÍA EN SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

La alevosía se define como la actitud traicionera o cobarde por parte del agresor, quien ataca a la víctima bien utilizando medios, modos o formas para asegurar el resultado de lesionar o matar, o bien elimina una posible defensa por parte de la víctima. En este sentido, la doctrina jurisprudencial tradicional ha distinguido tres modalidades de alevosía: la proditoria<sup>32</sup>, que incluye a la traición; la súbita o inopinada<sup>33</sup>; y por último, otras formas consistentes en el aprovechamiento de una especial situación de desvalimiento<sup>34</sup>. Los criterios utilizados por los Tribunales para apreciar esta agravante no resultan ser uniformes,<sup>35</sup> pero lo realmente preocupante reside en la importante

<sup>31</sup> El Informe de Amnistía Internacional de noviembre de 2012 antes citado pone el acento en la falta de cumplimiento del deber de formación en género de la judicatura, abogacía –en especial, de la asistencia letrada gratuita– y la fiscalía, añadiendo la propia predisposición de los operadores del Derecho que con prejuicios morales, infunden sospechas relacionadas con la falsedad de la denuncia e incluso, en los casos de mujeres extranjeras en situación irregular, la probable instrumentalización de la denuncia para obtener la autorización de residencia.

<sup>32</sup> Sentencia del TS de 22 de diciembre de 1992, RJ 1992/10465.

<sup>33</sup> Véanse las Sentencias del TS de 22 de febrero de 1991, RJ 1991/1349; de 14 de junio de 1991, RJ 1991/4718; de 18 de octubre de 1991, RJ 1991/7311; de 20 de abril de 1992, RJ 1992/3165; de 8 de marzo de 1993, RJ 1993/1992; y la de 9 de marzo de 1993, RJ 1993/2163, entre otras.

<sup>34</sup> Véanse las Sentencias del TS de 28 de mayo de 1992, RJ 1992/4396; de 4 de junio de 1992, RJ 1992/5444; la de 7 de mayo de 1993, RJ 1993/3860; y la de 3 de octubre de 1994, RJ 1994/7604, entre otras.

<sup>35</sup> La STTS de 9 de octubre de 2000 es un buen ejemplo jurisprudencial donde se aprecia la agravante de alevosía. Dice así su FJ 2.º «Y de las modalidades instrumentales expresadas, es bien patente la presencia de la alevosía sorpresiva y también de la correspondiente al desvalimiento, ya que el hecho de clavar el cuchillo por la espalda, mientras la víctima se encuentra desprevenida, es incuestionablemente objeto de tal calificación jurídica que, en el caso, cualifica los hechos de asesinato». Con respecto a la jurisprudencia menor, destaquemos la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Algeciras (Cádiz), en que se condena al agresor a un delito de lesiones con la agravante de alevosía –agresión cometida con un cuchillo de cocina y por la espalda– por entender: «En suma, teniendo en cuenta estos criterios, resulta incardinable la acción del acusado en la agravante de alevosía, en la segunda de las modalidades

tendencia de los Tribunales a no apreciar la alevosía en caso de existencia de malos tratos anteriores por entender que la agredida quizás esté indefensa pero no desprevenida. Como muy bien señalaba Larrauri hace tiempo «la parcialidad de la formulación respecto del género puede verse adicionalmente en el hecho de que se considera que la mujer quizás sí está indefensa pero no a consecuencia de estar desprevenida (pues ha sido víctima de repentinos ataques), con lo cual su muerte no puede ser calificada de Heimtücke»<sup>36</sup>, esto es de muerte con la agravante de alevosía.

Un ejemplo de lo anteriormente afirmado lo hallamos en la STTS de 25 de julio de 2000 donde el Alto Tribunal estima parcialmente el recurso planteado por el acusado y le condena como autor de un delito de homicidio –que no de asesinato– con las agravantes de parentesco y abuso de superioridad, por entender que no hay elementos suficientes para apreciar la concurrencia de la agravante de alevosía. Los argumentos esgrimidos, varios: defectos procedimentales<sup>37</sup> y evidencia de no encontrarnos «ante una persona absolutamente desprevenida y que no pudiera percatarse o vislumbrar las intenciones agresivas del que hasta entonces era su esposo». Merece la pena la trascripción de parte de la sentencia citada:

«Se dice, como antecedentes del desenlace mortal, que el acusado había tenido previamente varias discusiones violentas con su esposa, maltratándola incluso en pena calle. Es cierto que el día de los hechos esperó a que su esposa quedase sola en casa de sus padres, pero también se dice, a continuación, que consiguió que le abriese nuevamente la puerta iniciándose una previa y breve discusión. Este suceso debió advertir a la víctima sobre las intenciones

---

*analizadas por la STS. de 24-1-92, la súbita o inopinada, al haberse efectuado el ataque por sorpresa y por la espalda, evitando así toda posible defensa de la agredida. Ello determina la aplicación de la agravante y de la consiguiente regla penológica del artículo 66.3.º del Código». De cualquier modo, no entendemos por qué no se condenó al agresor a un delito de asesinato frustrado.*

<sup>36</sup> LARRAURI, E., «Violencia doméstica y legítima defensa –un caso de aplicación masculina del Derecho–, en LARRAURI, E. y VARONA, D., *Violencia doméstica y legítima defensa*, E.U.B., Barcelona, 1995, p. 17. Merecen destacarse entre las aportaciones más actuales de esta autora: «Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: género y derecho penal», *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM.*, Madrid, 2009, o «Violencia de género en España. Tres años después de la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», in BIRGIN, H. & GHERARDI, N. (coords.) *Reflexiones Jurídicas desde la Perspectiva de Género*, Editorial Fontamara, Mexico DF., 2011.

<sup>37</sup> El TS, en esta ocasión, se acoge a argumentos excesivamente formalistas y procedimentalistas –errores e imprecisiones en el acta del jurado; no estimación del Juez instructor de la devolución de este acta al jurado para su corrección...– creando –entendiendo– una enorme situación de indefensión, impotencia e injusticia alrededor de la figura de la víctima (ver STTS de 25 de julio de 2000, FD 2.º 1. 2. 3. y 4.). En este sentido, y por entender que existen contradicciones entre los hechos probados, el veredicto y la fundamentación del fallo, se rebaja el delito de asesinato al de homicidio.

agresivas de su irascible marido. A continuación se nos dice, de forma inconexa que sorprendió a la víctima, para afirmar después que le empujó por el pasillo hasta caerse ambos, continuando hasta el cuarto de baño a donde la siguió asestándole varias puñaladas en espalda, cara y ambas extremidades.

El relato fáctico, es como ya se ha dicho impreciso e incluso contradictorio, por lo que no encontramos base para apreciar una agresión súbita o traicionera.

6. Es evidente que no nos encontramos ante una persona absolutamente desprevenida y que no pudiera percatarse o vislumbrar las intenciones agresivas del que hasta entonces era su esposo. Existen antecedentes fácticos que nos demuestran que el comportamiento violento era casi una constante en los últimos encuentros. Si nos atenemos a los esquemas clásicos que configuran la alevosía por la concurrencia de la traición, el aseguramiento o la cobardía, tenemos que llegar a la conclusión de que, en los supuestos fácticos que nos relata la sentencia recurrida no están nítidamente perfilados ninguno de estos elementos componentes»<sup>38</sup>.

Asimismo se puede apreciar el modo en que actúa el «curriculum vitae de agresiones» o historial de malos tratos del acusado beneficiando al recurrente y perjudicando a la víctima. De este modo, el argumento del TS continúa:

«Tampoco es posible construirla, sobre la base de la existencia de una relación de confianza entre agresor y víctima de tal manera que ésta no hubiera podido intuir un comportamiento agresivo de su marido, ya que, como se ha dicho, concurren circunstancias suficientes para descartar esta posibilidad, al constar que últimamente el acusado observaba una actitud agresiva cada vez que se encontraba con su esposa»<sup>39</sup>.

Ídem sucede en la Jurisprudencia menor. La Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 1.<sup>a</sup>) en Sentencia núm. 47/2011, de 21 de noviembre (ARP 2011/1371) afirma dicha tesis, al unísono –sorprendentemente– con lo también defendido por el Ministerio Fiscal que:

«la Sala encuentra serias dificultades para apreciar en el presente caso tal circunstancia cualificatoria del asesinato, pues la víctima estaba ya prevenida sobre un posible ataque por parte de su pareja, ya que según ella misma ha reconocido, vio el cuchillo debajo de la cama, el mango del mismo, oculta la hoja con una camisa, por lo que la acción del sujeto pasivo no fue del todo sorpresiva, ni se eliminó totalmente la posibilidad de defensa de la víctima. En este sentido se posiciona el Ministerio Fiscal, cuya tesis se comparte por el Tribunal. Es decir, el ataque, por muy virulento que haya sido, no puede calificarse como alevoso por cuanto el sujeto pasivo no estaba inadvertido del peligro, pues al descubrir el cuchillo debajo de la

<sup>38</sup> Sentencia del TS de 25 de julio de 2000, Fundamentos Jurídicos núm. 5 y 6.

<sup>39</sup> *Ibidem*, Fundamento Jurídico núm. 6.

cama pudo prever racionalmente un posible ataque de su pareja, al que previamente había visto «raro», le había dado un beso «frío» (según se expresó la víctima en el acto del juicio). Por tanto, el ataque pudo ser inopinado pero no imprevisto. Paralelamente a ello, el procesado no realizó ningún acto tendente a eliminar la defensa de la víctima o el aseguramiento del hecho. Simplemente acometió de forma violenta y desordenada, pero ello no caracteriza el ataque alevé».

Como podemos observar, la tónica jurisprudencial no ha cambiado en absoluto tras la aprobación y puesta en marcha de la Ley Integral, pese a que forma parte del moderno Derecho Antidiscriminatorio, en la forma y manera explicada epígrafes atrás. No en vano, no hallamos diferencias con pronunciamientos judiciales de hace treinta años. Un ejemplo de este *continuum* jurisprudencial, es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de octubre de 1992 que no aplica la agravante de alevosía pese a que el agresor mata a su esposa golpeándola por la espalda con un martillo de forma sorpresiva mientras ve la televisión. Merece la pena leer parte de la enrevesada argumentación del Tribunal que llegó incluso a ir en contra de lo declarado por el imputado en su primera declaración:

«(...) no concurre esta circunstancia porque, si bien la ausencia de signos de defensa en el cuerpo de la víctima, y de desorden en la habitación, unidos a lo señalado por el propio procesado en su declaración ante el juzgado, donde dice, «Ella estaba viendo la televisión y no le vio cuando él entraba en el salón, no se pudo defender...», podrían hacer pensar que el ataque que se produjo de forma súbita por la espalda, un estudio pormenorizado de los distintos datos que existen, llevan cuando menos a la duda sobre que la agresión se produjera en la forma anteriormente descrita, porque la ausencia de signos de defensa no bastan por sí solos para justificar esta circunstancia y la manifestación del imputado constituye una apreciación subjetiva y personal, que en modo alguno puede ser aceptada, al corresponder exclusivamente a los órganos judiciales esta valoración en atención a las circunstancias de cada caso, y en especial en el presente, por la situación que ocupaba la víctima al ser agredida, que era la de sentada en el borde del ángulo que formaba el sofá, compuesto por diversas piezas y colocado en forma de L, según se desprende sin ningún género de duda del lugar donde quedaron manchas de sangre, y no en el extremo más próximo a la puerta por la que accede su marido, con las piernas extendidas sobre la sección más corta del sofá, posición en la que se hallaba cuando sus hijos se marcharon del domicilio, y viendo la televisión, que estaba emplazada en el centro del mueble ubicado enfrente de la sección más larga del sofá, es decir, que miraba al frente con una ligerísima inclinación al lado izquierdo, como se deduce de las fotografías de la habitación (folios 31 y siguientes), con lo que su ángulo de visión hacia la derecha, dado al que se encontraba la puerta era bastante amplio, quedando en el mejor de los casos una pequeñísima zona muerta, desde la cual difícilmente podría ser golpeada por

el acusado, quien casi tendría que haberse echado sobre el sofá para alcanzarla o cuando menos, apoyarse en él inclinándose sobre el mismo, lo que hubiera provocado el desplazamiento del módulo, que se hallaba perfectamente colocado cuando A. encontró a su madre, por lo que es más lógico pensar que bien el ataque se produjo de frente, como indica el procesado en el juicio, o al menos desde la derecha, y no por detrás, lo que permitía la posibilidad de defensa de la víctima, la cual no se encontraba mermada por la ingesta previa de bebidas alcohólicas, como se desprende del hallazgo de 1.5 gramos de alcohol por cada 1.000 cm<sup>3</sup>, de sangre, análisis efectuado por el Instituto Nacional de Toxicología (folio 97), según indican los peritos médicos en el acto del juicio, máxime si se tiene en cuenta la inmediatez de la agresión con la fuerte discusión verbal precedente, y que en casos anteriores había degenerado en agresiones físicas.»

En esta misma línea se pronuncia la Sentencia núm. 590/2005, del 10 de junio, de la Audiencia Provincial de Girona, ARP 2006/56, –tras la Ley Integral– donde el Tribunal realiza una prognosis de lo que, según entiende, podría haber pasado en el acontecimiento del ilícito, lo que le lleva incluso a interpretar en sentido negativo las pruebas periciales vertidas en el juicio, desdiciendo incluso lo testificado por el agresor.

«El día 4-5-03, sobre las 23 horas y 30 minutos, en el domicilio sito en la calle (...), el acusado Miguel Ángel con la intención de causar la muerte a Eva, le asestó diversas puñaladas en varias zonas de su cuerpo con un cuchillo, lo que efectivamente produjo la muerte de ésta (...). Para conseguir su propósito el acusado Miguel Ángel se aprovechó deliberadamente de la ventaja que le proporcionaba tener en su poder un cuchillo, debilitando así las posibilidades de defensa de Eva. (...) Efectivamente, el hecho principal objeto de la acusación en este procedimiento, la muerte de una persona a manos de otra, no ha presentado especiales dificultades probatorias dado que ha sido el propio acusado quien, con importantes matices relativos a las circunstancias concretas del hecho, ha reconocido tanto la causación de la muerte de Eva como su participación en el hecho. Por un lado, la etiología violenta de la muerte es evidente, La fallecida presentaba numerosas cuchilladas profundas en diversas partes de su cuerpo, siendo las principales las propinadas en el tórax y en el abdomen, de suerte tal una de ellas llegó a traspasar un sector pulmonar insertándose en el corazón y otra penetró por la zona mamaria izquierda insertándose hasta por dos veces también en el corazón. (...)»

Sin embargo, no podemos detenernos aquí dado que la calificación más grave de las acusaciones pretendía que el hecho no era constitutivo de un simple homicidio sino que entendían que se trataba de un delito de asesinato al concurrir la alevosía, circunstancia agravante genérica que en este concreto caso transforma el delito de homicidio en delito de asesinato. El Tribunal del Jurado ha considerado que tal alevosía, que las partes fundamentaban en la existencia

de un ataque repentino e inesperado, ejercido con gran violencia, con la fallecida tumbada en la cama, no ha quedado acreditada. En efecto, los hechos acaecidos no han podido ser revisados en su configuración esencial sino a través de la declaración del acusado, dado que, por un lado no existían testigos presenciales de los hechos y, por otro, no se identificaban datos objetivos de gran relevancia que apoyasen las tesis acusadoras. (...) Así las cosas, en el presente supuesto, no queda en absoluto acreditado que el ataque homicida se produjera mientras la fallecida se encontraba descansando en la cama desprevenida, pues dicha tesis parte del hecho de que grandes manchas de sangre fueron halladas en el colchón que el acusado intentó hacer desaparecer, pues tales signos, no indican sino que en aquel lugar hubo un importante desprendimiento de sangre, pero el mismo pudo ser perfectamente posterior al inicio del ataque, es decir, por ejemplo, porque Eva, tras las puñaladas, cayera allí desvanecida o muerta ya. De igual manera tampoco se deduce la situación en la cama porque existan gotas de sangre en ambos lados de la cama, pues tales salpicaduras pudieron perfectamente producirse al sacar con violencia, manchado y goteando, el cuchillo que introdujo en varias ocasiones. Otro dato trascendental es la presencia en los manos y brazo de la fallecida de signos de defensa, es decir, que trató de interponer esas partes de su cuerpo en la trayectoria del cuchillo, lo que implica la existencia de una cierta prevención, que, fatalmente, no pudo evitar su muerte. En definitiva, así como el Tribunal del Jurado ha considerado que la declaración del acusado no es completamente veraz, pues muchas de sus afirmaciones y de sus olvidos no obedecen sino a deseos exculpatorios, de ese silencio no puede deducirse necesariamente la tesis contraria por las acusaciones.»

La conclusión de dichas argumentaciones, como veremos, implica hacer recaer sobre la propia víctima la obligación de permanecer alerta en todo momento para evitar cualquier resultado luctuoso y además, responsabilizarla de su acaecimiento. Sorprende el resto de la argumentación judicial en torno a

«las dos hipótesis igual de lógicas –al decir del Tribunal– posibles y probables, pero con resultados opuestos en cuanto a la aplicación de la circunstancia agravante de alevosía». (...) En el primero de los supuestos, más probable que el segundo, pues resulta más lógico que cuando se produce las heridas contusas en la cabeza y cara, el acusado todavía no tuviera el cuchillo, pues de lo contrario, ya lo habría utilizado, acuchillando a la víctima y no golpeándola en la cabeza, aparece con claridad que no hubo ninguna de las modalidades de alevosía, pues ni hubo traición, ni ataque súbito e inesperado, ni desvalimiento de la víctima, pues en relación a las agresiones que le producen las heridas en la cabeza no se produce de forma súbita e inesperada, ni a traición, sino con enfrentamiento entre víctima y agresor, aunque existiera superioridad física del agresor. Y, por lo que se refiere a los actos agresivos con el cuchillo, al haber transcurrido un tiempo, muy probablemente escaso, entre el momento en que se producen los golpes en la cabeza, estando en el pasillo, y

cuando el agresor regresa de la cocina con el cuchillo, la víctima tuvo un margen de tiempo para refugiarse en el cuarto de baño o en el dormitorio o, incluso, para huir hacia la puerta de acceso a la vivienda, pero también proveerse de algún objeto para defenderse en caso de que el agresor regresara (...).»

La decisión última del Tribunal hacia esta segunda opción no requiere mayor comentario. Baste su lectura para entender que la ciencia jurídica, sin revisión ni contraste con la perspectiva de género, ejerce un plus de violencia en las mujeres agredidas, demandado en éstas comportamientos heroicos sin precedentes. Concluye el Tribunal:

«En definitiva, con esta hipótesis, que consideramos la más probable de acuerdo con el informe de los médicos forenses, ni se eliminó totalmente la defensa de la víctima, ni hubo aprovechamiento de la situación de indefensión, pues tuvo la posibilidad de defenderse, bien refugiándose tras la puerta de alguna de las habitaciones, bien escapando hacia la puerta de salida de la vivienda, y también cuando ya no podía escapar, se defendió con las manos intentando apartar el cuchillo cuando el acusado le lanzaba las cuchilladas y llegando a agarrar con la mano la hoja del cuchillo» (Audiencia Provincial de Zamora (Sección 1.ª), núm. 1/2010, de 15 de abril. ARP. 2010/636).»

La alarma de esta violencia procedimental infligida a través de la aplicación automática –sin revisión de género– de la categoría de la alevosía, en procesos de violencia de género en el contexto de pareja, ha obligado a la recomendación de su falsación –en tanto que categoría científica que no dogma– incluso por el cuerpo de Fiscales en su ánimo por mejorar el seguimiento procedimental de esta lacra social. De este modo, en las *Conclusiones del VIII Seminario de Fiscales Delegados en Violencia sobre la Mujer* celebrado en Madrid durante el mes de octubre de 2012, determina textualmente en la número 7,

«En los delitos contra la vida entre los miembros de la pareja o parientes, una discusión previa entre agresor y agredido no impide la apreciación de la circunstancia agravante de alevosía pues, precisamente, la convivencia, generadora de una cierta sensación de confianza y seguridad, hace que la víctima no espere ni imagine un ataque de tal gravedad y naturaleza, lo que implica que aquella no pueda poner en marcha ningún mecanismo de defensa, ni suponer ningún riesgo para su agresor.»

Esta percepción es la que está provocando una más que tímida respuesta jurisprudencial específica (STS 16/12 de 20 de enero; 467/12 de 11 de mayo; 527/12 de 20 de junio) en torno a la alevosía, cuando el hecho se comete contra la pareja (incluso pariente) habiendo existido una previa discusión entre agresor y agredida. Así se ha venido configurando la denominada «*alevosía convivencial o doméstica*»

definida por la STS 16/12 de 20 de enero como la que se basa «*en la relación de confianza proveniente de la convivencia, generadora para la víctima de su total despreocupación respecto de un eventual ataque que pudiera tener su origen en acciones del acusado (SSTS 1284/2009, 10 de diciembre y 86/1998, 15 de abril). Se trataría, por tanto, de una alevosía doméstica, derivada de la relajación de los recursos defensivos como consecuencia de la imprevisibilidad de un ataque protagonizado por la persona con la que la víctima convive día a día*».

En esta misma línea, aunque con muchas deficiencias, hemos detectado en este último año un tímido cambio jurisprudencial, admitiendo la posibilidad de que el elemento de desprevenición pueda apreciarse en un «segundo tempo» o segunda fase de la ejecución del hecho delictivo, siempre que no provenga de un comportamiento alevoso. Este es el caso de la Sentencia del TS núm. 474/2011, de 23 de mayo (RJ 2011/5736), de la Sala de lo Penal, Sección 1.ª que determina que:

«Dentro ya de la alevosía realizada por sorpresa, de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino, la jurisprudencia de la Sala distingue los casos en que se ataca en el momento inicial sin previo aviso, de aquellos otros que también considera alevosos pero en los que la alevosía se tilda de sobrevenida por aparecer en una segunda fase de la ejecución del hecho delictivo. Esta última modalidad de alevosía sobrevenida tiene lugar cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento previo sin circunstancias iniciales alevosas, se produce un cambio cualitativo en la situación, de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la propia víctima en modo alguno, en función de las concretas circunstancias del hecho, especialmente cuando concurre una alteración sustancial en la potencia agresiva respecto al instrumento utilizado, el lugar anatómico de la agresión y la fuerza empleada»<sup>40</sup>.

En este sentido, el TS, y casi de manera excepcional con respecto al resto de sus pronunciamientos, admite la agravante de alevosía en el siguiente asunto pues entiende se cumplen los presupuestos de indefensión y desprevenición de la víctima. Merece la pena la transcripción de parte de la sentencia:

«3. Ciñéndonos ya al caso concreto, en la sentencia de instancia se declara probado con respecto al extremo que ahora interesa dirimir que el acusado «Estacionó el vehículo en la C/... entre los números..., en un lugar que sabía era de paso obligado de Emilia hacia su centro de estudios esperándola durante largo tiempo en su interior

<sup>40</sup> En esta misma línea, véanse entre otras: STTS 178/2001, de 13 de febrero; STTS 1214/2003, de 24 de septiembre; STTS 949/2008, de 27 de noviembre; STTS 965/2008, de 26 de diciembre; STTS 25/2009, de 22 de enero; STTS 93/2009, de 29 de enero; STTS 282/2009, de 10 de febrero; STTS 854/2009, de 9 de julio; STTS 1180/2010, de 22 de diciembre.

sentado en el asiento del copiloto, que daba directamente a la acera, con el cuchillo al cinto en la espalda. Cuando la vio acercarse esperó a que llegara a la altura del vehículo del que salió de manera sorpresiva, abordándola antes de que ella pudiera reaccionar, lo que la llevó a gritar pidiendo auxilio, la agarró con fuerza por el cabello y la arrastró hasta la puerta por la que había salido con intención de obligarla a entrar en el mismo, a lo que Emilia mostró su oposición al tiempo que continuaba pidiendo ayuda, no en vano consiguió de un fuerte golpe que se arrojara en el suelo con la cabeza apoyada en el asiento del acompañante, cerrándole toda opción de huida con su propio cuerpo que tapaba el hueco que la puerta abierta del vehículo, por una parte, y un árbol allí existente, por otra, dejaban. Pasando de seguido, sin solución de continuidad y con intención de quitarle la vida, a tomar el cuchillo de la cintura y propinarle con fuerza varias puñaladas, hasta un total de 19, por distintas partes de su cuerpo algunas mortales de necesidad, cesando tan solo cuando la hoja del cuchillo, dada la virulencia con el que se lo introducía en el cuerpo de su víctima después de traspasar en algunos casos la propia ropa que vestía, chocando incluso con materia ósea, se partió y pese a que desde la primera de las incisiones Emilia dejó de oponer resistencia y por tanto cesó en sus gritos al perder la conciencia». Por consiguiente en el hecho probado, que ha de quedar inalterable a tenor del contenido del escrito de recurso y de la vía procesal utilizada, se afirma que el acusado abordó a su víctima de forma sorpresiva antes de que pudiera reaccionar y la arrastró por la fuerza hasta el vehículo, que tenía allí aparcado. Se da, pues, el supuesto de la alevosía sorpresiva genérica, por cuanto el ataque contra la menor se produjo de forma súbita y repentina, sin que tuviera tiempo ni posibilidad de reaccionar. A esto ha de sumarse que cuando consiguió situar a la víctima junto al vehículo y ésta se hallaba arrodillada al lado del asiento del copiloto, resistiéndose así a que el acusado la introdujera en el coche, el agresor, sin solución de continuidad y con intención de quitarle la vida, extrajo el cuchillo que llevaba a la cintura y le propinó numerosas cuchilladas, hasta un total de diecinueve. No cabe duda, pues, que el recurrente consiguió sorprender a su víctima tanto en la forma de abordarla, en un primer momento, como acto seguido en el modo de agredirla con un cuchillo que hasta que ese momento no había visto la joven. Consiguió por tanto el acusado por la vía del ataque sorpresivo excluir toda posibilidad de defensa de la denunciante y asegurar así la ejecución de la acción homicida, aunque finalmente la intervención quirúrgica practicada evitó un fatal desenlace. Concurren, pues, sin duda alguna los requisitos subjetivos y objetivos de la alevosía sorpresiva, por lo que el motivo de la defensa resulta inviable.»

Lamentablemente, la dinámica detectada en nuestros Tribunales en estos últimos años, pese a los avances legislativos al respecto sigue siendo la denunciada en este trabajo, lo que nos obliga a cuestionarnos la eficiencia de una normativa gestada con el propósito de erradicar la violencia de género como lacra social que es y la (ir)responsabilidad de una ciencia jurídica que insiste –sin control por parte de la Filosofía del

Derecho<sup>41</sup>— en aplicar teoremas matemáticos al Derecho. En este sentido, cronológicamente *in crescendo*, veáanse ST Audiencia Provincial de Madrid de 21 de octubre de 1992; STTS de 25 de julio de 2000; ST de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 1.ª) núm. 458/2005, de 17 de octubre, JUR 2005/257752, ST de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 3.ª) núm. 590/2005, de 10 de junio, ARP 2006/56; ST de la Audiencia Provincial de Zamora (Sección 1.ª), núm. 10/2010, de 15 de abril, ARP 2010/636; ST de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 1.ª), núm. 47/2011, de 21 de noviembre, (ARP 2011/1371) así como la sentencia núm. 474/2011, de 23 de mayo, RJ 2011/5736.

## VI. UN ÚLTIMO APUNTE SOBRE EL PAPEL RELEVANTE DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Para terminar, un último apunte; o mejor dicho, otra verdad obvia, un talón de Aquiles en la aplicación de las Leyes, y donde la Filosofía del Derecho tiene mucho que decir y aportar: la formación en género no se intuye y además es obligatoria por mandato de una Ley Orgánica. De nada me sirve un esfuerzo legislativo al respecto —mejorable, pero válido—, si los operadores del Derecho, los y las juristas que han de actuar, ya sea desde el ejercicio letrado, fiscalía, y/o judicatura, carecen del conocimiento y del compromiso que implica el nuevo Derecho antidiscriminatorio<sup>42</sup>. Tampoco ayuda la enseñanza dogmática de categorías propias del siglo XIX, y retroalimentadas por una Ciencia jurídica intocable y rancia que sigue transmitiéndose desde las Facultades de Derecho generación tras generación, en detrimento de una Filosofía del Derecho amenazada con extinguirse en los programas curriculares formativos en Derecho<sup>43</sup>. Nadie entiende (o quizás sí) que ahora que como pocas veces se necesita del enorme papel

<sup>41</sup> A excepción de algunas voces, minoritarias, de la Filosofía del derecho señaladas en una nota anterior, lo cierto es que ni la Ciencia jurídica repara con seriedad en ellas, ni esta misión ha sido abrazada como impostergable por parte de la Filosofía del derecho. A ello debemos sumarle el preocupante papel residual que progresivamente está adquiriendo la disciplina en los estudios jurídicos, problema que sin duda —entendiendo— debe ser tratado y revisado de manera urgente por la Academia.

<sup>42</sup> En este sentido, el legislativo destaca dentro de sus principios rectores, artículo 2 de la *LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género*, la de «Fomentar la especialización de los colectivos profesionales que intervienen en el proceso de información, atención y protección a las víctimas». Asimismo, en cuanto a los principios y valores del sistema educativo, no sólo se incluirá como *un principio de calidad* la eliminación de los obstáculos que dificultan la plena igualdad entre hombres y mujeres, y la formación para la prevención y resolución pacífica de los conflictos, sino que lo incorporará transversalmente en todos los niveles educativo: Infantil, Primaria, Secundaria, Bachillerato y Formación Profesional, Educación de personas adultas, Universidad y Postgrado.

<sup>43</sup> En este sentido, merece destacarse la eliminación de la asignatura de Filosofía del Derecho en el Grado en Derecho de la Universidad de Granada.

de la Filosofía del Derecho como revisora de la Ciencia jurídica y como alternativa de pensamiento crítico, apostando por un nuevo concepto de Derecho, la línea imperante sea demolerla y marcarla como un saber residual, del que se puede prescindir salvo para la adquisición de un poco de pátina «ilustrada».

El legislativo sabe de la urgencia de un conocimiento riguroso y complejo del nuevo Derecho antidiscriminatorio y de su nuevo marco de trabajo y obliga en su articulado –art. 6.7 de la LO de Medidas de Protección Integral de la Violencia de Género– a que «Las Universidades incluirán y fomentarán en todos los ámbitos académicos la formación, docencia e investigación en igualdad de género y no discriminación», para que *se analice y valore críticamente* las desigualdades de sexo y *se fomente la igualdad real y efectiva* entre mujeres y hombres.

En este sentido, tampoco la perspectiva de género, una perspectiva metodológica compleja que incorpora categorías técnicas que han de estudiarse, va vinculada a la mera sensibilidad; ni es tan sencillo como agregar o sumar la palabra «mujeres» a los discursos o a los análisis de la realidad, supuestamente «con perfil de género». La formación en igualdad y Derecho antidiscriminatorio no se adquiere, tan solo, con la realización de un curso, de un máster o de un experto en Igualdad de Oportunidades y Género. Ésta hay que aprenderla y aprehenderla, con una enorme H intercalada, –yo diría que de la mano de la *Filosofía del Derecho*– y más aún en el marco de los estudios jurídicos. No es una cuestión de cantidad –que también–, sino de calidad. Incorporar esta categoría técnica reivindicativa obliga a tener que cortar las entrañas «machistas», y en algunos casos, sexistas, generadas por nuestra socialización diferencial patriarcal y ponerse las gafas de género para analizar la realidad, diagnosticarla y buscar alternativas jurídico-políticas inclusivas de todos los seres humanos, que reatrase también la ciencia jurídica, falsándola, y ayude a los operadores jurídicos en su difícil misión de aplicar e interpretar el Derecho lo más cercano a justicia.

Sin duda, el principal desafío del nuevo Derecho antidiscriminatorio, hoy, más allá de la crisis y de las consecuencias de la escasez de recursos económicos es su aplicabilidad por parte de las personas intervinientes<sup>44</sup> en el proceso de erradicación de las distintas formas

---

<sup>44</sup> En este sentido, merecen destacarse algunos esfuerzos a nivel institucional como es el material didáctico FORMACIÓN NUCLEAR Y ESPECIALIZADA PARA LA INTERVENCIÓN PROFESIONAL EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO, elaborado por expertas y expertos en Igualdad de Género y Derecho antidiscriminatorio de los que formé parte, a solicitud de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía y puesto a disposición de las y los profesionales que participan en el proceso de detección, prevención y erradicación de la violencia de género, a través de su página web en el enlace [http://www.juntadeandalucia.es/igualdadymbienestarsocial/export/Violencia\\_Genero/HTML/Documentacion/documentacion.html](http://www.juntadeandalucia.es/igualdadymbienestarsocial/export/Violencia_Genero/HTML/Documentacion/documentacion.html). Se trata de un conjunto de un módulo genérico y siete módulos espe-

de violencia de género (docentes, operadores jurídicos, sindicatos, equipos psicosociales, equipos sanitarios, interlocutores sociales, poderes públicos, ciudadanía en general...) y de *cómo éstas lo hagan propio*. Por eso insistimos en la prioridad incuestionable del *gender mainstreaming*, y en la urgencia de apuntalar los logros jurídico-políticos en torno a la igualdad efectiva de la ciudadanía, compuesta por mujeres y hombres, en el marco de sus diferencias. Quizás por ello, entendemos relevante subrayar la necesidad de comprender la complejidad de la transversalidad de género, recordar el compromiso vinculante adquirido con este principio a nivel internacional, europeo y nacional, y perseguir que éste no se pierda tras un mero requerimiento procedimental, vacío de contenido, espejismo de igualdad ciudadana o diluido tras la excusa de la crisis. Porque, recordemos: «*la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas*» (art. 4 LOIEMH); y porque no hay peor crisis, más allá de la económica, que la del recurso humano y la desgana o el desinterés por repensar un nuevo marco de trabajo jurídico que abrace una ciudadanía inclusiva de todos los seres humanos, en el marco de sus diferencias.

Fecha de recepción: 31/03/2013. Fecha de aceptación: 31/10/2013.

---

cíficos que recogen los contenidos necesarios para garantizar la formación en dicha materia. Con este complejo material que reatraviesa y repara en el ámbito educativo, jurídico, sanitario, Cuerpos y Fuerzas de Seguridad de Estado, Trabajo Social, y Comunicación, se espera contribuir eficazmente a que la formación en género desde los distintos ámbitos redunde en la erradicación completa y efectiva de la violencia de género en Andalucía.

# Tres huevos de papagayo<sup>1</sup>

## Three Parrot's Eggs

Por JOSÉ J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ

Universidad de Granada

«Los filósofos conciben los afectos, cuyos conflictos soportamos, como vicios en los que caen los hombres por su culpa. Por eso suelen reírse o quejarse de ellos, criticarlos o (quienes quieren aparecer más santos) detestarlos [...] conciben a los hombres no como son, sino como ellos quisieren que fueran.»

Spinoza, *Tratado político*, 1677, pp. 77-78<sup>2</sup>.

«[E]l ardiente amor de la gloria y de la patria»  
Rousseau, *Del contrato social*, 1762, p. 138<sup>3</sup>

### RESUMEN

*Estas páginas se ocupan de la fundamentación hegeliana del Estado, en el que se hace posible la realización positiva de la libertad. El hombre poseerá su realidad espiritual en el Estado, pues será en éste en el que lo racional adquiera una existencia objetiva. No obstante, en su concepción del Estado no queda resto alguno de vida. Para entender sus excesos, este texto*

---

<sup>1</sup> Resumen y breve comentario de la parte tercera, «El material de la realización», pp. 100-126 de la «Introducción General», G. W. F. HEGEL, *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, trad. de J. Gaos (1928), Alianza Editorial, Madrid, 1982 (1830).

<sup>2</sup> Trad., int., índice analítico y notas de A. Domínguez, Alianza Editorial, Madrid, 1986.

<sup>3</sup> Trad., pról. y notas de M. Armiño, Alianza Editorial, Madrid, 1980.

*se detiene en el modelo propuesto por Rousseau a fin de poner de manifiesto tanto las ventajas como las insuficiencias de la concepción sobre el Estado de Hegel, en la medida en que éste debió entender y desarrollar el potencial de las propuestas de Rousseau. La construcción del Estado racional por parte de Hegel queda encerrada en sí misma sin permitir que vuelva a entrar en ella aquello, las pasiones, que la justificó.*

Palabras clave: *Libertad, Estado, espíritu del pueblo, constitución.*

### ABSTRACT

*This paper is concerned with the Hegelian grounding of the state, in which the positive realization of freedom is made possible. Man possesses his spiritual reality in the state, since it is in this that the rational achieves an objective existence. However, nothing of life appears in his conception of state. To understand his excesses, this text examines the model proposed by Rousseau in order to show both the advantages and disadvantages of Hegel's conception of the state to the extent that he had to understand and develop the potential of Rousseau proposals. Hegel's construction of the rational state remains enclosed within itself without permitting the passions, which justify this construction of the state, to enter into it.*

Key words: *Freedom, state, spirit of the people, constitution*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.-2. EL ESTADO.-3. EL ESPÍRITU DEL PUEBLO.-4. LA CONSTITUCIÓN.-5. CONCLUSIÓN.

**SUMMARY:** 1. INTRODUCTION.-2. THE STAT.-3. THE SPIRIT OF THE PEOPLE.-4. THE CONSTITUTION.-5. CONCLUSION.

## 1. INTRODUCCIÓN

Como muchas otras veces, Hegel se adentra metafóricamente en el problema que le ocupa, la realización de la idea —«la idea de la libertad como absoluto fin último» (109)—, por medio de los hombres —«el lado subjetivo del saber y del querer» (109)—, siendo el Estado —«la unidad objetiva de estos dos momentos» (109)—, el material del que podrán disponer:

«Un edificio es, ante todo, un fin y propósito interno. Frente a él están, como medios, los distintos elementos; como material, el hie-

ro, la madera y la piedra. Los elementos [el fuego, el aire y el agua] son empleados para trabajar estos materiales [...] Los elementos son, pues, usados conforme a su naturaleza y cooperan a un resultado, por el cual son limitados. De igual modo satisfácense las pasiones. Desarrollándose a sí mismas y desarrollando sus fines, conforme a su determinación natural, levantan el edificio de la sociedad humana, en el cual han proporcionado al derecho y al orden poder *contra ellas*» (82).

El punto de partida es la idea, lo interno, es decir, los fines y principios, que «existen sólo en nuestro pensamiento, en nuestra intención interna [...] pero aún no en la realidad» (81). La idea «sólo es en sí, constituye una posibilidad, una potencia; pero no ha pasado todavía de la interioridad a la existencia» (81). Para que la idea adquiera realidad hace falta un segundo momento, el de la actuación o «actividad de los hombres en el mundo» (81), pues sólo «mediante esta actividad se realizan aquellos conceptos y aquellas determinaciones existentes en sí» (81), esto es, lo universal se realiza mediante lo particular. La voluntad subjetiva, la subjetividad en general, las inclinaciones y pasiones, las necesidades y los impulsos del hombre es la actividad que constituye «el factor activo, el principio realizador» (101) de las «leyes y principios [que] no viven ni prevalecen inmediatamente por sí mismos» (81). Como voluntad subjetiva el hombre es dependiente de sus pasiones limitadas, por lo que sólo puede satisfacer sus fines particulares dentro de esa dependencia. Pero en el hombre la razón es, también, «su esencia sustancial» (100), por lo que posee una vida sustancial, que ha de aflorar en el momento del Estado —«[s]ólo en el Estado tiene el hombre existencia racional» (101)—, por lo que es en el Estado donde cabe la realización de la vida moral, ya que «el Estado es la unidad de la voluntad universal y esencial con la subjetiva» (101).

## 2. EL ESTADO

«En el Estado la libertad se hace objetiva y se realiza positivamente» (100). Esta afirmación supone sustentar, primero, que el hombre, ser mundano, es «un ser temporal, un ser que se mueve en intereses particulares; por tanto, un ser relativo e injustificado» (112); segundo, que la voluntad subjetiva del individuo no se realiza por medio de la voluntad general, siendo ésta instrumental respecto de la primera, sino todo lo contrario, en tanto que es la voluntad particular el medio para que pueda realizarse la universal, por lo que la libertad de la que goza el individuo, la posee en tanto que «sabe, cree y quiere lo universal» (100), y tercero, la libertad no puede concebirse de modo negativo, en tanto que el Estado no supone la limitación de la libertad de los

individuos, sino justamente lo opuesto, su realización<sup>4</sup>. Es decir, que el hombre sólo posee su esencia, su realidad espiritual, en el Estado, pues es en él donde lo racional puede adquirir una existencia objetiva, ya que la esencia del Estado es la vida moral, que «consiste en la unificación de la voluntad general y de la voluntad subjetiva» (101-102). Esta es la razón por la que el hombre puede participar «en la vida jurídica y moral del Estado» (101).

El Estado, «manifestación del espíritu en su autodeterminación» (103), obra en consonancia con la voluntad universal de acuerdo con un fin universal, por lo que lo universal «debe ser una realidad, y como tal existe en el Estado». Así pues, el Estado, la verdad, «es la unidad de la voluntad universal y esencial con la subjetiva» (101), estando lo universal «en las leyes del Estado»<sup>5</sup> (101), a las que el individuo obedece, pues «sabe que tiene su libertad en esta obediencia; [y] obedece, en efecto, en ellas a su propia voluntad» (107).

El problema de la obediencia a la ley como libertad y su justificación es un problema que en la modernidad arranca de Montesquieu<sup>6</sup>, aunque sea Rousseau<sup>7</sup> el autor que mejor precisa la cuestión, en la

---

<sup>4</sup> En relación con los puntos segundo y tercero, habría que precisar que la voluntad particular del individuo no es la libertad: «El capricho del individuo no es la libertad. La libertad que se limita es el albedrío referido a las necesidades particulares» (101). De ahí la importancia que otorga Hegel a la educación, por medio de la que se trata de alcanzar que el individuo deje de ser algo subjetivo y se haga objetivo en el Estado.

<sup>5</sup> La diferencia con la posición de Habermas parece clara. En Hegel, la oposición entre la voluntad general y la voluntad particular se resuelve dialécticamente en el momento de su unidad, en la que parece diluirse la segunda, la voluntad subjetiva, a favor de la primera que es la que prevalece como voluntad general en las leyes del Estado. Sin embargo para Habermas, la autodeterminación del ciudadano aparece en la doble forma de autonomía privada y autonomía pública, siendo esta última la que posee un carácter moral, en tanto que es la autonomía de la que los ciudadanos han de hacer un uso común como legisladores a fin de que todos puedan tener la oportunidad de gozar por igual su autonomía privada, es decir sus libertades subjetivas –libertad de arbitrio y libertad ética–. Es decir, el sentido de la autonomía pública se encuentra en el aseguramiento del goce por igual de la autonomía privada y no simplemente en la realización de la vida moral como esencia del Estado, por lo que ambas autonomías han de presuponerse recíprocamente, son cooriginales. *Vid.*, al respecto, J. HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, «Introducción» y traducción M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998 (1992 y 1994), pp. 648 ss.

Esta diferencia entre ambos autores tendrá consecuencias posteriormente en relación con el papel que haya de jugar la voluntad particular en el Estado, esto es, el lugar que puede o no corresponderle en la estructura racional del Estado al principio de la mayoría.

<sup>6</sup> «Es cierto que en las democracias parece que el pueblo hace lo que quiere; pero la libertad política no consiste en hacer lo que uno quiera. En un Estado, es decir, en una sociedad en la que hay leyes, la libertad sólo puede consistir en poder hacer lo que se debe querer y en no estar obligado a hacer lo que no se debe querer», MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, trad. de M. Blázquez y P. De Vega, Tecnos, Madrid, 1987 (1735), p. 106.

<sup>7</sup> J. J. ROUSSEAU, *Del contrato social*, trad. M. Armiño, Alianza Editorial, Madrid, 1986 (1762), pp. 23, 95 y 101.

medida en que la aborda desde una doble perspectiva, pasiva y activa. De este modo considera que no se trata simplemente de obedecer, sino también de actuar, pues obedezco en tanto que me obedezco, porque he sido yo, como ciudadano, esto es, como soberano, quien se ha dado la ley, que como súbdito he de obedecer. Así es como Rousseau trata de compaginar la aparente contradicción entre obediencia y libertad. Sin embargo, la dificultad en Hegel se encuentra en que parte de Montesquieu, pero obvia a Rousseau en la resolución del problema. Reconoce que quien obedece la ley es libre, pues se obedece a sí mismo, pero esta obediencia no la explica, como Rousseau, en términos políticos, sino que trata de hacerlo en términos filosóficos, al justificarla desde la desaparición de la oposición entre libertad y necesidad, en la medida en que el desenvolvimiento de la idea de libertad responde a la necesidad de su realización. Para ello tiene que dejar de comprender la necesidad como contingencia, albedrío o capricho, para hacerlo como necesidad interna, la propia del devenir de la idea, que en «el progreso en la conciencia de la libertad [...] debemos conocer en su necesidad» (68). La libertad se resuelve en lo sustancial. Lo racional como sustancia es lo necesario y somos libres en la medida en que obedecemos una ley que no hace sino plasmar nuestra propia naturaleza, pues muestra lo universal que es en donde nos podemos reconocer como lo que en realidad somos, seres pensantes.

De esta manera Hegel trata de resolver el problema de la obediencia a la ley, remitiéndonos al problema de la naturaleza del hombre, aunque lo haga de forma distinta a como se venía haciendo, pues advierte en el hombre una doble naturaleza. Así sostendrá que «las pasiones son un ingrediente y lo racional otro» (83). La primera naturaleza del hombre es la de su «ser inmediato y animal» (104); la segunda, la «moralidad [...] el deber, el derecho sustancial» (104). Esto le permitirá oponerse a aquellos iusnaturalistas que sostienen que el hombre es libre por naturaleza «y por doquiera está encadenado»<sup>8</sup>, pues su libertad natural se encuentra limitada por la sociedad y el Estado<sup>9</sup>. Frente a esta posición, Hegel defiende la exactitud de la primera afirmación pues considera que el hombre es libre por naturaleza, aunque precisa el sentido en que hay que comprender aquella afirma-

<sup>8</sup> ROUSSEAU, *Del contrato...*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>9</sup> No entienden que los límites que establece el Estado son límites referidos a la primera naturaleza, esto es, una limitación de los abusos y sentimientos, mientras que la limitación «desaparece cuando surge la conciencia y la voluntad de la libertad, tal como esta es verdaderamente, o sea, racionalmente y según su concepto [...] Este es el eterno equívoco: conocemos la libertad sólo en el sentido formal y subjetivo, haciendo abstracción de esos sus objetos y fines esenciales; así el impulso, el apetito y la pasión –que sólo constituyen un contenido propio del individuo particular, como tal–, así el arbitrio y el capricho se confunden con la libertad, y su limitación con una limitación de la libertad. Pero semejantes limitaciones son más bien, sin embargo, las condiciones de donde surge la liberación; y la sociedad y el Estado son más bien situaciones en que la libertad se realiza» (105).

ción, pues el hombre es libre en el sentido en que lo es «con arreglo a su concepto, y, precisamente por ello, con arreglo a su naturaleza, esto es, *en sí*» (104). Así pues, el concepto de una cosa es su esencia, su naturaleza, por lo que entonces «el estado de naturaleza, el derecho natural es el estado y el derecho que corresponden al hombre con arreglo a su concepto, con arreglo al concepto del espíritu» (105), esto es, la libertad no es ni inmediata ni natural, entendida como primera naturaleza, «sino que necesita ser adquirida y ganada mediante una disciplina infinita del saber y del querer» (105). De acuerdo con el concepto de la libertad, esto es, tal y como ella es racionalmente, le pertenecen «el derecho y la moralidad, y éstos son en sí y por sí esencias, objetos y fines universales, que deben ser hallados por la actividad del pensamiento [...el cual] los incorpora ante todo a la voluntad sensible, en contra de esta misma voluntad» (105).

Así pues, lo natural para el Estado es lo universal y por eso es espiritual, porque «en él es conocido lo universal» (107) y el individuo tiene su libertad no en su primera naturaleza, sino en la sujeción a esta segunda naturaleza, esto es, en la obediencia a las leyes del Estado, en las que obedece «a su propia voluntad» (107). De esta manera, en el Estado,

«los individuos son independientes, pues son sujetos que saben, esto es, contraponen su yo a lo universal [...] Sólo en el Estado existen con reflexión sobre sí mismos. En el Estado surge esta separación: que lo objetivo para los individuos queda contrapuesto a ellos y ellos obtienen en cambio su independencia. El momento de la racionalidad consiste en que el Estado es algo concreto en sí» (107).

### 3. EL ESPÍRITU DEL PUEBLO

De ahí que pueda sostenerse que el Estado «no existe para los fines de los individuos» (101), puesto que el fin del Estado «consiste en que lo sustancial tenga validez, exista y se conserve en las acciones reales de los hombres y en sus intenciones<sup>10</sup>» (101). Esto no quiere decir que los individuos sean meros instrumentos del Estado, sino que la relación entre el Estado y los individuos no puede contemplarse como una relación de medios y fines. Para Hegel, los ciudadanos «son elementos, en los cuales, como en la vida orgánica, ningún miembro es fin ni medio» (101).

Ahora bien, Hegel da un nuevo paso en el proceso de disolución de la voluntad subjetiva en la voluntad general, cuando considera que el Estado como un todo orgánico es mucho más amplio que el Estado

---

<sup>10</sup> Habermas sostiene que el derecho moderno ha de ofrecer a sus destinatarios la posibilidad de que adopten ante él bien una actitud realizativa, bien estratégica. *Vid.*, sobre ello, HABERMAS, *Facticidad y validez*, *op. cit.*, p. 646.

considerado como tal y su derecho, que es lo que llamará el sector político del Estado. Para Hegel el concepto de Estado habría de comprenderse desde un punto de vista más amplio no sólo como su forma política, el Estado y su derecho, sino también como la religión, la ciencia, el arte, etc., esto es, como «la cultura de una nación» (103), cuyo contenido espiritual constituye el espíritu del pueblo, al mismo tiempo que queda «sustraído al arbitrio, a las particularidades, a los caprichos, a la individualidad, a la contingencia» (103), pues es ese contenido el que constituye la esencia del individuo. De este modo, el Estado se concebiría como un «individuo espiritual, [un] pueblo» (103), esto es, como el espíritu del pueblo, al que cabría definir como «la autoconciencia de su verdad y de su esencia y lo que para él mismo es la verdad en general, las potencias espirituales que viven en ese pueblo y lo gobiernan» (103).

El espíritu del pueblo es, por tanto,

«un espíritu particular; pero a la vez también es el espíritu universal absoluto; pues éste es *uno solo*. El *espíritu universal* es el espíritu del mundo, tal como se despliega en la conciencia humana [...] El espíritu del pueblo es [...] el espíritu universal vertido en una forma particular, a la cual es superior en sí; pero la tiene, por cuanto existe. Con la existencia surge la particularidad. La particularidad del espíritu del pueblo consiste en el modo y manera de la conciencia que tiene el pueblo del espíritu» (66).

Así pues, el espíritu del pueblo, que es el contenido del Estado, existente en sí y por sí, se determina, esto es, se particulariza en diversas potencias como son la religión, la constitución, el arte, la ciencia, etc. El concepto que el espíritu tiene de sí, la conciencia de sí mismo, se expresa en la historia a través de estas diferentes esferas, que no son sino otras formas de conciencia: «el espíritu, en su conciencia de sí mismo, es necesariamente objetivo para sí; y la objetividad implica inmediatamente la aparición de diferencias, que constituyen la totalidad de las distintas esferas del espíritu objetivo» (109). El espíritu es, por tanto, una individualidad, que es representada como Dios en la religión; intuida en el arte, y pensada en la filosofía, por lo que una «forma del Estado sólo puede coexistir con *esta* religión; y lo mismo esta filosofía y este arte, en este Estado» (109). En definitiva, el Estado es

«la base y el centro de los demás factores concretos de la vida del pueblo: derecho, costumbres, religión, ciencia. Toda actividad espiritual tiene por único fin el hacerse consciente de esta unión [entre el factor objetivo y el factor subjetivo], esto es, de su libertad» (110).

No obstante, Hegel constata, en primer lugar, la dificultad de realización del espíritu, del principio universal o principio de verdad, en relación con los individuos, donde la religión se muestra infructuosa; aunque considera que tal problema «no es posible» (114) que se pro-

duzca en relación con los pueblos, donde el «principio universal de la verdad se introduce aquí en las distintas esferas de la vida, de tal modo que ésta, como conciencia religiosa práctica, queda penetrada por la verdad [... manifestándose esta verdad] en las distintas esferas [... esto es,] como constitución política, como relación jurídica, como moralidad, como arte y ciencia» (114). Pero en segundo lugar, considera que esa conciencia religiosa práctica queda penetrada por la verdad sólo en la religión verdadera, en la que está contenida «la conciencia que el espíritu tiene de lo que el espíritu es en realidad» (115). En otro caso, el espíritu no sería «comprendido en su verdadera profundidad» (115), pudiéndose producir «aspectos de la vida de un pueblo, en los cuales el espíritu [sea] irracional» (115), por lo que quedaría entregado a su albedrío o bien se conduciría sin libertad. Esto es lo que se habría producido en religiones como la griega o la mahometana, frente al cristianismo, que es la que «tiene por principio el concepto absoluto del espíritu» (116), aunque su plasmación en la realidad, así como la conformación de ésta de acuerdo con aquél, sea un proceso largo y trabajoso.

En la religión cristiana, el arte ocupa un lugar subordinado, pues no «puede ser [...] el modo supremo de aprehender y representar lo verdadero [...] ni tampoco su forma, finita,] tiene para nosotros una verdad incondicionada, no es la forma en que aparece lo absoluto [el contenido infinito]» (116). Por su parte, las ciencias se acercaría más a la religión, pues rige en ellas el principio del pensar –[p]ensar es aprehender abstractamente lo más hondo del espíritu» (117)–, por lo que se encuentran en el terreno propio del espíritu. De ahí que las ciencias constituyan «el supremo punto en que culmina un pueblo» (117), pues si el impulso de un pueblo consiste en «comprenderse y realizar por doquiera su concepto [...] el] elemento más importante en que puede hacerlo [...] es] el pensamiento, la inteligencia como tal» (117). Y entre las ciencias, la filosofía, ciencia del pensamiento libre, que «piensa y comprende el contenido que existe en la religión bajo la forma de la representación sensible y espiritual» (117), esto es, que siendo el contenido el mismo tanto en la religión como en la ciencia, aquélla lo representa como relación de vida, mientras que ésta lo aborda de un modo conceptual, en su forma suprema, como filosofía concreta frente a la filosofía abstracta, propia de los orientales.

Además, el espíritu al realizarse en un Estado se diferencia en varias esferas: primero, las costumbres y usos de los pueblos, en las que se expresa la moralidad natural y la relación familiar, de las que es muestra el tipo de matrimonio o la relación de los hijos con los padres; segundo, la conducta práctica del hombre con relación a la naturaleza y la satisfacción de sus necesidades finitas, respecto de las que propone la libre industria, y finalmente, el derecho privado, que es el relativo a las necesidades finitas y en el que sostiene un principio jurídico, en concordancia con el principio universal, en el que se basan la liber-

tad personal, frente a la esclavitud<sup>11</sup>, y la propiedad libre, pues «sólo en el cristianismo son personalmente libres los hombres, esto es, aptos para poseer una propiedad libre» (119).

Una vez que el Estado se ha diferenciado en las distintas esferas, el individuo podrá participar en ellas –la religión, el derecho, la constitución, la ciencia–, por medio de las clases sociales entre las que se distribuye, esto es, por medio de la profesión que cada cual desempeña, pues éste es «el fundamento de la diferencia de clases que se encuentra en los Estados organizados. El Estado es –concluirá Hegel– un conjunto orgánico y estas diferencias son en él tan necesarias como en el organismo. El Estado es, por tanto, un conjunto orgánico de naturaleza moral» (119).

En este segundo apartado, el espíritu del pueblo, Hegel es coherente con lo mantenido en el primero, el Estado, donde inició la disolución de la voluntad subjetiva del hombre al defender que su esencia sustancial, esto es, su racionalidad, sólo podía realizarse en el Estado pensado como la unidad de lo universal y lo subjetivo, y en ésta por mucho que se satisficieran los intereses particulares, el fin determinante había de ser necesariamente el fin universal (98). Del mismo modo que en ese primer apartado, Hegel cierra el segundo. Concibe el espíritu del pueblo como un Estado poseído de vida orgánica, en la que no cabe considerar a ningún miembro ni como fin ni como medio. En principio parece que Hegel asienta su posición sobre una contradicción, puesto que ha sostenido, en la defensa de la libertad personal, no sólo la validez de los fines particulares de los individuos, sino también al mismo individuo como fin en sí (98). Pero esta contradicción es sólo aparente, ya que Hegel considera que lo particular es el medio para alcanzar lo universal, al mismo tiempo que concibe al individuo como fin en sí, como ser racional, en la medida en que participa en el fin de la razón que, además, es el propio del Estado pensado como Estado racional. Este planteamiento preparará el terreno para acercarse, diferenciándose con claridad del liberalismo, a la cuestión de la constitución.

---

<sup>11</sup> Aunque ROUSSEAU criticó también la esclavitud, lo hizo desde un punto de vista político al no admitir que ningún hombre tuviera «una autoridad natural sobre su semejante», *Del contrato...*, *op. cit.*, p. 14. Por su parte, Hegel fundamentó su oposición a la esclavitud desde un punto de vista filosófico, asentándola en el reconocimiento del valor infinito de los individuos: «Los hombres no se comportan nunca, en este sentido, completamente exterior, como medios para el fin de la razón. A la vez que éste, y con ocasión de éste, satisfacen también los fines de su particularidad, fines que son distintos, por el contenido, del fin de la razón. Pero no sólo esto, sino que además participan en aquel fin de la razón y, precisamente por esto, son fines en sí [...] El hombre es fin en sí mismo, por lo divino que hay en él; lo es por eso que hemos llamado desde el principio la razón y, por cuanto ésta es activa en sí y determinante de sí misma, la libertad» (97-98).

#### 4. LA CONSTITUCIÓN

El Estado es «una totalidad individual» (122), de la que «no se puede separar un aspecto particular, aunque sea sumamente importante, como la constitución política» (122). La constitución es, por tanto, la forma política que recoge las instituciones necesarias por medio de las que el Estado se desarrolla de acuerdo con su concepto. El primer problema que tenemos que abordar es, por tanto, el del fundamento de la libertad política, pues si ésta se asentara únicamente sobre el principio de la voluntad individual, exigiría que «todos los individuos [... prestaran] su asentimiento a cuanto es hecho por y para el Estado, [con lo que no existiría, según Hegel,] propiamente constitución» (120). Frente al liberalismo, Hegel sostiene que el Estado es «una abstracción, cuya realidad, puramente universal, reside en los ciudadanos» (120), lo que exige necesariamente que se particularice.

Sobre este proceso de particularización de la abstracción estatal, Hegel hace varias afirmaciones, primero, que esa particularización ha de llevarse a cabo por medio de una «voluntad y actividad individuales» (120), lo que entiende como la necesidad del surgimiento de un gobierno, con lo que surge la distinción entre los que mandan y obedecen; segundo, no parece que para Hegel se compadezcan bien la obediencia con la libertad, por lo que defiende, de forma extraña<sup>12</sup>, que las instituciones sean de tal manera que «los ciudadanos obedezcan lo menos posible» (120), y por último, sostiene que debe quedar

«a los que mandan el menor albedrío posible y siendo el contenido de aquello para lo cual el mando es necesario, determinado y resuelto en lo capital por el pueblo, por la voluntad de muchos o de todos los individuos, sin que sin embargo, el Estado pierda fuerza y robustez como realidad y unidad individual» (120).

Podría dar la impresión de que en este tercer paso, Hegel se contradice con lo sostenido con anterioridad, pero no es así, ya que lo que hace es resolver en este tercer momento las dificultades que se plantean en los dos primeros pasos, de modo que si en éstos el pueblo

---

<sup>12</sup> ¿O bien irónica? Hegel debió haberse enfrentado con la tensión entre obediencia y libertad con una mayor consistencia, pues lo hace meramente con una recomendación que no es coherente con la fuerza de su razonamiento, lo que terminará por llevarle al debilitamiento de uno de los términos del dilema. Es curioso ver como Rousseau resolvió políticamente este conflicto al reconocer que «la esencia del cuerpo político está en el acuerdo entre la obediencia y la libertad, y porque estas palabras de *súbdito* y de *soberano* son correlaciones idénticas cuya idea se reúne en el solo término de ciudadano», *Del contrato...*, *op. cit.*, p. 95. Por su parte, Habermas tan próximo a Hegel en multitud de ocasiones, adopta en este caso la solución de Rousseau, al defender que la imposición que supone el derecho, esto es, la obediencia, ha de legitimarse mediante el reconocimiento de las libertades comunicativas, que suponen siempre un riesgo de disenso, si bien jurídicamente institucionalizado, es decir, la libertad. *Vid.*, al respecto, HABERMAS, *Facticidad y validez...*, *op. cit.*, pp. 661-662.

quedaba relegado, en tanto que la particularización de la existencia universal del Estado había de hacerse por medio del gobierno, al mismo tiempo que resolvía de una manera muy débil el dilema entre obediencia y libertad, ahora adopta una posición radicalmente contraria, pues reconoce que el gobierno ha de tener el menor albedrío posible, lo que sólo puede evitarse por el propio pueblo, que ha de determinar el contenido de lo que sea necesario para el mando, esto es, las reglas por medio de las cuales haya de ejercerse el gobierno. Ahora bien, el problema es cómo haya de hacerlo el pueblo. En principio, Hegel se enfrenta con la posibilidad de que el pueblo actúe de acuerdo con un mecanismo, el principio de la mayoría, capaz de servir para que ese pueblo pueda expresar su voluntad, sea la de los muchos, sea la de todos, aunque se establezca, asimismo, un límite, en tanto que el Estado no puede perder fuerza en su realidad y unidad individual. Así pues, Hegel ha establecido en el último paso de su argumentación dos de los problemas fundamentales con los que ha de enfrentarse una constitución: el papel del pueblo por medio del principio de la mayoría y el límite a que ha de someterse el ejercicio de tal principio.

El principio de la mayoría plantea dificultades serias. Hegel diferencia, siguiendo a Rousseau, entre hacer las leyes y realizarlas. Dice que el gobierno cumple y mantiene lo universal del Estado al realizar las leyes; aunque en su realización, su voluntad es una voluntad subjetiva, que es la que puede resolver y decidir. Por otra parte, el poder legislativo es el encargado de hacer las leyes, si bien Hegel precisa que hacerlas es también una realización<sup>13</sup> —esto es, una particularización—, y si lo es, entonces es producto de una voluntad subjetiva, que es la única capaz de llevar a cabo un acto particular. Esto es lo que le llevará a preguntarse:

«¿cuál debe ser la voluntad que decida? [...] puesto que] si el Estado se halla fundado en la libertad, las muchas voluntades de los individuos quieren tener también participación en las resoluciones [...] todos quieren asistir con su voluntad a aquello que debe ser ley para ellos. Los pocos deben representar a los muchos, pero, frecuentemente, no hacen sino oprimirlos. No menos consecuencia es el dominio de la mayoría sobre la minoría» (693).

<sup>13</sup> «Ya el hacer las leyes, el encontrar e instituir positivamente estas determinaciones (del contenido de la libertad) es una realización» (693). El reconocimiento de que hacer una ley es también una realización supone alejarse radicalmente de Rousseau, para quien toda ley ha de ser expresión de la voluntad general. Cuando Hegel defiende que hacer una ley, es una realización, está diciendo que la ley es expresión de una voluntad particular, pues sólo una voluntad subjetiva puede resolver y decidir. En el fondo este problema se le había planteado a Rousseau, pero no pudo resolverlo: «[c]uando se propone una ley en la asamblea del pueblo, lo que se les pide no es precisamente si aprueban la proposición o si la rechazan, sino si es conforme o no con la voluntad general que es la suya; al dar su sufragio, cada uno dice su opinión sobre ello, y del cálculo de los votos se saca la declaración de la voluntad general», *Del contrato...*, *op. cit.*, p. 109. A pesar de Rousseau, el sufragio no puede ser emitido sino por una voluntad subjetiva, que es la que puede decidir.

Es decir, Hegel reconoce que la ley es decidida, adoptada, por una voluntad subjetiva, y en esa decisión es lógico que quieran tomar parte todos aquellos para quienes tal resolución será ley, en tanto que tendrán que someterse a lo que la misma disponga. Este parecer es la opinión general y era también la posición que defendió, aunque desde la perspectiva de la voluntad general, Rousseau, para quien «[n]o siendo la ley otra cosa que la declaración de la voluntad general, es evidente que en el poder legislativo el pueblo no puede ser representado»<sup>14</sup>. Sin embargo, Hegel defiende frente a la democracia directa de Rousseau una constitución representativa y reconoce que «como nuestros Estados son tan grandes y los individuos tantos, éstos no pueden expresar directamente su voluntad, en la resolución de los negocios públicos, sino sólo indirectamente, por medio de representantes»<sup>15</sup>, esto es, el pueblo debe estar representado por diputados en la confección de las leyes» (124), aunque esto no le haga olvidar la posibilidad de que los mismos cometan, en su función representativa, excesos sobre sus representados.

Sin embargo, esa defensa de una constitución representativa no obvia la dificultad esencial del principio de la mayoría, el dominio de la mayor parte sobre la menor, lo que es independiente, en este momento, del espacio en el que se ejerza ese principio, sea en la decisión sobre la ley –bien directamente por parte del pueblo, bien indirectamente por los representantes–, sea en la elección de los representantes. Hegel se opone de manera rotunda al liberalismo 16 y su fundamentación del orden social, pues éste no puede asentarse, en su opinión, sobre la mera agregación de voluntades subjetivas, esto es, la mayoría o voluntad de los muchos, tal y como Hegel la llama, que no permitiría que nada se consolidase. Como suma mayoritaria de voluntades particulares puede opo-

<sup>14</sup> ROUSSEAU, *Del contrato...*, *op. cit.*, p. 99.

<sup>15</sup> La posición de Rousseau era radicalmente contraria, pues sostenía que «[l]a soberanía no puede ser representada, por la misma razón que no puede ser enajenada; consiste esencialmente en la voluntad general, y la voluntad no se representa; o es ella misma, o es otra: no hay término medio. Los diputados del pueblo no son, por tanto, ni pueden ser sus representantes, no son más que sus delegados [...] Toda ley que el pueblo en persona no haya ratificado es nula; no es una ley», *Del contrato...*, *op. cit.*, p. 98.

<sup>16</sup> Para el liberalismo, «la voluntad universal debe ser la empíricamente universal, esto es, que *los individuos como tales deben gobernar* o tomar parte en la gobernanación. Las voluntades subjetivas de los muchos deben prevalecer: esta abstracción se fija y se encuentra siempre en antagonismo con lo existente [...] El liberalismo [...] defiende] el principio de los átomos, de las voluntades individuales: todo [...] en el Estado, los derechos racionales, la misma organización del Estado, etc.] debe ser obra de su poder expreso y de su expresa aprobación. Con este formalismo de la libertad, con esta abstracción, los liberales no dejan consolidarse nada en la organización. A las distintas disposiciones del gobierno, opónese en seguida la libertad; pues aquellas son una voluntad particular, o sea, arbitrariedad. La voluntad de los muchos derriba el ministerio y entra en él la que hasta aquí fue oposición; pero ésta, en cuanto es ahora gobierno, tiene de nuevo a los muchos en contra. Continúan, pues, el movimiento y la intranquilidad. Esta colisión, este nudo, este problema es el que la historia ha de resolver en los tiempos venideros» (697).

nerse sin dificultad a las decisiones gubernamentales, que por definición también son expresión de una voluntad particular<sup>17</sup>. Por su parte, Hegel trata de encauzar este enfrentamiento entre voluntades particulares, la voluntad de los muchos y la voluntad del gobierno, al mismo tiempo que intenta resolver el problema de fondo de todo orden jurídico-político, que es el de la fundamentación de la voluntad política, que no puede quedar anclada en la mera particularidad. Para ello concibe que el orden jurídico-político ha de estar asentado, primero, en el pensamiento y su determinación suprema que no es sino la libertad de la voluntad, que «está determinada en sí y por sí<sup>18</sup>, porque no es nada más que el determinarse a sí mismo» (688), esto es, «la libertad del espíritu, no de este o el otro espíritu particular, sino del espíritu universal según su esencia» (688), cuya realización se encuentra en el Estado, en el que prevalecerán, y esto es lo que importa frente al liberalismo, primero, «los derechos racionales, la libertad de la persona y de la propiedad» (697). En segundo lugar, un Estado que tendrá «una organización [...], y dentro de su círculo, [también una organización] de la vida civil, encargadas de desempeñar ciertas funciones» (697). Finalmente, todo ello permitirá que «los inteligentes tengan influjo en el pueblo y reine en éste la confianza» (697).

De esta manera Hegel ha acometido el asunto de fondo en la construcción de todo orden jurídico-político, es decir, el problema de su fundamentación, que es el que constituye el límite al que han de atenerse los diferentes poderes, miembros orgánicos, esto es, instituciones políticas orgánicas, como son, en este caso, el poder legislativo y su funcionamiento a través del principio de la mayoría, así como, en segunda instancia, el poder ejecutivo, el gobierno, aunque éste ya se encuentre limitado por la propia legislación. Estos poderes son instrumentales<sup>19</sup> respecto de lo que es realmente lo importante, la libertad. Ésta,

«tal como es determinada por el concepto, no tiene por principio la voluntad y el albedrío subjetivo, sino el conocimiento de la voluntad universal. El sistema de la libertad es el libre desarrollo de sus momentos. La voluntad subjetiva es una determinación totalmente formal, que no contiene lo que la voluntad quiere. Sólo la voluntad racional contie-

<sup>17</sup> Según Rousseau, «el poder ejecutivo no puede pertenecer a la generalidad como legisladora o soberana; porque este poder no consiste más que en actos particulares que no son de la incumbencia de la ley ni, por consiguiente, de la del soberano, cuyos actos todos no pueden ser más que leyes», *Del contrato...*, *op. cit.*, p. 61-62. Estas afirmaciones han de complementarse con lo que dice más adelante, al sostener que el poder ejecutivo «no es más que la fuerza aplicada a la ley», *Del contrato...*, *op. cit.*, p. 99.

<sup>18</sup> «I. Todo lo que es, o es en sí, o en otra cosa. II. Lo que no puede concebirse por medio de otra cosa, debe concebirse por sí», B. SPINOZA, *Ética demostrada según el orden geométrico*, trad., int. y notas de V. Peña García; notas y epílogo de G. Albiac, Tecnos, Madrid, 2007 (1677), p. 69.

<sup>19</sup> ROUSSEAU llamará escuela del mismo contrato al principio de mayoría, *Del contrato...*, *op. cit.*, p. 109.

ne ese elemento universal que se determina y desenvuelve por sí mismo y despliega sus momentos en miembros orgánicos.» (124).

Pero también ese límite es un límite al que se sujetan los individuos, que habiendo llegado a una diferencia infinita, la hacen desaparecer cuando «saben poseer su libertad, independencia y esencialidad en la unidad con lo sustancial, de suerte que consideran que la forma de obrar es ese principio sustancial» (124). Hegel reconoce que se puede producir una colisión entre voluntades subjetivas, por lo que es imprescindible el momento de la voluntad interna, la conciencia moral, en la que

«no hay nada superior al derecho, no hay otra cosa que sea más santa en relación a las cosas y negocios temporales. Esta voluntad interna es la última garantía que tienen el gobierno y el pueblo. La voluntad interna de las leyes no es sólo costumbre, sino la conciencia de que las leyes y la constitución son lo fijo, y que el supremo deber de los individuos es someter a ellos sus voluntades particulares. Puede haber muchas opiniones y pareceres sobre las leyes, la constitución y el gobierno, mas ha de reinar la convicción de que todas estas opiniones están subordinadas y deben ceder ante lo sustancial del Estado; debe haber la convicción de que no hay nada más alto ni más santo<sup>20</sup> que la voluntad interna de acatar al Estado» (693-694).

Esto le permitirá definir el mejor Estado como aquel «en que reina la mayor libertad» (122), lo que no hay que entender como la participación de la voluntad subjetiva de los individuos en las decisiones del Estado, pues el Estado «consiste en la unidad de la voluntad subjetiva y la voluntad universal» (122), de manera que en esa unión se ha producido la renuncia de la voluntad subjetiva a su particularidad. Esto es lo que le lleva a dos conclusiones; en primer lugar, a rechazar como ingenua la teoría acerca de la mejor constitución es asunto de la «libre reflexión subjetiva» (121), por lo que se opone a que «el establecimiento real de la constitución considerada como la mejor de todas o la mejor de las conocidas puede ser consecuencia de una decisión tomada teóricamente, por ser la especie de la constitución asunto de una elección totalmente libre y sólo determinada por la reflexión» (121). Así pues, una constitución no es una cuestión meramente teórica, sino que en su concepción e implantación han de tenerse en cuenta las condiciones reales del pueblo para el que se quiere dar esa constitución, pues ha de estar viva en ese espíritu. El ejemplo más evidente para Hegel de tal necesidad se encontró en el fracaso de la constitución que Napoleón quiso dar a España, una constitución apriorística, que «se vino abajo cuando dejó de estar sostenida por la fuerza» (606), de ahí que concluyera que el «poder externo no puede nada a la larga» (696), como le sucedió a Napoleón, que no pudo «forzar a España a la libertad» (696). Por ello concluirá que la constitución que

<sup>20</sup> ROUSSEAU y la santidad del contrato, *vid.*, *Del contrato...*, *op. cit.*, p. 25.

aparece en cada momento «no es el resultado de una elección, sino la constitución adecuada al espíritu del pueblo» (126). Y en segundo lugar le lleva a poner en cuestión que en los Estados europeos los individuos tengan que dar su aprobación subjetiva a la constitución, pues en esos Estados «la persecución de fines universales y la obediencia a principios universales es un bien común, que los ciudadanos comparan con el gobierno y el gobierno con los ciudadanos [... y en] semejante situación, la aprobación de los individuos es más o menos indiferente» (125).

De esta manera concluye Hegel su reflexión sobre el Estado, en el que podemos encontrar la expresión del bien común como reconocimiento de los fines universales, a los que han de atenerse en su acción tanto el gobierno como los ciudadanos. Por eso, los ciudadanos no pueden aportar ningún conocimiento particular, más bien todo lo contrario, pues ni sus intereses particulares pueden ir más allá de lo universal, ni sus conocimientos alcanzar lo que saben quienes están habituados a tales tareas, como es el caso de los gobernantes. Tampoco habrá que entender la libertad en el sentido de que la misma se encuentra en el hecho de que los individuos otorguen su aprobación, pues entonces se requeriría bien que toda ley fuese aprobada por unanimidad, bien que lo fuese por la mayoría, principio éste al que el anterior, el de la unanimidad, da entrada. Pero con aquel principio lo único que se alcanzaría sería el dominio de la minoría por la mayoría, así como entender que por ser mayoría se tiene razón, lo que conduciría a confundir al pueblo con una facción<sup>21</sup>. Su razonamiento finaliza señalando que lo que importa no es el pueblo, sino el conocimiento culto, esto es, un Estado no ha de asentarse en el consentimiento del pueblo, sino en el saber científico, pues lo que «constituye el Estado es el conocimiento culto, no el pueblo» (125).

## 5. CONCLUSIÓN

Cuenta Hegel que en el reino de Eyio<sup>22</sup>, su rey no reinaba arbitrariamente ni sus nobles le estaban sometidos de manera incondicional. Por eso, cuando éstos consideraban que su gobierno era desacertado por no hacerlo bien, le enviaban una embajada con la finalidad de que le entregara tres huevos de papagayo. Con ellos le mostraban su agradecimiento por la labor realizada, al mismo tiempo le hacían notar la

<sup>21</sup> «Por facción entiendo un número de ciudadanos, ya sea una mayoría o una minoría de la totalidad, unidos y animados por el impulso común de una pasión o de un interés, opuesto a los derechos de otros ciudadanos o a los intereses permanentes y globales de la comunidad», MADISON, *Artículos federalistas y antifederalistas. El debate sobre la Constitución americana*, selec. e intr. de I. SÁNCHEZ-CUENCA y P. LLEDÓ, trad. de P. Lledó, Alianza Editorial, Madrid, 2002 (1787-8), núm. 10, p. 67.

<sup>22</sup> 191-192.

probabilidad de que ese gran trabajo lo hubiera agotado, por lo que le aconsejaban que tomara un sueño reparador. El rey les agradecía su consejo y reconocía su amor. A continuación se retiraba a una estancia contigua, en la que no se acostaba a dormir, sino que ordenaba a sus mujeres que le ahogaran.

En mi opinión, el problema de la concepción sobre el Estado de Hegel consiste en que no hay manera de encontrar en ella resto alguno de los huevos de papagayo, pues lo ha diseñado con la idea de que no hicieran falta alguna. Ha querido desprenderse hasta tal extremo de la particularidad, de la barbarie y la voluntad salvaje, que ha terminado por construir un edificio, el del Estado, que se asemeja más a una pirámide, monumento funerario egipcio, en el que la vida ha quedado perfectamente enterrada, todo dispuesto de acuerdo a la voluntad del faraón, ahora la voluntad universal, pero sin resto alguno de vida. Ha establecido el límite, la libertad, de manera científica, en la libertad de la voluntad, pero al mismo tiempo que lo ha hecho, ha cerrado el sistema, lo ha momificado, sepultando en ella la voluntad particular.

Para entenderlo, creo que sería conveniente detenerse en el modelo propuesto por Rousseau, sobre el que en gran parte Hegel trata de construir su propio sistema. Expuesto de manera muy esquemática, habría que decir que Rousseau instituye la voluntad general sobre el acuerdo unánime o la voluntad de los muchos, esto es, la voluntad política, aunque con la salvedad de que esa voluntad general se asienta, al mismo tiempo, sobre tres condiciones, que de cumplirse le otorgarán legitimidad: ha de alcanzarse la protección de la vida y posesiones de todos los asociados; en ella cada uno de sus miembros no se obedecerá sino a sí mismo y, finalmente, todos permanecerán tan libres como lo eran en la situación previa. En relación con este primer punto, Hegel le da la vuelta, no parte de una voluntad política, sino que aborda la cuestión desde una perspectiva filosófica al partir de la suposición de la idea de lo universal –en sí–, aunque para constatar inmediatamente su existencia en las voluntades particulares –para sí–, mediante las que se alcanzaría de nuevo lo universal, ahora ya en el Estado –en sí y para sí–. Hasta aquí lo que hace es evitar los problemas de fundación de un régimen político originados en la voluntad particular<sup>23</sup>, puesto que en el retorno a lo universal que es el Estado, la

---

<sup>23</sup> *Vid.*, al respecto, las apreciaciones de HABERMAS sobre el modelo hobbesiano y su reivindicación del kantiano, en *Facticidad y validez*, *op. cit.*, pp. 155 ss. Una gran parte de las teorías contractualistas parten del concepto de contrato del derecho privado y como bien sabemos nadie firma un contrato si no es en su propio interés, por lo que el contrato social se basaría en el interés egoísta de todos y cada uno de los asociados. Además, la construcción del contrato social sobre el modelo de la contratación privada conlleva dos problemas: «[e]n primer lugar, hacer equivalentes las cuestiones morales y las cuestiones de justicia política de una asociación jurídica de individuos tiene la desventaja de que sobre esta base no se puede fundamentar un respeto equitativo a todos, es decir, una moral universalista. Aceptar obligaciones recíprocas resulta racional sólo para aquellos que tienen interés en una interacción

voluntad particular se sabe en él y se contempla a sí misma en lo universal. De esta manera, Hegel hace posible que una historia, la propia de la revolución arraigada en el acto del origen, finalice. A partir de él, la racionalidad quedaría plenamente plasmada en la construcción del Estado racional, por lo que será prácticamente imposible la justificación de cualquier alteración revolucionaria de un orden jurídico-político racional.

Habría que reconocer que el punto de partida de Rousseau, frente a Hegel, es erróneo, aunque no lo sean, en líneas generales, las conclusiones a las que llega desde aquél. Trata de asentar el orden social en la voluntad general, pero no ahoga la voluntad particular, quizá porque no supiera cómo impedirlo. De ahí que esta voluntad actúe en tres momentos, aunque en dos de ellos, los dos primeros, Rousseau no sea consciente de ello. En primer lugar, la voluntad particular aparece necesariamente en el acto del origen. Rousseau tratará de evitarlo al proponer que la voluntad fundacional sea una voluntad unánime. No obstante, el recurso a esta voluntad plantea tal cantidad de problemas que no tendrá más remedio que dar entrada a la voluntad de todos como suma y resta de voluntades individuales. Esto no quiere decir que la voluntad particular no estuviera también en la unanimidad, aunque su irrupción se vea aún de manera más clara cuando acuda a la voluntad de los muchos.

En segundo lugar, vuelve a aparecer en el mismo ejercicio de la voluntad general, que ha de ser llevado a cabo por el pueblo reunido en asamblea con el fin de darse la ley. El pueblo en asamblea ha de decidir, necesariamente, según la regla de la mayoría, lo que permitiría establecer, de acuerdo con Rousseau, la voluntad general. La razón se encontraría, en su opinión, en que cuando uno vota no expresa su acuerdo o desacuerdo con la proposición, sino si ésta es conforme con la voluntad general que es su propia voluntad. Por eso podría obtenerse del cálculo de votos la declaración de la voluntad general. Su argumentación se apoya en la asunción de que es posible la identificación de la voluntad de cada uno con la voluntad general, pero hay que admitir que, como decía Hegel, una cosa es que lo universal sólo pueda realizarse por medio de lo particular y otra lo que sostiene Rousseau al defender la identificación de la voluntad particular con la general. Este error viene acompañado por otro en la medida en que considera la ley como expresión de la voluntad general, cuando debió

---

recíproca sometida a reglas. Así puede extenderse el círculo de contratantes sólo a aquellas personas de quienes cabe esperar contraprestaciones porque quieren o tienen que cooperar. En segundo lugar, el hobbesianismo lucha en vano con el conocido problema del *free rider*, aprovechado o gorrón que acepta la práctica común sólo con la reserva de poder saltarse las normas acordadas en las ocasiones favorables. En la figura del *free rider* se evidencia que un acuerdo entre interesados *per se* no puede fundamentar *deberes*», en J. HABERMAS, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, trad. J. C. Velasco Arroyo y G. Vilar Roca, Paidós Barcelona, 1999 (1996), p. 43.

haberla caracterizado como concreción de esa voluntad, esto es, como particularización de la misma.

Por último, Rousseau admite plenamente el juego de la voluntad particular cuando considera la elección del gobierno, acto que por su naturaleza considera particular. Esta es la razón por la que no puede actuar aquí la voluntad general, que sólo puede hacerlo en relación a cuestiones generales, por lo que el pueblo como voluntad general no podría decidir su gobierno, a no ser que el propio pueblo fuera gobierno, esto es, una democracia, con lo que entonces, como gobierno, podría actuar particularmente y elegir a sus gobernantes. La solución que Rousseau da al problema planteado es fundamental, pues abre el campo dentro del orden jurídico-político para establecer una democracia representativa en toda regla. Lo único que hacía falta era ampliar la concepción de Rousseau sobre la democracia y entenderla no sólo como el medio adecuado de elegir a nuestros gobernantes, cuya actividad será la de realizar la ley –poder ejecutivo–, sino también a nuestros representantes, encargados de hacer la ley –poder legislativo–, una ley que habría que entender ahora como expresión directa de la voluntad de la mayoría de nuestros representantes, al mismo tiempo que expresión indirecta de la voluntad general.

En cierto modo, Hegel había adelantado esto al hablar de que hacer la ley es ya una realización<sup>24</sup>, lo que conduce, en un Estado fundamen-

---

<sup>24</sup> En 693, Hegel parte de la diferencia que Rousseau estableció entre hacer la ley, propia de la voluntad general, y realizar la ley, que es el acto particular que ha de llevar a cabo el gobierno en la aplicación de la misma. No obstante, Hegel establece un matizamiento importante sobre esa diferencia al considerar el mismo hecho de hacer la ley ya consiste en una realización, con lo que cabría pensar que la ley no tiene por qué ser necesariamente lo que debe ser, esto es, expresión de la voluntad general, sino que lo puede ser de alguna voluntad particular, en la medida en que no pudiendo la voluntad general dictar la ley, ha de ser una voluntad interpuesta la que la haga, por lo que siempre cabe la posibilidad de que ésta, una voluntad particular, se aleje de la primera, la voluntad general. Esto explicaría teóricamente el proceso de corrupción que padece hoy día el sistema jurídico-político de los Estados Unidos, en donde los grandes poderes económicos compran los votos necesarios para legislar de acuerdo con sus intereses a cambio de cuantiosas contribuciones para las diferentes campañas que los políticos han de emprender en su lucha por la consecución de los puestos representativos, *vid.*, al respecto, A. GARFINKLE, «Broken. A Primer on American Political Disorder», *The American Interest*, vol. VIII, núm. 3, January/February, 2013, pp. 6 ss, especialmente, p. 19. En la p. 22 llega a afirmar que «corporate money can now buy legislation, regulatory judgments in the Executive Branch and judges in the Judicial Branch». En un sentido similar, aunque no tan extremado, pues considera que un papel relevante en el control de las decisiones del ejecutivo, así como de su sujeción al imperio de la ley, sigue siendo el que desempeña el poder judicial, especialmente el Tribunal Supremo *vid.*, D. COLE, «Are We Stuck with the Imperial Presidency?», *The New York Review of Books*, June 7, 2012, p. 63, donde afirma que «a political process that demands large-scale fund-raising and expenditures by its elected officials, and places few meaningful limits on money's influence on our representatives, can hardly be relied upon to effectively check the abuse of power». No obstante, Cole señala que la propia sociedad civil puede ocupar un lugar destacado en la exigencia de que el proceso político se atenga a las exigencias de los «fundamental prin-

tado en la libertad, a que «las muchas voluntades de los individuos quier[a]n tener también participación en las resoluciones» (pág. 693); al mismo tiempo sostuvo que el pueblo debía determinar el contenido de aquello para lo que fuese necesario el gobierno con la finalidad de restringir su arbitrio. Sin embargo, Hegel termina alejándose de esta posición al tratar de resolver los problemas del orden jurídico-político desde una perspectiva científica y no política, lo que le condujo a relativizar la importancia de la participación popular en la determinación del bien común, para concluir que es un asunto de conocimiento antes que de participación.

Sin embargo, Hegel debió haber entendido el potencial de la propuesta de Rousseau sobre la conversión del pueblo en gobierno democrático con la finalidad de elegir, a su vez, los magistrados encargados del gobierno, de modo que pudo haber repetido el modelo de fundación del orden jurídico-político –lo universal que se determina en lo particular, desde el que se retorna a aquél por medio de la institucionalización del Estado–, aunque ahora esto hubiese que hacerlo en el Estado ya instituido. La única dificultad con la que habría de enfrentarse, era la de tener en cuenta que había que partir no de la idea, sino de la consideración del poder soberano instituido como lo universal. Esto no altera el resultado. La voluntad general requiere de su determinación, lo que se alcanza por medio de las voluntades particulares, cuya justificación se encontraría en la posibilidad de su retorno a lo universal. Ahora bien, tales voluntades particulares presentan, en este momento, una característica especial, en la medida en que las mismas se encuentran embridadas al tener que expresarse, ahora, en el Estado, con lo que forman una determinación de lo universal en el mismo medio racional que supone el Estado. Por ello, la expresión de las voluntades particulares en el Estado constituye una determinación en sí misma racional y no una manifestación de una voluntad salvaje sin sujeción alguna. Además, en ese orden jurídico-político puede establecerse un medio de control que asegure el sometimiento de las decisiones adoptadas al interés general, sin necesidad de tener que enviar una embajada con los huevos de papagayo a nadie. Se trataría de institucionalizar un mecanismo regido por el discernimiento<sup>25</sup>, frente a la fuerza que pudiera representar la voluntad de los muchos, que se ocupara de restaurar, en caso necesario y por los procedimientos adecuados, la voluntad general o soberanía popular. En este caso como vemos, el primer momento en este segundo nivel seguiría siendo el de

---

ciples of liberty, equality, due process, and the separation of powers –in short, the rule of law», *ibidem*, p. 64.

Algo parecido podría sostenerse, en nuestro caso, respecto de la conformación de la opinión pública, sujeta en gran medida a los intereses particulares de los medios que, como en el caso de los políticos, requieren del dinero de las instituciones para subsistir.

<sup>25</sup> HAMILTON, *Artículos federalistas y antifederalistas*, op. cit., núm. 78, pp. 196-197.

lo universal en sí, expresado ahora en el interés general o voluntad soberana, que se determinaría, como segundo momento, en lo particular por medio de la regla de la mayoría, desde el que se asegura su retorno, como tercer momento, a aquél por medio de la institucionalización del poder de discernimiento de los tribunales, que serían quienes habrían de restaurar la voluntad soberana, esto es, lo universal. De este modo, Hegel no habría establecido simplemente el fin de la historia como historia revolucionaria, sino que podría haber defendido que se iniciaba el comienzo de otra, en la que no cabría ya la legitimación de la revolución, pero sí la justificación de los cambios asentados sobre las decisiones de una mayoría embridada por el discernimiento tanto de los tribunales como de una opinión pública educada en su voluntad interna, esto es, una opinión pública con conciencia moral<sup>26</sup>.

Además se habría evitado momificar el Estado, pues esta construcción no habría quedado encerrada en sí misma, asfixiada y sin contacto con la realidad, sino que se habría mantenido viva, abierta a las voluntades particulares, esto es, a las pasiones que constituyen «el elemento activo [...] que en] modo alguno son siempre opuestas a la moralidad; antes bien, realizan lo universal» (83). Aunque para asegurar la realización de lo universal mediante lo particular es evidente que se necesita, frente a las instituciones primitivas del reino de Etyo, una construcción como es la del Estado racional, pero no hasta el extremo de edificarla encerrada en sí misma sin permitir que vuelva a entrar en ella aquello, las pasiones, que la justificó.

Fecha de recepción: 31/03/2013. Fecha de aceptación: 31/10/2013.

---

<sup>26</sup> *Vid.*, al respecto, las reflexiones de RAWLS sobre el voto en una democracia constitucional, *El liberalismo político*, trad. de A. Domènech, Crítica, Barcelona, 1996 (1993), p. 276.

# El principio de igualdad entre mujeres y hombres frente a la prohibición del velo islámico integral\*

## The principle of sex equality facing the prohibition of Islamic face veils

Por DOLORES MORONDO TARAMUNDI  
Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto

### RESUMEN

*El Tribunal Supremo ha anulado recientemente una norma municipal que prohibía el acceso y la permanencia en edificios municipales portando el velo islámico integral. Con esta sentencia, nuestro país se suma a un debate europeo, en curso desde hace varios años, sobre la limitación o prohibición del uso de dicho atuendo. De este debate, en este artículo recogemos los argumentos relativos a la igualdad y a la opresión de las mujeres enlazando el razonamiento de los tribunales españoles con el debate doctrinal en curso. El objetivo es cuestionar el uso del argumento sobre la igualdad de género en estos debates, mediante algunos puntos críticos suscitados por la idea de «opresión de las mujeres» elaborada en el ámbito de la teoría feminista.*

**Palabras clave:** *Velo islámico integral, burka, igualdad de género, opresión de las mujeres, discriminación, libertad religiosa, Ordenanza Municipal de Lleida.*

---

\* Este trabajo se inscribe en el marco del proyecto MICINN «Nuevas demandas sociales y prácticas de armonización de la diversidad religiosa en el espacio público local o regional (CSO 2011-24804). Una primera aproximación a las tesis aquí recogidas se presentaron como comunicación en las XXIV Jornadas de Filosofía Política y Jurídica (Santander, 14-15 marzo 2013).

## ABSTRACT

*The Supreme Court has recently overturn a regulation of the municipality of Lleida that prohibited to access and stay in municipal buildings donning Islamic face veils. With this judgement our country has been introduced to an ongoing European debate over the limitation or prohibition of face veils. Of this debate, this article intends to select and gather those arguments regarding sex equality and women's oppression, and to link the reasoning of the Spanish courts on this issue to the current scientific debate. The aim is to question the use of the argument on sex equality in these debates, assessing some critical issues put forward by the notion of «women's oppression» as elaborated by feminist theory.*

*Key words: Islamic face veil, burka, sex equality, women's oppression, discrimination, religious freedom, Lleida Municipal Regulation*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.-2. LA IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOM-  
BRES EN LOS DEBATES SOBRE EL VELO INTEGRAL.-3. EL SIGNIFICADO  
DEL VELO Y LA OPRESIÓN DE LAS MUJERES.-4. EL ARGUMENTO SOBRE  
LA AUTONOMÍA DE LAS MUJERES Y SU RELACIÓN CON LA IGUAL-  
DAD.-5. MÁS ALLÁ DE LA DICOTOMÍA IGUALDAD-AUTONOMÍA: LA  
«OPRESIÓN DE LAS MUJERES» EN LA TEORÍA FEMINISTA.

**SUMMARY:** 1. INTRODUCTION.-2. SEX EQUALITY IN THE DEBATES OVER  
THE FACE VEILS.-3. THE MEANING OF THE VEIL AND THE OPRESSION OF  
WOMEN.-4. THE ARGUMENT ON WOMEN'S AUTONOMY AND ITS  
RELATION WITH EQUALITY.-5. BEYOND THE DICOTOMY: EQUALITY-  
AUTONOMY: THE NOTION OF «WOMEN'S OPRESSION» IN FEMINIST  
THEORY.

## 1. INTRODUCCIÓN

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo<sup>1</sup> que anula la modificación de la Ordenanza Municipal de Civismo y Convivencia del Ayuntamiento de Lleida suma nuestro país a un debate que ha ocupado un lugar significativo tanto en la literatura científica como en la arena política, en particular desde la preparación de las leyes francesa y belga, de 2010 y 2011 respectivamente, que persiguen penalmente

---

<sup>1</sup> Sentencia del Tribunal Supremo. Sala contencioso-administrativa (Sección 7.ª) de 6 de marzo de 2013. Recurso de casación núm. 4118/2011 contra Sentencia secc. 2.ª Sala contencioso-administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de junio de 2011.

el uso del velo islámico integral en el espacio público<sup>2</sup>. El Pleno del Ayuntamiento de Lleida, en octubre de 2010, introdujo en la Ordenanza Municipal nuevos apartados que prohibían el acceso y la permanencia en edificios y equipamientos municipales con velo integral, pasamontañas, casco integral u otras vestimentas o accesorios que impidiesen o dificultasen la identificación y la comunicación visual de las personas.

Si bien los debates políticos y académicos sobre el velo integral pueden considerarse un proseguiamiento (y un recrudescimiento)<sup>3</sup> de los debates sobre el pañuelo islámico (*hijab*), hay que señalar que en los recientes debates sobre el «burka»<sup>4</sup>, se ha concedido mayor espacio al argumento relativo a la igualdad de las mujeres. Efectivamente, los debates sobre el pañuelo islámico que se sucedieron desde finales de los años ochenta, y que culminarán con la legislación francesa sobre la prohibición de símbolos religiosos ostensibles en las escuelas públicas de secundaria, se habían centrado principalmente en el principio de laicidad y en el derecho de libertad religiosa. En estos deba-

---

<sup>2</sup> Además de las leyes francesa y belga que prohíben el ocultamiento del rostro, hay propuestas de ley pendientes en el Parlamento en los Países Bajos (desde el 2006) y en Italia; en cambio, han fracasado propuestas de prohibiciones generales en Dinamarca y en Noruega. Las prohibiciones parciales de los velos integrales son bastante frecuentes en Europa. Una panorámica de las prohibiciones del velo integral en Europa se encuentra en ALÁEZ CORRAL, B., «Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa», *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, 2011, pp. 483-520.

<sup>3</sup> Parte de la literatura científica considera que no hay una diferencia fundamental entre el pañuelo islámico y el velo islámico integral desde el punto de vista que analizaremos aquí, que es la afectación del principio de igualdad entre mujeres y hombres. Se vea, por ejemplo, la posición de LABORDE, C., «State Paternalism and Religious Dress», *International Journal of Constitutional Law*, 10, 2, 2012, pp. 398-410. Hay, por el contrario, quien ha utilizado el velo islámico integral como línea demarcadora de prácticas que –a diferencia del pañuelo simple– supondrían una vulneración de la igualdad o de la dignidad de las mujeres. En lo que sigue no me detendré sobre estas distinciones. Conuerdo con Laborde en no encontrar un diferencia significativa entre los diferentes velos islámicos ni por lo que respecta a su significado (por las razones que se expondrán más abajo) ni en relación a una mayor o menor libertad de sus portadoras. Estudios recientes muestran que parte de las «niqabi» en Europa llevan este tipo de velo por razones de observancia, militancia o piedad similares a las de sus correligionarias cubiertas con pañuelo simple. Por otra parte, se han denunciado y descrito episodios y dinámicas de coacción y presión social para llevar el pañuelo simple en diversos países y ambientes. Entre los primeros me remito al estudio pionero sobre el uso del velo integral en Europa, BREMS, E. (ed.), *The Face Veil in Europe Inside and Out*, Cambridge University Press (en prensa).

<sup>4</sup> Es irrelevante para nuestra discusión que las llamadas leyes sobre el «burka» se apliquen a velos que no son «burkas». Sobre el significado ideológico de referirse a todos estos velos como «burka» y las connotaciones que este término y sus asociaciones con el régimen de los Talibanes imprimen a los debates mediáticos, se vea MANCINI, S., «Patriarchy as the Exclusive Domain of the Other: the Veil Controversy, False Projection and Cultural Racism», *International Journal of Constitutional Law*, 10, 2, 2012, pp. 411-428.

tes, los argumentos relativos a la igualdad entre los sexos habían tenido un papel marginal, superficial e inconsistente.

Los debates posteriores sobre los velos integrales han registrado un uso más frecuente del argumento sobre la igualdad sexual y la opresión de las mujeres, aunque sin llegar a disipar el carácter superficial de las reivindicaciones relativas a la violación o no violación del principio de igualdad de género y, en general, sin que el mayor uso de dicho argumento se haya traducido en una mayor relevancia de este principio en la fundamentación de las normas que prohíben los velos<sup>5</sup> ni de las sentencias que eventualmente han apoyado o anulado dichas normas.

En lo que sigue nos proponemos, por tanto, examinar el uso del argumento sobre la igualdad y la opresión de las mujeres en los debates generados por las normas que prohíben o limitan el velo islámico integral. Intentaremos además sugerir algunas cuestiones críticas que suscita la noción de «opresión de las mujeres» elaborada en el ámbito de la teoría feminista, y que se ponen de manifiesto tanto en relación con el juicio de quien sostiene que el (uso voluntario del) velo islámico integral es inocuo para el principio de igualdad de género, como en relación con las normas que prohíben dicho atuendo sexuado.

## 2. LA IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN LOS DEBATES SOBRE EL VELO INTEGRAL

En declaraciones a la prensa, tras conocerse la sentencia del Tribunal Supremo que anulaba la modificación de la Ordenanza Municipal que prohibía el uso del velo integral en edificios municipales, el alcalde de Lleida anunciaba que recurriría al Tribunal Constitucional ya que la sentencia del Tribunal Supremo contradecía una sentencia anterior del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC): «El TSJC dio la razón al Ayuntamiento en cuanto a su Ordenanza y dictó *una sentencia ejemplar en cuanto a la igualdad efectiva entre hombre y mujer*»<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Christine Delphy advierte que, aunque en 2004 el argumento sobre la igualdad fue utilizado tanto al nivel del discurso de partidos políticos como de la Comisión Stasi, ni hubo audición alguna de representantes del organismo dedicado a la igualdad (HALDE) ni, finalmente, se puso este principio como fundamento de la ley (sobre símbolos religiosos ostensibles). DELPHY, Ch., «Antisexisme ou antiracisme? Un faux dilemma», *Nouvelles Questions Féministes*, 26, 2007, pp. 59-83. De igual manera, aunque la asunción del carácter impuesto del velo islámico integral ha permeado los debates sobre las leyes de 2010 en Francia y de 2011 en Bélgica, el «*Exposé de Motifs*» del proyecto de ley en Francia repetía las referencias al contrato social del republicanismo y a la necesidad de salvaguardar la cohesión social y la dignidad de la *persona*.

<sup>6</sup> *El País*, «El alcalde de Lleida recurrirá la sentencia contra la prohibición del “burka”», 1 de marzo de 2013 (cursiva añadida).

Tanto en los medios de comunicación como en el debate político, los temas de la igualdad de las mujeres y del carácter patriarcal o del significado opresivo e incluso humillante del velo integral han figurado en primer plano. En el debate político que ha precedido y acompañado las normas que limitan o prohíben el uso del velo integral, los argumentos relativos a la neutralidad religiosa del estado y al acomodo de las diferencias religiosas han cedido el puesto a argumentos relativos a la seguridad, el orden público y la convivencia (el «*vivre ensemble*» de las doctrinas francesa y belga). El argumento sobre la igualdad de las mujeres –como ya había ocurrido en el caso de los debates sobre el «*hijab*»– mantiene una posición que podría considerarse contemporáneamente auxiliar y propulsiva. Es un argumento propulsivo en el debate político porque viene a suplir la debilidad de los argumentos sobre seguridad y orden públicos<sup>7</sup> y convivencia<sup>8</sup>, movilizand o emotivamente la opinión pública en relación con un supuesto que es, en la mayoría de las discusiones, meramente teórico a falta de un número congruo de mujeres portadoras de velos integrales que hayan presentado problemas de identificación o conflictividad social. Frente a las limitaciones de estos argumentos, se recurre a invocar la violación de la igualdad o de la dignidad de las mujeres con razonamientos maximalistas<sup>9</sup>, infundados, que tienden hacia una fuerte «*etnicización*» del sexismo<sup>10</sup> y que se resuelven en soluciones normativas en gran medida simbólicas<sup>11</sup>. A pesar de este papel propulsivo en el debate político y en la génesis de las normas, el argumento

---

<sup>7</sup> El número de mujeres que llevan velo integral en Europa es casi anecdótico, y el de los casos de conflictos o problemas de orden público o seguridad previos a la introducción de normas que prohíben el uso del velo integral es tan eximio que no puede justificar una prohibición en base a la seguridad o el orden públicos. En relación a esta cuestión, la clasificación del velo integral junto con los pasamontañas o los cascos integrales, especialmente en casos como la propuesta de ley italiana que modifica una ley anti-disturbios para incluir el velo integral, es de mero pretexto.

<sup>8</sup> Es difícilmente sostenible que en nuestras sociedades contemporáneas masificadas y, a la vez, individualistas, con un desarrollo cada vez más esmerado del derecho de protección de la propia intimidad (*privacy*), exista algo así como un derecho *general* a ver el rostro de los demás o a tener una comunicación (visual o de cualquier otro tipo) con otra persona.

<sup>9</sup> Es frecuente la comparación con la situación de la mujer en Afganistán o Irán, por ejemplo. O con otras prácticas asociadas (a veces erradamente) al Islam como la lapidación o la mutilación genital.

<sup>10</sup> Lo que produce el efecto, como es señalado por la doctrina, de «*remover*» en sentido psicoanalítico, el sexismo y el patriarcado de las sociedades europeas. MANCINI, *op. cit.*

<sup>11</sup> Es decir, normas con alto contenido declarativo pero indiferentes a los resultados prácticos y a las dificultades de su implementación. La sentencia del Tribunal Supremo hace una breve referencia a este problema en el Fundamento de Derecho Décimo (páginas 22-3). El carácter simbólico de estas normativas está frecuentemente ligado a los contextos de oportunismo político o electoral en los que aparece el debate y toma forma la idea de regular esta práctica. CASALINI, B., «*Immigrazione, Islamofobia e manipolazione politica della questione di genere*», *Cosmopolis*, 5, 2, 2010, pp. 141-156; ROUX, P.; GIANETTONI, L.; PERRIN, C., «*L'instrumentalisation du*

sobre la igualdad permanece en una situación auxiliar, meramente complementaria, en la motivación de las leyes y en la fundamentación de las sentencias que conciernen los velos, e incluso, a veces, está completamente ausente. Si, por ejemplo, nos fijamos en el texto de la sentencia del TSJC que el alcalde de Lleida considera «ejemplar» respecto a la igualdad de las mujeres, podemos comprobar que este argumento ocupa un lugar que sería exagerado llamar secundario. La sentencia del TSJC gira alrededor de los temas de la convivencia y, en menor medida, de la seguridad. La igualdad entre hombres y mujeres aparece únicamente cuando el TSJC revisa sumariamente los requisitos necesarios para justificar la limitación de un derecho fundamental según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El TSJC enfila la enunciación del principio de igualdad de sexo en el examen de proporcionalidad para justificar que la medida objeto de discusión es «necesaria en una sociedad democrática». Pero ni siquiera dentro de este marco (errado, por otra parte) de justificación, el argumento sobre la igualdad de las mujeres encuentra un desarrollo sustancial. Dice la sentencia del TSJC: «El uso del burka o similar, portado exclusivamente por mujeres (...) resulta difícilmente conciliable con uno de los valores y principios irrenunciables en nuestra sociedad, y del cual España es un país pionero en la defensa, promoción y efectividad, cual es el de la efectiva igualdad entre mujeres y hombres, y ello con independencia de que su uso sea voluntario o no».

Esto es todo. No hay un desarrollo ni una justificación de cómo y de por qué el uso de estas prendas es «difícilmente conciliable» con la igualdad, únicamente la indicación de que sólo las mujeres las llevan; no hay tampoco un desarrollo ni una explicación sobre qué derechos o funciones del principio de igualdad resultan afectados por esta práctica, lo cual resulta ulteriormente oscurecido por la frase final sobre la irrelevancia de la voluntariedad de la práctica respecto a la afectación del principio de igualdad.

Sin embargo, tampoco la sentencia del Tribunal Supremo que casa la del TSJC contiene un razonamiento esclarecedor relativo a la relación entre los velos integrales y la igualdad de las mujeres. Esto se debe, en parte, a que la decisión del Tribunal Supremo de anular la modificación de la Ordenanza se basa en un motivo diverso (extralimitación competencial) que es, en sí mismo, suficiente: la atribución de competencias al Ayuntamiento no supone que, en el ejercicio de dichas competencias, pueda prescindir de los límites constitucionales que le impone el respeto del derecho fundamental de libertad religiosa. El primero de estos límites es la exigencia «indeclinable» de una ley previa para limitar el ejercicio de dicho derecho: «Visto que en este caso tal ley no existe, *basta sólo con ello*, para afirmar que la pro-

---

genre: une nouvelle forme de racisme et de sexisme», *Nouvelles Questions Féministes*, 26, 2007, pp. 84-105.

hibición establecida al respecto en la Ordenanza (...) vulnera el citado derecho fundamental» (FD 10, cursiva añadida).

Es decir, las consideraciones del Tribunal respecto a la igualdad de las mujeres no tienen una funcionalidad en el ámbito de la decisión. Ésta se basa sobre la extralimitación competencial del Ayuntamiento. Sin embargo, y con el caso ya decidido en este modo, el Tribunal Supremo considera oportuno detenerse en los extremos clave de la sentencia del TSJC para dar respuesta a las alegaciones cruzadas al respecto entre las partes, precisando que su sentencia «no tiene en modo alguno el sentido de [responder] si en España y en el marco de nuestra Constitución cabe o no una prohibición del uso del velo integral en los espacios públicos».

Es, por tanto, en este espacio *a latere* de la decisión, en el que resulta difícil enjuiciar el peso y el valor jurídico de las consideraciones del Tribunal, en donde se sitúa (también aquí marginalmente) el argumento sobre la igualdad de las mujeres.

El Tribunal considera que la argumentación del apartado c) del Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia recurrida merece «consideración especial». En primer lugar, por la frase de la sentencia en cuestión que estimaba irrelevante la voluntariedad de la práctica en la determinación de la incompatibilidad entre el uso del velo integral y la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. El Tribunal Supremo rechaza de plano esta tesis: «no consideramos adecuado que, para justificar la prohibición que nos ocupa, pueda partirse del presupuesto, explícito o implícito, de que la mujer, al vestir en nuestros espacios públicos el velo integral, lo hace, no libremente, sino como consecuencia de una coacción externa contraria a la igualdad de la mujer, que es la base subyacente de la argumentación de la sentencia recurrida».

El Tribunal Supremo malinterpreta, en mi opinión, el argumento del TSJC. El argumento del TSJC no presupone que las mujeres que llevan el velo integral lo hagan por una coacción externa (que es, de todos modos, una tesis muy difundida en el nivel del discurso político y mediático). El argumento del TSJC establece explícitamente la irrelevancia de que haya coacción o no, de que el uso sea o no sea voluntario; es decir, en el argumento del TSJC el velo integral sería incompatible con la igualdad aunque se llevase de forma voluntaria. Lo que hace el argumento del TSJC no es presuponer la coacción o la falta de libertad de las mujeres que llevan el velo, sino atribuir al uso de esta prenda un significado *objetivamente*<sup>12</sup> incompatible con la igualdad (porque opresivo, o degradante, o contrario a la dignidad de las personas). En la motivación del recurso de casación así lo entiende la recurrente cuando, con expresión bastante confusa, considera el argumen-

---

<sup>12</sup> A la interpretación del velo como prenda *in re ipsa* contraria a la igualdad, ha dedicado parte de su estudio sobre la prohibición del velo islámico en la enseñanza pública, RUIZ RUIZ, J. J., «La prohibición del velo islámico en la enseñanza pública», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 92, 2011, pp. 103-140, en part. p. 116 ss.

to del TSJC «insostenible y totalmente discriminatorio» porque pone el concepto de igualdad por encima del derecho de elegir.

Una segunda consideración del Tribunal Supremo se refiere a que, viniendo a menos la coacción, no se puede justificar el requisito de la necesidad en una sociedad democrática por lo que respecta a la igualdad: «lo que debe contar es la garantía (...) de la inmunidad de coacción».

El tercer argumento del Tribunal, bastante difundido en la literatura y en los foros políticos que se oponen a las prohibiciones o que pretenden la protección del uso del velo integral en cuanto derecho fundamental se refiere a los efectos perversos que sobre la emancipación e integración de estas mujeres puede tener la prohibición de usar públicamente el velo integral, en el caso de que verdaderamente estuvieran en una situación de subordinación dentro de la familia o de la comunidad. Paradójicamente, la prohibición de usar el velo integral fuera de casa podría provocar la reclusión doméstica de aquellas mujeres que estuvieran obligadas por sus allegados a llevarlo. Extrañamente, el Tribunal acoge este argumento (aun precisando su atribución a estudios doctrinales) que, aunque también tenga gran impacto mediático y emotivo, es una especulación teórica sin fundamento empírico<sup>13</sup>. Además, acogiendo este argumento el Tribunal se desdice del razonamiento que le lleva a rechazar de plano la tesis del TSJC sobre la incompatibilidad del uso – incluso voluntario – del velo integral con la igualdad de las mujeres. Dice entonces el TS que la mujer a la que se pretenda hacer víctima de imposiciones tiene a disposición medidas adecuadas para obtener la protección del poder público y que, por tanto, el uso del velo ha de presumirse voluntario. Sin embargo, con el argumento sobre el «mal menor», saltándonos la debida separación entre el ser y el deber ser, se viene a decir que para proteger a esas mujeres obligadas a llevar el velo integral lo mejor que puede hacer el Estado es admitir el «mal menor» de que les obliguen a velarse por la calle, porque si no sufrirían formas de coacción mayores (sin que, por lo visto, los poderes públicos tengan ninguna obligación al respecto).

### 3. EL SIGNIFICADO DEL VELO Y LA OPRESIÓN DE LAS MUJERES

Los argumentos sobre la igualdad que hemos rescatado de los márgenes de las sentencias del TSJC (para sostener la prohibición) y del TS (para negar que dicho argumento pueda sostener la prohibi-

---

<sup>13</sup> Porque «carece de una demostración convincente en cuanto simple constatación sociológica», el TS había rechazado (correctamente en mi opinión) el argumento que aducía el Ayuntamiento de Lleida a favor de la prohibición relativo a la «perturbación de la tranquilidad» que, en nuestra cultura occidental, produce el ocultamiento del rostro (Fundamento de Derecho Décimo, p. 21).

ción) se encuentra frecuentemente en la literatura científica europea que ha tratado esta cuestión con ocasión de las diferentes leyes o propuestas de ley que limitan o prohíben el uso del velo integral en espacios o en edificios públicos. En lo que sigue haremos un examen crítico del argumento propuesto por el TSJC relativo al significado opresivo del velo integral, y examinaremos después el argumento del TS relativo a la autonomía como inmunidad de la coacción.

El argumento del TSJC sostiene, en mi opinión, la tesis omnipresente en los debates políticos prohibicionistas sobre el significado objetivamente o inherentemente sexista y opresivo del velo integral. En este tipo de argumentación, el consenso o la voluntad de la mujer que lleva el velo integral resulta irrelevante. Para una buena parte de los valedores de las prohibiciones, el velo integral se les impone a las mujeres como obligación moral o religiosa por parte de sus maridos o parientes: se trata –según estas voces– de grupos de fundamentalistas religiosos en los que las mujeres están sometidas a los hombres de su familia, disminuidas social y políticamente, privadas de libertad, visibilidad y dignidad personal. Incluso en el caso de aquellas mujeres que afirmen que llevan el niqab voluntariamente, según esta línea argumentativa, nos encontraríamos frente a instancias de «*servitude volontaire*», un consenso enajenado que el Estado no puede admitir como tal: dichas mujeres deben ser protegidas de sí mismas y de la aceptación alienada de las prácticas opresivas de sus comunidades.

Contra este argumento se alzan las acusaciones de ignorancia y paternalismo iliberal. En la redacción de las leyes prohibitivas no se ha escuchado la voz de las mujeres veladas que el legislador dice querer defender. Las portadoras de niqab en Europa afirman hacerlo por una variedad de motivos no reconducibles a la opresión y a la subordinación en sus comunidades. La literatura crítica de las leyes que prohíben el velo integral añade que es una elección estética, que no tiene más efecto o significado que el que podrían tener unas grandes gafas de sol, que es un mero signo de piedad religiosa o incluso una reivindicación de la identidad musulmana, injustamente denigrada y discriminada en Europa. La literatura científica parece estar de acuerdo, pues, en que el velo integral no es un símbolo de la opresión de las mujeres porque no tiene ese único significado; el velo (integral o no) es polisémico.

Sin embargo, este contra-argumento a la tesis del TSJC basado sobre la polisemia del velo integral deja algunos cabos sueltos, que son de importancia fundamental a la hora de analizar la igualdad de las mujeres y la idea de opresión. La polisemia del velo integral raramente se profundiza. El velo (integral) es polisémico porque sus portadoras dan muchas (o más bien, varias) razones para llevarlo. En los primeros trabajos de investigación empírica que empiezan a publicarse ahora sobre el uso del velo integral en Europa<sup>14</sup> o en las declaracio-

---

<sup>14</sup> Se vean las entrevistas en los primeros cinco capítulos de BREMS, *op. cit.*

nes de las líderes musulmanas que rechazan el significado sexista u opresivo del velo no se encuentran, como era de esperar, referencias a la presión o a la coacción como motivos para llevar el velo. Incluso razones que desde la perspectiva de análisis de la opresión de las mujeres podrían dar lugar a dudas (como, por ejemplo, el sentimiento de protección, o la complacencia del marido) se reinterpretan generalmente en términos de elección autónoma individual. A partir de estas declaraciones, el significado del velo viene reconstruido y transformado. La polisemia del velo integral no introduce el debate sobre la interacción de diferentes dinámicas sociales (y del papel que eventualmente el patriarcado o la condición de las mujeres juegan en ellas) ni sobre la articulación de los diversos significados del velo integral. La polisemia se utiliza para argumentar que hay muchos significados porque hay muchas razones para llevar el velo, así que éste no es un símbolo de la dominación masculina sino que son las mujeres que eligen llevar el velo integral las que eligen también el significado que ellas mismas le atribuyen.

La polisemia del velo integral, así planteada, muestra sin embargo algunos puntos muy débiles. En primer lugar, está basada únicamente en los motivos individuales para llevar el velo, y además se discute casi siempre y casi únicamente en relación a la semántica del velo. Es decir, la polisemia del velo constituye un ejercicio de resignificación voluntaria por parte de algunas mujeres individuales, que les llevaría a poder «escoger» entre los diferentes significados del velo. Sin embargo, polisemia no significa voluntarismo arbitrario. En la polisemia lo que hay es un sistema de relaciones que articulan los significados, hay una complejidad y no simplemente una elección en manos de la usuaria individual. Los significados son convencionales, y las convenciones expresan relaciones de poder, cuya articulación y modificación van más allá de la motivación individual. Son precisamente esas relaciones de poder el núcleo de la cuestión sobre la igualdad y la opresión de las mujeres. Para comprenderlas, no tenemos que preguntarnos únicamente por la semántica del velo integral ni podemos construir ésta simplemente alrededor de los motivos individuales para llevarlo. Como nos advierte Celia Amorós<sup>15</sup>, tendríamos que adentrarnos en la sintaxis del velo, preguntándonos por las relaciones entre el velo y otros símbolos o signos (Amorós pone como ejemplo los códigos de vestuario masculinos), y tendríamos que plantearnos la pragmática del velo integral, su relación con otras prácticas e instituciones sociales en las que participan las mujeres que lo llevan y que contribuyen a darle su significado. Esta consideración crítica sobre la polisemia del velo integral se traduce, pues, en la imposibilidad de avalar ejercicios de resignificación voluntaria según los cuales el significado del velo se construiría cada vez en base a la atribución subjetiva por parte de cada

---

<sup>15</sup> AMORÓS, C. *Vetas de Ilustración. Reflexiones sobre feminismo e Islam*. Madrid, Cátedra, 2009, p. 81 ss.

mujer individual que lo lleva, excluyendo de este modo cualquier posible afectación del principio de igualdad de género (excepto en los casos de coacción). El significado del velo es complejo precisamente porque se estructura mediante una articulación a la que no concurre únicamente la usuaria individual, sino grupos más amplios. En este sentido, es seguramente importante escuchar lo que tienen que decir las «niqabi» en Europa, pero este significado no es algo que atañe sólo a las mujeres que se velan, ni sólo a las mujeres musulmanas.

En el apartado siguiente veremos cómo se cruza este argumento sobre el significado del velo con el argumento sobre la autonomía de la mujer. Sin embargo, tenemos que precisar, para acabar con el examen del argumento relativo al significado del velo, dos puntos que vienen a menudo confundidos. El primero es que, hoy por hoy y atendiendo a las descripciones de la práctica de velarse que hacen las mujeres que se velan, el velo (integral) es una práctica sexuada que afecta a los principios de igualdad de género y de no discriminación, tanto por los significados que comprende (decencia, modestia, pudor, recato, fidelidad, protección frente a la agresión o la molestia sexual, etc.) como por la forma de entender la sexualidad, especialmente femenina, y la relación entre los sexos sobre la que descansa, que son teorías sobre la complementariedad del hombre y la mujer, no de igualdad de género. Tanto la igualdad entre mujeres y hombres como el principio de no discriminación son bienes constitucionalmente protegidos, así que esta afectación constituiría, en mi opinión, una razón que debería ser debidamente considerada a la hora de delimitar el derecho de libertad religiosa que se invoca para proteger esta práctica<sup>16</sup>. Sin embargo, y éste es el segundo punto normalmente confuso con el primero, la afectación del principio de igualdad y de no discriminación no implica que esta práctica pueda o deba prohibirse con carácter general. Es decir, aunque ésta sea una práctica que, hoy por hoy, está impregnada de significados patriarcales e inegalitarios hay muchos motivos por los que no se debería (en el sentido de que no sería oportuno o adecuado) prohibirla con carácter general, como, por ejemplo, las consideraciones relativas a la vulnerabilidad de las mujeres que estén obligadas a llevar el velo integral, o el efecto que tendría en el endurecimiento del conflicto cultural con las comunidades musulmanas. Si, como he dicho antes, la polisemia del velo integral

---

<sup>16</sup> No sólo no está de acuerdo el Tribunal Supremo que, en la sentencia que comentamos, reduce la afectación del principio de igualdad a la coacción externa. Son contrarios a este análisis también, por ejemplo, ALÁEZ CORRAL, *op. cit.*, pp. 513-514, y RUIZ RUIZ, *op. cit.*, p. 122 ss. No estoy sosteniendo que la coacción externa no sea una forma de violencia de género (que viola tanto la libertad de la mujer en cuestión cuanto el principio de igualdad y no discriminación; en contrario RUIZ RUIZ, *op. cit.*, p. 124, que considera que la coacción externa sería discriminatoria si se ejercitase sobre una hija pero no sobre las otras, por ejemplo); sino que el ámbito de la igualdad de género y del principio de no discriminación va más allá de la inmunidad de coacción externa.

constituye una articulación de relaciones, es en la interacción con otros grupos sociales en donde se definen los rasgos y prácticas de cada grupo; en nuestro caso, también a través de la «interpelación cultural»<sup>17</sup>. Es decir, esta consideración se opone a la tesis sobre el significado «objetivo» del velo, pero advierte que no porque el velo no tenga un significado «objetivo» sexista no tiene significado (sexista) alguno.

Hay, por otra parte, al menos un argumento por el que no se podría prohibir esta práctica con carácter general: sería discriminatorio. No en el sentido en el que habitualmente se considera que la prohibición del velo es discriminatoria para las mujeres musulmanas porque sólo ellas –y no los hombres<sup>18</sup>– llevan velo. Sería discriminatorio desde una perspectiva interseccional<sup>19</sup>: estas prohibiciones ponen en su punto de mira un determinado grupo de mujeres (un sub-conjunto de las mujeres musulmanas) que estarían obligadas, por ley, a adoptar mayores estándares de cumplimiento del principio de igualdad de género que cualquier otro grupo de mujeres involucradas en prácticas patriarcales u opresivas (y que en nuestras sociedades son muchas, desde el uso del cuerpo femenino en la publicidad o en la industria del entretenimiento hasta la adicción a la cirugía estética).

#### 4. EL ARGUMENTO SOBRE LA AUTONOMÍA DE LAS MUJERES Y SU RELACIÓN CON LA IGUALDAD

El argumento sobre la falta de coacción y la autonomía que recoge la sentencia del Tribunal Supremo también ha tenido un papel prominente en los estudios doctrinales sobre el velo integral y las leyes que los prohíben o los limitan.

Este argumento se basa en el respeto de la autonomía de las mujeres y sostiene que, excluyendo los casos de mujeres forzadas a llevar el velo que tienen derecho a ser protegidas por la ley y, de hecho, tie-

<sup>17</sup> AMORÓS, C., «Feminismo y multiculturalismo» en *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización*, vol. III, Madrid, Minerva Ediciones, 2006, pp. 217-264.

<sup>18</sup> Este es un uso paradójico del derecho antidiscriminatorio: ¿podemos sostener que las normas antidiscriminatorias no deberían combatir prácticas que subordinan a las mujeres porque no afectarían de igual modo a los hombres de su grupo? Igualmente paradójico resulta sostener la imposibilidad de considerar el velo contrario a la igualdad porque afectaría sólo a las mujeres musulmanas que lo llevan y no a las demás mujeres, como si para que una práctica fuera discriminatoria la norma antidiscriminatoria tuviera que afectar por igual a todas y cada una de las mujeres y no a las que se encuentran involucradas en dicha práctica.

<sup>19</sup> Los estudios doctrinales sobre la discriminación interseccional han aumentado considerablemente en los últimos años. Me remito a una reflexión precedente, BARRÈRE, M. A. y MORONDO, D., «Subordinación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio», *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, 45, 2011, pp. 15-42.

nen a disposición mecanismos de tutela por parte del poder público, las mujeres que han decidido voluntariamente llevar el velo integral, porque han escogido valores que son para ellas más importantes que la concepción occidental de la igualdad entre los sexos, deben ser respetadas en su autonomía y, consecuentemente dar prioridad a su derecho a la libertad religiosa.

Haciendo esta distinción entre uso voluntario y no voluntario, este argumento se opone a la presunción –muy difundida en el debate político y mediático– del carácter forzado del uso del velo integral por parte de grupos de fundamentalistas religiosos y extremistas políticos. Se opone, además, a las diferentes tesis que han surgido para responder a las declaraciones de mujeres musulmanas que defendían el uso voluntario del velo integral como práctica religiosa. La más conocida de estas tesis ha sido en Francia la de la «*servitude volontaire*», que impondría al Estado ignorar la libre elección de estas mujeres, en cuanto nadie puede decidir convertirse en esclavo, y liberarlas de las prácticas opresivas en las que han sido socializadas y que les llevan a ese tipo de elección condicionada. Como ya he mencionado anteriormente, este tipo de argumentos se ha encontrado con la acusación de paternalismo<sup>20</sup>.

Este argumento presenta, sin embargo, dos flancos discutibles. El primero se refiere a la relación entre principio de igualdad, autonomía individual y paternalismo. El argumento sobre el respeto de la autonomía de las mujeres, identifica la opresión con la coacción externa de algunas mujeres individuales, y sólo ésta afectaría al principio de igualdad. Como en una especie de reflejo de la tesis del TSJC sobre el significado «objetivo» del velo que hacía irrelevante la voluntad de la mujer que lo llevase, aquí asistimos a la indiferencia hacia el significado del velo, con tal de que su uso sea voluntario (lo cual ha de presumirse). Sin embargo, la igualdad sexual no es un derecho subjetivo que se pueda negociar o renunciar individualmente. La igualdad entre mujeres y hombres es un principio jurídico (en la Constitución y en la legislación de la Unión Europea) y un bien constitucionalmente protegido del que se derivan derechos subjetivos, como el derecho a no ser discriminada por razón de sexo o la igualdad de los cónyuges en el matrimonio. Si el significado del velo afecta a la igualdad (y ya he dicho que creo que al día de hoy lo hace), desatender la voluntad individual de quien lo lleva no equivale a considerar que esa voluntad es inmadura, imperfecta o alienada. No otorgar reconocimiento político

---

<sup>20</sup> Cécile Laborde ha hecho un agudo análisis del paternalismo de algunos argumentos contrarios al velo (no integral) en la escuela, en la época de la legislación francesa sobre los símbolos religiosos ostensibles, LABORDE, *op. cit.* En la doctrina española, ALÁEZ CORRAL, *op. cit.*, p. 514; REY MARTINEZ, F., «El problema constitucional del Hijab», *Revista General de Derecho Constitucional*, 10, 2010, p. 8 ss. Parte de la doctrina destaca los tintes racistas de este paternalismo, MANCINI, *op. cit.*; ROUX, *et al.*, *op. cit.*

o protección jurídica a la renuncia voluntaria de la igualdad sexual no equivale a proteger a las mujeres musulmanas de sí mismas, una forma de paternalismo iliberal. Lo que se trata es de proteger el principio de igualdad sexual frente a visiones alternativas de la relación entre los sexos (las teorías sobre la complementariedad, por ejemplo) que las prácticas religiosas de estas mujeres reproducen<sup>21</sup>.

El segundo punto que se abre a la crítica es el individualismo sobre el que se apoya toda la construcción, y que veíamos también en las tesis sobre la resignificación del velo. Aláez Corral sostiene que, debido a la configuración individualista del principio de igualdad de género en la Constitución, las posibilidades de que este principio opere como un bien constitucional delimitador de la libertad religiosa de la mujer que voluntariamente lleva el velo integral son realmente reducidas. Hacerlo sería además de paternalista, antidemocrático: «Vivimos en una democracia de individuos y de los grupos en los que se integra, no en una democracia de grupos que se sirven de los individuos para lograr sus fines grupales»<sup>22</sup>. Este tipo de enfoque creo que no puede aferrar el sentido de la crítica que avanzamos en este trabajo. Reivindicar el carácter grupal o colectivo del principio de igualdad de género o del principio de no discriminación sexual no es una propuesta de sociedad organicista, antidemocrática o liberticida. El único fin grupal que se persigue es el del final de la subordinación grupal de sus miembros. Todos los miembros del cuerpo social –las mujeres en particular– tienen un interés legítimo en que el principio de igualdad sexual sea mantenido y protegido por el poder público.

No tengo dificultad en admitir que la Constitución española no configuró el principio de igualdad de género en los términos de la teoría feminista del derecho antidiscriminatorio, ni que ésta última no sea la teoría del derecho antidiscriminatorio dominante. No por ello es antidemocrática.

---

<sup>21</sup> Se puede, con algunas limitaciones, renunciar al ejercicio de los derechos que se derivan del principio de igualdad en el ámbito de la autonomía personal. Por ejemplo, yo podría dejar que mi marido administrase mi dinero, tomase todas las decisiones que afectan a nuestros hijos, o estableciese nuestra residencia común en base a sus solas necesidades o intereses. Otra cosa diferente sería pretender que el Estado asuma u otorgue reconocimiento político o jurídico a estas «renuncias» personales mías o de los miembros de un grupo al que pertenezco; no podemos pensar que un reconocimiento como ese por parte del Estado no alteraría el significado del principio de igualdad.

La tesis, muy difundida en ámbitos multiculturalistas, del carácter discriminatorio de aplicar el canon constitucional de igualdad de género a quién no lo comparte culturalmente, con la acusación de asimilacionismo a la norma sexual de la mayoría, no sólo vaciaría de significado el principio de igualdad de género; además, parece ignorar que las normas no son contenedores vacíos (o neutros) en los que recoger todas las visiones sociales existentes sobre un determinado asunto, sino estándares para la regulación de intereses en conflicto respecto a dicho asunto. RUIZ RUIZ, *op. cit.*, p. 126 ss., recoge y desarrolla diversos aspectos de la tesis multiculturalista y, más limitadamente algunas de las objeciones de que ha sido objeto.

<sup>22</sup> ALÁEZ CORRAL, *op. cit.*, p. 514.

Es más, el derecho español no puede considerarse aislado o inmune al desarrollo del derecho antidiscriminatorio europeo, que – con todos sus límites y ambigüedades – está experimentando un desarrollo que no permite ser tan tajantemente individualista en la concepción de la igualdad de género. El principio de no discriminación y el derecho antidiscriminatorio comprenden conceptos e instrumentos como la discriminación indirecta, el uso de estadísticas para configurar la prueba, la acción positiva, el mainstreaming de género en las políticas públicas (no sólo de igualdad), la consideración de la violencia sexual y por razón de sexo como discriminatoria, la interseccionalidad o multiplicidad de los factores de discriminación, entre otros. Todo este desarrollo del derecho antidiscriminatorio tiene un encaje siempre más difícil en el seno de configuraciones individualistas de la igualdad de género o del principio antidiscriminatorio<sup>23</sup>. Desde hace ya años, se vienen acumulando las llamadas de atención sobre la necesidad urgente de examinar e intervenir en relación al carácter progresivamente fragmentado y desintegrado del derecho antidiscriminatorio. La preocupación relativa a la consistencia y a la resistencia (o capacidad de adaptación) estructurales del derecho antidiscriminatorio han sido objeto de discusión en los programas de los Seminarios Jurídicos que organizan la redes de expertos europeos<sup>24</sup>, en los informes de la Agencia Europea de Derechos Fundamentales<sup>25</sup> y en las consultaciones con las partes sociales<sup>26</sup>.

## 5. MÁS ALLÁ DE LA DICOTOMÍA IGUALDAD-AUTONOMÍA: LA «OPRESIÓN DE LAS MUJERES» EN LA TEORÍA FEMINISTA

Para proteger la autonomía personal de las portadoras de velos integrales frente a prohibiciones generales no es necesario, como ya hemos visto, negar la afectación del principio de igualdad de género por esta práctica. Sin embargo, en el debate doctrinal actual, las posi-

---

<sup>23</sup> La Comisión Europea es consciente de estos nuevos desafíos (cfr. Communication from the Commission, *Non-discrimination and equal opportunities: A renewed commitment* COM/2008/0420 final; Communication from the Commission, *Strategy for equality between women and men 2010-2015*, COM/2010/0491 final) y ha encargado dos informes temáticos que afrontan aspectos conceptuales del principio de igualdad a S. FREDMAN (*Making equality effective: the role of pro-active measures*, 2009) y a Ch. McCrudden y S. Prechal (*The Concepts of Equality and Non-discrimination in Europe: A practical approach*, 2009).

<sup>24</sup> La *European Network of Legal experts in the non-discrimination field*, y la *European Network of legal experts in the field of gender equality*. Las grabaciones y los materiales de las sesiones de los Seminarios están disponibles en <http://www.non-discrimination.net/seminar>.

<sup>25</sup> <http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/annual-report-2011-chapter5.pdf>.

<sup>26</sup> Trade Union Practices, 2010.

ciones aparecen polarizadas: por una parte se sostiene que si el velo integral es una práctica patriarcal que afecta al principio de igualdad, entonces tiene que estar prohibido. Si, por el contrario, consideramos la prohibición general problemática (como lo hace gran parte de la doctrina y de los organismos internacionales) porque afecta a una práctica religiosa voluntariamente realizada, entonces hay que negar que afecte al principio de igualdad sexual, para que reciba protección como ejercicio de un derecho fundamental.

Frente a esta polarización, quisiera concluir con una breve referencia a la idea de «opresión de las mujeres» desarrollada por la teoría feminista, que nos permite reposicionar la dicotomía autonomía-igualdad, y que explica también la perspectiva del análisis y las discrepancias que aparecen en este texto en relación tanto con la defensa del velo en cuanto ejercicio del derecho de libertad religiosa en un ámbito de autonomía personal, como en relación con las prohibiciones generales de este indumento.

En la lucha contra el «*oppressed state of my sex*» que denunciaba ya Mary Wollestonecraft, las reivindicaciones de emancipación (autonomía) y de igualdad han ido generalmente aparejadas en la historia del feminismo. En todo caso, han tenido siempre una dimensión colectiva postergada por la insistencia en la configuración individualista de los argumentos que hemos visto ejemplificados a través de las sentencias del TSJC y del TS. Este tipo de configuración reduce la igualdad a la ausencia de coacción externa, puesto que la presencia del consenso individual –la autonomía personal– haría decaer la posibilidad de hablar de opresión. Sin embargo, la idea de «opresión de las mujeres» que han desarrollado la teoría y los movimientos feministas no se relaciona con la coacción individual sino con la discriminación de grupo<sup>27</sup>.

Esta noción de opresión, diferente de la coacción, se desarrolla al interno de un discurso sobre el poder entendido en términos de opresión y dominación. Este modo de analizar las prácticas y las estructuras sociales es «inconmensurable con el individualismo liberal»<sup>28</sup>: la «opresión de las mujeres» no se refiere a las mujeres individualmente consideradas<sup>29</sup>, sino que se trata de una cuestión colectiva, de una condición de grupo. Es además una cuestión estructural, que no depende de la intención de uno o varios individuos: «La opresión así entendida

<sup>27</sup> María Ángeles Barrère se refiere a este fenómeno como «subdiscriminación» para evitar la confusión generada por los usos inconsistentes del término discriminación. BARRÈRE, M. A., «Iusfeminismo y derecho antidiscriminatorio: hacia la igualdad por la discriminación», en *Mujeres, derechos y ciudadanías*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 45-71.

<sup>28</sup> YOUNG, I. M., *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, N. J., Princeton University Press, 1990, p. 39 (hay traducción en castellano de Silvina Álvarez, *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid, Ed. Cátedra, 2000).

<sup>29</sup> Tiene obviamente efectos sobre las mujeres individualmente consideradas y viene, generalmente, percibida a través los casos individuales de mujeres concretas debido principalmente a los mecanismos del derecho antidiscriminatorio existente.

es estructural y no tanto el resultado de las elecciones o políticas de unas pocas personas. Sus causas están insertas en normas, hábitos y símbolos que no se cuestionan, en los presupuestos que subyacen a las reglas institucionales y en las consecuencias colectivas de seguir esas reglas»<sup>30</sup>.

Es por esto, que para la crítica feminista, a diferencia de la jurisprudencia y buena parte de la doctrina, el uso voluntario del velo integral por parte de algunas o incluso muchas de las mujeres que lo llevan no cierra el debate sobre la opresión de las mujeres, sino que lo abre de par en par. Como se ha señalado en el análisis de los argumentos que recogíamos en las sentencias del TSJC y del TS y enlazábamos con el debate doctrinal europeo en este ámbito, esta noción de opresión problematiza el uso que se hace del argumento sobre la igualdad tanto en relación con el significado del velo como con la comprensión de la autonomía individual. En el primer caso, la idea de la opresión ligada al concepto de discriminación grupal expone la debilidad de las propuestas de resignificación voluntarista del velo y señala la necesidad de analizar el contexto en el que una determinada práctica adquiere su significado. En el segundo caso, la noción de opresión elaborada por el feminismo nos obliga a interrogarnos –de nuevo– por el contexto y las modalidades a disposición de las mujeres musulmanas para expresar su fe, exigiendo que el principio de igualdad respalde nociones de autonomía que excedan de la mera ausencia de coacción o violencia.

Fecha de recepción: 31/03/2013. Fecha de aceptación: 31/10/2013.

---

<sup>30</sup> YOUNG, *op. cit.*, p. 41.



# Aspectos de la interpretación jurídica (un mapa conceptual)

## Aspects of legal interpretation (a conceptual map)

Por JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ  
Universidad de Santiago de Compostela

### RESUMEN

*El trabajo presenta un mapa conceptual de algunos aspectos de la interpretación jurídica, estructurado en torno a las preguntas sobre cómo es la interpretación jurídica en lo epistemológico (su naturaleza) y qué obtiene (producto), qué se interpreta (el objeto de la interpretación), quién interpreta (agentes), cuándo y dónde se interpreta (circunstancias), por qué se interpreta (necesidad y función), para qué se interpreta (finalidad), y cómo opera en lo metodológico (presupuestos, materiales, instrumentos y pautas). Al explicar este esquema se revisan algunas conocidas nociones doctrinales como las de criterios interpretativos o cánones hermenéuticos, así como la interrelación de las teorías sobre la interpretación jurídica.*

Palabras clave: *Interpretación jurídica, metodología, criterios interpretativos, cánones.*

### ABSTRACT

*The paper introduces a conceptual map of some aspects of legal interpretation, one built around the questions about how it is from the point of view of epistemology (its nature), what obtains (product), what it is interpreted*

*(object), who interprets (agents), when and where the interpretation takes place (circumstances), why there is legal interpretation (necessity and function), what it is for (purpose), and how it works (assumptions, materials, tools and standards). In the course of explaining this design some common doctrinal notions are reviewed, such as of interpretive criteria or canons of construction, so is the interrelation between theories on legal interpretation.*

Key words: *Legal interpretation, methodology, interpretive rules, canons of construction.*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.–2. ASPECTOS DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA. 2.1 *La naturaleza.* 2.2 *El producto.* 2.3 *El objeto.* 2.4 *Las circunstancias y los agentes.* 2.5 *La necesidad.* 2.6 *La función.* 2.7 *La finalidad.* 2.8 *Los presupuestos.* 2.9 *Los materiales.* 2.10 *Los instrumentos.* 2.11 *Las pautas.*–3. CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE MAPA CONCEPTUAL.

**SUMMARY:** 1. INTRODUCTION.–2. ASPECTS OF LEGAL INTERPRETATION. 2.1 *Nature.* 1.2 *Product.* 1.3 *Object.* 2.4 *Circumstances and agents.* 2.5 *Necessity.* 2.6 *Function.* 2.7 *Purpose.* 2.8 *Assumptions.* 2.9 *Materials.* 2.10 *Tools.* 2.11 *Standards.*–3. CONCLUSIONS AND PROPOSAL OF A CONCEPTUAL MAP.

## 1. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

Este trabajo presenta un mapa conceptual de algunos aspectos de la interpretación jurídica. Su objetivo principal es distinguir varios factores que condicionan la interpretación del Derecho y mostrarlos de forma estructurada y sintética, para hacer más perceptibles sus diferencias e interrelaciones. Como objetivo secundario, se ensaya una distribución terminológica que da nombres específicos a los elementos diferenciados<sup>2</sup>. Lo que se presenta es una propuesta discutible

<sup>1</sup> Trabajo parte del Proyecto de investigación DER2010-19897-C02-02. Una versión inicial fue presentada en las XXIV Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política (Santander, 14-15 de marzo de 2013).

<sup>2</sup> En los estudios sobre la interpretación jurídica, los tratadistas de Teoría del Derecho y de metodología hablan con mucha frecuencia de  *criterios, técnicas, métodos, principios, argumentos, modelos, enfoques, direcciones, directivas, presupuestos, cánones, reglas...*; y de otros  *elementos* afines. Pero estos nombres son empleados de modo muy dispar y sin que se aprecie ninguna convención sólida sobre cómo se relacionan o estructuran. Para escoger qué términos usar y cómo usarlos se aplican razones de estilo o se imita a otros autores, pero con gran flexibilidad y a veces con inconsistencia. Esta diversidad terminológica y la inconsistencia que resulta no debe

y perfectible en el terreno conceptual y estipulativa en el terreno terminológico; pero confío en que pueda ser útil para otros, como lo ha sido para mí. En lo que sigue trataré de mostrar las claves de las distinciones, clasificaciones y usos terminológicos que propongo y que se reflejan en la figura incluida al final, que es la conclusión gráfica del trabajo. En este recorrido se harán explícitas algunas tesis que en el esquema sólo están implícitas.

Comenzaré con unas consideraciones sobre las teorías acerca de la interpretación del Derecho. La interpretación jurídica es una actividad práctica (y el producto de esa actividad) en la que el intérprete asume unos presupuestos y sigue unos métodos para obtener unos fines. Esta actividad es objeto de estudios teóricos que se desarrollan en áreas y niveles variados. En una primera aproximación cabe diferenciar cinco usos de la noción de «teoría» con relevancia para nuestro tema. 1) En primer lugar, la *teoría*<sub>1</sub> es el ámbito en el que se suele desenvolver la actividad interpretativa de los estudios dogmáticos, en contraste con la que llevan a cabo los órganos de aplicación. Mientras que éstos interpretan para decidir casos concretos, la interpretación doctrinal se realiza normalmente en abstracto o *en teoría* (aunque no deja de ser una práctica con fin práctico). 2) Una *teoría*<sub>2</sub> es también una tesis sobre el propósito de interpretar adoptada inconscientemente o escogida conscientemente por el intérprete. Llamamos «teorías prescriptivas» a estas doctrinas valorativas acerca de cómo *debe* interpretarse el Derecho. 3) Una *teoría*<sub>3</sub> es asimismo un análisis de la actividad interpretativa que expone cómo *de hecho* se interpreta el Derecho. Estas «teorías descriptivas» se desarrollan en varios planos. En el más próximo a la práctica jurídica, la teoría hace explícitos y examina los elementos que condicionan y ocupan a los juristas en su tarea interpretativa. Esta disciplina teórica suele conocerse como *Metodología jurídica*<sup>3</sup>. En un nivel más exterior, la teoría investiga las condiciones de posibilidad y los fundamentos del conocimiento jurídico. Para esta actividad podemos reservar el nombre de *Epistemología jurídica*. Estos dos planos forman conjuntamente la llamada *Teoría de la Ciencia Jurídica*, que investiga la actividad de los juristas (no sólo la de la ciencia jurídica) y es la aplicación al campo del Derecho de la filosofía de la ciencia y

---

preocupar demasiado, porque aquí no hay nada importante en juego –más allá de la claridad– que dependa del uso de una u otra palabra. Sin embargo, ordenar y precisar la terminología es un ejercicio provechoso, porque requiere ordenar y precisar las ideas. Por otra parte, algún tipo de convención terminológica contribuiría a la fluidez de las discusiones metodológicas.

<sup>3</sup> La propia palabra «metodología» admite diferentes niveles de uso. Cabe hablar de *metodología*<sub>1</sub> para referirse a las técnicas e instrumentos empleados en la tarea; de *metodología*<sub>2</sub> como sinónimo de filosofía de la ciencia; y de *metodología*<sub>3</sub> para aludir a las reflexiones más abstractas de tipo metafísico. Al respecto: ESTANY, À., *Introducción a la filosofía de la ciencia*, Barcelona, Universitat Autònoma de Barcelona, 2006, pp. 48-50.

de la teoría del conocimiento<sup>4</sup>. 4) Por otra parte, una *teoría*<sub>4</sub> puede indagar la naturaleza del propio Derecho en cuanto objeto de estudio de los juristas. Se trata de la *Teoría del Derecho*, una investigación ontológica sin la cual la teoría del conocimiento *jurídico* no puede determinar su objeto de estudio. 5) Finalmente, una *teoría*<sub>5</sub> puede ser un examen filosófico meta-teórico sobre otras teorías.

Pues bien, un mapa conceptual de la interpretación jurídica es o expresa una teoría descriptiva que, desde la teoría de la ciencia, estudia la actividad interpretativa de los juristas y permite reconocer y clasificar los elementos que la condicionan. Como tal, debe reflejar el papel práctico de las teorías prescriptivas; pero también debería reservar un lugar para las propias teorías descriptivas, de modo autorreferente, con el fin de mostrar los distintos tipos de relación que ambas perspectivas teóricas establecen con su objeto. En un intento de salvar esos escollos, el mapa conceptual que presento sigue una doble estrategia. Por un lado, los aspectos de la interpretación que aparecen recogidos figuran en sentido descriptivo (pues el mapa se ofrece como una descripción). Por otro lado, hay una mención expresa a las teorías descriptivas y otra a las teorías prescriptivas. Las primeras están conectadas conceptualmente con la *naturaleza* de la actividad interpretativa, porque son ante todo estudios sobre el *ser* de la interpretación. Las segundas se conectan con la *finalidad* de interpretar (e indirectamente con su *función*), porque se trata de estudios sobre el *deber ser* de la interpretación<sup>5</sup>.

Así pues, la tarea de esquematizar las dimensiones de la interpretación jurídica presenta la dificultad inicial de deslindar y de representar los planos práctico y teórico y los distintos niveles de la teoría. Otra dificultad es la dualidad proceso/producto que caracteriza al concepto de «interpretación». El enfoque que adopto es tomar como objeto de análisis directo la actividad interpretativa (el proceso) y atender a su resultado (el producto) indirectamente (§ 1.2). Y una tercera ambigüedad asimismos complicada de gestionar se crea porque interpretar tiene dos facetas: investigar y fundamentar. La actividad interpretativa consiste primeramente en una indagación, en una pesquisa, y como tal se estudia en el «contexto de descubrimiento». La metodología jurídica

---

<sup>4</sup> Los enfoques descriptivos y prescriptivos acerca de la interpretación jurídica van con frecuencia de la mano. A menudo las *teorías*<sub>3</sub> descriptivas vierten valoraciones y críticas sobre los métodos que los juristas emplean o las doctrinas que siguen, y entonces pasan a ser *teorías*<sub>2</sub> prescriptivas. Así, por ejemplo, la pregunta por la necesidad de la interpretación jurídica busca dilucidar y *describir* las causas que la hacen imprescindible, pero también invita a someter a crítica y *evaluar* los motivos que se aducen para emprenderla o evitarla (ver *infra* § 1.5).

<sup>5</sup> Esta distribución es algo forzada, pero creo que tolerablemente. Aunque sin duda una teoría descriptiva puede analizar qué fines persigue de hecho la interpretación, lo que así investiga es en qué consiste esa actividad, cuál *es* su naturaleza. Y, viceversa, decir cuál *debe ser* la naturaleza de la interpretación, en qué debe consistir, como sin duda pueden hacer las teorías prescriptivas, no es muy distinto que decir cuál debe ser su finalidad.

es en buena medida un análisis (descriptivo) de las técnicas que se emplean para «descubrir» o determinar significados. Pero la interpretación del Derecho es, a la vez, una actividad discursiva que necesita el visto bueno de los destinatarios, en el sentido de que estos han de reconocerla como racional y no arbitraria. Por ello importa el «contexto de justificación»; y por ello la metodología jurídica es también un examen (prescriptivo) de los fines que debe tener la interpretación y de las técnicas idóneas para lograrlos. Esta dualidad de descubrimiento y justificación ha de plasmarse asimismo en el mapa conceptual; pero es difícil reflejar que son procesos distintos y a la vez a menudo inescindibles (pues normalmente al interpretar el Derecho el jurista se conduce de modo que pueda justificar su interpretación). Como respuesta a esta dificultad, el mapa conceptual representa el análisis de la actividad interpretativa jurídica tanto en el contexto de descubrimiento (¿cómo es y cómo opera de hecho la atribución de significado?) como en el de justificación (¿con qué teorías y con qué razones o argumentos se justifica?)<sup>6</sup>.

Veamos, entonces, las piezas del mapa. Por razones de espacio el recorrido tendrá que ser muy sucinto y no podré ilustrarlo con ejemplos ni con discusiones que exhiban y defiendan mi posición personal en cada punto, sino apenas con unas pocas referencias bibliográficas.

## 2. ASPECTOS DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Una estrategia intuitiva para identificar y distinguir los problemas de la interpretación jurídica con interés teórico es plantear las preguntas recurrentes en las investigaciones de actividades humanas. Las preguntas que me parecen aquí más relevantes para el análisis conceptual son ocho, que dan lugar a doce temas de interés<sup>7</sup>: a) ¿qué es o

<sup>6</sup> En el concepto de «argumentación» se percibe también la dualidad proceso/producto: es tanto una actividad como el resultado de ésta. Por eso cuando decimos que al interpretar el Derecho se emplea una argumentación característica, podemos referirnos al modo en que el intérprete argumenta activamente, o a los argumentos que toma pasivamente, o a ambas cosas a la vez. En este punto opto por distinguir entre la «argumentación» o el «razonamiento» como proceso y el «argumento» o la «razón» como producto (§ 1.11). Según esto, la interpretación jurídica se desenvuelve por medio de argumentaciones y se justifica mediante argumentos.

<sup>7</sup> En el esquema que presento tienen cabida de un modo u otro los seis problemas de la interpretación jurídica enumerados en: ATIENZA, M., «Estado de Derecho, argumentación e interpretación», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 13-14 (1996-1997), pp. 465-484. [«1. ¿qué es un enunciado interpretativo?; 2. ¿cuándo y quiénes interpretan?; 3. ¿cómo, de qué manera, ha de proceder –o procede de hecho– el intérprete?, esto es ¿qué técnicas o métodos interpretativos utiliza?; 4. ¿en qué se fundamentan tales métodos?, esto es, ¿qué teoría de la interpretación –que ofrezca una respuesta al qué es, por qué y para qué interpretar– debe asumirse?; 5. ¿hasta dónde llega la interpretación?, esto es, ¿cuáles son sus límites?, ¿en qué punto se deja de interpretar y se pasa a crear o inventar algo?; ¿se puede identificar el Derecho sin interpretarlo?; y 6.

cómo es la interpretación jurídica?: ¿en qué consiste, cuál es su *naturaleza*?; b) ¿qué obtiene?: ¿qué *producto* resulta de ella?; c) ¿qué se interpreta?: ¿cuál es *objeto* de la interpretación jurídica?; d) ¿quién interpreta?: ¿quiénes son los *agentes* o actores que protagonizan la interpretación jurídica?; e) ¿cuándo y dónde se interpreta?: ¿en qué *circunstancias* tiene lugar la interpretación jurídica?; f) ¿por qué se interpreta?: ¿qué *necesidad* hay de interpretar? y ¿qué *función* tiene?; g) ¿para qué se interpreta?: ¿cuál es la *finalidad* de interpretar?; y h) ¿cómo opera?: ¿con qué *presupuestos, materiales, instrumentos y pautas* funciona? Esas son las cuestiones y la temática en torno a la interpretación jurídica que estructuran el mapa conceptual que presento. A continuación daré alguna explicación sobre cómo se desarrollan los doce temas seleccionados –*naturaleza, producto, objeto, agentes y circunstancias* (que trataré conjuntamente), *necesidad, función, finalidad, presupuestos, materiales, instrumentos y pautas*– e introduciré las estipulaciones terminológicas que propongo<sup>8</sup>. Como ya advertí, mi selección de términos puede resultar artificiosa –pues no deja de serlo asignar distintos usos a palabras prácticamente sinónimas–, pero es un modo económico de evitar las ambigüedades y confusiones que suelen presentarse al usar las mismas palabras para designar objetos distintos.

## 2.1 La naturaleza de la interpretación jurídica

La investigación epistemológica sobre la *naturaleza* de la interpretación jurídica (¿cómo es?, ¿en qué consiste?) da lugar a teorías que tratan de describir la actividad interpretativa y sus resultados, así como a teorías que tratan de establecer qué quiere decir y cómo se sabe que una interpretación está justificada y, sobre esa base, qué tipo de interpretación debe favorecerse. Aunque las teorías sobre la interpretación jurídica suelen combinar descripción y prescripción, ambas perspectivas deben ser deslindadas.<sup>9</sup>

---

¿de qué criterios disponemos para juzgar la corrección de una interpretación?, ¿qué es una buena interpretación?» (p. 468)].

<sup>8</sup> La asociación sugerida entre preguntas y temas es sólo una entre las posibles. Por ejemplo, la pregunta por el «qué» la tomo como una cuestión metodológica acerca de *qué se interpreta*, pero podría entenderse como la cuestión epistemológica acerca de *qué es interpretar* (¿en qué consiste la interpretación?). Esta cuestión la planteo aquí como una pregunta por el «cómo» (¿cómo es la actividad del intérprete?).

<sup>9</sup> Por ejemplo, la teoría de Kelsen *describe* la interpretación jurídica por los órganos de aplicación y *prescribe* respecto de la interpretación científica: «en la aplicación del derecho por un órgano jurídico, la interpretación cognoscitiva del derecho aplicable se enlaza con un acto de voluntad en el cual el órgano de aplicación de derecho efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra»; mientras que la interpretación de la ciencia jurídica es «pura determinación cognoscitiva del sentido de las normas jurídicas» [KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho* (2.<sup>a</sup> ed., 1960), trad. R. Vernengo, México, Porrúa-UNAM, 1991, pp. 354

Las teorías descriptivas sobre (la naturaleza de) la interpretación jurídica son diversas y heterogéneas. La clasificación más habitual en los manuales las agrupa en teorías *cognoscitivistas* (o «formalistas»), *escépticas* (no-cognoscitivistas) e intermedias o eclécticas<sup>10</sup>. Una teoría *cognoscitivista* sostiene que la interpretación jurídica persigue y obtiene enunciados descriptivos sobre la realidad jurídica que son susceptibles de ser verdaderos o falsos. Una teoría *escéptica* niega lo anterior, porque ve la interpretación como un acto de voluntad más que de conocimiento, cuyo producto es una norma o una propuesta normativa que no son ni verdaderas ni falsas. Así como la tesis cognoscitivista depende de una ontología jurídica según la cual hay (siempre o en ocasiones) un Derecho preexistente a la interpretación, la epistemología escéptica no presupone ninguna tesis sobre la naturaleza del Derecho (no es preciso ser escéptico sobre la existencia de normas jurídicas para ser escéptico sobre la posibilidad de conocerlas). La posición intermedia o *ecléctica* la ocupan las teorías según las cuales la interpretación jurídica es en algunos casos un acto de conocimiento (acertado o errado) y en otros un acto de voluntad.

Las teorías sobre la naturaleza de la interpretación jurídica discuten también la forma en que se desarrolla la actividad y se alcanza el resultado. En general para las teorías cognoscitivistas se trata de la *constatación* de un significado, lo cual puede consistir o bien en su *captación* o aprehensión intuitiva o bien en su *elucidación* o construcción racional. En contraste, para las teorías escépticas se trata de la *adscripción* de un significado, lo cual puede consistir o bien en una *decisión* que selecciona entre posibles opciones interpretativas o bien en la *creación* de un nuevo significado<sup>11</sup>.

---

y 355]. La primera observación es descriptiva, pero la segunda es seguramente prescriptiva, pues Kelsen atribuye a la ciencia jurídica una tarea de depuración de conflictos normativos (ibídem, p. 215). Al respecto de esto y de otras teorías sobre la interpretación jurídica: LIFANTE VIDAL, I., *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999 (p. 57).

<sup>10</sup> Por ejemplo, distingue entre teoría «cognitiva», «escéptica» e intermedia»: GUASTINI, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de M. Gascón y M. Carbonell, México, UNAM, 1999, p. 13. Para un intento de superar esta tripartición: CUENCA GÓMEZ, P., «En defensa de una concepción alternativa de la interpretación jurídica», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 23 (2011), pp. 74-96 [«la teoría alternativa entiende que la interpretación es *siempre* una decisión, incluso en los casos considerados más fáciles, *nunca* plenamente discrecional, ni siquiera en los casos tratados como más difíciles» (p. 87)].

<sup>11</sup> Estas distinciones están inspiradas en otras apuntadas por Gianformaggio y Guastini. Gianformaggio distingue entre una actividad *noética* de atribución mental y comprensión de un significado; una actividad *dianoética* de elucidación y justificación de un significado; y una actividad lingüística que adscribe y enuncia un significado: GIANFORMAGGIO, L., «Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio», *Doxa*, 4 (1987), pp. 87-108; p. 91. Guastini, por su parte, diferencia en la actividad interpretativa «1) el reconocimiento (o conjetura) de un significado; 2) la decisión (o la propuesta) de un significado; y 3) la

En cuanto a las *teorías sobre la justificación* de las interpretaciones jurídicas, pueden tomar como criterio de justificación la *verdad* u otro tipo de *validez*, y así podemos clasificarlas. Para el primer grupo, una interpretación jurídica está justificada si y sólo si es verdadera.<sup>12</sup> Para el segundo grupo, una interpretación está justificada cuando es válida según el estándar que se considere aplicable (racionalidad, moralidad, legitimación social u otro diferente)<sup>13</sup>.

## 2.2 El producto de la interpretación jurídica

Como recordé en la Introducción, por «interpretación jurídica» cabe entender tanto la actividad o proceso interpretativo como su resultado o producto<sup>14</sup>. El mapa conceptual que presento tiene como foco la actividad, pero se interesa igualmente por su resultado al preguntar: ¿qué obtiene la interpretación? Y la respuesta a esta pregunta por el *producto* de la interpretación jurídica son sus *manifestaciones* o formas de presentarse, cuya identificación y descripción guarda a su vez relación directa con las teorías sobre la naturaleza de la actividad interpretativa, y por tanto no puede ser pacífica. Con todo, sobre la base de lo ya visto (§ 1.1), podemos distinguir tres clases de productos en la interpretación jurídica: *a)* la *determinación del significado* de la disposición, ya sea por constatarlo o por adscribirlo; *b)* la *ima-*

---

creación de un significado»: GUASTINI, R., *Distinguiendo. Estudios de teoría y meta-teoría del Derecho* (1996), trad. esp. de J. Ferrer i Beltrán, Barcelona: Gedisa, 1999, p 206. Estas distinciones en la actividad interpretativa se reflejan en otras equivalentes entre los productos de la interpretación (ver *infra* § 1.2).

<sup>12</sup> La tesis de que una interpretación jurídica es (al menos a veces) verdadera o falsa, cuando es consciente y no sólo una metáfora, requiere una epistemología cognoscitivista (al menos parcialmente) y entender los enunciados interpretativos como aserciones; así: HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*, Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 1999 (v.gr. p. 111). En todo caso, el patrón de verdad admite a su vez muchas teorías epistemológicas; y las substanciales o «robustas» (donde la verdad es –entre otras posibilidades– la correspondencia con los hechos o con un metalenguaje, la coherencia con otras proposiciones aceptadas, el consenso ideal o la aceptación pragmática) resultan más aptas para justificar las interpretaciones que las teorías débiles o «deflacionarias», que se limitan a dar cuenta del uso y la función de la noción de «verdad».

<sup>13</sup> Una interpretación «válida» puede ser o bien *correcta* (acertada) o bien *buen*, según si el criterio excluye o no interpretaciones incompatibles: RAZ, J. *Between Authority and Interpretation*, Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 271. Habla de «técnicas argumentativas distintas de la verificación»: WRÓBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de A. Azurra y rev. de J. Igarua, Madrid, Civitas, 1985, p. 58.

<sup>14</sup> TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 39 ss. Por ejemplo, cuando se habla de la «naturaleza de la interpretación» no es evidente, sin el contexto apropiado, si el objeto de estudio es la actividad (¿en qué consiste interpretar?, ¿qué fines persiguen los intérpretes?) o el resultado (¿qué es un enunciado interpretativo?, ¿qué consiguen los intérpretes?). Esta ambigüedad se despeja en el mapa conceptual separando dos temas: la naturaleza de la actividad interpretativa y la naturaleza de su producto.

*gen mental* en que consiste el significado obtenido, y en particular la norma o contenido normativo que se extrae de la disposición interpretada; y, sobre todo, *c*) los *enunciados interpretativos* que se formulan en el lenguaje para comunicar el resultado de la interpretación.

Un enunciado interpretativo acerca del Derecho es, en su acepción principal, la afirmación de un significado para una determinada disposición o «fuente» jurídica. En esquema, afirma que «La disposición “D” significa “N”», donde «N» representa típicamente una norma o prescripción jurídica. Ahora bien, como los enunciados interpretativos pueden expresar cosas muy distintas en función de cómo y para qué son emitidos –su contexto pragmático–, hay distintas teorías (¡interpretaciones!) sobre ellos. Para algunos teóricos, los enunciados interpretativos informan de un significado y por eso son *aserciones*. Para otros, en cambio, aunque los enunciados interpretativos sobre el Derecho pueden usarse para informar, más a menudo expresan la *adscripción* de un significado que es decidido o creado por el intérprete. Y cuando el enunciado interpretativo endosa carácter normativo al significado que adscribe, lo que expresa es una norma o *prescripción*. En última instancia, el contenido expresivo de los enunciados interpretativos depende de la actitud o punto de vista (de aprobación, aceptación, desapego...) que adopta el intérprete respecto del significado que propone<sup>15</sup>.

### 2.3 El objeto de la interpretación jurídica

Hay varias *concepciones* respecto de cuál es el *objeto* de la interpretación jurídica (hablaré en este contexto de «concepciones» o «enfoques» teóricos). En la práctica, la cuestión fundamental es si lo que se interpreta son «normas» o textos («disposiciones»); pero esta discusión puede enmarcarse en otras más fundamentales.

Una primera oposición enfrenta a: *a*) quienes vinculan interpretación y lenguaje, porque consideran que lo que se interpreta son solo signos lingüísticos (concepción «lingüística»); y *b*) quienes creen que también fuera del lenguaje hay objetos con sentido susceptibles de interpretación (concepción «cultural», que admite la interpretación de

<sup>15</sup> Entiende los enunciados interpretativos como aserciones: HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*, cit., p. 30. En esta teoría, un enunciado interpretativo acerca de un enunciado jurídico («interpretado») afirma que este es sinónimo de otro enunciado («interpretante»), el cual es mencionado pero no usado. En contraste, los ve sobre todo como adscripciones: GUASTINI, R., *Distinguiendo*, cit., p. 205. Discute este punto: MORESO, J. J., «Dos concepciones de la interpretación jurídica», *Isonomía*, 29 (2008), pp. 7-14. Sobre los puntos de vista interno y externo hacia las normas, la fuente es: HART, H.L.A., *El Concepto de Derecho* (1961), trad. de G. Carrió, México, Editora Nacional, 1980, pp. 110-111. Sobre esto me ocupo en: RODRÍGUEZ-TOUBES, J., «El punto de vista jurídico y los jueces», *Ex Legibus*, año 2, núm 3 (2012), pp. 73-108.

cualquier realidad que tenga significado en una cierta cultura humana)<sup>16</sup>.

Una segunda oposición, más radical, enfrenta a: *a*) quienes entienden que la interpretación del Derecho se ocupa de los sentidos o las ideas con relevancia jurídica; y *b*) quienes entienden que se ocupa de las realidades o hechos que portan esos sentidos. La primera concepción, que podemos llamar «idealista», es la que puede hablar propiamente de interpretación de normas, entendidas como prescripciones (al modo de Kelsen, por ejemplo: como el sentido objetivo de un acto de voluntad que prescribe una conducta); o de interpretación de la cultura jurídica o del sentimiento o espíritu jurídico de un pueblo (el *Volkgeist* de Puchta y de Savigny); o de la interpretación de la voluntad de un legislador o de la intención de unos contratantes. La segunda concepción, que podemos llamar «empirista» porque solo reconoce la interpretación de hechos y de cosas, particularmente de textos, es la que prefiere hablar de interpretación de disposiciones o de documentos normativos, y solo habla de «interpretación de normas» en sentido figurado. Por hipótesis, aunque no necesariamente, la concepción empirista admite interpretar sucesos y conductas, y entre ellas las costumbres jurídicas<sup>17</sup>.

## 2.4 Los agentes y las circunstancias de la interpretación jurídica

Las preguntas acerca de *quién* protagoniza la interpretación jurídica y *cuándo* y *dónde* tiene lugar desembocan en la descripción de las diferentes ocasiones u oportunidades en las que se interpreta el Derecho; las cuales suponen *modalidades* de la interpretación jurídica. Pues bien, cabe distinguir cuatro modalidades de interpretación jurídica en función de los *agentes* que la realizan y de las *circunstancias* espaciales y temporales en las que tiene lugar.

La modalidad más significativa y estudiada es la interpretación que realizan las autoridades jurídicas con ocasión de aplicar el Derecho. La aplicación autorizada del Derecho por los jueces y tribunales y por otros funcionarios del sistema jurídico requiere su previa interpretación; y esta resulta en una *decisión* interpretativa que cuenta con el

---

<sup>16</sup> Distingue entre la interpretación legal *sensu largissimo* («comprensión de un objeto en tanto que fenómeno cultural»), *sensu largo* («comprensión de cualquier signo lingüístico») y *sensu stricto* (en caso de dudas sobre el significado): WRÓBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., pp. 21-22.

<sup>17</sup> La concepción empirista ha sido eficazmente defendida por Guastini. En su caso, además, se combina con una concepción lingüística (según la primera oposición), por lo cual circunscribe la interpretación jurídica a los documentos normativos, y solo en sentido laxo admite hablar de interpretación de comportamientos sociales como las costumbres: GUASTINI, R., *Estudios sobre la interpretación*, cit., p. 2; *Distinguiendo*, cit., p. 207.

respaldo del propio sistema jurídico (en las condiciones y con la firmeza que éste disponga).

Una segunda modalidad de interpretación jurídica la realizan personas instruidas en el Derecho (operadores jurídicos y juristas en general) en ocasiones que requieren identificarlo o proponerlo fundadamente pero no aplicarlo y que, por tanto, no dan lugar a una decisión sino tan sólo a un parecer u *opinión* (o, si se prefiere, a un *dictamen*). Las opiniones interpretativas se pueden sub-clasificar en función de su procedencia: por un lado tenemos la interpretación doctrinal propia de la dogmática jurídica y del estudio teórico del Derecho; y, por otro lado, la interpretación más orientada a la aplicación práctica que realizan los operadores jurídicos y los profesionales del Derecho, en momentos en los que no aplican el Derecho<sup>18</sup>.

En tercer lugar ha de tenerse en cuenta la interpretación jurídica que realizan los ciudadanos al obedecer o desobedecer el Derecho, es decir, como *reacción* a este. A veces el Derecho es cumplido por sus destinatarios sin que estos lleguen a ser conscientes de ello, por ejemplo porque ni siquiera conocen la norma que cumplen; y en estos casos no hay propiamente interpretación. Sin embargo, otras veces los ciudadanos siguen o se apartan del Derecho a sabiendas, y entonces han tenido que interpretarlo. Por otra parte, la interpretación ciudadana es evidente en las costumbres jurídicas, que de hecho se constituyen cuando una comunidad interpreta una norma social de modo uniforme y convencida de que le vincula como Derecho.

Finalmente, incluyo como cuarta modalidad la interpretación jurídica que al modo de *aclaramiento* realiza el propio legislador, conocida tradicionalmente como interpretación «auténtica». Se trata de las ocasiones en las que una autoridad legislativa precisa el significado de una disposición en el ámbito de sus competencias, y por tanto con efectos jurídicos<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> En este segundo sub-grupo cabe distinguir a su vez entre la interpretación *oficial* de las autoridades jurídicas (que puede llegar a ser vinculante, en cuyo caso se aproxima a la aplicación); y la *no oficial*, y normalmente con interés de parte, que por antonomasia se asocia a los abogados. A veces se dice que los abogados «proponen» interpretaciones, a diferencia de los jueces (que las deciden) y de la doctrina (que constata las que se han mantenido y propone otras para el futuro): TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 61-67. Pero la interpretación que los abogados ofrecen a sus clientes quiere ser más bien una «predicción» de lo que decidirán los jueces y, en general, las autoridades jurídicas, como observaron Holmes y los juristas realistas norteamericanos: LEITER, B., *Naturalizing Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 105.

<sup>19</sup> La aclaración del legislador es una interpretación que decide un significado, y por tanto no muy distinta de la que hacen los jueces (una diferencia es que estos aplican el Derecho en concreto, mientras que el legislador lo decide en abstracto). De hecho, en un sentido kelseniano interpretación «auténtica» es en general la que hacen quienes tienen autoridad para decidir el significado y produce efectos jurídicos. No obstante, la toma de posición del legislador crea una nueva norma que se superpone a la disposición que supuestamente interpreta. Por eso algunos autores niegan que la llamada «interpretación auténtica» sea una interpretación; así: ATIENZA, M., «Estado

## 2.5 La necesidad de la interpretación jurídica

Respecto a la necesidad de la interpretación jurídica, lo que merece reseñar son las *causas* que la hacen precisa y la motivan; las cuales justifican por qué interpretar y también sirven para explicar cuándo hacerlo. Entiendo que hay tres grupos principales de causas.

En primer lugar, la *complejidad del Derecho*. Para afirmar la regulación jurídica de muchos supuestos de hecho —«decir el Derecho»— hay que escoger la norma aplicable entre una pluralidad de ellas que los conciernen y especificar su contenido para que pueda tener efectos prácticos. Aquí ya se muestra la necesidad de la interpretación, pues la identificación y selección de las normas relevantes y el paso de lo general a lo particular no pueden hacerse sin ella. Reconocer qué normas forman un ordenamiento jurídico en un momento dado, cuál es la relación entre ellas y su eventual jerarquía, o cómo y cuándo una solución normativa se impone sobre otras o se extiende a casos imprevistos, entre otros muchos problemas, requiere aplicar criterios de demarcación del ámbito jurídico y de individuación, validez, vigencia temporal, aplicabilidad e implicación lógica de normas, los cuales tienen a menudo gran complejidad y exigen una labor interpretativa.

En segundo lugar, la *imprecisión del lenguaje* en que se comunica el Derecho. Sobre este punto se ha insistido mucho, sobre todo a partir de la obra de Hart. El lenguaje natural se caracteriza por su indeterminación, debida a la ambigüedad y a la vaguedad en el significado de la mayoría de sus términos y expresiones y de sus construcciones sintácticas.<sup>20</sup> Esta característica del lenguaje ordinario se amplifica si cabe

---

de Derecho, argumentación e interpretación», *cit.* [«el legislador no emite enunciados interpretativos, sino definiciones y normas» (p. 470)]. Con todo, creo que las disposiciones legislativas aclaratorias son en algunos casos formas de interpretación, aunque peculiares. De un lado, las disposiciones que aclaran otras jerárquicamente superiores pueden ser anuladas por ser contrarias a Derecho, lo cual indica que —a ojos del tribunal sentenciador— su interpretación es errada [sirva de ejemplo la STS (Cont.-Adm., Sec. 4) de 16 de mayo de 2006]. Y si admitimos que en casos así el legislador puede malinterpretar una disposición al querer aclararla, hemos de admitir que lo que ofrece es una interpretación. De otro lado, las disposiciones que aclaran otras de la misma o inferior jerarquía pueden tener —se les reconoce— eficacia retroactiva simultánea a la disposición aclarada. En estos supuestos sería extravagante decir que la norma aclaratoria malinterpreta la norma anterior, pues cualquier nuevo significado que introduzca pasa a ser, en virtud de la jerarquía normativa, el significado correcto. Pero el efecto retroactivo de la aclaración no se explica porque lo impone la relación jerárquica (pues la eficacia retroactiva es excepcional), sino porque se entiende que la aclaración es una interpretación.

<sup>20</sup> HART, H. L. A., *El Concepto de Derecho*, *cit.* La indeterminación prevalente en el lenguaje queda ilustrada por una anécdota de la ciencia de la computación de la década de 1960, cuando la construcción de programas que pudiesen manejar el idioma inglés se enfrentaba con la dificultad de que las máquinas percibían ambigüedades incluso donde ninguna persona las percibía. Así ocurría con la oración «*Time flies like an arrow*», que cualquier hablante del inglés entiende unívocamente como «El tiempo vuela como una flecha», pero un computador la interpretaba también como «Crono-

en el Derecho, y se pone de manifiesto en la dificultad de traducir el lenguaje jurídico a un lenguaje formal. En cualquier caso, casi nadie discute la necesidad de interpretar los textos jurídicos para despejar las ambigüedades y vaguedades allí donde las haya.<sup>21</sup> Lo que sí se discute, en cambio, es si algunas veces los textos jurídicos son tan claros que no precisan interpretación, en el sentido de que no precisan otra interpretación que su lectura («*In claris non fit interpretatio*»)<sup>22</sup>.

En tercer lugar, la interpretación jurídica es también necesaria por la existencia de *conflicto* y de *cambio* en la sociedad. Hay desacuerdos sociales importantes respecto a las funciones que debe cumplir el Derecho y a los fines que debe perseguir, lo cual impide que su contenido resulte evidente. Identificar las normas jurídicas y precisar su contenido requiere tomar posición sobre dilemas de la vida en sociedad, y por eso decimos que las normas son el resultado de una interpretación que tiene en cuenta valoraciones subjetivas y conflictivas sobre problemas de carácter social. Por otra parte, la realidad en la que actúa el Derecho es cambiante. La sociedad evoluciona en cuanto a sus estructuras organizativas, a sus ideas predominantes, a sus recursos materiales, etc. Pues bien, la posibilidad de que se haya modificado el contexto en el que una disposición jurídica fue promulgada hace necesario interpretarla para asegurarse de que se entiende adecuadamente.

---

metra a las moscas como a una flecha» o como «A las “moscas del tiempo” les gusta una flecha». Tomo la anécdota de PINKER, S., *The Language Instinct*, Londres, Penguin, 1995, p. 209. Hay un buen estudio del tema en: ITURRALDE SESMA, V., *Lenguaje legal y sistema jurídico*, Madrid, Tecnos, 1989.

<sup>21</sup> Una excepción: ENDICOTT, T., «Legal Interpretation», en MARMOR, A. (ed.), *Routledge Companion to Philosophy of Law*, New York/London, Routledge, 2012, pp. 109-122 [solo considera interpretación jurídica la que puede defenderse con argumentos; en otro caso «sería una ficción o un fracaso de interpretación» (p. 112)].

<sup>22</sup> La discusión se pierde muchas veces en una discrepancia acerca del significado de «interpretar», en sí mismo un término ambiguo y vago. Baste recordar el argumento supuestamente definitivo al que se recurre para demostrar que la interpretación es siempre inevitable: para saber que un texto es claro hay que interpretarlo antes. Por descontado, pero no es este el sentido de «interpretación» que manejan quienes piensan que a veces no hay nada que interpretar. Algún tipo de interpretación se precisa para comprender un texto, sea jurídico o de otra clase; pero la discusión relevante no cuestiona eso, sino si hay o no disposiciones jurídicas cuyo contenido se desprende de su texto con suficiente claridad para entenderlas y aplicarlas sin necesidad recurrir a valoraciones o recursos extralingüísticos. Así lo sostiene: MARMOR, A., *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1992, cap. 2; *Philosophy of Law*, Princeton, Princeton University Press, 2011, cap. 6 (p. 139). En cambio, presenta una visión crítica de esa tesis: MIRAUT, L., «Reflexiones en torno a la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 19 (2002), pp. 378-399. A su juicio, esa doctrina cumple una «función de ocultación», porque permite al intérprete «disimular bajo la apariencia de la aplicación automática de la ley que sugiere el principio de la claridad de los textos jurídicos la adopción de su postura personal» (p. 398). No comparto este escepticismo; y de hecho en mi opinión afirmar que todos los textos jurídicos son de interpretación dudosa y abierta es una estrategia mucho más sencilla, y no menos disimulada, para adoptar la postura personal.

## 2.6 La función de la interpretación jurídica

La respuesta a por qué interpretar viene dada por la necesidad de hacerlo, pero también por la *función* que desempeña la interpretación. Se interpreta el Derecho porque se espera obtener algo de ello; pero, ¿qué? La respuesta a esta pregunta y la raíz de muchos enfrentamientos metodológicos está en las *actitudes* que se adoptan hacia la interpretación jurídica. Estas actitudes también pueden ser muy heterogéneas y su descripción y clasificación muy variada; pero a mi juicio hay dos tensiones especialmente significativas.

La primera tensión es la más básica. De un lado están quienes –siempre o en algún momento– toman la interpretación jurídica como una oportunidad para conseguir el mejor resultado en la situación concreta. Adoptan una actitud *particularista* o *ad hoc* respecto de la interpretación, porque su estrategia interpretativa está determinada por el resultado específico deseado en cada caso particular.<sup>23</sup> De otro lado están quienes tienen una actitud universalista o *metódica*, porque se proponen basar su tarea interpretativa en reglas generales, que sirvan no sólo a los casos concretos en las que son inicialmente aplicadas sino también a otros casos futuros que comparten los mismos rasgos relevantes. Descritas estas actitudes en clave utilitarista, podría decirse que el intérprete particularista valora el beneficio inmediato (utilitarismo de actos), mientras que el intérprete metódico lo busca a más largo plazo (utilitarismo de reglas).

La segunda tensión al identificar la función de la interpretación jurídica surge de modo más natural en el seno de la actitud metódica, aunque no depende lógicamente de ella. Para unos la función del intérprete es conseguir ciertos efectos del Derecho, tales como justicia, utilidad (buenas consecuencias en cuanto a la suma de bienestar o a la eficiencia económica, por ejemplo) o integración y adaptación al contexto social en el que se produce. A esta actitud «proactiva» podemos llamarla *prospectiva*, porque atiende exclusivamente a los efectos futuros.<sup>24</sup> Enfrente estaría la actitud *epistémica* que sitúa la función de

---

<sup>23</sup> En opinión de algunos observadores esta actitud *ad hoc* domina la interpretación jurídica: los juristas emplean unos criterios o unas técnicas en lugar de otros en función de que les permitan conseguir lo que desean y no por una opción metodológica previa. Así, entre nosotros: SEGURA ORTEGA, M., *Sobre la interpretación del Derecho*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2003 [«El empleo de uno u otro método está en función del resultado que el intérprete quiera lograr» (p. 75, n. 114)]. Pero este análisis requiere pensar que cuando los jueces y otros juristas explican sus opciones interpretativas aduciendo motivos metodológicos son siempre insinceros, incluso cuando manifiestan que el resultado al que llegaron les parece indeseable.

<sup>24</sup> La actitud que llamo *prospectiva* se corresponde bastante bien con la concepción sobre el Derecho a la que Dworkin llamó «pragmatismo jurídico» (*legal pragmatism*): DWORKIN, R., *Law's Empire*, London, Fontana, 1991 [según esta concepción «los jueces toman y deben tomar las decisiones, sean cuales sean, que les parecen mejores para el futuro de la comunidad, sin tomar en cuenta ninguna forma de consis-

la interpretación en conocer el Derecho mediante la identificación precisa de sus normas jurídicas<sup>25</sup>.

Las actitudes hacia la interpretación dependen de los presupuestos ontológicos y metodológicos que se asumen (*infra* § 1.8). Así, reconocer la autoridad moral del legislador o la continuidad del Derecho en el tiempo predispone a una actitud epistémica<sup>26</sup>.

## 2.7 La finalidad de la interpretación jurídica

Cuando preguntamos para qué interpretar el Derecho tal vez lo que queremos saber no es qué función o utilidad tiene, sino cuál es el objetivo o *finalidad* de la interpretación, qué es lo que busca. A este segundo sentido de la pregunta contestan las doctrinas o *teorías* sobre la interpretación jurídica, que en este punto suelen tener sentido prescriptivo<sup>27</sup>. Como ocurría respecto de las actitudes hacia (la función de) la interpretación, aquí también hay muchas formas posibles de clasificar y de etiquetar las distintas teorías, y de hecho hay muchas clasificaciones en activo. Mi propuesta consiste en reconocer cuatro dualidades teóricas, que dan lugar a ocho tesis (prescriptivas) sobre la interpretación jurídica. Como los cuatro ejes de discusión tienen cierta independencia, las ocho tesis admiten algunas combinaciones, y éstas son las teorías (prescriptivas) complejas que en la práctica se siguen y se defienden.

Una primera dualidad en las teorías sobre los fines de la interpretación jurídica se corresponde con la tensión entre las actitudes prospectiva y cognoscitiva, a la que ya me he referido (§ 1.6). Para la tesis

---

tencia con el pasado como valiosa por sí misma» (p. 95)]. Este modo de ver el Derecho se le atribuye al realismo jurídico norteamericano, aunque la tesis nuclear de sus adeptos es descriptiva y sostiene que las decisiones judiciales se basan más en los hechos del caso que en las normas o razones jurídicas: LEITER, B., *Naturalizing Jurisprudence*, *cit.*, pp. 21-25.

<sup>25</sup> La actitud epistémica se fija especialmente en el Derecho preexistente, explícito o implícito. Pero no es exclusivamente retrospectiva –por eso evito esta etiqueta–, pues también toma en consideración el futuro, por ejemplo para asegurar que la interpretación es compatible con los fines del Derecho o con la equidad. La raíz de la diferencia de actitudes está más bien en el conflicto entre conocimiento y acción. Sobre las miradas al pasado y al futuro en la interpretación del Derecho: RODRÍGUEZ-TOUBES, J., «Pasado y futuro en la argumentación jurídica», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 23 (2011), pp. 513-535.

<sup>26</sup> Según Raz, la autoridad y la continuidad son la clave de la importancia de la interpretación jurídica y la respuesta a por qué interpretar (para respetarlas) y a qué interpretar (las decisiones de las autoridades jurídicas): RAZ, J., «Why Interpret?», *Ratio Juris*, 9 (1996), pp. 349-363; ahora en su *Between Authority and Interpretation*, *cit.*, pp. 223-240. Por otra parte, una ideología estática predispone a una actitud epistémica, mientras que una ideología dinámica predispone a una actitud prospectiva (ver *infra* §1.8).

<sup>27</sup> Como señalé en la Introducción, los análisis puramente descriptivos de los fines de la interpretación jurídica vienen a ser teorías sobre su naturaleza (*supra* § 1.1).

*cognoscitiva* el objetivo del intérprete ha de ser conocer el contenido del Derecho que resulta de la disposición interpretada, identificar la norma o normas que comunica. Para la tesis *prospectiva*, su objetivo ha de ser que los efectos sean los deseables.

Una segunda dualidad debate el modo de respetar al legislador y separa a las doctrinas que llamamos *subjetiva* y *objetiva*. Según la doctrina *subjetiva* el intérprete debe dar a la disposición el significado que quiso darle su autor. Lo que importa aquí es la voluntad o intención del legislador (la *mens legislatoris*); y por eso se habla también de doctrina intencionalista o psicologista. Según la doctrina *objetiva* el intérprete debe dar a la disposición el significado que se desprende de su texto. Para esta tesis importa lo que el texto expresa por sí mismo, lo que pone de manifiesto.<sup>28</sup> La doctrina objetiva no se preocupa de las intenciones, pero en todo caso se interesa por la intención o finalidad que se muestra en la propia ley (*voluntas legis*) y no por lo que pudo querer su autor (*voluntas legislatoris*).

Una tercera dualidad enfrenta las doctrinas que podemos llamar *originalista* y *evolutiva*. Según la doctrina *originalista* debe darse a la disposición el significado que tenía cuando se promulgó. Según la doctrina *evolutiva* debe dársele el significado que tiene en el momento de interpretarla y, en su caso, aplicarla. Las tesis originalista y subjetiva están con frecuencia asociadas, pero no deben confundirse. Hay originalistas «textualistas» que rechazan investigar las intenciones subjetivas del legislador y abogan en su lugar por una lectura de los textos en clave histórica pero objetiva<sup>29</sup>. Viceversa, una teoría subjetiva de la interpretación mantendrá una tesis evolutiva si toma como voluntad del autor de la disposición –siempre o en algún caso– que su significado se actualice con el tiempo. O también si considera que la voluntad que determina el significado de los documentos normativos no es la del legislador histórico que los promulgó, sino la del legislador actual que los mantiene vigentes.

Por fin, la cuarta y última dualidad que a mi juicio merece destacarse es la más fundamental, porque se refiere al sentido mismo de la interpretación y se conecta con los presupuestos epistemológicos y metodológicos a los que haré referencia más adelante (§ 1.8). A las doctrinas aquí enfrentadas las llamaré *declarativa* y *reconstructiva*.

---

<sup>28</sup> Se trata de un «textualismo», aunque este término connota una preferencia por la interpretación literal que no es aquí imprescindible y puede confundir.

<sup>29</sup> Un conspicuo representante de este combinado teórico es Scalia, juez del Tribunal Supremo de los EE.UU.: SCALIA, A. *et. al.*, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton: Princeton University Press, 1997, pp. 3-47. Sobre el originalismo en la interpretación constitucional: LORA DELTORO, P. DE, *La interpretación originalista de la Constitución (Una aproximación desde la Filosofía del Derecho)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998 [aunque habla de «originalismo o intencionalismo» (p. 52), también reconoce la versión textualista de Scalia, reacia a indagar en la historia legislativa: p. 35 n. 17].

Según la doctrina *declarativa* debe darse a la disposición el significado que esta comunica a sus destinatarios, el mensaje que transmite. Pone la prioridad en lo que el texto dice explícitamente, en la «letra», aunque recurre al contexto cuando es preciso. Puede fijarse en lo que la disposición dice al conjunto de sus destinatarios (lo que el lenguaje común y el contexto natural permiten comprender) o sólo a los juristas especializados en la materia (el mensaje técnico). La doctrina declarativa engloba tesis muy distintas y admite una subdivisión en dos grupos. *a)* Según uno, el significado depende de las convenciones lingüísticas que rigen en la comunidad de referencia, y la finalidad del intérprete no puede ser otra que dar a la disposición el mismo significado que tiene en dicha comunidad (sean los operadores jurídicos, el conjunto de afectados por la norma u otra). La interpretación indaga el *sentido* mental que tiene el texto para ciertos destinatarios (del presente o del pasado) y que depende de las convenciones en las que participan conscientemente.<sup>30</sup> *b)* Según otro grupo, la finalidad del intérprete en algunos casos es dar a la disposición o a sus expresiones el significado que tienen en la realidad. La interpretación indaga la *referencia* causal de los términos y expresiones –por ejemplo, la de «trato degradante»–, y asume que toda la comunidad de hablantes puede desconocer o confundir completamente su significado.<sup>31</sup>

Según la doctrina *reconstructiva*, debe darse a la disposición el significado que se ajusta a su razón de ser (*ratio legis*), aunque no sea el que se desprende del texto. Pone la prioridad en lo que el texto dice implícitamente, en su «espíritu». Las diversas propuestas para reconstruir el significado jurídico dan lugar a diferentes teorías, que también podemos agrupar en dos bloques. *a)* En un caso se busca el significado que pueda explicarse por el propósito que (según se conjetura) persiguen la disposición o el ordenamiento jurídico en general. Se trata del modelo «teleológico» de interpretación, que indaga en la finalidad de las normas.<sup>32</sup> *b)* En otro caso, se busca el significado que se justi-

<sup>30</sup> No debe confundirse la interpretación «declarativa» con la interpretación «literal» en su sentido más estricto –e inviable– que desvincula completamente al texto de sus contextos semántico, sintáctico o pragmático. Al respecto: MAZZARRESSE, T., «Interpretación literal» (trad. de J. Ferrer), *Doxa*, 23 (2000), pp. 597-631.

<sup>31</sup> En una metafísica esencialista la realidad de referencia es natural, ya sea jurídica (como un Derecho natural), o extrajurídica. Por ejemplo, y destacadamente: MOORE, M. S. «A Natural Law Theory of Interpretation», *Southern California Law Review*, 58:1&2 (1985), pp. 277-398. Sobre ello: MASSINI-CORREAS, C.I., «Iusnaturalismo e interpretación jurídica», *Dikaion* 19:2 (2010), pp. 399-425. Pero cabe tomar como referencia una idea o realidad social (como una «comunidad ideal de comunicación»). Hay una defensa (por Moreso) y discusión de la interpretación jurídica de términos morales basada en la referencia en: MORESO, J. J.; PRIETO SANCHÍS, L. y FERRER BELTRÁN, J., *Los desacuerdos en el Derecho*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.

<sup>32</sup> Pero si los fines del Derecho se identifican con sus principios básicos, las dos interpretaciones de la *ratio legis* se confunden: SAVIGNY, F.K. VON, *Sistema de derecho romano actual*, cit., p. 152. Por otra parte, hay que advertir que los fines de las

fica con los principios del Derecho, y acaso también de la moral, y que integra la norma obtenida en el conjunto de fuentes jurídicas respetando su coherencia interna y promoviendo sus mismos valores.<sup>33</sup>

Debe notarse, finalmente, que no hay equivalencia –aunque pueda haber afinidad– entre las teorías declarativa y objetiva, ni entre las teorías reconstructiva y subjetiva. Tanto la tesis declarativa como la reconstructiva pueden ser objetivas. Por decirlo así, la primera se fija en lo que el texto manifiesta directamente y la segunda en lo que en él se manifiesta indirectamente. Y ambas pueden ser subjetivas. La primera atiende al mensaje expreso del legislador, mientras que la segunda persigue averiguar su razón para actuar.

## 2.8 Los presupuestos de la interpretación jurídica

Nos quedan por examinar, por último, los cuatro temas correspondientes a la pregunta específicamente metodológica: ¿cómo opera la interpretación jurídica? Sobre los métodos interpretativos hay numerosos estudios, con sus respectivas descripciones y clasificaciones, algunas de ellas muy elaboradas; y mi intención no es corregirlas, sino acaso reconducirlas a un esquema más sencillo. Por ejemplo, según Chiassoni los juristas se guían por unos «códigos interpretativos» formados por «directivas hermenéuticas» que informan su tarea, las cuales se estructuran en tres niveles<sup>34</sup>. Las directivas de primer nivel determinan los recursos de los que deben valerse los intérpretes para atribuir un significado a una disposición y para justificar esa atribución. Las de segundo nivel regulan el uso de las directivas primarias y establecen los criterios para evaluar las interpretaciones obtenidas. En un tercer nivel, las «directivas axiomáticas» reflejan «las posiciones axiológicas más fundamentales de los intérpretes acerca del modo correcto de interpretar las disposiciones»<sup>35</sup>. Pues bien, este tercer nivel

---

normas y del Derecho pueden importar a cualquier intérprete y no sólo a quienes profesen una teoría «reconstructiva». Pero en este caso el intérprete considera que debe trascender lo declarado por la disposición e incluso corregirlo. Sobre la diferencia entre interpretación «literal» o «declarativa» e interpretación «correctora»: GUASTINI, R., *Distiguendo*, cit. (n. 11), pp. 211 ss.

<sup>33</sup> Me veo obligado a simplificar así doctrinas muy elaboradas y sutiles. Destacadamente: DWORKIN, R., *Law's Empire*, cit. [«Los jueces que aceptan el ideal interpretativo de la integridad deciden los casos difíciles tratando de hallar, en algún conjunto coherente de principios acerca de los derechos y deberes de las personas, la mejor interpretación constructiva de la estructura política y de la doctrina jurídica de su comunidad.» (p. 255)].

<sup>34</sup> CHIASSONI, P., *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas* (2007), trad. esp. de P. Luque Sánchez y M. Narváez Mora, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 89. La ordenación de los métodos interpretativos propuesta por Chiassoni está construida sobre los «modelos» de Tarello, Perelman, Guastini, Wróblewski y Alexy; y es la más sofisticada que conozco.

<sup>35</sup> CHIASSONI, P., *Técnicas de interpretación jurídica...*, cit., p. 89 y p. 133. El nivel axiomático recoge –según explica Chiassoni– la tesis de Wróblewski sobre las

de los «códigos interpretativos» lo represento en el mapa conceptual con la noción de *presupuestos* de la interpretación. En un próximo apartado (§ 1.11) veremos que los niveles primero y segundo se corresponden con niveles análogos en las directrices hermenéuticas, tanto en su vertiente heurística (cánones) como en su vertiente justificativa (argumentos).

Los presupuestos de la interpretación son las ideas que el intérprete asume consciente o inconscientemente como fundamentos de su tarea, y por ello guardan relación con la cuestión epistemológica. Son marcos conceptuales, actitudes, predisposiciones, postulados, axiomas o dogmas. Un conjunto importante de presupuestos –que ponen de relieve la repercusión práctica de la Teoría del Derecho– son las tesis ontológicas que el intérprete mantiene sobre la naturaleza del Derecho y de las fuentes jurídicas (¿qué es el Derecho?, ¿dónde está?, ¿hay una solución jurídica única para cada caso?). Otros presupuestos son de índole política: ideologías sobre política jurídica que inclinan al intérprete hacia unas u otras de las concepciones, actitudes o teorías que hemos visto. Así, pueden inclinarlo hacia soluciones interpretativas más previsibles y conformes a un ideal de certeza jurídica o hacia otras más próximas a un ideal de progreso social. Y forman parte también de los presupuestos de la interpretación, por poner otro ejemplo relevante, las representaciones mentales que el intérprete tiene sobre el legislador y sobre la legislación. Son, por ejemplo, el reconocimiento de autoridad al legislador; o el postulado de que el legislador es racional o razonable; o la misma idea de que hay *un* legislador, aunque sea complejo, a quien atribuir la disposición interpretada<sup>36</sup>.

## 2.9 Los materiales de la interpretación jurídica

Asumidos los presupuestos de la interpretación, la primera pregunta metodológica es: ¿dónde indagar?, ¿cuáles son los *materiales* de la interpretación jurídica? A esto se responde con los puntos de vista o perspectivas que debe adoptar el intérprete; los cuales se corresponden, según creo, con los «elementos» de la interpretación jurídica que

---

«valoraciones» que reflejan «ideologías» sobre el Derecho: la ideología «estática» de la certeza y la previsibilidad y la ideología «dinámica» de la adecuación social: WRÓBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 63 y pp. 72 ss.

<sup>36</sup> Algunos de estos presupuestos son una especie de implicaciones pragmáticas que los juristas reconocen en la legislación, análogas a las «implicaturas conversacionales» que según Grice se dan en el habla. Sobre algunos de ellos: EZQUIAGA, F. J., «Argumentos interpretativos y el postulado del legislador racional», *Isonomía*, 1 (1994), pp. 69-98. Expreso mi punto de vista al respecto en: RODRÍGUEZ-TOUBES, J., «El postulado del legislador razonable», en OTERO PARGA, M. (ed.), *Tópica, retórica y dialéctica en la Jurisprudencia. Estudios en homenaje a Francisco Puy*, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2011, pp. 381-390.

enumeró Savigny<sup>37</sup>. La doctrina posterior ha desarrollado y ampliado estos elementos como *criterios interpretativos* (adopto este nombre), pero en su planteamiento original no son –como ahora se presentan en algunos estudios– «cánones» que instruyen al intérprete en distintas direcciones, ni técnicas entre las cuales éste puede escoger; sino diferentes contextos de la disposición jurídica que pueden servir de apoyo a la interpretación y que deben ser explorados sucesivamente. Tampoco son «argumentos» que puedan justificar interpretaciones diferenciadas, sino factores que el intérprete debe tener en cuenta globalmente (y cuyo examen conjunto le aporta argumentos de justificación). Me parece que es aconsejable conservar esta idea de unos factores o elementos a los que el intérprete debe atender sucesivamente y no alternativamente. Por eso represento los «criterios interpretativos» como «puntos de vista» que adopta el intérprete en función de los «materiales» o «contextos» donde puede y debe indagar.

Ahora bien, ¿cuáles son esos criterios y esos contextos relevantes? La doctrina ha venido repitiendo los cuatro propuestos por Savigny –gramatical, histórico, lógico, sistemático– con algunas reformulaciones y con algunos añadidos, principalmente los criterios «sociológico» (que toma en consideración el contexto social contemporáneo al intérprete) y «teleológico» (que tiene en cuenta la finalidad de la ley), y con menos frecuencia algún otro, como el «comparativo».<sup>38</sup> No voy a seguir el planteamiento habitual, porque creo ahora que confunde aspectos de la interpretación. El «criterio teleológico» que pide tener en cuenta los fines de la ley es una directriz hermenéutica fundada en una teoría prescriptiva sobre la finalidad de la interpretación jurídica,

<sup>37</sup> Primero en un curso de 1802, y con más extensión en 1840, Savigny presentaba los «elementos» componentes de la interpretación jurídica: el gramatical (cuyo objeto es el lenguaje empleado por el legislador), el lógico (que atiende a las relaciones entre las partes de la ley), el histórico (cuyo objeto es la situación jurídica del momento en que nació la ley) y –en la versión de 1840– el sistemático (que sitúa la ley en el conjunto de las instituciones y normas jurídicas): SAVIGNY, F.K. VON, *Sistema del derecho romano actual* [1840-1849], trad. de M.Ch. Guenoux vertida al esp. por J. Mesía y M. Poley, Madrid: F. Góngora y Cía, 1878, p. 150. A juicio de Savigny, estos elementos bastan para interpretar la ley y todos son necesarios: «no son estas cuatro clases de interpretación, entre las cuales pueda escogerse según el gusto o el capricho, sino cuatro operaciones distintas, cuya reunión es indispensable para interpretar la ley, por más que alguno de estos elementos pueda tener más importancia y hacerse más de notar» (p. 150). La referencia del *Curso* que impartió en 1802-1803 es: SAVIGNY, F.K. VON, *Metodología jurídica*, trad. de J. J. Santa-Pinter (de la ed. 1951), Buenos Aires, Depalma, 1979, p. 13.

<sup>38</sup> Los elementos «sociológico», «teleológico» (combinado con el «lógico») y «comparativo», entre otros, los defiende por ejemplo: CASTÁN TOBEÑAS, J., *Teoría de la aplicación e investigación del derecho (metodología y técnica operatoria en derecho privado positivo)*, Madrid: Reus, 1947, pp. 234-250. También habla de «argumentos» comparativo y teleológico (pero no sociológico): ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (1978), trad. de M. Atienza e I. Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007 (2.ª ed.), pp. 226-234. Alexy introduce además un «argumento genético» que se remite a la voluntad del legislador (p. 227).

y no un elemento más a considerar por el intérprete.<sup>39</sup> No obstante, el intérprete interesado por los fines generales de la ley y del Derecho necesita información sobre los valores deseables que no puede encontrar en los elementos de Savigny. Por eso sí se justifica incluir en los criterios interpretativos la *filosofía práctica* como fuente informativa sobre fines y valores distinta de la legislación. Algo similar sucede con la inclusión de un «criterio sociológico» consistente en la *realidad social* del momento en que la disposición se interpreta y en el que ha de surtir efectos. Lo que aquí se incluye no es una directriz que prescribe tomar en consideración esa realidad social (directriz que por lo demás existe en el ordenamiento jurídico español), sino un elemento objetivo al que el intérprete puede acudir para obtener información contextual de la disposición que ilumine sobre su significado.

La *filosofía práctica* y la *realidad social* son criterios extrajurídicos o «sustanciales», que rebasan los criterios intrajurídicos o «institucionales» propuestos por Savigny.<sup>40</sup> En cuanto a estos criterios intrajurídicos, distingo cuatro grupos. En primer lugar, es indiscutible como fuente de información jurídica sobre las disposiciones su *lenguaje* (lo discutible es tomarlo como fuente «intrajurídica»). Pero el recurso al lenguaje ha de entenderse del modo más amplio, que abarca no sólo la información semántica sino también la sintáctica y la pragmática. Precisamente, el contexto pragmático de una disposición jurídica es donde mejor se indaga la intención de su autor, y la principal fuente de lo que la doctrina llama «argumento teleológico» y «argumento psicológico» (o «genético»). En segundo lugar, es igualmente indiscutible la importancia informativa de la *historia* de la disposición, tanto en lo que respecta a sus antecedentes y al contexto de su nacimiento (social, económico, cultural...), como al procedimiento de elaboración (su génesis o *iter* legislativo). En tercer lugar, también está claro que el *sistema jurídico* que contextualiza la disposición es otro elemento clave para interpretar-

<sup>39</sup> En efecto, la interpretación teleológica no se añade o sucede a la que indaga en el lenguaje, en la historia o en el sistema del Derecho, sino que ha de basarse en ellas. ¿Dónde, si no, va el intérprete a indagar el fin inmediato de la ley? Podría objetarse que algo similar ocurre con el criterio histórico o con el criterio «gramatical», por cuanto ambos parecen representar sendas teorías interpretativas: las que llamé «originalista» y «declarativa», respectivamente. Sin embargo esta objeción vuelve a confundir los fines de la interpretación con los factores o materiales en que puede y debe basarse. Si la finalidad del intérprete es dar a la disposición el significado que tenía para su autor (teoría subjetiva) o el que tenía en el momento de su creación (teoría originalista), le será especialmente útil indagar en los materiales de la historia jurídica (criterio histórico), pero cuidando de que su interpretación sea consecuente con lo que dicen o decían las palabras (criterio lingüístico) y dice o decía el resto de la ley y del ordenamiento jurídico (criterios lógico y sistemático). Análogamente, si la finalidad del intérprete es dar a la disposición el significado que transmiten sus palabras (teoría declarativa), le será especialmente útil el material lingüístico (criterio «gramatical»), pero no deberá descuidar los factores históricos o sistemáticos.

<sup>40</sup> La distinción entre criterios institucionales y sustanciales es de CHIASSONI, P., *Técnicas...*, cit., pp. 84-85.

la<sup>41</sup>. El criterio sistemático dirige la atención al marco jurídico que condiciona la disposición –tanto próximo (el texto legal donde aparece) como remoto (la Constitución y el resto del ordenamiento)– para darle sentido teniendo en cuenta su compatibilidad y armonía con otras normas e instituciones. En cuarto lugar, creo que debe mencionarse como criterio el *Derecho comparado*, que aporta información contextual proveniente de otros sistemas jurídicos del entorno cultural y que en algunos casos puede ser muy relevante.

En definitiva, los criterios interpretativos son estrategias o puntos de vista sobre las fuentes de utilidad para interpretar el Derecho, y específicamente textos legales. Ponen al intérprete en la pista de distintos contextos en los que las disposiciones adquieren significado y que, por ello, sirven de materiales donde buscar las claves de este significado.

## 2.10 Los instrumentos de la interpretación jurídica

Si la primera duda metodológica en la investigación del significado de una disposición jurídica era ¿dónde indagar?, la segunda es ¿con qué indagar? y se pregunta por los *instrumentos* o herramientas de la interpretación. La respuesta es el elenco de *técnicas*, medios, procedimientos o «métodos» en sentido estricto que emplean los juristas.

En su sentido principal y directo, las *técnicas* de la interpretación jurídica son de dos clases: En primer lugar, *la investigación empírica*, sometida al método científico, aplicable para averiguar un dato histórico o lingüístico, constatar la publicación o el texto de un documento, etc. Se rige por procedimientos estándar que en sí mismos no son peculiares en el terreno jurídico, aunque su aplicación puede estar sujeta a pautas (limitaciones, presunciones...). En segundo lugar, *el razonamiento jurídico*, que aplica la lógica y la argumentación para extraer conclusiones a partir de premisas previamente formuladas. Los juristas emplean unas formas de razonamiento características que son por antonomasia las «técnicas de la interpretación jurídica»; y sobre ellas volveré enseguida.

En un sentido amplio e indirecto, son técnicas de la interpretación jurídica también los criterios interpretativos ya mencionados (§ 1.9) y los cánones que describiré luego (§ 1.11). Los «criterios» indican *en qué* fijarse para interpretar el Derecho, y por ello en cierto modo dicen *con qué* interpretarlo. Los «cánones», a su vez, indican *cómo* hacer para interpretar el Derecho, y esas instrucciones y normas son a veces tan detalladas que le sirven al jurista como instrumentos de trabajo.

---

<sup>41</sup> Con este elemento se corresponde el criterio «sistemático» y en algunas presentaciones también el «lógico». En cambio, cuando por «criterio lógico» se entiende la recomendación de buscar la razón o el espíritu de la ley, no estamos ante un *criterio* en el sentido que le estoy dando al término, sino ante una directriz cuya aplicación requiere todos los criterios: para conocer la «lógica» de una disposición hay que fijarse en su lenguaje, en su historia, en su contexto jurídico y social, etc.

Las técnicas de la interpretación jurídica por antonomasia son un conjunto de razonamientos a los que típicamente recurren los juristas para identificar el contenido del Derecho y de los que se valen como argumentos para justificar sus conclusiones. Se trata de un combinado de reglas de inferencia lógicas o pseudo-lógicas y de presupuestos normativos que actúan como premisas. Entre estas técnicas típicas de la interpretación jurídica sobresalen la argumentación *a contrario sensu*, la reducción al absurdo (*reductio ad absurdum*), el razonamiento por analogía (*a simili* o *a pari*) y la argumentación *a fortiori*. Sobre estas y otras estrategias argumentativas habituales en la práctica jurídica hay numerosos catálogos y estudios.<sup>42</sup>

## 2.11 Las pautas de la interpretación jurídica

Al analizar la metodología de la interpretación jurídica es fundamental, por último, tener en cuenta las *pautas* que rigen en esa práctica y las que permiten justificarla. Interesa aquí la respuesta a la pregunta *¿cómo indagar?* en su doble sentido: activo (*¿qué debo hacer?*) y pasivo (*¿qué se debió hacer* y es el modelo para juzgar lo hecho?).

En consecuencia, doy el nombre genérico de «pautas» a dos categorías distintas pero interdependientes. Por un lado están las *directrices hermenéuticas*, denominación que incluye las «directivas» y los «principios» que gobiernan la interpretación diciendo cómo proceder y qué evitar. Estas «directrices» se concretan en reglas heurísticas que creo apropiado llamar *cánones*, de acuerdo con algunos usos doctrinales. Por otro lado están las *razones justificativas* que guían las interpretaciones fundadas y que sirven para motivarlas jurídicamente. Estas «razones», a su vez, se concretan en *argumentos*. Por tanto, un «argumento» de la interpretación jurídica es la expresión de un razonamiento justificado por las directrices hermenéuticas, el cual puede ser esgrimido como motivación adecuada de la solución interpretati-

<sup>42</sup> Hay un importante estudio descriptivo y comparativo de las técnicas de interpretación legal empleadas por los tribunales superiores de nueve ordenamientos jurídicos estatales en: MACCORMICK, N. y SUMMERS, R.S. (eds.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Aldershot, Dartmouth/Ashgate, 1991. El capítulo 12 identifica once tipos de argumentos comunes a todas las jurisdicciones estudiadas; y el capítulo 13 analiza su fuerza justificativa y los clasifica en argumentos lingüísticos (significado ordinario y significado técnico), sistémicos (armonización contextual, historia, precedentes interpretativos, analogía, implicación lógica y principios jurídicos generales) y teleológicos o evaluativos (finalidad y razones sustantivas), con un último argumento «transcategorial» (la intención del legislador). Prosigue ese planteamiento: MACCORMICK, N., *Rhetoric and the rule of law. A theory of legal reasoning*, Oxford y New York: Oxford University Press, 2005, pp. 124-137. Entre los libros ya citados, hay análisis descriptivos también en: GUASTINI, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit. (*supra* nota 10); o CHIASSONI, P., *Técnicas de interpretación jurídica*, cit (*supra* nota 34).

va<sup>43</sup>. En mi esquema, las directivas se presentan como reglas heurísticas («cánones») que guían la interpretación y se reflejan en reglas justificativas («argumentos») con las que el intérprete fundamenta (motiva) sus conclusiones<sup>44</sup>.

Los *cánones* de la interpretación son los estándares normativos por los que se debe guiar el intérprete, a juicio de quien los propone. Su contenido viene determinado por las teorías (prescriptivas) de la interpretación y son formulados principalmente por la doctrina y por la jurisprudencia, aunque también hay cánones legales. Los cánones interpretativos pueden ser orientativos o de seguimiento obligado, y esta es su principal diferencia para clasificarlos.

Los cánones obligatorios o taxativos son *preceptos* que exigen al intérprete la aplicación de una determinada regla interpretativa. Son normas jurídicas de formulación legal o jurisprudencial que vinculan al intérprete como el resto del ordenamiento jurídico. El artículo 3.1 del Código Civil español ofrece un ejemplo de canon legal preceptivo: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas»<sup>45</sup>. Son también ejemplos de preceptos hermenéuticos el artículo 10.2 de la Constitución española o el artículo 4.1 del Código Penal<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> Insisto en que la distinción aquí apuntada entre «razonamientos» y «argumentos» es estipulativa y poco importante, pero hace más visible una diferencia que sí conviene percibir entre las razones que llevan al jurista a una interpretación (descubrimiento) y las razones con las que puede explicar la interpretación y defenderla (justificación). Con esta ambigüedad de la noción de «pautas interpretativas» se da cuenta, entonces, del doble sentido heurístico y justificativo de las directivas hermenéuticas, subrayado por muchos análisis metodológicos.

<sup>44</sup> Hay una descripción de quince grupos de «argumentos» a los que recurren los juristas al interpretar la ley y justificar sus interpretaciones en: TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, cit., cap. VIII. Pero Tarello y muchos otros autores reúnen sin apenas diferenciación argumentos que resultan de reglas de inferencia jurídicas (*a contrario, a fortiori...*), de criterios sobre los elementos relevantes para la interpretación (*sedes materiae, ad coherentiam...*), y de teorías y directrices sobre qué debe buscar el intérprete (*stricta lege, mens legislatoris...*).

<sup>45</sup> Hay quien cree que este artículo expresa una simple declaración y no una norma imperativa; y quien lo interpreta como una norma abierta e imprecisa que deja en manos del intérprete la selección metodológica. Sin embargo, puede y debe verse como una norma obligatoria que señala al intérprete *dónde* ha de indagar (criterios interpretativos) —en las palabras, en la historia y en el contexto jurídico y social— y, sobre todo, *qué* debe indagar (finalidad de la interpretación): la razón de ser de las normas, su «espíritu y finalidad». Al respecto: PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á., *Interpretación y jurisprudencia. Estudio del artículo 3.1 del Código Civil*, Madrid, Aranzadi, 1994. A juicio de este autor, el artículo 3.1 del Código Civil no exige al juez utilizar todos los criterios que enumera —él los llama «cánones»— ni solo los que enumera, pero sí exige «atenerse a la prevalencia del espíritu y finalidad de la norma que debe aplicar» (*ibidem*, p. 132).

<sup>46</sup> Artículo 10.2 CE: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la

Los cánones optativos o dispositivos son *instrucciones* que guían al intérprete, sin vincularle jurídicamente, hacia algún criterio o técnica específicos y de acuerdo con una particular doctrina interpretativa. Aunque las instrucciones interpretativas pueden ser legales, lo habitual es que sean de formulación jurisprudencial o doctrinal. Entre los juristas circulan algunas máximas que recogen principios hermenéuticos heredados de la tradición que son a menudo seguidos o invocados en la práctica, aunque no siempre sean compatibles entre sí. Así, las celeberrimas reglas *In dubio pro reo* (que instruye sobre todo para situar la carga de la prueba, pero también para interpretar hechos y leyes con relevancia penal), *Inclusio unius exclusio alterius* (que instruye a presumir que lo excluido del texto legal tiene una regulación diferente a lo incluido) o *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* (que instruye a suponer que la regulación legal general sólo tiene las excepciones que ella misma introduce)<sup>47</sup>. Hay cánones interpretativos del Derecho Romano todavía en uso.<sup>48</sup> En la práctica jurídica estadounidense abundan este tipo de guías para determinar el significado de los textos legales (*«canons of statutory construction»*). He aquí uno de ellos: «Cuando a una enumeración de dos o más cosas le siguen palabras generales, éstas se refieren sólo a personas o cosas de

---

Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Artículo 4.1 CP: «Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas». Un precepto quizá menos conocido es el artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: «La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas». Otro canon preceptivo, esta vez jurisprudencial, es el que formula el Tribunal Constitucional español al exigir que la interpretación conforme con la Constitución –requerida a su vez por el principio de jerarquía normativa (art. 9 CE)– se haga sin «ignorar o desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos» (SSTC 22/1985, FJ 5 y 24/2004, FJ 6) y con «respeto al propio tenor literal» de los preceptos (STC 222/1992, FJ 2).

<sup>47</sup> Pueden verse estas y otras «reglas doctrinales» en CASTÁN, J., *Teoría de la aplicación...*, cit., pp. 253-258.

<sup>48</sup> Por ejemplo: *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio* (cuando en las palabras no hay ambigüedad, no debe ponerse en cuestión la voluntad manifestada) (Paulo en *Digesto*, 32, 25, 1); o *In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit* [en los convenios debe tenerse más en cuenta la voluntad de los contratantes que las palabras] (Papiniano en *Dig.*, 50,16, 219). Aunque en apariencia se contradicen, ambos principios se reúnen en el artículo 1281 del Código Civil, a su vez un *precepto* hermenéutico: «Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas». Otras ejemplos: *In contrahenda venditione ambiguum partum contra venditorem interpretandum est* (los términos ambiguos de una compraventa deben interpretarse en contra del vendedor) (Paulo en *Dig.*, 50, 17, 172); *Non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere* (las palabras deben entenderse conforme a su uso común, y no según la opinión particular) (Celso en *Dig.* 33,10,7,2).

la misma categoría o clase mencionada específicamente (*ejusdem generis*)»<sup>49</sup>.

Los cánones interpretativos, sean preceptos vinculantes o guías orientativas, pueden clasificarse también en dos niveles. En el primer nivel están las reglas de interpretación propiamente dichas, que dicen dónde, con qué y cómo indagar y qué fines perseguir. En el segundo nivel están las reglas de uso y de prioridad, que dicen cómo aplicar las reglas interpretativas primarias y cuáles de ellas prevalecen en caso de conflicto<sup>50</sup>.

Según lo dicho, las directrices crean cánones que se concretan en reglas, algunas de las cuales gobiernan la aplicabilidad de otras (de modo que las más débiles pueden ser desplazadas o «derrotadas»). Las directrices provienen a su vez de las teorías interpretativas prescriptivas, cuya determinación de los objetivos de la interpretación es al fin y al cabo lo que genera las pautas metodológicas. Esta conexión entre las teorías prescriptivas y las pautas metodológicas va de suyo y no precisa subrayarse (una teoría interpretativa es prescriptiva precisa-

<sup>49</sup> Por ejemplo, «grava, arena, tierra y otro material» en un terreno estatal no incluye la madera talada con fines comerciales. Tanto la formulación como el ejemplo son de: SCALIA, A. y GARNER, B.A., *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul (Minn.), Thomson/ West, 2012, p. 201. El libro recoge o reelabora, y explica con ejemplos, treinta y siete cánones «aplicables a todos los textos» jurídicos y veinte «aplicables específicamente a las disposiciones gubernativas». Algunos de estos cincuenta y siete cánones expresan con claridad la teoría interpretativa originalista y «textualista» de los autores del libro. Así, su canon 7 resulta de una tesis originalista: «Debe dársele a las palabras el significado que tenían cuando fue adoptado el texto». Y su canon 6 refleja una tesis declarativa y dice: «Las palabras han de entenderse en sus significados cotidianos, comunes; a menos que el contexto indique que tienen un significado técnico». Así —señalan—, la prohibición de tratar cruelmente a «cualquier animal» abarca los gallos de pelea; y «persona» en sentido jurídico no solo incluye el ser humano; pero en algunos casos es difícil determinar si prevalece el significado común o el técnico: por ejemplo el Tribunal Supremo de los EE.UU. decidió en 1893 que los tomates estaban sujetos a los impuestos aplicables a las verduras (*vegetables*), aunque botánicamente son frutas. Sobre este caso, ver también: MORESO, J. J., «Tomates, hongos y significado jurídico», en MORESO, J. J., *et al*, *Los desacuerdos en el Derecho*, *cit.*

<sup>50</sup> En un apartado anterior (§ 1.8) ya se hizo alusión a esta distinción de niveles: WRÓBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, *cit.*, p. 47; CHIASSONI, P., *Técnicas de interpretación jurídica*, *cit.*, pp. 89 ss. Chiassoni enuncia veintiséis «directivas primarias», que clasifica por su orientación «lingüística», «(seudo)psicológica», «autoritativa», «teleológica» o «heterónoma»; y otras varias «directivas secundarias», que clasifica en «selectivas», «procedimentales» y «preferenciales». Muchos de los cánones que describe son alternativos e incompatibles entre sí. Un ejemplo de directiva primaria —que se corresponde con la doctrina de Scalia y Garner— dice: «DP2: «A una disposición se le debe atribuir el significado que resulte del uso ordinario de las palabras y de las reglas gramaticales de la lengua natural en la que está formulada, en el momento de la producción de la disposición (interpretación *literal-ordinaria-histórica* o *literal-ordinaria-originalista*).»» (p. 92). Y un ejemplo de directiva secundaria «preferencial» en su variante «positiva o comparativa» que expresa una prioridad absoluta, sería el siguiente: «El significado ordinario de una disposición prevalece sobre su diferente significado técnico-jurídico» (p. 128).

mente porque marca pautas y solo por eso); pero he optado por señalarla en el esquema para hacerla más evidente.

### 3. CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE MAPA CONCEPTUAL

Las consideraciones expuestas explican el siguiente mapa conceptual, que he diseñado con la aplicación *IHMC CmapsTools*. Las piezas que lo forman, y que he tratado de deslindar, tienen una estrecha imbricación y el mapa debería señalarla con múltiples flechas; pero por razones de claridad las he limitado<sup>51</sup>. En cuanto a la forma de las líneas, las continuas representan relaciones directas y estables; las de puntos, relaciones indirectas; y las discontinuas, relaciones inestables o abiertas (no exhaustivas).

Habrà quien haya echado en falta mi toma de posición personal ante las múltiples disyuntivas que he señalado. Aunque el objetivo de este trabajo no era sopesar las opciones sino solo identificarlas y ordenarlas, reconozco que me inclino por una teoría ecléctica según la cual los enunciados interpretativos son propiamente (pero no exclusivamente) aserciones, las cuales a menudo (pero no siempre) son susceptibles de verdad o falsedad; por el enfoque empirista y por la actitud metódica y epistémica. En cuanto a la finalidad, me inclino por la teoría declarativa en su versión convencionalista, y por las teorías objetiva y evolutiva en versiones moderadas, resumidas en el lema *El Derecho es lo que parece*. Trataré de explicar en pocas palabras estas preferencias.

El Derecho es una realización humana desarrollada para organizar grupos sociales y dirigir la conducta de sus miembros por medio de normas, con fines que quienes lo ponen en práctica (quienes crean, siguen o aplican dichas normas) consideran deseables. En persecución de estos fines el Derecho dispone pautas de actuación e incentivos que las refuerzan, y establece procedimientos e instituciones para coordinar las conductas y para resolver los conflictos. El Derecho consiste fundamentalmente en ciertas normas que dirigen y organizan la sociedad y que proceden de ella misma (fuentes sociales), pero también en los valores y fines con los que tales normas se explican y cobran sentido. Por esta razón el Derecho no es una realidad estática y

---

<sup>51</sup> Un caso típico sería el siguiente: una ideología jurídica que acepta la autoridad del legislador (presupuesto) impulsa en el jurista una teoría declarativa y subjetiva acerca de la finalidad de la interpretación, la cual a su vez le dirige a utilizar el canon «*Inclusio unius exclusio alterius*», y éste a aplicar un razonamiento *a contrario* (instrumento) sobre la base de las palabras usadas y los sentidos expresados en el texto (criterio lingüístico); lo cual invoca como argumento para justificar su interpretación; y todo este proceso es descrito, por el teórico que investiga la *naturaleza* del derecho (y quizás en función de su ideología jurídica acerca de la autoridad del legislador), como un proceso o bien cognoscitivo o bien volitivo.

susceptible de ser identificada desde un punto de vista no valorativo o externo, sino que se modela al interpretar sus normas a la luz de los valores que promueven. De esta manera, la interpretación jurídica es una actividad retroalimentada, por cuanto el objeto interpretado es en cierta medida un producto de la interpretación.

Ahora bien, para cumplir sus fines el Derecho ha de ser mínimamente accesible, consistente y sensato, porque de otro modo no tendría eficacia como guía de conducta. Esto condiciona la identificación y la interpretación del Derecho hasta el punto de que descarta las normas que carecen totalmente de publicidad, racionalidad o razonabilidad. Los requisitos de racionalidad y razonabilidad mínimas implican que identificar e interpretar el Derecho son actividades valorativas; pero la exigencia de publicidad opera en la dirección opuesta. Para que el Derecho sea público, los destinatarios tienen que poder conocerlo sin necesidad de realizar valoraciones conflictivas o inciertas. Tienen que confiar en que las normas jurídicas dicen lo que parecen decir; y en que los juicios de valor sobre su bondad o idoneidad no solo son innecesarios para identificarlas y aplicarlas, sino que están excluidos.

Entonces, ¿cómo resolver en la interpretación jurídica todas estas tensiones? En primer lugar, en cuanto producto humano el Derecho es susceptible de conocimiento, aunque no sea posible precisar con detalle su contenido; y la función de interpretarlo es adquirir este conocimiento en la medida de lo posible. La interpretación jurídica se justifica por su función cognoscitiva, y no tanto por la función prescriptiva moral y política que a menudo desempeña de hecho, para la cual hay prácticas sociales mucho más adecuadas, como la legislación democrática. En segundo lugar, la interpretación jurídica ha de tener en cuenta los fines y las exigencias valorativas que conforman el Derecho, pero sin desatender su manifestación pública y su fuerza objetiva y excluyente. En algunos casos el intérprete podrá conjugar satisfactoriamente estas demandas porque el significado público y objetivo de la norma es consistente con el resto del ordenamiento y compatible con metas razonables asociadas a la propia norma o a su autor. En otros casos, en cambio, el intérprete deberá escoger entre primar el significado público o primar otros elementos de juicio, como las razones que explican la norma, los fines que supuestamente motivaron su creación, o los valores ético-políticos últimos defendidos por el Derecho. En este punto hay que tomar partido por una u otra teoría prescriptiva.

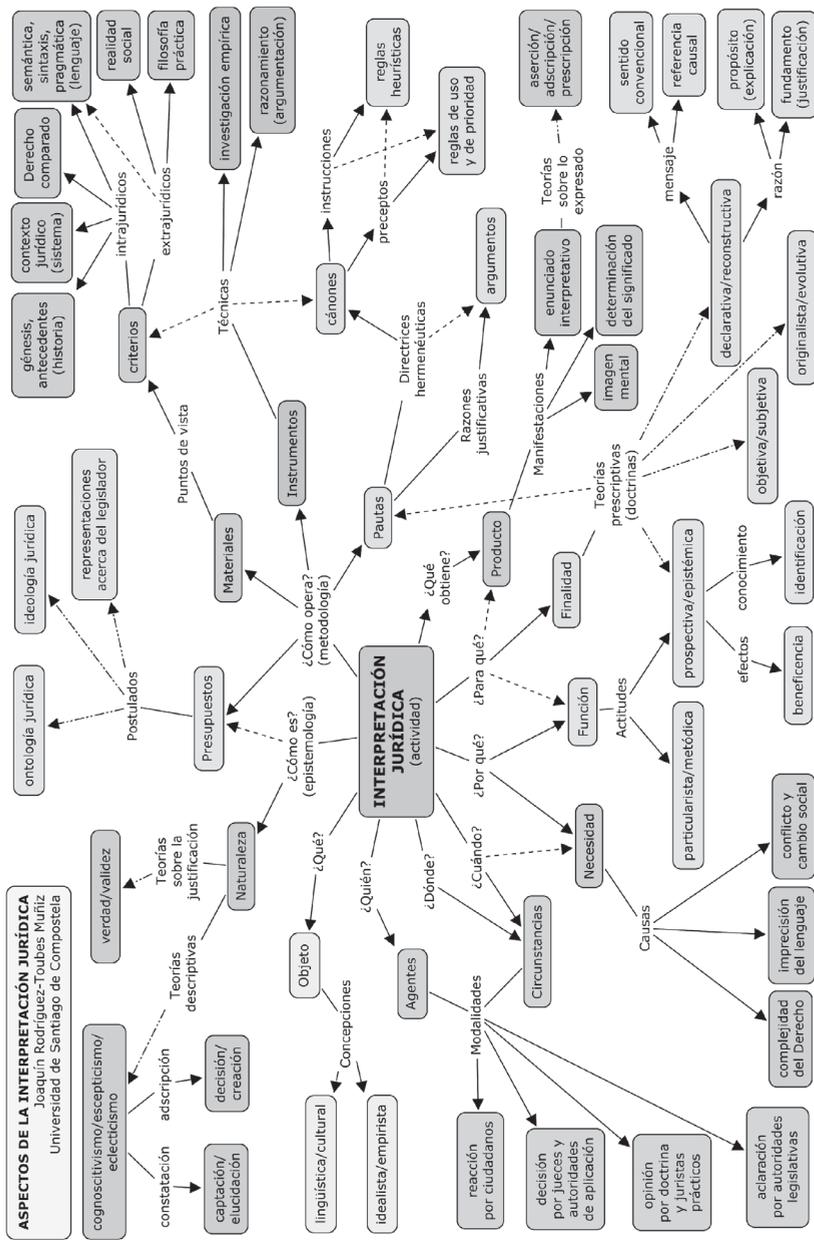
Pues bien, en la interpretación jurídica la tensión entre la norma pública y su razón oculta, entre lo explícito y lo implícito, ha de resolverse de distinto modo según el tipo de problema que se suscite y las circunstancias del Derecho mismo. No defiendo aquí el particularismo, sino por el contrario la aplicación metódica de un criterio selectivo, basado en una distinción cualitativa y en un doble rasero. La distinción cualitativa diferencia las normas jurídicas según persigan sus

finés sustanciales directamente o mediante la coordinación y el orden social. En el primer caso, para identificar y seguir la norma importa reconocer los fines y valores promovidos, y la interpretación ha de reconstruir a esta luz el significado jurídico de la disposición rebasando incluso su significado público. En el segundo caso importa sobre todo la conformidad y la convergencia de conductas, y por ello la interpretación debe descansar en el significado público, que hace posible dicha convergencia. Así, por ejemplo, la norma que protege la libertad de expresión es del primer tipo, y su aplicación requiere sin duda evaluar opciones morales y políticas. En cambio, las normas que regulan los plazos de prescripción o la circulación de vehículos de motor suelen ser del segundo tipo, y su empleo excluye las valoraciones que no sean meramente técnicas. La dificultad obvia de esta pauta hermenéutica es trazar esta distinción cualitativa en cada caso. Por ejemplo, la «temeridad» en la conducción de vehículos, ¿ha de considerarse un disvalor sustancial expuesto a la controversia ética o una noción técnica que depende de los usos sociales?

Aquí interviene el doble rasero. Cuando el Derecho carece de legitimidad, su pretensión de servir como guía de conductas y mecanismo de coordinación con carácter excluyente debe tomarse con prevención, y ante la menor duda la interpretación debe guiarse por los criterios valorativos extrajurídicos propios de una moral ilustrada. El caso es distinto cuando el Derecho posee legitimidad, lo cual ocurre en las sociedades democráticas actuales, donde la creación jurídica está gobernada por autoridades que directa o indirectamente son responsables ante los sujetos de Derecho. En este caso, de modo inverso, la pretensión de autoridad merece ser tomada en serio, y el Derecho debe ser seguido e interpretado tal como la autoridad legislativa lo propone. Como, por las razones ya expuestas, ha de presumirse que el legislador propone lo que hace público, la interpretación jurídica ha de tener como finalidad principal determinar el contenido del Derecho tal como es percibido por sus destinatarios. Al interpretar una norma jurídica importa sobre todo el significado que tiene para la mayoría de quienes en el momento actual han de seguirlas o aplicarlas; y de ahí mi preferencia por las doctrinas objetiva, evolutiva y declarativa. Esto no ha de entenderse como una exclusión radical de los enfoques intencionalista (subjetivo y originalista), finalista y justificativo (reconstructivos); porque lo que *parece* Derecho en un sentido público está configurado no solo por el lenguaje en que se expresan las normas, sino también por convicciones extendidas, a menudo de sentido común, sobre sus motivos, su utilidad y su fundamento.

En todo caso, el debate doctrinal sobre la interpretación jurídica no se zanja con la presunción apuntada –según la cual el contenido de las normas de un ordenamiento jurídico legítimo es principalmente su significado público–, porque la siguiente pregunta es cuándo dicha presunción debe ceder ante otras consideraciones de mayor peso. Mi respuesta es que recurrir al significado público es inviable cuando no hay

*un* significado público, lo cual en las sociedades pluralistas ocurre con relativa frecuencia respecto de los contenidos jurídicos de carácter ideológico. No todo el Derecho está expuesto a controversia ideológica, pero sí parte del Derecho; y en esta parte la búsqueda de un significado público está abocada al fracaso. En esta situación, pero solo en ella, habrá que remitirse al criterio de la autoridad legislativa legítima, a su intención. Las normas jurídicas promulgadas o respaldadas por las autoridades legítimas deben ser interpretadas y aplicadas teniendo presente esta legitimidad de origen, lo cual conlleva tomar en serio su significado público –de modo que excluye la evaluación extrajurídica y la tentación de aprovechar la interpretación para reformar el Derecho–, pero conlleva también tomar en serio la voluntad del legislador allí donde el significado de la norma depende de opciones ideológicas controvertidas. Supuestos unos mínimos de legitimidad, racionalidad y razonabilidad, *el Derecho es lo que parece*, por cuanto su contenido es el que el sus destinatarios creen que tiene y sobre el que pueden basar sus conductas; pero cuando para determinar lo que parece Derecho no bastan las fuentes sociales, el juicio de valor decisivo no debe ser el del intérprete, sino el de la autoridad legislativa.



Fecha de recepción: 31/03/2013. Fecha de aceptación: 31/10/2013.



# Sobre la pertinencia del control jurisdiccional de constitucionalidad: algunos comentarios críticos<sup>1</sup>

## On the pertinence of judicial review: some critical comments

Por RAMÓN RUIZ RUIZ  
Universidad de Jaén

### RESUMEN

*Es cierto que la amplia discrecionalidad de la que gozan los jueces a la hora de aplicar el Derecho es difícilmente eludible, pero también lo es que implica algunos riesgos para principios tan básicos como el de igualdad, el de seguridad jurídica o incluso el de separación de poderes. Y estos riesgos son aun mayores en el caso de la justicia constitucional como consecuencia de su potestad para imponer su propia interpretación no solo de la Constitución, sino también de la legislación sometida a su jurisdicción. Ante tal panorama, en este artículo se analizan las causas de tal discrecionalidad y los riesgos que comporta y se plantea la necesidad de articular mecanismos para moderarla con la finalidad de que la voluntad que se plasme finalmente en la legislación sea la de los ciudadanos y no la de los tribunales.*

Palabras clave: *Interpretación jurídica, discrecionalidad judicial, separación de poderes, control de constitucionalidad.*

---

<sup>1</sup> Esta publicación se ha realizado en el marco del Programa Consolider 2010 «El tiempo de los derechos» (HURI-AGE).

## ABSTRACT

*It is true that the wide discretion enjoyed by judges when applying the law is difficult to avoid, but it is also true that it implies some risks for such basic principles as equality, legal certainty or even separation of powers. And these risks are even greater in the case of constitutional courts because of their power to impose their own interpretation not only of the Constitution, but also of the statute law. So, this article analyzes the causes and risks of such a discretion and proposes to create tools so that the will which finally is translated into legislation is that the citizens and not of the courts.*

**Key words:** *Legal interpretation, Judicial discretion, Separation of powers, Judicial review.*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN: SOBRE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL.—2. SOBRE LA DISCRECIONALIDAD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.—3. SOBRE EL CONTROL DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

**SUMMARY:** 1. INTRODUCTION: ON JUDICIAL DISCRETION.—2. ON THE DISCRETION OF THE CONSTITUTIONAL COURT.—3. ON THE CONTROL OF JUDICIAL REVIEW.

### 1. INTRODUCCIÓN: SOBRE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Es común, todavía hoy, entre los no juristas —y aun entre algunos que sí lo son—, creer que cuando un tribunal interpreta una norma y dicta una sentencia en virtud de tal interpretación no está haciendo otra cosa que poner de manifiesto el verdadero significado de esa norma; es decir, que no está añadiendo nada a la norma, sino revelando su auténtica significación, que lo que aplica al caso no es más que la ley en sí misma y no su interpretación de la ley, que, en definitiva, no está actuando más que como el instrumento que pronuncia las palabras de la ley<sup>2</sup>. Sin embargo, esta percepción de la actividad judi-

---

<sup>2</sup> Se trata de una creencia muy útil, porque, como escribe Martínez García, «la jurisprudencia tradicional se servía de la ficción de univocidad para mantener el ideal de la seguridad jurídica» (MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., «Derecho e incertidumbre», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 28, 2012, p. 106). Y de modo similar, señala Devlin que los propios jueces afirman que, en ocasiones, les gustaría decidir de forma distinta, pero que el Derecho no se lo permite, al ser tan vinculante para ellos como para los litigantes, y que si se alejan de la ley y toman sus propias decisiones, incluso si en sustancia son justas, sacrifican la apariencia de imparcialidad que proporciona la sujeción al Derecho. Se trata, por tanto, de una ficción útil, porque la parte perdedora

cial es actualmente minoritaria entre la doctrina, consciente de que «la interpretación jurídica no es un proceso maquinal en el que se «descubre» lo que la ley dice, sino una actividad creadora que presta a la fórmula de la ley una dimensión de la que carecía sin ella; se suele decir, incluso, que no hay norma sin interpretación»<sup>3</sup>.

Así opinaba el propio Kelsen cuando escribía que «si por interpretación se entiende la determinación en cuanto conocimiento del sentido del objeto interpretado, el resultado de una interpretación jurídica sólo puede ser determinar el marco que expone el Derecho por interpretar y, por tanto, el conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de ese marco». Por lo tanto –continúa nuestro autor– «la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una decisión única, sino a varias, todas las cuales [...] tienen el mismo valor, aunque solo una de ellas se convertirá en derecho positivo», toda vez que –concluye– «no existe genéricamente ningún método según el cual uno entre los varios significados lingüísticos de una norma pueda ser designado como el «correcto»<sup>4</sup>.

Por tanto, el juez tendrá la capacidad de elegir, entre estos diversos significados, el que le parezca más adecuado al caso que tiene entre manos. Y si a esta evidencia añadimos el hecho de que el Derecho no es pleno, que tiene lagunas, que las leyes no responden a todas las preguntas, y que los jueces han de decidir a veces sin disposiciones previas, aplicando normas no previstas por el legislador, podemos concluir que los jueces no pueden ser considerados como meros aplicadores del Derecho, sino también como creadores del mismo, al menos en algunos sentidos y supuestos.

Es indudable, por tanto, que en nuestros días el juez –y, especialmente, el juez constitucional, al que prestaré especial atención en estas páginas– goza de una importante discrecionalidad. Señala en este sentido Añón Roig<sup>5</sup> que hay quienes opinan que la discrecionalidad es un aspecto a la vez central e inevitable del Derecho. Central porque los sistemas jurídicos contemporáneos distribuyen cada vez más poderes expresos de decisión a funcionarios y operadores jurídicos con objeto de realizar los objetivos legislativos de carácter más general; inevitable porque el paso de las normas a la acción, de la abstracción a la realidad, implica sujetos que interpreten, realicen y adopten decisiones. Y esta discrecionalidad se da en todas aquellas

---

en un proceso pensará que el mazazo se lo ha dado la ley misma, que es igual para todos, no el juez, por lo que no albergará un sentimiento de injusticia individual; «¡y cuántos litigantes derrotados han aliviado sus heridas con el pensamiento de que el Derecho es un cretino!» (vid. DEVLIN, «Judges and Lawmakers», *The Modern Law Review*, vol. 39, núm. 1, 1976, p. 4).

<sup>3</sup> FERRERES, V. y XIOL, J. A., *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, p. 31.

<sup>4</sup> KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, U.N.A.M., México D.F., 1986, pp. 351-352.

<sup>5</sup> Vid. AÑÓN ROIG, M. J., «Notas sobre discrecionalidad y legitimación», *Doxa*, vol. 15/16, 1994, p. 902.

áreas en las que se confiere un poder de decisión y donde en mayor o menor medida ese poder puede determinar también los criterios de acuerdo con los cuales se ejerce un abanico de competencias.

Y puede ser cierto también, como sostiene Martínez García<sup>6</sup>, que la flexibilidad del Derecho se encuentra en relación inversa con el de seguridad jurídica y, no obstante, esta incertidumbre es necesaria porque, gracias a ella, se dejan abiertas cuestiones que, dada nuestra incapacidad para anticipar el futuro, no pueden resolverse razonablemente de antemano, sino solo cuando se presentan. La incertidumbre, así, sería inevitable, y aun aconsejable, ante una realidad que se está transformando constantemente y que necesita un sistema jurídico dotado de fluidez y flexibilidad, capaz de realizar compromisos relativos y transitorios entre estabilidad y cambio; lo que se precisa es saber afrontarla conscientemente y con destreza.

No obstante, si bien es cierto que esta discrecionalidad es inevitable, también lo es que debe ser de algún modo fiscalizada para impedir que derive en arbitrariedad y que suponga una amenaza para los principios de igualdad y de seguridad jurídica porque, como advierte Malem Seña, en la medida en que los jueces tengan discrecionalidad, los cauces para que trasladen sus preferencias idiosincráticas a sus decisiones permanecen, en mayor o menor sentido, abiertos, toda vez que la interpretación es una actividad creativa sujeta a las veleidades ideológicas –en un sentido amplio– del intérprete, lo que podría comportar que las decisiones judiciales pudieran ser diferentes en casos similares, ya que dependerían de aspectos personales del juzgador<sup>7</sup>.

Se suele aducir, sin embargo, que existen diversos mecanismos para limitar los efectos de tal discrecionalidad. El primero de ellos sería la exigencia de la motivación de las decisiones judiciales, lo cual implica que estas deben ser justificadas, es decir, han de estar avaladas por razones. Señala en este sentido, nuevamente, Malem<sup>8</sup> que la finalidad de la motivación es tanto endoprocésal como extraprocésal. Desde el punto de vista endoprocésal, la motivación trata de evitar la arbitrariedad, ofrece razones a las partes que participaron en el proceso y facilita el control de la actividad jurisdiccional, al dotar de argumentos para los recursos. Desde una perspectiva extraprocésal, la

---

<sup>6</sup> Vid. MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., «Derecho e incertidumbre», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 28, 2012, pp. 106-107.

<sup>7</sup> Vid. MALEM SEÑA, J. F., *El error judicial y la formación de los jueces*, Gedisa, Barcelona, 2008, p. 251. En esta misma línea, escribe Ruiz Miguel que «la independencia judicial se expresa en dos notas habitualmente atribuidas a la magistratura: la apoliticidad y la inamovilidad. La apoliticidad es sin lugar a dudas una pretensión ideológica imposible de realizar a la letra, pues salvo que escindamos al juez de una parte humana y otra profesional será difícil encontrar verdaderos desinteresados de las cosas públicas, que es el significado más general de lo político» (RUIZ MIGUEL, A., «Creación y aplicación en la decisión judicial», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 1, 1984, p. 27).

<sup>8</sup> Vid. MALEM SEÑA, J. F., *El error judicial y la formación de los jueces*, cit., p. 252.

motivación de las decisiones judiciales es una muestra de la responsabilidad del juez que ofrece las explicaciones y razones de su decisión, cumpliendo una tarea de pedagogía social y contribuyendo así a aumentar la confianza del ciudadano. Y sobre todo la motivación señala la sumisión del juez a la Constitución y a la ley<sup>9</sup>.

Pero la duda que surge, llegados a este punto, es qué hay que entender por una «decisión judicial racionalmente justificada». Así, es habitual señalar que el razonamiento judicial es racional si el paso de las premisas a la conclusión tiene lugar de acuerdo con las reglas del razonamiento lógico, el cual tradicionalmente se ha identificado con la aplicación del silogismo judicial. Ahora bien, como señala Iturralde<sup>10</sup>, el recurso al silogismo exclusivamente puede ser criticado por varias razones.

En primer lugar, porque algunos afirman que el silogismo no agota el razonamiento judicial puesto que representa solo el *iter* que el juez sigue para alcanzar la decisión, pero no comprende la actividad esencial del juez a través de la que este llega a fijar las premisas empleadas para tal fin, lo cual es esencial. Y, ciertamente, en muchas ocasiones podemos encontrarnos con normas jurídicas en conflicto, o con falta de normas aplicables al caso, por lo que no es posible usar el razonamiento silogístico para determinar la norma aplicable, con la consiguiente indeterminación acerca de qué norma ocupa el lugar de premisa mayor. A lo que hay que añadir el problema que «puede expresarse como sigue: «todos los S son P», pero la cuestión esencial es precisamente si la conducta del demandado o acusado es S; en otras palabras, el problema es de clasificación, de otorgar una cualificación jurídica a los hechos reales, más que de deducción»<sup>11</sup>.

Pero, lo que es más relevante, puede sostenerse que la teoría del silogismo proporciona una explicación inadecuada e inexacta de la manera en que los jueces realmente deciden los casos, toda vez que – se arguye– su metodología ha sido y continúa siendo claramente no deductiva. Y así lo reconocía, por ejemplo, el famoso magistrado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, Benjamin Cardozo, quien comentaba con la mayor sinceridad en su libro *The Nature of The Judicial Process*, cómo resolvía los litigios sometidos a su conocimiento: en términos generales, él no seguía ningún método de interpretación específico, lo que hacía primero era buscar la solución que le parecía justa y después se preocupaba de ver cuál de los métodos de

<sup>9</sup> Como afirma el Tribunal Constitucional, «si bien la razón última que sustenta este deber de motivación, en tanto que obligación de exteriorizar el fundamento de la decisión, reside en la interdicción de la arbitrariedad y, por lo tanto, en la necesidad de evidenciar que el fallo de la resolución no es un simple y arbitrario acto de la voluntad del juzgador en ejercicio de un rechazable absolutismo judicial, sino una decisión razonada en términos de derecho» (STC 131/2000, de 16 de mayo).

<sup>10</sup> Vid. ITURRALDE, V., «Sobre el silogismo judicial», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 8, 1991, p. 247.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 249.

interpretación podía servir para justificar la decisión que ya de antemano había tomado<sup>12</sup>.

Nos encontramos, en definitiva, ante una situación, a mi juicio, preocupante, porque no es solo los principios de igualdad y de seguridad jurídica lo que está en juego, sino algo más. No podemos olvidar que los jueces cumplen una importante función de promotores de la confianza colectiva en el Derecho, en el sistema, en las instituciones. Y esto es así porque –convengo con Barragán<sup>13</sup>– las sentencias de los jueces no solo son piezas formales protegidas por el principio de legalidad, sino que constituyen el vehículo mediante el cual se procura que agentes sociales que tienen intereses muy diferentes, y aun antagónicos, logren construir un espacio de convivencia colectiva. Por ello, estas decisiones, además de ser técnica y jurídicamente correctas, deberían estar basadas en la aceptación de un código de valores socialmente aceptado como correcto. En definitiva, es necesario que las decisiones judiciales transmitan de manera eficiente una sensación de corrección normativa, de transparencia decisional y de mecanismo eficaz de resolución de los conflictos, al punto de que sean aceptables aun por quienes no han resultado favorecidos por la decisión.

## 2. SOBRE LA DISCRECIONALIDAD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Pero esta gran discrecionalidad de la que goza el juez ordinario –con frecuencia necesaria, pero que tantos riesgos comporta– se hace aún más evidente –a la vez que trascendente– en el caso del juez constitucional debido, fundamentalmente, a la llamada «rematerialización de la Constitución» y al consiguiente abandono del modelo decimonónico que la concebía como la regulación jurídica del poder político y de la creación del Derecho y, en consecuencia, básicamente conformada por normas de competencia y de procedimiento –esto es, por lo que la teoría constitucional suele llamar «parte orgánica» de la Constitución–, en tanto que las declaraciones de derechos y otras disposiciones materiales se consideraban jurídicamente irrelevantes.

Este sería el modelo de Constitución propuesto por Kelsen<sup>14</sup>, quien la identifica con un conjunto de reglas sobre la creación de las normas esenciales del Estado, sobre la determinación de los órganos y sobre el procedimiento de la legislación, excluyendo, idealmente, normas de

---

<sup>12</sup> Vid. RECASÉNS, L., *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1962, p. 550.

<sup>13</sup> Vid. BARRAGÁN, J., «Decisiones judiciales y desempeño institucional», OROZCO, J. J., VÁZQUEZ, R. y MALEM, J. F. (comps.), *La función judicial: ética y democracia*, Gedisa, Barcelona, 2003, p. 194.

<sup>14</sup> Vid. KELSEN, H., «La garantía jurisdiccional de la Constitución», en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, trad. de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, pp. 142 y 143.

contenido material que establezcan principios, directivas y límites al contenido de las futuras leyes. Evidentemente, Kelsen reconocía que, de hecho, las constituciones contienen también cláusulas de este tipo, pero opinaba que el alto grado de indeterminación que presentan estas normas —«estos principios, a los que nadie, a pesar de todos los esfuerzos que a ello se han dedicado, ha podido hasta ahora dotar de un contenido medianamente unívoco», escribía— hace que solo quepa entenderlas como expresiones carentes de significado jurídico que consagran espacios demasiado abiertos a la discrecionalidad. De ahí que resultara equivocado para Kelsen interpretar las disposiciones de la Constitución sobre «la equidad, la libertad, la igualdad, la justicia, la moralidad, etc.», como directivas relativas al contenido de las leyes, y más aun emplearlas como criterio para enjuiciar su constitucionalidad, puesto que «al faltar una precisión del contenido de estos valores, [...] tanto el legislador como los órganos de ejecución de la ley están autorizados para llenar discrecionalmente el espacio que les dejan la Constitución y la ley»<sup>15</sup>.

Lo contrario implicaría un impropio desplazamiento de poder del Parlamento a favor del Tribunal Constitucional —por ello aconsejaba, con el fin de evitar tal desplazamiento, que se evitaran este tipo de contenidos y, en todo caso, que se formularan del modo más preciso posible—. La finalidad de este Tribunal, conforme a tal modelo, se limitaría a verificar un juicio abstracto de normas donde quedase excluida toda ponderación de los valores e intereses que subyacen a la ley o a los hechos que son objeto de su aplicación, por cuanto tales valores e intereses son la fuente y el vehículo de la subjetividad y de la ideología<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Y añadía: «Sin embargo, estas mismas fórmulas pueden jugar un papel extremadamente peligroso precisamente en el campo de la justicia constitucional. Podrían interpretarse las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador a someterse a la justicia, la equidad, la igualdad, la libertad, la moralidad, etc., como directivas relativas al contenido de las leyes. Esta interpretación sería evidentemente equivocada, porque ello no podría ser así más que si la Constitución estableciera una directiva precisa, es decir, si indicara un criterio objetivo cualquiera. [...] la Constitución debe, especialmente si crea un tribunal constitucional, abstenerse de todo tipo de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, formularlos del modo más preciso posible» (ibídem).

<sup>16</sup> En buena medida, el rango definidor del sistema kelseniano residía —como señala Marina Gascón—, en la estricta exclusión del conocimiento de hechos por parte del juez de constitucionalidad; su tarea quedaba rigurosamente circunscrita a un juicio de compatibilidad lógica entre dos enunciados normativos perfectamente cristalizados, pero carentes de cualquier referentia fáctica: la Constitución y la ley. El Tribunal Constitucional venía a representar, así, un intento de recuperación de unas dosis de racionalidad: de un lado porque pretendía garantizar la supremacía de la Constitución sin comprometer la libertad política del Parlamento; de otro, porque asumiendo las enseñanzas del antiformalismo, quiso recuperar uno de los ideales de la filosofía iluminista y de la codificaciones, cual es el de la aplicación «lógica» y controlable del Derecho (vid. GASCÓN ABELLÁN, M., «La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, 1994, p. 63).

No obstante, lejos de atender las recomendaciones de Kelsen<sup>17</sup>, las mayor parte de las constituciones promulgadas a lo largo del siglo pasado siguieron la senda iniciada por la de Weimar, entre otras, acentuando la presencia de contenidos valorativos expresados en su mayoría en un lenguaje deliberadamente impreciso, lo cual se justifica, a juicio Sánchez González, por las siguientes razones: «a) la generalidad inherente a toda norma destinada a organizar la vida política de un pueblo que, a su vez, contiene un conjunto de normas; b) la pluralidad de ideologías e intereses presentes en su texto; c) la utilización de términos que no son, propiamente hablando, técnico-jurídicos; y d) la dificultad inherente a la regulación de la dinámica política y de los derechos fundamentales»<sup>18</sup>.

Y va a ser este lenguaje necesariamente vago el que se va a constituir como parámetro de validez material de las normas, en manos de un Tribunal Constitucional facultado para atribuirle un significado concluyente del que se va a valer para decidir si el significado atribuido por el legislador está jurídicamente justificado<sup>19</sup>.

Sin embargo, este proceso no es ni tan sencillo ni tan neutro como a veces se nos quiere hacer creer. Así, por ejemplo, en el caso *United States v. Butler*, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos sostuvo la siguiente tesis: «Cuando una ley del Congreso es debidamente impugnada ante un tribunal, el deber del tribunal es compararla con el artículo constitucional invocado y decidir si se conforma a dicho artículo»<sup>20</sup>. Sin embargo, como nos recuerdan Mendonca y Guibourg, esto es, obviamente, una sobresimplificación ingenua del mecanismo de control de constitucionalidad de las leyes en la gran mayoría de los casos, dado que muy rara vez la inconstitucionalidad de una ley aparece demostrada por un mero examen superficial<sup>21</sup>.

Lo cierto es que el control de constitucionalidad no se lleva a cabo comparando, simplemente, los artículos o textos legales con los constitucionales, sino mediante el cotejo de las normas que tales artículos expresan, de acuerdo con determinada interpretación. Esto es, cuando el juez constitucional juzga la constitucionalidad de una norma, lo que está haciendo es, ni más ni menos, que un juicio de contraste entre dos textos, la Constitución y la ley, con el propósito de apreciar si las normas que se expresan en la segunda son compatibles con el sistema de

---

<sup>17</sup> Vid. LOPERA MESA, G. P., «La aplicación del Derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados», *Cuadernos de Investigación*, núm. 16, 2004, p. 51.

<sup>18</sup> SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., «De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 12/13, 2003, p. 28.

<sup>19</sup> Vid. BARRANCO AVILÉS, M. C., *Derechos y decisiones interpretativas*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 98.

<sup>20</sup> «When an Act of Congress is appropriately challenged in a Court, it is the duty of the court to compare it with the article of the Constitution which is invoked and decide whether it conforms to that article» [297 US, 1 (1936)].

<sup>21</sup> Vid. MENDONCA, D. y GUIBOURG, R. A., *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 152.

normas que se expresan en la primera, lo que demanda no sólo la interpretación de la Constitución, sino algo más, la interpretación del ordenamiento legal.

En esta línea, Gargarella escribe que los jueces llevan a cabo mucho más que una «mera lectura» de la Constitución, pues en algunos casos «incorporan» al texto soluciones normativas que no estaban –al menos explícitamente– incorporadas al mismo. Ilustra su aseveración con el ejemplo de «situaciones tan ajetreadas y conflictivas como la referida al aborto: la mayoría de las constituciones no dicen absolutamente nada acerca del aborto –como no dicen nada acerca de infinidad de otras cuestiones, escapándose (razonablemente) al riesgo de desarrollar una Constitución extensísima–, pero la mayoría de los jueces asumen –en ese caso, como en tantos otros– la tarea de «desentrañar» posibles respuestas a tales dilemas, residentes en los intersticios de la Constitución». Los jueces, entonces –continúa Gargarella–, asumen la tarea que decían no estar asumiendo: la de reemplazar a los legisladores –a la voluntad ciudadana, en general– en la resolución de cuestiones fundamentales. En «el ejemplo en cuestión, nótese, una minoría de jueces decide en nombre y en lugar del resto de la ciudadanía, qué es lo que deber hacerse en materia de política abortista»<sup>22</sup>.

Podemos, así, concluir que el control de constitucionalidad es, sin lugar a dudas, un control político y, cuando se impone frente a otros órganos del poder contiene, en toda su plenitud, una decisión política. Cuando los tribunales proclaman y ejercen semejante derecho de control, dejan de ser meros órganos de ejecución de decisiones políticas y se convierten, por derecho propio, en órganos de poder<sup>23</sup>. Se hacen así realidad los temores de Kelsen: los tribunales constitucionales de nuestro tiempo han acabado por desplazar, al menos en cierto sentido, a los parlamentos como órganos últimos de decisión. Concretamente, escribía Kelsen al respecto lo siguiente:

«[...] No es imposible que un tribunal constitucional llamado a decidir sobre la constitucionalidad de una ley la anule por motivo de

<sup>22</sup> GARGARELLA, R., «La dificultad de defender el control constitucional de las leyes», *Isonomía*, núm. 6, 1997, p. 29. Y añade que «[...] pero es que incluso en los casos aparentemente más claros se tornan relativamente imprecisos frente a casos concretos y exigen un difícil proceso interpretativo (la libertad de expresión [...] ¿hasta dónde llega?)».

<sup>23</sup> Vid. MENDONCA, D. y GUIBOURG, R. A., *op. cit.*, p. 149. Se trataría, entonces, de un juicio que es a la vez jurídico y político, toda vez que la disposición que se contrasta contra la Constitución, la ley, «viene revestida de una especial dignidad en tanto ha sido aprobada por un órgano democrático ampliamente representativo y popularmente elegido» (DUQUE SANDOVAL, Ó. y FREDDYUR TOVAR, L., «Constitucionalismo y control judicial: entre la incertidumbre y la esperanza», en DUQUE SANDOVAL, Ó. y FREDDYUR TOVAR, L. (comps.): *Justicia constitucional y democracia en el siglo XXI*, Memoria del Primer Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de Occidente (Cali, Colombia) y Universidad Carlos III de Madrid (España), 2009, p. 15).

ser injusta, siendo la justicia un principio constitucional que el tribunal debe consiguientemente aplicar. Pero, en este caso, el poder del tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable. La concepción de la justicia de la mayoría de este tribunal podría ser completamente opuesta a la de la mayoría del Parlamento que hubiera votado la ley. Va de suyo que la Constitución no ha querido, al emplear un término tan impreciso y equívoco como el de la justicia u otro similar, hacer depender la suerte de cualquier ley votada en el Parlamento del simple capricho de un órgano colegiado compuesto, como el tribunal constitucional, de una manera más o menos arbitraria desde el punto de vista político»<sup>24</sup>.

Se ha llegado a sostener, por tal motivo, que la revisión judicial constituye una anomalía del régimen democrático, desde el momento en que el control de las leyes (emitidas por órganos del poder establecidos democráticamente) es ejercido por un tribunal que no ha sido directamente elegido por el pueblo. Además, ni siquiera hay garantía absoluta acerca de la corrección de las decisiones, pues los Tribunales Constitucionales no están libres de abusar políticamente de su poder, frustrando o anulando decisiones de los órganos, elegidos y controlados por el pueblo.<sup>25</sup> Estaríamos así, ante lo que Alexander Bickel denominó la *dificultad contramayoritaria*, afirmando que «cuando la Corte Suprema declara inconstitucional una ley o una acción de un ejecutivo electo, frustra la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora; ejerce el control, no en nombre de la mayoría imperante sino en su contra»<sup>26</sup>.

Podemos, en vista de lo anterior, llegar tan lejos como afirmar que tal situación «tiene consecuencias importantes en lo que afecta a la concepción de la división de poderes, que ahora sufre una reformulación, toda vez que el legislador ya no es soberano: está sometido a la Constitución y a un órgano específico que controla, desde el punto de vista de su constitucionalidad, sus decisiones normativas»<sup>27</sup>. Pero, sobre todo, parece preocupante que tamaño poder esté en manos de un órgano que carece de legitimidad democrática directa.

---

<sup>24</sup> Kelsen, H., *op. cit.*, pp. 142-143.

<sup>25</sup> Señala en este sentido Aguilera Portales que, aparentemente, «podemos manifestar que el constitucionalismo moderno liberal ha sido esencialmente antidemocrático, en el sentido de querer poner límites al poder político sin pretender usurparlo, pero teniendo como referencia última de protección constitucional el marco de derechos fundamentales y libertades públicas; en este sentido, una Constitución no es más que un recurso para limitar el poder de todo gobierno democrático» (AGUILERA PORTALES, R. E., «El poder constituyente, la legitimidad democrática y el pacto constitucional en la teoría política contemporánea», *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 11, 2011, p. 11).

<sup>26</sup> BICKEL, A. *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, New Haven, 1962 pp. 16-17.

<sup>27</sup> ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 100.

Ante tal evidencia, podemos preguntarnos, con Tropper, «¿se conforma al principio democrático que los procesos no sean resueltos por el pueblo, sino por jueces?»<sup>28</sup>. Y, en la misma línea, con Linares, «¿qué justifica que unos jueces que no son elegidos por el pueblo –y que por tanto no rinden cuentas ante él– tengan autoridad para invalidar las leyes del Congreso? ¿qué razones tenemos para pensar que los desacuerdos en la interpretación del texto constitucional deban ser resueltos con carácter final por un grupo de jueces que no representan a nadie?» O, expuesto a la inversa, «¿qué justifica que existan asuntos –como, por ejemplo, los derechos contenidos en una Constitución– sobre los cuales las mayorías no pueden decidir o, al menos, no tengan la última palabra?»<sup>29</sup>.

Son varias y variadas las respuestas que se han dado a estas preguntas, siendo una de las más conocidas la que proporcionaba *Publius* –Alexander Hamilton, James Madison y John Jay<sup>30</sup>– a aquellos que criticaban que en la nueva Constitución federal para el conjunto de los recientemente independizados Estados Unidos de América, cuya ratificación se estaba debatiendo, se incluyera la institución de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, en virtud de la cual –aducían éstos– el poder judicial se colocaría por encima del legislativo. La justificación que se expone en *El federalista* de esta potestad del Poder Judicial –que con el tiempo se calificó como «originalismo»– partía de la idea de que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y el legislativo con la finalidad fundamental de hacer que éste se mantenga dentro de los límites asignados a su autoridad sin vulnerar la de aquél que, al fin y al cabo, es el soberano. Ahora bien, la autoridad y la voluntad suprema del pueblo se expresan en la Constitución, por lo que si el Congreso legisla contra el texto fundamental, en realidad lo está haciendo contra la voluntad popular, por lo que sus decisiones han de ser anuladas. Pero «esto no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo, sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad del Congreso, declarada en sus leyes, se halla en oposición a la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última en preferencia a las primeras»<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> TROPPER, M., «El poder judicial y la democracia», *Isonomía*, núm. 18, 2003, p. 50.

<sup>29</sup> LINARES, S., *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 46.

<sup>30</sup> *Vid.* Alexander HAMILTON, James MADISON y John JAY quienes, conjuntamente, bajo el seudónimo de «Publius», publicaron una serie de artículos en diversos periódicos neoyorquinos entre 1787 y 1788 en apoyo del proyecto de Constitución Federal para los EE.UU. que, con algunas adiciones, aparecieron en forma de libro en 1788, con el título de *The federalist papers*.

<sup>31</sup> MADISON, J., HAMILTON, A. y GRAY, J., *El federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, F.C.E., México, 1998, p. 332.

No obstante, esta teoría no es aceptable en los llamados casos difíciles, casos para los cuales el texto constitucional se muestra inconcluso. Porque, como escribe Linares<sup>32</sup> ¿qué significa gobernarse por la Constitución? ¿nos sirve el razonamiento de Hamilton para determinar si la censura de viñetas religiosas y la prohibición de la pornografía violan la libertad de expresión o para saber si la investigación con células madre conculca la libertad de investigación científica o para saber si la pena de muerte lesiona el derecho a la vida? Estas preguntas y muchas otras no pueden ser resueltas con el argumento originalista, porque los textos constitucionales están plagados de preceptos vagos y ambiguos, conceptos esencialmente controvertidos y principios de contenido moral que tienden a colisionar entre sí en situaciones concretas.

Pero es que, además, no siempre va a ser posible hallar las intenciones originales del constituyente. Si entendiéramos la Constitución o la legislación en términos hobbesianos, es decir, como el producto de «un» legislador, entonces podríamos sentirnos inclinados a adoptar sus intenciones como punto de partida para interpretar las normas que él ha aprobado. Pero el problema es que las constituciones y las leyes no son producto de un único autor experto. Son producidas por las deliberaciones de populosas asambleas, cuya pretensión de autoridad consiste en su capacidad para integrar una diversidad de propósitos, intereses y objetivos entre sus miembros. En esta situación, sería imprudente inferir de la autoridad de la Constitución la autoridad de cualquier propósito por parte de sus miembros particulares<sup>33</sup>.

Y junto a estas objeciones al argumento originalista, encontramos otra como la denominada «objeción temporal»: ¿es genuinamente democrático que sean las intenciones de los «artífices» las determinantes en la interpretación constitucional? ¿Por qué las generaciones futuras han de estar obligadas por las intenciones de las generaciones pasadas? Admitir que los preceptos vagos o ambiguos de la Constitución deban interpretarse según las intenciones de una generación precedente, supondría negar a la generación presente su derecho pleno a interpretar una Constitución que deja muchas preguntas abiertas; sería, en definitiva y dicho de forma un tanto brusca, admitir el gobierno de los muertos sobre los vivos<sup>34</sup>.

Suele aducirse para salvar esta crítica, salvando al mismo tiempo la acción de los Tribunales Constitucionales, que, efectivamente, si la ley es la expresión de la voluntad general y esta no puede enajenarse, no tiene sentido que las generaciones pasadas puedan atar a las generaciones futuras, por lo que ciertamente, puede sostenerse que la legitimidad democrática de las constituciones rígidas se atenúa con el paso del tiempo, pues cuanto más amplia es la brecha entre las deci-

---

<sup>32</sup> Vid. LINARES, S., *op. cit.*, p. 99.

<sup>33</sup> Vid. LINARES, S., *op. cit.*, p. 103.

<sup>34</sup> Vid. LINARES, S., *op. cit.*, p. 102.

siones del constituyente y las de la generación presente, tanto más se intensifica la «tiranía del pasado». Sin embargo, se argumenta, este déficit de legitimidad puede atenuarse en la medida en que las constituciones permitan un suficiente margen de indeterminación en sus contenidos, pues de este modo se deja en manos de generaciones futuras la posibilidad de establecer el contenido específico de aquellas expresiones indeterminadas y de resolver las colisiones entre principios conforme a las concepciones valorativas vigentes en un momento dado, lo que no sucedería si el texto constitucional expresara sus contenidos de manera categórica y detallada.

De este modo, la capacidad inclusiva de los principios constitucionales contribuye a compensar la potencial ilegitimidad democrática de las constituciones rígidas, permitiendo una especie de división intergeneracional de la labor constituyente mediante la cual cada generación dota de contenido a los principios según las concepciones valorativas propias de su tiempo. Y aquí es donde el juez constitucional puede jugar un papel decisivo no entorpeciendo una legítima y natural evolución en la atribución de significados por parte del legislador a los principios constitucionales, e incluso, adoptando él mismo estos nuevos significados, introduciendo, así, por vía interpretativa en el Ordenamiento la moral prevalente de la sociedad de su tiempo.

### 3. SOBRE EL CONTROL DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

En cualquier caso, y a pesar de estos argumentos, parece oportuno que se establezcan algunos mecanismos de control de la discrecionalidad de las decisiones de un órgano que, como ya se ha mencionado, carece de legitimidad democrática directa y cuyas competencias son tan trascendentales, con el fin de evitar que sus opciones ideológicas, políticas o morales prevalezcan sobre las de la sociedad. O, dicho de otra forma, para conjurar el riesgo de que el Estado de Derecho acabe convirtiéndose en Estado de Justicia; «el primero procura certeza, previsión, seguridad, esto es, igual libertad para todos, mientras que el segundo, como autorizadamente se ha dicho tantas veces, sería el caldo de cultivo de la arbitrariedad, es decir, de la desigualdad»<sup>35</sup>.

Y de hecho, hay quienes incluso se muestran partidarios de «un mundo sin tribunales que garanticen la aplicación de la Constitución»<sup>36</sup>. Afirma en este sentido Habermas que «es digna de tenerse en cuenta la consideración de si la revisión de tal decisión parlamentaria no

---

<sup>35</sup> GARCÍA-CALVO, R., «La doble vinculación del juez a la Constitución y a la ley», en OROZCO, J. J., VÁZQUEZ, R. y MALEM, J. F. (comps.), *op. cit.*, p. 273.

<sup>36</sup> SAGER, L. G., *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p.199.

podría efectuarse a su vez en forma de un autocontrol del legislador mismo, organizando tal autocontrol a modo de tribunal e, institucionalizándolo, por ejemplo, en una comisión parlamentaria compuesta también por profesionales del Derecho»<sup>37</sup>.

Uno de los más claros partidarios de la supremacía parlamentaria es Waldron<sup>38</sup>, quien opina que el constitucionalismo que incluye a los jueces constitucionales sufre de una profunda contradicción conceptual interna y que el gran giro de los estados democráticos hacia el establecimiento de sistemas de control judicial es un grave error. Waldron argumenta que, precisamente, porque nos consideramos seres con derechos, debemos evitar la intervención judicial en nuestra vida política en nombre de los derechos; somos nosotros quienes debemos decidir sobre estos derechos, puesto que somos criaturas dotadas de capacidad para formular juicios sobre los mismos y tenemos derecho a participar en el proceso deliberativo sobre los derechos en términos de igualdad, por lo que también se proclama partidario de la supremacía parlamentaria.

Los argumentos que emplea Waldron<sup>39</sup> para sostener su tesis podrían resumirse de la siguiente forma. A la hora de dilucidar quién ha de tener la última palabra, sostiene que necesitamos un procedimiento de toma de decisiones que permita la acción colectiva sin necesidad de ponernos de acuerdo en aquellas cuestiones en las que no lo hay. Podemos imaginar, dice Waldron, una decisión que es tomada a través de un proceso determinado, y podemos imaginar a un ciudadano (pongámosle Cn) que está en desacuerdo con esa decisión y se pregunta por qué ha de respetarla. Una respuesta plausible podría consistir en que dicha decisión se adoptó de una manera legítima. La teoría que subyace a tal respuesta basada en el procedimiento es la teoría de la legitimidad democrática, que debe justificar, primero, por qué resulta apropiado que unos individuos y no otros tengan el privilegio de participar en la toma de decisiones y, segundo, por qué se utiliza un determinado procedimiento y no otro. Así, Cn podría preguntar ¿por qué aquellos participan y yo no?; y una teoría plausible de la legitimidad política debería dar respuesta a esta pregunta.

Apliquemos ahora este razonamiento al poder legislativo y al procedimiento de revisión judicial. Un ciudadano que está en desacuerdo con una decisión legislativa puede preguntar ¿por qué estas 200 o 500 personas tienen el privilegio de tomar decisiones políticas que me afectan? Y también puede preguntar ¿por qué prevaleció la opinión mayoritaria? Pues bien, a juicio de Waldron, la respuesta a la primera cuestión descansa en el modo en que son elegidos los legisladores: a

---

<sup>37</sup> Vid. HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de la teoría del discurso*, trad. de M. Jiménez, Trotta, Madrid, 1998, pp. 313-314.

<sup>38</sup> Vid. SAGER, L. G., *op. cit.*, p. 199.

<sup>39</sup> Vid. WALDRON, J., «The Core of the Case Against Judicial Review», *The Yale Law Journal*, 115, 2006, pp. 1386-1391.

través de unas elecciones periódicas, transparentes y libres en las que todos los ciudadanos cuentan por igual para determinar quién ha de ser privilegiado para participar en las decisiones políticas. La respuesta a la segunda pregunta, por su parte, se basa en el principio de las mayorías empleado por el poder legislativo, que satisface el principio de igualdad política mejor que cualquier otro procedimiento, toda vez que la regla de la mayoría es la única neutral en relación con los resultados que los participantes persiguen, es la única que no privilegia ni el cambio ni el mantenimiento del estado de cosas y que da a cada opinión el mayor peso posible compatible con igual peso dado a todas las demás opiniones.

Ahora, apliquemos el mismo razonamiento a la revisión judicial. Imaginemos que Cn se enfrenta a una decisión del Tribunal Constitucional que afecta a sus derechos. Este ciudadano se hace la misma pregunta ¿por qué estas cinco o nueve o quince personas tienen el privilegio de decidir con carácter definitivo esta cuestión en la que todos estamos interesados? y ¿por qué, para tomar esta decisión, usan el procedimiento que usan, en lugar de otro procedimiento? Según Waldron no hay respuestas convincentes para estas preguntas.

¿Por qué estos jueces (y solo estos jueces) tienen el privilegio de decidir estas cuestiones? Una respuesta puede ser que los jueces han sido nombrados por cuerpos o instituciones democráticas, como sucede en la mayoría de los países. Es verdad –pueden decir los defensores de la revisión judicial–, los jueces no rinden cuentas del modo que lo hacen los legisladores, pero no estamos buscando la perfección, buscamos solo una legitimidad razonable. Pero sucede, responde Waldron, que el sistema electoral puede que sea imperfecto, pero es superior, desde un punto de vista democrático, y a la luz del principio de igual dignidad y autonomía, a la legitimidad democrática del poder judicial, entre otros motivos, precisamente, porque los legisladores rinden cuentas de su gestión y los jueces no.

Pero la situación se agrava cuando tratamos de responder a la segunda pregunta. Incluso aunque admitamos que es justo que estos jueces tengan el privilegio de decir la última palabra sobre la interpretación de la Constitución, ¿por qué toman decisiones por mayoría? Después de todo, cualquier ciudadano podría decir «algunos jueces apoyan mis opiniones, y lo hacen con argumentos convincentes, entonces, ¿por qué no prevalece su opinión?» Pero aquí sucede, a diferencia del caso del legislativo, que no existe ninguna base moral para invocar este procedimiento de toma de decisiones judiciales, porque ellos no representan a nadie. La regla de la mayoría, aplicada a los tribunales, se emplea solo como un medio eficaz para resolver el desacuerdo entre jueces; detrás de ella no pende ninguna pretensión moral de ser tratado como iguales. La conclusión, por lo tanto, es que no existen razones de peso generales para otorgar a los jueces la última palabra sobre la interpretación constitucional; antes bien, es el poder legislativo quien debería tenerla.

No obstante, esta no parece ser la postura mayoritaria entre la doctrina, donde estos argumentos y otros similares encuentran todo tipo de reparos. Así, por ejemplo, Xiol<sup>40</sup> se muestra reacio a «las ideas jacobinas o populistas», según las cuales, la interpretación constitucional y la no aplicación de la ley inconstitucional por los jueces va en contra del principio democrático. A su juicio, serían numerosas las objeciones que se podrían oponer a esta opinión, fundadas en la crisis del principio de representación, en el funcionamiento de la democracia, en la dinámica propia de las asambleas legislativas, en la actuación de las mayorías empujadas por intereses sectoriales y, finalmente, en que resulta operativamente dudoso conceder a la mayoría política la facultad de legitimar constitucionalmente sus propias intenciones –sin embargo, concede que los riesgos de elitismo que comporta confiar al poder judicial el control constitucional de las leyes han determinado que a lo largo de la historia se ofrezcan varias soluciones intermedias que conviene tener muy presentes cuando se reflexiona sobre la legitimidad y el valor de la jurisprudencia–.

Y, en efecto, una de las respuestas más habituales frente a la crítica contramayoritaria, consiste en sostener que el papel de los jueces se justifica debido a la grave crisis que afecta a los órganos de representación popular. Conforme a esta postura, hoy no puede sostenerse seriamente que el poder legislativo (ni el ejecutivo) representen adecuadamente a la ciudadanía, puesto que la legislación, en líneas generales, responde más bien a las presiones de determinados grupos de poder y al autointerés de los políticos; y, justamente, la intervención judicial vendría a remediar esa falta de imparcialidad que distinguiría a las decisiones legislativas, puesto que, supuestamente, los jueces están mejor situados que el legislativo para razonar conforme a principios. Sin embargo, recurriendo de nuevo a Waldron, podría contraargumentarse que para aceptar tal tesis había que demostrar que verdaderamente los jueces siempre razonan con arreglo a principios y no se mueven por intereses egoístas, y segundo, demostrar que lo hacen comparativamente mejor que los legislativos; pero ninguna de estas dos aseveraciones puede asumirse como una verdad incontrovertible<sup>41</sup>.

La respuesta a estos argumentos puede venir de la mano de Gargarella<sup>42</sup> –que comparto plenamente–, quien reconoce que, efectivamente, los órganos políticos atraviesan una severa crisis. Ahora bien, en

---

<sup>40</sup> Vid. XIOL, J. A., «Notas sobre la jurisprudencia», en FERRERES, V. y XIOL, J. A., *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, *op. cit.*, p. 118.

<sup>41</sup> Vid. WALDRON, J., *op. cit.*, p. 1382, quien añade que «a menudo se piensa que la gran ventaja del procedimiento decisorio judicial sobre asuntos relacionados con derechos individuales es el razonamiento explícito y la justificación racional del mismo; los tribunales dan razones para sus decisiones, se nos dice, y esto es una prueba de que se toman en serio los asuntos de que conocen, mientras que los legislativos no lo hacen. Pero de hecho, esta es una falsa dicotomía, porque los legisladores sí dan razones de sus votos, de igual modo que lo hacen los jueces».

<sup>42</sup> Vid. GARGARELLA, R., *op. cit.*, p. 70.

este caso lo que procede no es deslegitimar las instituciones políticas, sino perfeccionarlas y abrirlas –de un modo en que hoy no lo están– a la ciudadanía. El hecho de que los órganos de representación no funcionen bien no nos permite defender el rol de los jueces en reemplazo de aquellos, del mismo modo que no tendríamos razones para proponer, en reemplazo de un Parlamento en crisis, la autoridad incuestionada de un dictador o de un grupo cualquiera de «reyes filósofos».

A mi juicio, no parece particularmente problemático que los tribunales constitucionales conserven la facultad de garantía de los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos, por medio del recurso de amparo o cualesquiera otros instrumentos que se pudieran arbitrar en el futuro. Asimismo, tampoco parece desacertado que tengan la potestad de revocar aquellas disposiciones normativas que vulneren los procedimientos legislativos formales establecidos en los textos constitucionales, toda vez que tal decisión –en principio– no debería implicar ningún juicio de valor ni ninguna postura subjetiva. Ahora bien, lo que sí parece, al menos, opinable es que asuman la potestad de anular una norma elaborada por los representantes de los ciudadanos por no ajustarse, según su particular criterio, a los contenidos materiales de la Constitución.

Señala en este sentido, nuevamente, Waldron que en los países que no permiten que la legislación sea invalidada por los tribunales, el pueblo mismo puede decidir finalmente, por medio de los procesos legislativos ordinarios, si quieren permitir el aborto, las acciones de discriminación positiva o el matrimonio entre personas del mismo sexo, y si están en desacuerdo con algunas de estos asuntos, pueden elegir representantes que deliberen y resuelvan la cuestión votando en el parlamento<sup>43</sup>. En cambio, en los Estados Unidos, el pueblo o sus representantes pueden abordar estas cuestiones si así les place, pero no tienen certeza de sus decisiones prevalezcan: si cualquiera que no esté de acuerdo con la resolución legislativa decide llevar el asunto ante un tribunal, la opinión que finalmente prevalecerá será la de los jueces<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Vid. WALDRON, J., *op. cit.*, pp. 1349-1350, quien añade lo siguiente: «Esto es lo que sucedió, por ejemplo, en Gran Bretaña en los años 60, cuando el Parlamento debatió la liberalización del aborto, la legalización de las relaciones homosexual consentidas entre adultos y la abolición de la pena capital. En cada asunto, una amplia deliberación pública fue acompañada de un debate serio en la Cámara de los Comunes. La calidad de estos debates (y de debates similares en Canadá, Australia, Nueva Zelanda y en otros lugares) desmiente la aseveración de que los legisladores son incapaces de abordar tales cuestiones de forma responsable, así como la habitual asunción de que las mayorías populares no siempre respetarán los derechos de las minorías».

<sup>44</sup> Así lo exponía también Kelsen cuando temía que la revisión constitucional basada en contenidos materiales podría suponer un desplazamiento «del poder del Parlamento a una instancia que le es ajena y que puede transformarse en representante de fuerzas políticas muy distintas de las que expresa el parlamento» (KELSEN, H., *op. cit.*, pp. 142-143). Lo cual no es, en absoluto, descabellado cuando observamos la –a mi juicio– abusiva práctica que se está imponiendo desde hace un tiempo por parte

En cualquier caso, dado lo improbable de que, al menos aquí y ahora, se llegara a suprimir la revisión jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas, lo que sí parece, al menos, necesario es reforzar la exigencias de racionalidad y de argumentación de los altos tribunales y, sobre todo, dotarlos de una mayor legitimidad democrática de origen –ya se ha señalado que nadie pone en duda su legitimidad de ejercicio– por medio de la instauración de unos procedimientos de elección de sus miembros más abiertos al conjunto de la ciudadanía, de modo que algunos de ellos fueran designados por organismos, instituciones, asociaciones y corporaciones de todo tipo, representativas de la sociedad civil.

Otra de las posibles soluciones de compromiso que se han propuesto para salvar el carácter democrático de la revisión judicial es el «textualismo»<sup>45</sup>. La corriente textualista, básicamente, sostiene que solo el texto de la Constitución debe servir como fuente de interpretación, es decir, que el juez no debe ir más allá del texto, no debe buscar las oscuras (y tal vez contradictorias) intenciones de quienes la redactaron, ni debe acudir a la teoría política y moral. El juez solo debe circunscribirse al significado «convencional» del texto, de manera que si se encuentra con preceptos constitucionales vagos y ambiguos, debe siempre elegir el significado que respeta la decisión del legislativo, aplicando, por tanto, el principio, *in dubio pro legislationis*.

En esta misma dirección podría situarse la conocida como «doctrina deferente», desarrollada por el constitucionalista norteamericano James Bradley Thayer. Según este autor<sup>46</sup>, los tribunales deben declarar la inconstitucionalidad de una ley solo cuando no se pueda dudar razonablemente de que es inconstitucional. En otros términos, la inconstitucionalidad debe ser «tan manifiesta que no deje espacio para una duda razonable», debe ser patente y clara, debe sustentarse en un error muy claro del legislador, tan claro que no esté abierto a discusión racional. De modo que si alguna persona instruida, competente, que ha estudiado detenidamente el caso cree que la norma impugnada es compatible con la Constitución, debería rechazarse la objeción constitucional y defenderse la ley. Y esto debe ser así porque los jueces, después de todo, no son dioses ni superhombres, sino que disponen de los mismos elementos de juicio que cualquier jurista bien informado, y nada indica que sean de hecho infalibles –por no hablar de que a veces hay una fuerte oposición a algunos de sus fallos en la comunidad jurídica–. En definitiva, conforme a esta doctrina, la declaración de inconstitucionalidad debería ser un recurso extremo al que solo debería apelarse excepcio-

---

de los partidos políticos que están en la oposición de recurrir ante el Tribunal Constitucional aquellas leyes votadas en el Parlamento con las que no se muestran conformes. Es decir, convierten el recurso de inconstitucionalidad en una acción política más de cara a la opinión pública, con el fin de, por un lado, desgastar al partido en el gobierno y, por otro, tratar de ganar en los tribunales lo que no han sido capaces de ganar en el Parlamento.

<sup>45</sup> Vid. LINARES, S., *op. cit.*, p. 110.

<sup>46</sup> Vid. MENDONÇA, D. y GUIBOURG, R. A., *op. cit.*, pp. 163-164.

nalmente, cuando no existan dudas razonables acerca del conflicto normativo; en caso contrario es preciso agotar antes las alternativas de interpretación que conformen la ley a la Constitución.

Creo que ambas tesis –muy cercanas entre sí– son acertadas; dado que los contenidos materiales de la Constitución son con frecuencia vagos y, por ello, susceptibles de diversas –y, en ocasiones, contradictorias– interpretaciones, puede ser razonable que éstas se ajusten, en la mayor medida posible, a las compartidas mayoritariamente por la sociedad en el momento de su aplicación, siendo los órganos legislativos los que, en principio, están más capacitados para reconocer y representar el sentir ciudadano. Por ello, los tribunales constitucionales deberían respetar las normas que, en aplicación de ese sentir, aprueben sus representantes, a menos que estén clarísima y flagrantemente en contradicción con el texto constitucional. Y para tratar de asegurar, al menos en cierta medida, que esto es así, se podría aventurar como propuesta –que, indudablemente, requeriría mayor desarrollo y justificación– que las decisiones del Tribunal Constitucional que implicaran la abolición total o parcial de disposiciones legislativas por presunta vulneración de los preceptos constitucionales debieran ser tomadas por unanimidad o, al menos, por una mayoría muy cualificada de sus magistrados, toda vez que no parece casar bien con el principio democrático que decisiones de tal trascendencia sean adoptadas por apenas unos votos de diferencia, lo que en ocasiones crea desasosiego entre la ciudadanía y resta al alto tribunal adhesión y confianza en su objetividad.

Porque, precisamente, siguiendo en este punto a Garzón Valdés, dado que las cortes constitucionales no son democráticamente responsables, deberían, al menos, ser *confiables* en el sentido de que adopten buenas decisiones desde el punto de vista democrático-constitucional. Esta confiabilidad es puesta a prueba con cada sentencia y solo se da si existe, por lo general, coincidencia entre la interpretación constitucional del tribunal y la interpretación que sustenta la *communis opinio*. En otras palabras, «esta confiabilidad puede verse severamente afectada por dos factores: el procedimiento de designación de los jueces y/o una reiterada o permanente divergencia entre los fallos del tribunal constitucional y la *communis opinio*, que puede conducir a una pérdida de confianza por parte de la ciudadanía»<sup>47</sup>. Solo así, creo, la sociedad podría aceptar el deslizamiento «de la democracia constitucional del presente hacia su configuración como una forma mixta de gobierno en la que la democracia de la ley se encuentre corregida por la aristocracia de los jueces»<sup>48</sup>.

Fecha de recepción: 31/03/2013. Fecha de aceptación: 31/10/2013.

<sup>47</sup> GARZÓN VALDÉS, E., «El papel del poder judicial en la transición a la democracia», *Isonomía*, núm. 18, 2003, p. 132.

<sup>48</sup> GARCÍA-CALVO, R., *op. cit.*, p. 273.



# Derecho Global, Legitimidad y Desigualdad<sup>1</sup>

## Global Law, Legitimacy and Inequality

HUGO OMAR SELEME<sup>2</sup>

Conicet-Universidad Nacional de Córdoba

### RESUMEN

*En un trabajo previo he sostenido que ni la desigualdad global ni la internacional es moralmente relevante. Sólo la desigualdad doméstica que se da en el seno de Estados políticamente legítimos posee relevancia moral. Ni la desigualdad entre Estados, ni la desigualdad entre individuos que habitan diferentes Estados es moralmente relevante. El presente trabajo tiene por objetivo determinar si la aparición de un nuevo derecho global transguber-*

---

<sup>1</sup> Versiones previas de este trabajo fueron presentadas en el II Congreso Latinoamericano de Filosofía Analítica (Buenos Aires, Agosto del 2012) y las XII Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política (Mar del Plata, Noviembre del 2012). Agradezco a los miembros del auditorio que formularon preguntas y sugerencias. En especial, a Faviola Rivera Castro, Mario Solís Umaña y Moisés Vaca Paniagua, con quienes compartí la mesa con quienes compartí la mesa «El valor de la igualdad en la teoría de la justicia en los contextos global, doméstico y local» en la primera de estas reuniones científicas. Igualmente agradezco a los miembros del programa de Ética y Teoría Política de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), y a los miembros del grupo de Filosofía Política de la Universidad Pompeu Fabra, con quienes he tenido ocasión de discutir algunas de las tesis presentes en el texto.

<sup>2</sup> Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigador del CONICET. Titular de la cátedra de Ética y profesor de Filosofía del Derecho en la carrera de Derecho de la UNC. Profesor visitante del Heidelberg Center para América Latina y de la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona-España)

*namental, generado por redes horizontales y verticales de funcionarios, exige revisar esta conclusión.*

*Palabras clave: Redes Transgubernamentales, Derecho Administrativo Global, Desigualdad Global, Igualitarismo.*

## ABSTRACT

*In a previous paper I have argued that either global or international inequality is morally irrelevant. Only domestic inequality that occurs in politically legitimate states is morally relevant. Neither inequality between states, or inequality between individuals inhabiting different states is morally relevant. The objective of this paper is to determine whether or not the emergence of a new global transgovernmental law, generated by horizontal and vertical networks of officials, requires to revise this conclusion.*

*Key words: Transgovernmental networks, Global Administrative Law, Global Inequality, Egalitarianism.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. EL ARGUMENTO EN CONTRA DE LA RELEVANCIA MORAL DE LA DESIGUALDAD GLOBAL E INTERNACIONAL.—III. LA VISIÓN SUBYACENTE DE ORDEN INTERNACIONAL.—IV. UN NUEVO ORDEN GLOBAL.—V. UN NUEVO ORDEN GLOBAL CON EXIGENCIAS DE LEGITIMIDAD ANTIGUAS.—VI. CONCLUSIÓN.

**SUMMARY:** I. INTRODUCTION.—II. THE ARGUMENT AGAINST THE MORAL RELEVANCE OF GLOBAL AND INTERNATIONAL INEQUALITY.—III. THE UNDERLYING CONCEPTION OF INTERNATIONAL ORDER.—IV. A NEW GLOBAL ORDER.—V. A NEW GLOBAL ORDER WITH OLD LEGITIMACY REQUIREMENTS.—VI. CONCLUSION.

## I. INTRODUCCIÓN

En trabajos previos he defendido la tesis de que la desigualdad carece de relevancia moral más allá del seno de las instituciones estatales legítimas. He sostenido que sólo es moralmente relevante la desigualdad que existe entre individuos que habitan un mismo Estado políticamente legítimo. He argumentado que ni la desigualdad internacional —que existe entre Estados— ni la desigualdad global —que existe entre individuos que habitan diferentes Estados— posee relevan-

cia moral<sup>3</sup>. La posición que he defendido es un tipo de estatismo moderado según el cual a nivel global no existen exigencias de legitimidad política ni de justicia distributiva, a nivel internacional existen exigencias de legitimidad pero no de justicia, mientras que a nivel estatal existen exigencias de legitimidad y justicia. Esta versión moderada de estatismo arriba a conclusiones semejantes aunque no idénticas a las presentadas por John Rawls (1999), y se aparta de las concepciones estatistas presentadas por liberales como Michael Blake (2002) o Thomas Nagel (2005), y de las variantes comunitaristas defendidas por Alasdair Macintyre (1981, 1984), David Miller (1995) o Michael Walzer (1977, 1983)<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> He defendido esta posición en «The Moral Irrelevance of Global and International Inequality» (2011). La noción de relevancia moral utilizada en el texto que permite concluir que la desigualdad es moralmente irrelevante posee dos partes. En primer lugar, la desigualdad es un hecho y como tal sólo adquiere relevancia moral cuando ciertos principios morales se la confieren. En segundo lugar, los principios que confieren relevancia a la desigualdad son aquellos que prescriben mejorar la posición distributiva de quien se encuentra peor en términos relativos o absolutos. Dado que a nivel internacional se aplican principios de legitimidad de índole suficientista en lugar de principios igualitaristas o prioritaristas, la desigualdad a dicho nivel carece de relevancia moral (Seleme 2011: 275). Agradezco a un evaluador anónimo el haberme sugerido que este extremo debía ser clarificado.

<sup>4</sup> Por lo que respecta a la posición defendida por Rawls, la discrepancia se centra en la falta de claridad presente en *The Law of Peoples* para establecer qué relación existe entre legitimidad y justicia. He abordado este problema en otro lugar (Seleme 2011a: 74-75), por lo que aquí no puedo más que enunciarlo. Básicamente, la dificultad reside en que no queda claro en *The Law of Peoples* si Rawls está intentando obtener una concepción de legitimidad internacional –tal como hacía en *Political Liberalism* (1993) con relación a las instituciones domésticas– o una concepción de justicia internacional –que completa la concepción de justicia doméstica presente en *A Theory of Justice* (1971-1999)–. Rawls parece encontrarse comprometido con dos posiciones incompatibles. Mientras en *A Theory of Justice* la existencia de procedimientos legítimos de toma de decisión colectiva era una precondition para que se aplicasen las exigencias de justicia –y para la utilización del recurso de la posición original como mecanismo heurístico– en *The Law of Peoples* las exigencias de justicia tienen cabida –y la utilización del recurso de la posición original se encuentra justificado– aunque no existe un proceso legítimo de toma de decisiones colectivas.

Por lo que respecta a las posiciones defendidas por Blake y Nagel, las diferencias son fáciles de apreciar. Blake sostiene que las exigencias de justicia distributiva tienen cabida entre individuos a quienes se aplica un mismo esquema institucional coercitivo. Nagel, por su parte, afirma que tales exigencias aparecen cuando dicho esquema coercitivo reclama de aquellos a quienes se aplica no sólo obediencia sino adicionalmente aceptación. Como es claro, ninguna de estas posiciones –a diferencia de la que he defendido– considera que la legitimidad del esquema institucional es una condición que debe estar satisfecha para que tengan cabida las exigencias de justicia distributiva.

Por último, el estatismo moderado que defiende también se aparta de las versiones comunitaristas que afirman que los requerimientos de justicia distributiva sólo se dan en el seno de comunidades vinculadas por lazos culturales. Según la concepción que he defendido los lazos relevantes son sólo de índole política.

Agradezco a un evaluador anónimo el haberme hecho notar la necesidad de ubicar mi concepción dentro del debate más general en curso.

Una de las premisas que funda la conclusión de que la desigualdad global e internacional es moralmente irrelevante, es que no existen instituciones globales coercitivas que se apliquen directamente a todo los seres humanos individualmente considerados. Lo que existe es un esquema de instituciones internacionales que se aplican coercitivamente sobre los Estados.

El objetivo del presente trabajo es determinar si la aparición de un nuevo tipo de normativa generada por redes horizontales y verticales de cooperación entre funcionarios pertenecientes a diferentes jurisdicciones estatales y a entidades internacionales, altera esta conclusión. Específicamente me interesa determinar si el surgimiento de este nuevo derecho global no ha sentado las bases para que la desigualdad global o la internacional cobren relevancia moral. El argumento que he ofrecido en trabajos previos parece presuponer una visión tradicional del ordenamiento internacional que ha sido alterada por la aparición de un nuevo tipo de derecho global transgubernamental no generado por órganos diplomáticos sino por redes de funcionarios. Si este fuese el caso, y mis conclusiones descansasen sobre un orden internacional en vías de desaparición, entonces las mismas deberían ser revisadas. Con el objetivo de determinar si dicha revisión debe ser llevada adelante, en la primera sección se reconstruye de modo breve el argumento en contra de la relevancia moral de la desigualdad global e internacional. En la segunda, se vuelve explícita la visión de orden internacional que este argumento presupone y se muestra su semejanza con la visión tradicional. En la tercera, se describe el modo en que esta visión tradicional se ha visto alterada con el surgimiento de un nuevo orden global estructurado en redes. Por último, en la cuarta sección se establece si el surgimiento de este nuevo tipo de derecho global sirve de base para alterar la conclusión del argumento en contra de la relevancia de la desigualdad global e internacional. La hipótesis que defiende el trabajo es que tal alteración no es necesaria ya que el surgimiento de este nuevo derecho global no socava las premisas sobre las que descansa la conclusión obtenida en trabajos previos.

## II. EL ARGUMENTO EN CONTRA DE LA RELEVANCIA MORAL DE LA DESIGUALDAD GLOBAL E INTERNACIONAL

En mi trabajo «The Moral Irrelevance of Global and International Inequality» he articulado un argumento que posee diferentes pasos que aquí sólo puedo reconstruir esquemáticamente. El primero, pone de manifiesto que la desigualdad sólo es relevante en aquellas circunstancias en las que se aplican principios morales igualitaristas o priori-

taristas<sup>5</sup>. Ambos tipos de principios prescriben mejorar la posición de quien tienen *menos* y al hacerlo vuelven moralmente relevante a la desigualdad. Los principios igualitaristas prescriben tal cosa, porque esto es un modo de acercarse a la distribución igualitaria intrínsecamente valiosa. Cuando tales principios se aplican, la posición de quien tiene *menos* debe mejorarse en términos relativos. Los principios prioritaristas prescriben mejorar la posición de quien tiene *menos* porque esto es intrínsecamente valioso. Estos principios requieren mejorar en términos absolutos la posición de quien recibe *menos*.

Allí donde los principios morales que se aplican son agregativos o sufficientistas, la desigualdad carece de relevancia moral. Los principios sufficientistas no prescriben mejorar la posición de quien recibe *menos*, sino sólo que nadie caiga por debajo de un umbral mínimo. Que alguien reciba *más o menos* carece de relevancia lo que importa es que todos reciban lo suficiente. Tampoco los principios agregativos prescriben mejorar la posición de quien recibe *menos*, dado que permiten compensar las pérdidas de quien *menos* recibe con los mayores beneficios gozados por otro.

El segundo paso del argumento muestra qué exigencias quedan satisfechas cuando principios igualitaristas o prioritaristas se aplican a una situación. Estos principios, he argumentado, son la respuesta a la exigencia por parte de quienes ocupan las distintas posiciones distributivas de (i) ofrecerse recíprocamente justificaciones del patrón de distribución que sean aceptables para todos, (ii) con independencia de sus circunstancias sociales y naturales, (iii) en tanto presuponen en cada individuo un interés en maximizar el tamaño de su porción distributiva.

La primera exigencia no es satisfecha por los principios agregativos, ya que el patrón de distribución debe ser aceptable desde el punto de vista de cada individuo por separado. La segunda y tercera exigencia no son satisfechas por principios sufficientistas. Si los principios deben ser aceptables porque permiten maximizar la porción de recursos que cada uno recibe y si esta aceptabilidad no se ve condicionada por la desventajosa posición social o natural que ocupa el individuo, entonces los individuos no se conformarán con principios que meramente exijan que se les brinde un mínimo de suficiencia.

Finalmente, el tercer paso del argumento identifica aquellas circunstancias en las que aparecen las tres exigencias antes reseñadas y, por ende, las circunstancias en que la desigualdad adquiere relevancia moral. La primera exigencia –que quienes ocupan posiciones distributivas deban justificar un patrón de distribución en base a criterios de evaluación que todos puedan aceptar– aparece cuando existe un patrón de distribución que puede ser reconfigurado por una decisión cuya *autoría* se imputará a todos a quienes se aplica el patrón, y cada uno

---

<sup>5</sup> La desigualdad es un hecho que sólo adquiere relevancia moral cuando algún principio moral se la confiere.

puede incidir en el contenido que esta decisión tendrá. El poder imponerle el contenido de una decisión a otro genera la exigencia de adoptarla de acuerdo a criterios de evaluación que él pueda aceptar. La segunda exigencia –que el criterio de evaluación propuesto deba ser aceptable con independencia de la posición social y los talentos naturales– aparece cuando se trata de un patrón de distribución con efectos sobre la clase social y el desarrollo de los talentos naturales de los individuos a quienes se aplica. Si el criterio de evaluación propuesto fuese aceptable sólo por los efectos que la distribución existente causa sobre los individuos a quienes se aplica el patrón<sup>6</sup>, no sería un criterio de evaluación en ningún sentido. La tercera exigencia –que la justificación deba presuponer en todos los individuos un interés maximizador, aparece por la necesidad de que la justificación sea aceptable por todos y, por tanto, se encuentre fundada en premisas que sean públicamente accesibles. Cuando los individuos se formulan reclamos en conflicto sobre el modo de distribuir bienes, y lo hacen en base a propósitos que no son públicamente accesibles, la única justificación disponible es aquella que presupone en cada uno el interés en obtener la porción distributiva del máximo tamaño posible.

De lo señalado se sigue, que las circunstancias en las que la desigualdad es moralmente relevante son aquellas en donde: i) existe un patrón de distribución cuya *autoría* se imputa a todos los que ocupan posiciones distributivas, y puede ser modificado por decisiones en cuyo contenido todos pueden incidir que ii) tiene efectos profundos sobre los individuos que en él habitan y donde iii) el interés de cada individuo en el tamaño de su porción distributiva se funda en consideraciones que no son públicamente accesibles.

Estas circunstancias, he sostenido, se encuentran configuradas en el seno de Estados legítimos y no a nivel internacional o global. En primer lugar, las instituciones estatales generan un patrón de distribución de derechos, recursos y libertades que de modo coercitivo se aplica a los individuos que en ellas habitan. La imposición coercitiva de estas instituciones sobre los individuos engendra exigencias de legitimidad política de las que estos son titulares. Una vez que estas exigencias de legitimidad o autogobierno son satisfechas, las instituciones y el patrón de distribución que producen pasan a ser de autoría de todos los individuos a quienes se aplican. Adicionalmente, dada la legitimidad del sistema, las instituciones y el patrón de distribución puede ser modificado por decisiones políticas en cuyo contenido todos los afectados pueden incidir.

En segundo lugar, el modo en que el Estado distribuye los recursos y derechos tiene efectos profundos sobre las circunstancias sociales y naturales de los ciudadanos. La porción distributiva que cada indivi-

---

<sup>6</sup> Así, por ejemplo, si el criterio de evaluación fuese aceptable sólo debido a las preferencias adaptativas generadas en los individuos por el mismo patrón de distribución que se pretende evaluar, dicho criterio no sería un genuino criterio de evaluación.

duo recibe no sólo determinan su clase social sino que incide en su posibilidad de desarrollar sus talentos naturales productivos y condiciona sus gustos y preferencias. Esto provoca que las decisiones de modificar el patrón de distribución engendrado por las instituciones estatales deban ser aceptables como correctas por todos –debido a que a todos se imputa como autores– de acuerdo con un criterio de evaluación que sea aceptable con independencia de su posición social y talentos naturales –debido a que el patrón de distribución tiene incidencia sobre ambos extremos.

Finalmente, en tercer lugar, los individuos que habitan en el seno de las instituciones estatales están interesados en el tamaño de su porción distributiva en base a un plan de vida privado, públicamente inaccesible. Los individuos se formulan reclamos acerca del tamaño de su porción distributiva con el objeto de obtener recursos, derechos y oportunidades para llevar adelante su plan de vida. El plan de vida que cada uno adopta, no obstante, es públicamente inaccesible y ningún Estado legítimo –que trate a sus ciudadanos como autores– se encuentra autorizado a avanzar sobre la vida privada de sus ciudadanos con el objeto de identificarlo. Esto determina que a la hora de brindarse justificaciones recíprocas del patrón de distribución, los ciudadanos deban presuponer un interés maximizador. Al desconocer el plan de vida de los demás deben mostrar que el patrón de distribución que están defendiendo le concede a cada uno lo máximo posible.

El argumento concluye mostrando que estas circunstancias no se encuentran presentes ni a nivel global, ni a nivel internacional. A nivel global no puede existir una comunidad política legítima. No existe un esquema unificado de instituciones que se aplique coercitivamente a todos los seres humanos individualmente considerados. El orden internacional se aplica coercitivamente sobre los individuos políticamente organizados, esto es, sobre los Estados. Dado que las exigencias de legitimidad son engendradas por la coacción, sólo aquellos sobre quienes se aplica un esquema coercitivo tienen derecho a ser tratados por este como autores, esto es poseen reclamos de legitimidad política. En consecuencia, los seres humanos globalmente considerados no poseen reclamos de legitimidad que puedan esgrimir frente a cualquier otro ser humano. Siendo este el caso, no es posible que exista una comunidad global políticamente legítima y, por ende, no es posible que todos los seres humanos tengan el deber de brindarse justificaciones recíprocamente aceptables acerca de la configuración de las instituciones internacionales o del patrón de distribución que generan.

Por el contrario, sí es posible que exista una comunidad política legítima de Estados. Puesto que el esquema de instituciones internacionales se aplica coercitivamente sobre los Estados estos pueden formularse reclamos de legitimidad que si fuesen satisfechos conducirían al surgimiento de una comunidad legítima de Estados, esto es una comunidad internacional. En el seno de esta comunidad existirían exigencias de justificación recíproca del patrón de distribución. Cada

Estado debería justificar frente al resto que el patrón de distribución que se imputa a todos, en tanto autores del esquema institucional internacional, es aceptable. Sin embargo, las exigencias de justificación que se darían en el seno de una comunidad internacional legítima no deberían presuponer un interés maximizador. Aunque los Estados están interesados en la porción distributiva que reciben, este interés se encuentra fundado en una concepción públicamente accesible de la legitimidad, en lugar de una concepción privada del bien.

De modo que el argumento en contra de la desigualdad global e internacional descansa sobre tres afirmaciones con respecto al orden internacional. La primera, sostiene que no puede existir una comunidad política global de la que formen parte todos los seres humanos, ya que no existe un esquema de instituciones globales que se aplique coercitivamente a la humanidad en su conjunto. La segunda, afirma que la única comunidad política legítima que puede existir a este nivel es una comunidad que aglutine a Estados en lugar de individuos, ya que sí existe un esquema unificado de instituciones que se aplican coercitivamente a los Estados. La tercera, señala que esto trae aparejado que los intereses relevantes sean los de los Estados legítimos. Si existe alguna exigencia de brindarse justificaciones recíprocas del patrón de distribución internacional, esta recae sobre los Estados y no sobre los individuos aisladamente considerados. Dichas justificaciones deben presuponer que todo Estado tiene un interés fundado en una concepción pública de la legitimidad política o autogobierno.

### III. LA VISIÓN SUBYACENTE DE ORDEN INTERNACIONAL

Cada una de las tres afirmaciones con respecto al orden internacional sobre las que descansa el argumento, presupone una visión del mismo que es necesario explicitar. Las dos primeras son correlativas. La primera, señala qué tipo de comunidad política no existe ni puede existir dada la actual configuración de las instituciones internacionales. La segunda establece qué tipo de comunidad política es la única que puede existir, sin tomar partido acerca de si de hecho existe o no. No es posible que exista una comunidad política global sino sólo una comunidad política internacional, constituida por Estados. Ambas afirmaciones se asientan sobre una idea, característica de la visión tradicional del orden internacional, según la cual las instituciones internacionales se aplican coercitivamente de modo paradigmático a los Estados, en lugar de a los individuos. En lo que sigue me detendré a explicar este punto.

Sólo existe una comunidad política cuando las exigencias de legitimidad política o auto-gobierno tienen cabida. La razón es simple, una comunidad política de modo necesario debe satisfacer las exigencias de legitimidad y por ende sólo puede configurarse allí donde tales exi-

gencias existen. De modo que para determinar donde es posible que exista una comunidad política es necesario preguntarse primero por dónde se aplican las exigencias de legitimidad. Como he señalado, tales exigencias aparecen como correlato de la existencia de un esquema institucional coercitivo. Allí donde existe coerción las exigencias de legitimidad tienen lugar. Es necesario, por tanto, explicar por qué este es el caso y por qué el esquema de instituciones internacionales se aplica principalmente sobre los Estados, lo cual determina que sólo pueda existir una comunidad política de Estados y no una comunidad global de individuos.

Dos rasgos de las instituciones determinan su carácter coercitivo. En primer lugar, la existencia de un esquema institucional debe volver más probable que un sujeto opte por cierto curso de acción o soporte un determinado estado de cosas. Un modo en que algunas instituciones producen este efecto sobre las probabilidades es a través de la imposición de sanciones a la no realización de ciertas acciones o la utilización de la fuerza o la amenaza del uso de la fuerza para que determinado estado de cosas se materialice. No obstante, este no es la única manera en que un esquema incide sobre las probabilidades de que un sujeto siga un curso de acción o soporte un estado de cosas, con independencia de cual sea su voluntad. Así, por ejemplo, el modo en que un esquema institucional recompensa los talentos naturales, o la manera en que distribuye el ingreso o las oportunidades, determinan que sea más probable para un individuo, por ejemplo, elegir una carrera en lugar de otra –esto es, optar por cierto curso de acción– o no disponer de ciertos recursos o bienes –es decir, soportar un estado de cosas–.

La incidencia sobre la probabilidad de que el sujeto adopte un curso de acción o soporte un estado de cosas no debe ser lograda a través de la deliberación y el ofrecimiento de razones. Un esquema institucional que pretende convencer a alguien ofreciéndole buenas razones para que adopte un curso de acción o soporte un estado de cosas aumenta la probabilidad de que tales extremos acaezcan pero en ningún sentido ha ejercitado la coerción. Aumentar la probabilidad de que otro haga algo o soporte un estado de cosas por convicción, en base a buenas razones, no implica coaccionarlo. Para ver la diferencia un ejemplo puede ser de ayuda. Imaginemos una norma que regula el aborto del siguiente modo. Toda mujer que desee abortar deberá asistir a un curso donde se le informará de las consecuencias que sobre ella y el feto tendrá tal curso de acción. Si una mujer, luego de asistir al curso, cambia de idea y decide no abortar, en ningún sentido ha sido coaccionada a no abortar. Ha sido convencida de que tal cosa no debía hacerse. No obstante, sí ha sido coaccionada a algo: ha sido coaccionada a asistir al curso<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Por el contrario, la manipulación sí es un tipo de coacción. Quien manipula no ofrece buenas razones.

El segundo rasgo de un esquema institucional que determina que sea coercitivo consiste en que éste no sólo produce el efecto antes señalado sino que lo persigue de modo deliberado<sup>8</sup>. El carácter intencional de la incidencia sobre el aumento de las probabilidades es lo que permite distinguir la idea de coacción de las meras externalidades negativas. Trasladado a los esquemas institucionales, tenemos entonces que un esquema no es coactivo simplemente por incidir de modo no deliberativo sobre la probabilidad de que un agente elija un curso de acción o soporte un estado de cosas, sino adicionalmente cuando esa es su *pretensión*, cuando la incidencia en las probabilidades se trata de una consecuencia intencional. Esto nos deja con el problema de determinar sobre quienes recaen las consecuencias *intencionales* de un esquema institucional.

Thomas Pogge (1989:45) ha trazado una distinción entre las consecuencias producidas intencionalmente por las instituciones y aquellas que no lo son<sup>9</sup>. Lo primero que Pogge distingue son las consecuencias que los esquemas institucionales *producen* –aquellos efectos que no sucederían en ausencia del esquema institucional–, de aquellas que meramente *dejan acaecer* –aquellos efectos que suceden con independencia de la existencia del esquema institucional–. Las consecuencias producidas intencionalmente<sup>10</sup> son un subconjunto de las consecuencias *producidas*. En particular, se trata de las consecuencias *establecidas* de modo directo por el esquema institucional a través de sus reglas. Por ejemplo, una consecuencia *establecida* por las reglas que crean una economía de mercado es que las personas puedan comprar y vender. Una consecuencia *producida*, pero no *establecida* sino meramente *engendrada*, del mismo conjunto de reglas es que algunas personas que no tienen nada de valor para ofrecer caigan por debajo

---

<sup>8</sup> Con ligeras modificaciones he estado interpretando coacción del mismo modo que Pettit utiliza el concepto de dominación. He decidido, no obstante, utilizar otra terminología por dos motivos. En primer lugar, no tengo claro si Pettit afirmaría que puede existir dominación sin intención de dominar. Si este fuese el caso, su noción de dominación sería diferente de la noción de coacción que estoy utilizando, puesto que no puede existir coacción sin intención de coaccionar. Pettit simplemente señala: «One person, A, controls the choice of another person, B, when A does something that has the intentional or quasi-intentional effect of raising the probability that B will choose according to A's taste or judgment –raising it beyond the probability that this would have had in A's absence...» (Pettit 2009: 42). Esto, todavía no es concluyente respecto a si debe o no existir intención de dominar o controlar. En segundo lugar, mientras Pettit piensa que la exigencia moral que engendra la posibilidad de que exista dominación es la de no-dominación o control, la coacción tal como quedará más claro en lo que sigue no engendra la exigencia moral de no-coacción sino la de *autoría*.

<sup>9</sup> Lo que digo aquí sobre las consecuencias intencionales de un orden institucional ha sido desarrollado en trabajos previos a los que aquí sigo con ligeras modificaciones (Seleme 2007, 2009, 2010).

<sup>10</sup> Estas consecuencias son las consideradas moralmente relevantes por las concepciones que adoptan un enfoque deontológico a la hora de evaluar diseños institucionales. Una concepción paradigmáticamente deontológica, en este sentido, es la de Nozick.

de la línea de pobreza. Esta última consecuencia es *producida* –ya que estas personas presumiblemente no serían pobres si existiese otro conjunto de reglas que regulase la economía– pero no es *establecida* en tanto no hay ninguna regla que fije de modo explícito su nivel de ingresos.

Tomando la distinción de Pogge, puede señalarse que un esquema institucional *pretende* incidir sólo sobre los cursos de acción que adoptan o los estados de cosas que soportan aquellos a quienes *establece* como destinatarios. No pretende incidir sobre todos en quienes *produce* consecuencias. Las consecuencias que un esquema institucional previsiblemente *engendra* sirven para determinar a qué han sido coaccionados aquellos a quienes *establece* como destinatarios<sup>11</sup>. Así, por ejemplo, las instituciones estatales que organiza la economía de mercado se aplican coercitivamente sobre quienes habitan el territorio del Estado. Éstos son los individuos que las normas *establecen* como destinatarios. La consecuencia *engendada* de la pobreza, sirve para determinar a qué han sido coaccionados algunos de estos individuos. Si la consecuencia *engendada* de la pobreza recae tanto sobre sujetos a quienes el esquema *establece* como destinatarios como sobre quienes no lo son, sólo los primeros han sido puestos coactivamente en una situación de pobreza. Esto se debe al carácter intencional de la coacción. Los segundos son sólo víctimas de una externalidad negativa producida por el esquema institucional, pero no son sujetos a quienes el esquema institucional se aplique coactivamente. Si las instituciones que organizan la economía de mercado en un Estado tienen efectos colaterales en quienes habitan un Estado vecino –por ejemplo, alterando su nivel de ingreso debido al aumento o disminución de las exportaciones– los ciudadanos del segundo Estado no están siendo coaccionados por un esquema institucional extranjero. Están sufriendo o disfrutando de sus consecuencias, pero en tanto aquel esquema no los *establece* como destinatarios, falta el requisito de la intencionalidad y, por tanto, no hay coacción.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Esta distinción captura algo característico de la coacción. Mientras no puede ser el caso que un sujeto coaccione a otro sin intención, es posible que lo coaccione a adoptar un curso de acción o soportar un estado de cosas que excede la intención de quien coacciona. Si amenazo a alguien con la intención de que se haga un disparo en la cabeza a consecuencia del cual muere, sin duda lo he coaccionado. La intención cuenta a la hora de establecer si hubo o no coacción y quien es el sujeto coaccionado. Sin embargo, no cuenta para determinar a qué lo coaccioné. Lo he coaccionado a matarse, con independencia de que mi intención haya sido esa o no. La previsibilidad de la consecuencia, y no mi intención efectiva, es la que cuenta en este último caso.

<sup>12</sup> En mi opinión esta es la noción rawlsiana de instituciones coercitivas. Que una institución se aplique coercitivamente no se encuentra vinculado al uso o a la amenaza de uso de la fuerza. No obstante soy consciente de que esta interpretación no es pacífica. Así, por ejemplo, Michael Blake (2002) presupone en su argumento que Rawls se encuentra comprometido con la idea tradicional de coacción.

Gerald Cohen (2000: 134-148) señala dos modos alternativos de interpretar en qué consisten las instituciones básicas según RAWLS, uno de los cuales es semejante a

En síntesis, si un esquema institucional incide de modo no deliberativo sobre las probabilidades que tienen de adoptar un curso de acción o soportar un estado de cosas aquellos a quienes *establece* como destinatarios, entonces tiene carácter coercitivo con relación a ellos. Para determinar a qué son coaccionados –esto es para determinar el curso de acción o estado de cosas sobre cuya probabilidad incide el esquema institucional– lo relevante no sólo son las consecuencias *establecidas* sino también aquellas que previsiblemente *engendra*.

Con esta idea de coacción en mente, es posible advertir que tanto las instituciones domésticas como las internacionales son coercitivas. En ambos casos, su existencia aumenta la probabilidad de que los sujetos a quienes *establecen* como destinatarios adopten cierto curso de acción o soporten algún estado de cosas. En lo que se distinguen es en el tipo de sujeto a quienes *establecen* como destinatarios –esto es, a quienes coercionan– y el tipo de curso de acción o estado de cosas cuya probabilidad aumentan –esto es, a qué son coercionados<sup>13</sup>.

El sujeto paradigmático a quienes se aplican las instituciones domésticas estatales son las personas consideradas aisladamente, los individuos que habitan un determinado territorio. El esquema institucional que los *establece* como destinatarios aumenta la probabilidad de que cada ciudadano goce de ciertas expectativas vitales, derechos y recursos. Siguiendo con el ejemplo introducido previamente, si el esquema institucional que *establece* a ciertos individuos como destinatarios contiene reglas que organizan el libre mercado, reconocen el derecho a la herencia, reconocen y protegen a la familia, y no fijan mínimos vitales, es probable que los individuos que nacieron en familias con altos recursos gocen de mayores oportunidades y expectativas vitales que aquellos que nacieron en una familia pobre. Es también probable que los individuos nacidos en familias pobres y que no poseen ninguno de los talentos naturales premiados por el mercado, no tengan ni siquiera los mínimos recursos para subsistir. De modo coercitivo, el esquema institucional fija las expectativas tanto de quienes favorece como de quienes perjudica. Aumenta la probabilidad de que acaezcan ciertos estados de cosas. Lo mismo puede decirse respecto del aumento de probabilidades de que algunos individuos adopten un curso de acción. Así, por ejemplo, en un esquema institucional como el presentado es más probable que los individuos nacidos en

---

la idea de instituciones de aplicación coercitiva que presento aquí. Cohen sostiene que sea que uno opte por una noción restringida de estructura básica –coercitiva en el sentido tradicional– o una más amplia –coercitiva en el sentido que utilizo en el texto– la concepción Rawlsiana se encuentra en problemas.

<sup>13</sup> Lo que señalo a continuación presupone que existe un sistema unificado de instituciones jurídicas internacionales. Específicamente, presupongo que existe un sistema internacional dotado de una regla de reconocimiento que identifica cuáles son las fuentes formales de las reglas jurídicas internacionales. Pueden cotejarse las razones para defender esta posición en Samantha Besson (2009: 180-185).

familias con bajos recursos, menores oportunidades y expectativas vitales, opten por delinquir<sup>14</sup>.

Las instituciones internacionales, por su parte, se diferencian de las domésticas en dos sentidos. En primer lugar, *establecen* como destinatarios tanto a los individuos considerados aisladamente como a los individuos organizados políticamente, esto es, a los Estados. En segundo lugar, imponen cursos de acción o estados de cosas característicamente diferentes de los que imponen las instituciones domésticas<sup>15</sup>. Por lo que respecta a la primera diferencia, las instituciones internacionales *establecen* un sistema de unidades políticas territoriales –los Estados– que poseen autoridad dentro de sus fronteras. A su vez, las reglas institucionales del esquema internacional *establecen* como destinatarios a los Estados. En este sentido son coercitivas tanto con relación a los individuos como con relación a los Estados. Por un lado, *establecen* que los individuos habiten un sistema de Estados y, por el otro, *establecen* que los Estados gocen de ciertos derechos, posean ciertos deberes, o soporten cierto estado de cosas.

Con respecto a la segunda diferencia, deben distinguirse los estados de cosas y cursos de acción que las instituciones internacionales imponen sobre los individuos, de aquellos que imponen sobre los Estados. Sobre estos últimos imponen un esquema de derechos y deberes. Así, por ejemplo, establecen que los Estados tienen derecho a disponer de los recursos naturales que se encuentran en su territorio, o poseen el deber de no intervenir en los asuntos internos o externos de otros Estados, no llevar adelante guerras de agresión o respetar los tratados<sup>16</sup>. Estas reglas poseen carácter coercitivo en tanto aumentan

---

<sup>14</sup> Sobre la correlación entre pobreza y delincuencia existen múltiples trabajos. Por todos, puede verse el de Andrew Karmen (2000) En el mismo se muestra a partir de datos de la ciudad de Nueva York que las personas que habitan una situación de pobreza no sólo tienen más probabilidades de delinquir (Karmen 2000: 26-31) –lo que muestra que las instituciones aumentan la probabilidad de que opten por un curso de acción– sino también de ser víctimas de delitos (Karmen 2000: 31-34) –lo que muestra que las mismas instituciones aumentan la probabilidad de que les acaezca un estado de cosas.

<sup>15</sup> Una peculiaridad adicional del orden internacional radica en que los encargados de aplicar este orden institucional internacional son los mismos Estados, bien individualmente o de modo colectivo. Remarcando esta extremo con relación a las normas internacionales de derechos humanos, Beitz señala que estas son estatistas en dos sentidos: «...(they) apply in the first instance to states, and they rely on states, individuals and in collaboration, as their principal guarantors...» (Beitz 2009: 128).

<sup>16</sup> Otros derechos y deberes son, por ejemplo, el derecho de legítima defensa establecido por el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas o el deber de resolver las controversias de modo pacífico fijado por el artículo 2.3, o los derechos fijados por la «Draft Declaration on Rights and Duties of States» de 1949, tales como el derecho de cada Estado a elegir libremente su forma de gobierno (art. 1), a ejercer su jurisdicción sobre las personas y cosas dentro del territorio (art. 2), a recibir un trato equitativo (art. 5). Adicionalmente, los Estados tienen el deber de no representar una amenaza para el orden y la paz internacional (art. 7), de no recurrir a la guerra como instrumento de política nacional (art. 9), de respetar los tratados (art. 13), entre otros.

la probabilidad de que ciertos estados de cosas acaezcan a los Estados –por ejemplo, que unos dispongan de mayores recursos naturales que otros– o adopten ciertos cursos de acción –por ejemplo, que un Estado respete las decisiones que sobre cuestiones domésticas adopta otro.

Por su parte, el orden internacional impone sobre los individuos un sistema de Estados, esto es, un sistema cuyas unidades –los Estados– son a su vez esquemas institucionales coercitivos. El hecho de que los individuos habiten en algún Estado y que no quede ningún territorio libre del control estatal a donde quien no acepta esta forma de organización política puede emigrar, son algunas de las consecuencias que el orden internacional de modo coercitivo impone sobre todos los individuos que habitan el planeta<sup>17</sup>.

En síntesis, las instituciones estatales e internacionales no sólo se diferencian porque estas últimas se aplican de modo paradigmático a los Estados. Aunque ambas se aplican a los individuos, los coaccionan a soportar estados de cosas o adoptar cursos de acción diferentes. El esquema internacional los coacciona a vivir en *algún* Estado, aunque no los coacciona a vivir en el Estado particular en que lo hacen. Aumenta la probabilidad de que un estado de cosas acaezca, a saber, el de que habiten *algún* esquema estatal e incide sobre la probabilidad de que adopten un curso de acción, a saber, que no puedan optar por vivir en un territorio sin Estado. El esquema de instituciones domésticas, en cambio, los coacciona a vivir en el particular conjunto de instituciones domésticas que los *establecen* como destinatarios. Estas, como hemos visto, aumentan la probabilidad de que a quienes se aplican les acaezcan ciertos estados de cosas –tales como los referidos al nivel de sus expectativas vitales, recursos y derechos– o adopten ciertos cursos de acción –tales como seguir una carrera u otra, o en el caso extremo delinquir o no hacerlo.

El esquema de instituciones internacionales no afecta a los individuos de modo directo –más allá del hecho señalado de imponerles vivir en *algún* Estado– fijando sus expectativas vitales, recursos y derechos. El esquema de instituciones internacionales puede aumentar la probabilidad de que los Estados se encuentren organizados de

---

<sup>17</sup> En este punto discrepo con Pettit quien señala que este hecho no puede considerarse que sea uno impuesto intencionalmente o cuasi-intencionalmente por un agente. Pettit sostiene que «...It is a brute fact or historical necessity –an obstacle created by nature– that there is no State-less territory available...» (Pettit, 2009<sup>a</sup>: 52 y 2010) Pettit considera que este hecho no es «...in itself the effect of dominating interference by the local state» y de allí concluye que es un hecho bruto. Aunque considero que lo primero es cierto, pienso que la conclusión no se sigue. Esto toda vez que aun es posible, como sostengo, que se trate de un efecto producido por la «interferencia dominante» o la aplicación coercitiva de un esquema institucional distinto al estatal, esto es, el esquema de instituciones internacionales. Si existiese otro orden internacional –distinto al construido por la paz de Westfalia– seguramente el hecho de que todo el territorio se encuentre repartido entre Estados internamente supremos y externamente independientes, no sería el caso. Este estado de cosas no es un hecho bruto, sino uno producido por ciertas instituciones.

cierto modo –por ejemplo, tengan gobiernos estables y legítimos o posean dictaduras inestables– pero aun con esta probabilidad en pie lo que aumenta la probabilidad de que un ciudadano en particular reciba ciertos recursos, derechos y oportunidades o adopte algún curso de acción, es el modo en que el Estado efectivamente se organiza<sup>18</sup>.

Una analogía puede ayudar a comprender lo que acabo de expresar. La configuración de las instituciones domésticas, he señalado, aumentan la probabilidad de que algunos individuos adopten un curso delictivo de acción. El individuo que delinque amenazando con un arma a otro es, podríamos decir, coaccionado a coaccionar. Quien es asaltado es coaccionado por el delincuente y las instituciones coaccionan al delincuente. Sin embargo, constatar esto no nos hace concluir que quien coacciona a la persona que sufre el asalto son las instituciones. Quien la coacciona, esto es quien aumenta la probabilidad de que realice el curso de acción de entregarle objetos de su propiedad, es el asaltante. Lo mismo puede señalarse con respecto a las instituciones internacionales. La configuración de estas instituciones aumenta la probabilidad de que los Estados adopten cierto diseño de sus instituciones domésticas. Si fruto de este diseño aumenta la probabilidad de que algunos ciudadanos, por ejemplo, vivan en una situación de pobreza o carezcan de oportunidades, la situación podría ser descripta como un caso de coacción para coaccionar. El orden internacional tiene efectos coercitivos sobre las instituciones estatales las que, a su vez, coaccionan a los ciudadanos que en ellas habitan. Constatar esto, sin embargo, no debe hacernos concluir que quien coacciona a los ciudadanos que sufren la pobreza o la falta de oportunidades son las instituciones internacionales. Los efectos coercitivos sobre los ciudadanos, el aumento de la probabilidad de que soporten un estado de cosas o adopte un curso de acción, son producidos por el modo en que se encuentran configuradas las instituciones estatales<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Thomas Pogge, por ejemplo, ha llamado la atención respecto de cómo dos normas del actual sistema internacional determinan –con independencia de cual sea la opinión o voluntad de los Estados– que aquellos que detentan el gobierno gozaran de lo que llama el «borrowing privilege» y el «natural resources privilege». El primero establece que los Estados responden por los préstamos solicitados por sus gobernantes, con independencia de si el gobernante accedió al poder por medios legítimos o ilegítimos. El segundo, establece que los Estados quedan vinculados por los contratos que sobre sus recursos naturales hayan hecho sus gobernantes, nuevamente con independencia de su modo de acceso al poder. Una consecuencia de estas normas internacionales –que se produce con independencia de la voluntad de los Estados afectados– es que los países ricos en recursos sean propensos a tener golpes de Estado conducidos por personas ávidas de disponer del crédito y los recursos naturales del Estado. Las menores expectativas de estabilidad institucional de las que gozan estos estados es determinada por el esquema de instituciones internacionales en el que se encuentran.

<sup>19</sup> Lo señalado permite comprender porqué los ciudadanos de Estados que son puestos en la misma situación por el orden internacional –por ejemplo, ambos son ricos en recursos naturales, sus gobiernos tienen el «borrowing privilege» y el «natural resources privilege»– tienen probabilidades de soportar estados de cosas o adoptar cursos de acción diferentes. Así, por ejemplo, Nigeria y Suecia son ricas en petróleo.

El carácter coercitivo de las instituciones estatales e internacionales determina que sean moralmente problemáticas. Para ver porqué ello es así, el punto de partida no puede ser otro que una determinada concepción normativa de persona. Los requerimientos morales determinan el modo adecuado de tratar a un sujeto así concebido. La concepción normativa de persona que utilizaré es una que concibe a los individuos como agentes sensibles a razones<sup>20</sup>. Un agente sensible a razones posee dos aspiraciones: dirigir su vida a partir de sus *propias* consideraciones y que estas consideraciones sean genuinas razones<sup>21</sup>. Si su vida es dirigida a partir de las decisiones de otro o a partir de decisiones propias no fundadas en genuinas razones, sus intereses en tanto agente sensible a razones no han sido satisfechos.

El primero de estos intereses, el de dirigir su vida a partir de sus *propias* consideraciones, es el que es amenazado por la existencia de un esquema institucional coercitivo con efectos profundos sobre los sujetos a quienes se aplica. Es esta amenaza planteada por la coacción a la que da respuesta la legitimidad política. Donde sea que tal amenaza se plantea, las exigencias de legitimidad política se aplican. Las exigencias morales de legitimidad son el correlato del carácter coercitivo de un esquema institucional.

La amenaza consiste en que los deberes y derechos, los cursos de acción, las oportunidades, los recursos, los fines e intereses, de los sujetos a quienes se impone el esquema coercitivo no sean determinados por ellos mismos. Este es el caso cuando existe un esquema institucional con profundos efectos sobre los sujetos a quienes se aplica, que a su vez es *ajeno* a los sujetos a quienes se impone. La amenaza a la que da lugar la existencia de un esquema coercitivo radica en la imposición de un esquema institucional *ajeno*. Si un esquema institucional que no es propio del sujeto incide sobre su vida, ésta no está siendo dirigida a partir de sus *propias* consideraciones.

El modo de conjurar esta amenaza consiste en hacer que allí donde sea necesaria la existencia de instituciones coercitivas, los sujetos a

---

En ambos casos el orden internacional ha aumentado la probabilidad de que cada Estado disponga de sus recursos, sus gobiernos tengan potestad para contraer deudas, y para disponer de los recursos naturales. No obstante, los ciudadanos de Nigeria y Suecia tienen probabilidades sumamente divergentes por lo que respecta a sus expectativas vitales, oportunidades y recursos. Nigerianos y Suecos son coaccionados a soportar diferentes estados de cosas y adoptar diferentes cursos de acción. Este no podría ser el caso si quien los coaccionase fuese el orden internacional.

<sup>20</sup> Esta es la idea básica del contractualismo Scanloniano (Scanlon, 1998).

<sup>21</sup> Uno modo de justificar esta concepción normativa de persona es sostener que lo más característico que posee el ser humano –y también lo más valioso– es su capacidad para evaluar y sopesar razones y para conducir su propia vida de acuerdo con ellas. Lo valioso de esta capacidad determina que tanto el interés en dirigir su vida a partir de sus consideraciones como el interés en que estas sean genuinas razones, sean moralmente relevantes para decidir qué nos debemos en nuestro trato mutuo.

No obstante, no creo que esta sea la única justificación posible. Otras justificaciones, sin tanto peso metafísico pienso que también se encuentran disponibles.

quienes se aplican sean sus *autores*<sup>22</sup>. Si en tanto agente sensible a razones un individuo tiene interés en dirigir su vida a partir de sus *propias* consideraciones, en ser su *autor*, y si la incidencia del esquema institucional puede conspirar en contra de la satisfacción de aquél interés, la solución es hacer que todos aquellos a quienes se aplica sean *autores* del mismo. Si la amenaza que plantea la existencia de instituciones coercitivas sobre aquellos a quienes se aplican reside en que no puedan dirigir su vida a partir de sus *propias* consideraciones, la solución radica en hacer que el esquema de instituciones estatales sea *propio* de aquellos a quienes se aplica. La solución radica en hacerlos sus *autores*.

No se trata de la exigencia de que el esquema institucional sea justo o correcto, sino de que sea *propio* de los sujetos a quienes se aplica. La exigencia moral que engendra la aplicación de instituciones coercitivas es la de legitimidad política. Justicia y autoría –o legitimidad política– son dos cosas diferentes. Un conjunto de sujetos puede ser *autor* de un esquema institucional –puede existir legitimidad política y auto-gobierno– aunque el esquema institucional sea injusto o incorrecto. Así como una decisión individual puede ser propia y no obstante equivocada, un esquema institucional puede ser propio de los sujetos a quienes *establece* como destinatarios, ser legítimo, y no obstante ser injusto o incorrecto. Lo contrario implicaría afirmar que cuando una decisión o esquema institucional es *propia* de un sujeto, entonces indefectiblemente es justa o correcta, lo cual no es el caso. Nuestros errores son nuestros aunque continúan siendo errores<sup>23</sup>.

El hecho de que tanto las instituciones domésticas como las internacionales posean carácter coercitivo genera exigencias de legitimidad política, auto-gobierno o *autoría*, en ambos niveles. No obstante, tales exigencias no son idénticas porque los sujetos sobre quienes dichos esquemas se aplican son diferentes. Mientras en el caso de los

---

<sup>22</sup> Si la existencia de instituciones coercitivas no es necesaria, entonces las mismas no están justificadas y el deber moral que engendra su existencia es el de trabajar para su desaparición. Sólo en el seno de instituciones coercitivas que se encuentran moralmente justificadas aparecen las exigencias de legitimidad política o autoría.

<sup>23</sup> Blake ha sugerido un argumento de corte rawlsiano que tiene por objeto mostrar que lo que justifica utilizar el recurso de la posición original para evaluar el diseño de ciertas instituciones reside en el hecho de que se trata de instituciones coercitivas. Su conclusión es que los principios de justicia –que se obtienen a partir de la posición original– solo son aptos para evaluar instituciones que se aplican de modo coercitivo. Señala al respecto: «...The criteria for membership within the group of people entitled to justification through principles of liberal justice, on my account, is membership as citizen within the territorial state. This first stage determines the class of people to whom justification is owed; the fact of coercion is what mandates the provision of such justification...» (Blake 2002: 289) Con independencia de si se trata de una buena reconstrucción del pensamiento de Rawls, por las razones brindadas en el texto considero que esta posición es inadecuada. La exigencia moral que engendra la existencia de un esquema institucional coercitivo, es la de que sea *propio* de los sujetos a quienes se aplica, no la de que sea justo o correcto. Las exigencias engendradas por la coerción son de legitimidad y auto-gobierno, no de justicia.

esquemas institucionales estatales, son los individuos considerados por separado los que deben ser sus *autores*, en el caso del esquema institucional internacional los *autores* deben ser los Estados legítimos, o los individuos políticamente organizados. El orden internacional es legítimo si los Estados son sus *autores* y si garantiza que los ciudadanos sean los *autores* de las instituciones estatales en las que habitan<sup>24</sup>.

Lo señalado explica porqué dadas las características del actual orden internacional –cuyos sujetos de aplicación paradigmáticamente son los Estados– no es posible que exista una comunidad política global que abarque a toda la humanidad. Los titulares de los reclamos de legitimidad política que engendra este orden internacional son aquellos sobre quienes se aplica coercitivamente, esto es los Estados. Este extremo es el que también funda la afirmación de que sólo puede existir una comunidad política internacional constituida por Estados legítimos. Quienes deben ser *autores* del orden internacional son los Estados, y por tanto son sus intereses los que cuentan.

De modo que detrás de las tres afirmaciones sobre las que descansa el argumento en contra de la desigualdad global e internacional se encuentra la premisa fáctica de que las instituciones internacionales se aplican coercitivamente de modo paradigmático a los Estados. No puede existir una comunidad política global porque los reclamos de legitimidad por la coacción aparecen en los sujetos que la padecen, es decir los Estados. Esto mismo determina que a lo sumo pueda existir una comunidad política internacional y no una global.

Ahora bien, si los titulares de los reclamos de legitimidad son los Estados, son sus intereses los que deben ser tenidos en cuenta. Adicionalmente, puesto que el orden internacional impone coercitivamente sobre los individuos un esquema de Estados, debe aparecer como garante de que la coacción ejercitada por los Estados es legítima. De esto se sigue, que los intereses a considerar no son cualquier interés que de hecho posean los Estados, sino sólo los intereses que poseen en tanto comunidades políticas legítimas que se auto-gobiernan. Sólo cuando existe una comunidad internacional legítima constituida, a su vez, por Estados legítimos, las exigencias morales engendradas por el carácter coercitivo del orden internacional quedan satisfechas.

---

<sup>24</sup> Dejo de lado las exigencias de legitimidad que pesan sobre el esquema de instituciones internacionales debido a la imposición de un sistema de Estados sobre los individuos aislados. He abordado este problema en mi trabajo «Democracia Internacional, Derecho Humano a la Democracia e Intervención Humanitaria» (2013). Allí muestro que los Derechos Humanos son las exigencias que todo esquema institucional doméstico debe satisfacer para que exista auto-gobierno o legitimidad a nivel estatal y que la exigencia de legitimidad que engendra la imposición coercitiva del sistema de Estados es la de que las instituciones internacionales actúen como garantes de los Derechos Humanos. Si las instituciones internacionales actúan como garantes de los Derechos Humanos las exigencias de legitimidad engendradas por su carácter coercitivo sobre los individuos considerados aisladamente se encuentran satisfechas.

La visión del derecho internacional sobre la que descansan ambas conclusiones –que la desigualdad no es moralmente relevante a nivel global ni internacional– parece encajar con la visión tradicional que lo considera como una segunda capa de derecho que se encuentra por encima de los ordenamientos jurídicos domésticos, creada por los Estados y aplicable de modo paradigmático a los Estados y no a sus ciudadanos individualmente considerados. Existen dos razones que parecen vincular el argumento que he ofrecido con la visión tradicional del orden internacional. En primer lugar, he afirmado que un esquema institucional tiene carácter coercitivo cuando incide de modo no deliberativo sobre las probabilidades que tienen de adoptar un curso de acción o soportar un estado de cosas aquellos a quienes *establece* como destinatarios. En segundo lugar, he sostenido que el Derecho Internacional *establece* un sistema de Estados y *establece* como destinatario a los Estados lo que determina que sean los Estados legítimos –y no los individuos considerados aisladamente– los titulares de las exigencias de legitimidad que deben ser satisfechas por dicho orden institucional.

#### IV. UN NUEVO ORDEN GLOBAL

En los últimos años, la visión tradicional de un orden internacional configurado por decisiones de los Estados y cuyas principales instituciones se aplican a éstos, ha sido puesta en cuestión. Una razón para cuestionar dicha visión ha provenido de constatar la existencia de una nueva clase de agente jusgenerativo constituido por redes transgubernamentales. Estas redes reúnen a funcionarios de diferentes Estados que no son aquellos tradicionalmente encargados de las relaciones internacionales. No se trata de organizaciones constituidas por diplomáticos o representantes formales de los Estados, sino de redes que vinculan a funcionarios de la administración de un Estado con sus contrapartes extranjeras.

Aunque los primeros en identificar este fenómeno fueron Keohane y Nye (1974) fue Anne-Marie Slaughter, en su trabajo seminal *A New World Order* (2004), quien lo hizo objeto de estudio especializado<sup>25</sup>. Allí, Slaughter llama la atención sobre la aparición de redes horizontales –que reúnen a funcionarios de diversos Estados– y verticales –que reúnen a funcionarios estatales con funcionarios de agencias internacionales o supranacionales– que han cambiando la configuración del orden internacional. Parte de los estándares normativos generados por estas redes han venido a constituir un nuevo tipo de derecho global que no tiene su origen en tratados. Se trata de un nuevo tipo de

---

<sup>25</sup> Otros trabajos que abordan el fenómeno son los elaborados por Slaughter y Zaring (2006) y Slaughter y Hale (2010).

normas creadas por una especie de administración global que se ubican por debajo de la legislación internacional representada por los tratados y convenciones<sup>26</sup>.

La proliferación de redes ha tenido especial fuerza en áreas vinculadas con la seguridad, las regulaciones económicas, el cuidado del medio ambiente, las relaciones laborales, los estándares de calidad de productos y servicios, la regulación de servicios financieros, entre otras. Algunos ejemplos concretos son el Basel Committee on Banking Supervision, el Financial Action Task Force, el Financial Stability Board, el G 20, el Global Forum on Transparency and Exchange Information for Tax Purposes, el International Accounting Standard Board, la International Association of Insurance Supervisors, la International Competition Network, la International Conference on Harmonization of Technical Requirements for the Registration of Pharmaceutical Products, la International Network for Environmental Compliance and Enforcement y el Joint Forum.

Slaughter sostiene que las funciones que cumplen las redes pueden reducirse a tres<sup>27</sup>. Algunas de estas redes, buscan compartir información entre las agencias gubernamentales poniendo en común cuáles han sido las mejores prácticas para enfrentar los problemas que les atañen. Este es el caso, por ejemplo de la International Network for Environmental Compliance and Enforcement. El objetivo de la organización ha sido hacer que se tome conciencia de la importancia que tiene que los Estados cumplan y hagan cumplir las regulaciones referidas al cuidado del medio ambiente. Entre las actividades llevadas adelante por la red se destacan, la formación de profesionales especializados en los mecanismos para aplicar y hacer cumplir las regulaciones medioambientales, la comunicación de las prácticas que han sido exitosas en este dominio, el brindar asistencia a los funcionarios

---

<sup>26</sup> Benedict Kingsbury, Nico Krisch y Richard B. Stewart (2005) consideran que como un intento de controlar esta nueva forma de poder global ha surgido un tipo de derecho administrativo global. Lo importante a los fines de este trabajo es poner de manifiesto que el fenómeno al que intenta dar respuesta este nuevo derecho administrativo es el mismo que es identificado por Slaughter. Haciendo explícito el objetivo del nuevo derecho administrativo global señalan Kingsbury y Stewart: «...The idea of Global Administrative Law begins with the twin observations that much economic governance by transnational and national institutions is a form of administration, and that this administration involves the exercise of power which can be channeled and controlled through the use of administrative law-type techniques nationally and internationally...» (Kingsbury y Stewart 2009: 11).

<sup>27</sup> Señala Slaughter en referencia a estas funciones: «...National government officials would be increasingly enmeshed in networks of personal and institutional relations. They would each be operating both in the domestic and the international arenas, exercising their national authority to implement their transgovernmental and International obligations and representing the interests of their country while working with their foreign and supranational counterparts to disseminate and distill information, cooperate in enforcing national and international laws, harmonizing national laws and regulations, and addressing common problems» (Slaughter 2004:7).

gubernamentales para que adquieran herramientas que les permitan evaluar la efectividad de los programas que están llevando adelante<sup>28</sup>.

La segunda función que cumplen las redes es la de coordinar y armonizar políticas entre diferentes jurisdicciones estatales. Un ejemplo de red que persigue estos objetivos es la International Conference on Harmonization of Technical Requirements for the Registration of Pharmaceutical Products. El objetivo de esta organización ha sido armonizar las diferentes regulaciones nacionales sobre productos farmacéuticos que han proliferado desde mediados de los años 60s<sup>29</sup>. La primera conferencia de la ICH logró que se armonizaran las condiciones de control para el testeado de medicamentos, se redujesen los tests de tiempo prolongado de toxicidad y se aboliese el test de toxicidad de dosis letal<sup>30</sup>. El mismo objetivo de coordinar políticas fue el que dio origen al G-20<sup>31</sup>.

La tercera función de las redes consiste en auxiliar a los Estados para que incrementen su capacidad de control sobre problemas transnacionales tales como el terrorismo o el lavado de dinero. Un ejemplo paradigmático de esta clase de red es la Financial Action Task Force. La red fue creada en 1989 por iniciativa del G-7 y tuvo como objetivo prioritario ayudar a los Estados a evitar el lavado de dinero<sup>32</sup>.

Otro elemento característico de estas redes se refiere a los sujetos que las componen. A diferencia de las organizaciones internacionales tradicionales, donde sus miembros son diplomáticos a quienes se ha concedido la tarea de representar los intereses de un Estado, aquí se trata de meros funcionarios gubernamentales, o de representantes de entidades internacionales o supranacionales, entidades privadas u ONGs. Las redes no sólo están constituidas por funcionarios estatales sin carácter diplomático, sino que albergan a representantes de organizaciones o grupos distintos a los Estados<sup>33</sup>.

---

<sup>28</sup> Los programas de capacitación para funcionarios, así como otros recursos, se encuentran disponibles en la página web de la organización <http://inece.org>

<sup>29</sup> La llamada de atención sobre la necesidad de que los estados regulasen la actividad farmacéutica provino del caso de la talidomida durante los años 1960-1961.

<sup>30</sup> La conferencia tuvo lugar en Bruselas en el año 1991. Las conferencias sucesivas tuvieron lugar en Orlando, Florida durante el año 1993, en Japón durante el año 1995, Bruselas en 1997, San Diego en el 2000 y Osaka en el 2003. A partir del 2007 han tenido lugar conferencias regionales más reducidas.

<sup>31</sup> La primera reunión del grupo fue convocada por George W. Bush y tuvo lugar en Washington el 14 y 15 de noviembre del 2008.

El antecedente inmediato del G-20 constituido por jefes de Estado y de gobierno, fue un G-20 constituido por ministros de economía y presidentes de bancos centrales. Este grupo con perfil netamente financiero fue creado luego de la crisis asiática de finales de los 90s. Quienes tuvieron la iniciativa de crearlo fueron el ministro de economía de Canadá y el secretario del tesoro de EEUU.

<sup>32</sup> Otro objetivo de la red ha sido compartir información y recomendar prácticas. Para cotejar la información y las prácticas recomendadas puede verse <http://www.fatf-gafi.org/documents/guidance>.

<sup>33</sup> Un ejemplo de la participación de entidades privadas en estas redes puede encontrarse en el Basel Committee on Banking Supervision. Desde finales de los 90s

Finalmente, un tercer elemento característico de estas redes tiene que ver con los mecanismos de implementación que utilizan. A diferencia de lo que sucede con el derecho doméstico y el derecho internacional tradicional, estas normas rara vez son impuestas por la fuerza. Los mecanismos para lograr conformidad son más sutiles y abarcan la concesión de incentivos económicos, el dar a conocer públicamente a los sujetos que no obedecen, el monitoreo y la construcción de capacidad de implementación en las jurisdicciones nacionales.

En algunos casos, como el de la International Network for Environmental Compliance and Enforcement, los principales mecanismos para lograr conformidad tienen por objetivo favorecer que los Estados tomen conciencia de la importancia de cumplir y garantizar el cumplimiento de los standards medioambientales, y fortalecer su capacidad para implementarlos<sup>34</sup>. La red también utiliza el fortalecimiento de las capacidades estatales como un modo de favorecer la implementación. Dada la complejidad del mercado de emisiones y lo dificultoso que es establecer si los Acuerdos Ambientales Multilaterales están siendo respetados, la red reúne especialistas con el objetivo de dar solución a estos desafíos. En otros casos, como el Basillee Committee on Banking Supervision, los incentivos económicos han sido el principal mecanismo. Los standards de supervisión acordados por los miembros del comité son utilizados por los mercados internacionales y por organizaciones formales como el Fondo Monetario Internacional, lo que genera incentivos para que los Estados que no son miembros también se ajusten a los mismos. Otras redes, como la Financial Action Task Force, utilizan como mecanismo la confección de listas donde se detalla a los Estados que no cumplen con sus requerimientos. En el 2010, en respuesta a un pedido del G-20, comenzó a publicarse una lista de Estados que no cumplen los standards y representan una amenaza seria, y Estados que aunque no satisfacen los standards se

---

el Comité ha llevado adelante consultas regulares con grupos económicos y bancos. Aunque sus miembros regulares siguen siendo funcionarios estatales, el rol de los consultores se ha vuelto cada vez más relevante. Un caso extremo de participación de entidades no gubernamentales es el de la International Accounting Standard Board. La junta es una red conformada por quince expertos cuya sede se encuentra en Londres. La junta es dirigida y sostenida económicamente por International Accounting Standards Committee Foundation, una compañía privada registrada en EEUU. Esta compañía, a su vez, es financiada mayormente por las cuatro empresas contables más importantes de EEUU. Un ejemplo de participación de otras entidades internacionales o supranacionales puede encontrarse en el Financial Stability Board donde además de los representantes del G-20 participan representantes del Banco Central Europeo, del Basel Committee on Banking Supervision y de la International Association of Insurance Supervisors. Otro ejemplo de red de agentes no estatales es el Joint Forum que reúne a representantes del Basel Committee on Banking Supervision, la International Organization of Securities Commissions y la International Association of Insurance Supervisors. Se trata de una red de redes.

<sup>34</sup> Una de las herramientas utilizadas por la red para favorecer la toma de conciencia por parte de los Estados son diversas publicaciones.

encuentran realizando esfuerzos para implementarlos<sup>35</sup>. Por último, existen redes que sólo utilizan como herramienta el monitoreo. Tal es el caso, por ejemplo, del Financial Stability Board. El FSB controla, brinda consejo y formula advertencias a los Estados miembros.

## V. UN NUEVO ORDEN GLOBAL CON EXIGENCIAS DE LEGITIMIDAD ANTIGUAS

Las tres características de este nuevo orden global han puesto en crisis la visión tradicional del derecho internacional. La existencia de un derecho configurado por redes ha puesto en cuestión la idea que concibe al derecho internacional como un estrato de normas ubicadas por encima de los derechos nacionales. Los mismos funcionarios gubernamentales de diferentes jurisdicciones estatales son quienes se encuentran generando este nuevo tipo de normativa global. Que estas redes se encuentren compuestas por meros funcionarios y no por diplomáticos ha puesto en cuestión la idea de que el derecho internacional es generado principalmente por la voluntad de los Estados. Por último, la utilización de mecanismos de implementación que no recurren al uso tradicional de la fuerza, ha puesto en tela de juicio el carácter jurídico del nuevo derecho global. La razón de ello radica en que este nuevo derecho parece ser un *soft-law* carente de carácter coercitivo.

Haciendo referencia a este cambio en la estructura del orden internacional, señala Slaughter:

«Yet to see these networks as they exist, much less to imagine what they could become, requires a deeper conceptual shift. Stop imagining the international system as a system of states—unitary entities like billiard balls or black boxes—subject to rules created by international institutions that are apart from, «above» these states. Start thinking about a world of governments, with all the different institutions that perform the basic functions of governments—legislation, adjudication, implementation—interacting both with each other domestically and also with their foreign and supranational counterparts...» (2004: 5).

Este nuevo derecho global surgido de redes transgubernamentales, es presentado por Slaughter como la solución a lo que ella denomina el «trilema de la gobernanza global». Este señala que, por un lado, necesitamos instituciones que permitan resolver los problemas globales, pero sin que esto requiera la existencia de un peligroso poder glo-

---

<sup>35</sup> La Financial Action Task Force es un ejemplo de utilización de otros tres mecanismos de implementación. En primer lugar, favorece la auto-evaluación por parte de los Estados. En segundo lugar, posibilita que los Estados evalúen recíprocamente su nivel de cumplimiento. Por último, la red lleva adelante evaluaciones de todas las jurisdicciones nacionales.

bal centralizado y generadas por actores a quienes se pueda pedir cuentas a través de mecanismos políticos (Slaughter 2004: 10) Estas redes debido a su flexibilidad y rapidez son aptas para encontrar soluciones a los problemas globales. Sin embargo, se trata de redes descentralizadas y dispersas que no poseen carácter coercitivo. Adicionalmente, se encuentran constituidas por funcionarios estatales que son responsables frente a los ciudadanos de cada uno de sus Estados (Slaughter, 2004: 11).

Dos consecuencias parecen seguirse de la nueva visión del derecho internacional que ponen en riesgo la conclusión del argumento en contra de la relevancia de la desigualdad. Si este nuevo derecho generado por redes transgubernamentales no tiene carácter coercitivo, y las exigencias de legitimidad son engendradas por la coacción, a mayor proliferación de redes menos exigencias de legitimidad internacional o global existirán. En el caso extremo, si todos los problemas globales e internacionales fuesen resueltos a través del soft-law generado por estas redes, no podría existir ni una comunidad política global ni una internacional ya que, según he señalado, sin coacción no hay legitimidad. En este supuesto, al igual que señala el argumento que he ofrecido, la desigualdad sería irrelevante a nivel global e internacional, pero – contrario a dicho argumento – también lo sería la legitimidad internacional.

Si, por otro lado el derecho generado por las redes transgubernamentales posee carácter coercitivo pero, tal como parece sugerir Slaughter, no se aplica a los Estados sino directamente a los individuos, entonces su existencia habría provocado el surgimiento de exigencias de legitimidad global de las que son titulares todos los seres humanos en su conjunto. La existencia de una comunidad política global sería posible y una vez que esta existiese, aparecerían exigencias de justificación recíproca en base a intereses públicamente inaccesibles, lo que volvería a la desigualdad global moralmente relevante. En este supuesto, a diferencia de lo que sostiene el argumento que he ofrecido, existirían exigencias de legitimidad global las que a la larga –una vez satisfechas– volverían moralmente relevante a la desigualdad que afecta a todos los seres humanos.

Ahora bien, aun si la idea tradicional de orden internacional se encuentra en crisis debido a la proliferación de redes horizontales y verticales, pienso que el nuevo orden global que está surgiendo no hace que las razones para considerar irrelevante a la desigualdad global e internacional hayan desaparecido. El argumento que he ofrecido se asienta sobre una característica del orden internacional que sigue estando en pie: el nuevo derecho global, al igual que las normas internacionales tradicionales, se aplica coercitivamente de modo paradigmático a los Estados, en lugar de a los individuos. La afirmación de que no puede existir una comunidad política global que abarque a todos los seres humanos sino sólo una comunidad política internacional constituida por Estados legítimos, descansa sobre esta premisa

fáctica que sigue siendo cierta a pesar de la existencia de redes transgubernamentales.

En primer lugar, el nuevo derecho generado por las redes horizontales y verticales de cooperación tiene por objetivo su implementación por parte de los Estados. Las guías, principios, standards, recomendaciones, etc. que son elaboradas por estas redes, aspiran a ser puestas en práctica por los Estados. Las redes no buscan suplantar al Estado en el cumplimiento de sus funciones. Por el contrario, pretenden que sea el Estado quien las cumpla y han desarrollado diferentes mecanismos para promover que esto suceda. Pretenden, por un lado, ayudar a que los Estados que tienen la voluntad de hacerlo puedan cumplir de modo efectivo sus funciones y, por el otro, promover el surgimiento de esta voluntad en aquellos Estados que todavía no la poseen. En consecuencia, los sujetos a quienes este nuevo derecho se aplica siguen siendo los Estados.

En segundo lugar, al menos algunas de las normas del nuevo derecho global poseen carácter coercitivo. La idea de coerción que he utilizado, y sobre la que se funda el argumento en contra de la relevancia moral de la desigualdad global, no hace descansar el carácter coercitivo de un esquema institucional en el recurso de la fuerza. Lo relevante es que el esquema institucional incida de modo no-deliberativo sobre las probabilidades de que el sujeto a quien *establece* como destinatario adopte un curso de acción o soporte un estado de cosas. Aunque en algunos casos las redes pretenden incidir sobre los Estados de modo deliberativo –ayudando a que tomen conciencia, ofreciéndoles información, fortaleciendo su capacidad de implementación, etc.– existen supuestos en que pretenden hacerlo de modo no-deliberativo. Cuando las redes utilizan incentivos de mercado, o monitorean y publicitan el cumplimiento de sus pautas intentando lograr el avergonzamiento de los Estados infractores, pretenden lograr que los Estados se ajusten a sus standards y recomendaciones a través de mecanismos no-deliberativos. No pretenden convencer a los Estados para que sigan las normas sino forzarlos a hacerlo. En consecuencia, de acuerdo con la noción de coerción que he ofrecido, aun el soft-law posee carácter coercitivo.

Lo señalado se aparta de la visión que Slaughter tiene de este nuevo orden global. En su opinión los funcionarios que participan de estas redes no están sujetos a coerción. La elección que estos realizan de llevar adelante ciertas políticas o implementar ciertos standards es libremente adoptada por razones deliberativas. Sin embargo, continúa Slaughter, «having decided, for whatever reasons, to adopt a particular code of best practices, to coordinate policy in a particular way, to accept the decision of a supranational tribunal, or even simply to join what seems to be an emerging international consensus on a particular issue, they can implement that decision within the limits of their own domestic power» (Slaughter 2004: 185) Su idea es que las políticas, guías, standards y procedimientos diseñados por las redes de cooperación no se aplican de modo coercitivo sobre los Estados. Aquí funcio-

na el consenso y la deliberación. La coerción sólo aparece cuando los funcionarios estatales aplican los standards globales dentro de sus propias jurisdicciones<sup>36</sup>.

Creo que la conclusión que extrae Slaughter se sigue de utilizar una noción excesivamente limitada de coerción. Lo que subyace a su conclusión de que el nuevo orden global no es coercitivo mientras que los derechos domésticos sí lo son, es la idea de que sólo existe coerción allí donde existe un sistema normativo cuyos requerimientos pueden ser respaldados por el uso de la fuerza<sup>37</sup>. Una vez que esta noción limitada de coerción es abandonada, y se adopta en su lugar la noción que he defendido en la primera parte del trabajo, el carácter coercitivo del nuevo orden global aparece patente. La utilización de incentivos económicos y mecanismos de avergonzamiento, aunque no son equivalentes al uso de la fuerza, se le asemejan en su intención de incidir de modo no-deliberativo sobre la probabilidad de que los Estados adopten cierto curso de acción o soporten estados de cosas<sup>38</sup>.

Pienso que una vez que se advierte el carácter coercitivo del poder que ejercitan las redes horizontales y verticales que engendran el nuevo derecho global, su carácter informal y desestructurado dejan de contar como puras virtudes. Si bien estas características permiten que estas redes ofrezcan solución a los cambiantes problemas generados por la globalización, también impide tener certeza acerca de si los intereses y opiniones de todos los Estados han sido debidamente considerados. El carácter formal y estructurado de los procesos de toma de decisión colectiva ha servido históricamente como una garantía para que los sujetos menos poderosos, con menor acceso a las redes

---

<sup>36</sup> Pienso que Kingsbury, Krisch y Stewart (2005), tienen una visión diferente de la situación, más cercana a la que planteo en el texto. Ellos dan cuenta del surgimiento de un nuevo tipo de poder político ejercitado a través de estas redes de gobernanza global. Por esta razón, son conscientes de los problemas vinculados con la legitimidad del poder ejercitado a través de ellas.

<sup>37</sup> Haciendo patente esta concepción del carácter coercitivo de una decisión o institución, afirma Slaughter: «...Absent a world government, it is impossible to grant supranational officials genuine coercive power: judges on supranational tribunals cannot call in the global equivalent of federal marshals if their judgments are not obeyed; global regulators cannot impose fines and enforce them through global courts...» (Slaughter 2004: 20)

<sup>38</sup> Hasta la misma Slaughter, calificando una de las tesis centrales de su trabajo, parece admitir el carácter coercitivo del nuevo derecho transgubernamental cuando señala, refiriéndose a los funcionarios que conforman las redes: «...They have access to traditional "hard", or coercive, power. The central role of national government officials in government networks means that when the participants make a decision that requires implementation, the power to implement already exists at the national level. The power to induce behavior through selective admission requirements is also a form of hard power. At the same time, much of the work of many horizontal government networks depends on "soft" power—the power of information, socialization, persuasion, and discussion. An effective world order needs to harness every kind of power available...» (Slaughter 2004: 27) El poder ejercido a través de la admisión selectiva de funcionarios pertenecientes a ciertos Estados, reconoce Slaughter es un tipo de poder coercitivo ejercitado sobre estos Estados.

informales de influencia, pudiesen hacer escuchar sus opiniones y reclamos. La existencia y proliferación de estas redes engendra exigencias de legitimidad especialmente acuciantes con relación a los países periféricos<sup>39</sup>.

De modo que tanto el derecho internacional generado por el mecanismo tradicional de los tratados, como este nuevo derecho transgubernamental generado por redes horizontales y verticales de funcionarios, comparten las características de *establecer* como destinatarios a los Estados y poseer carácter coercitivo. La novedad del derecho global reside en sus mecanismos de creación e implementación. No obstante, ni sus destinatarios ni su carácter coercitivo son diferentes a los del derecho internacional tradicional. En consecuencia, las exigencias de legitimidad engendradas por el nuevo orden global no son diferentes a las que engendraba el derecho internacional tradicional. En ambos supuestos se trata de que los Estados sean *autores* del sistema normativo que se les aplica coercitivamente.

En respaldo de la tesis que he defendido puede señalarse que la visión que he presentado del derecho global es la misma que tienen los Estados. Tal extremo queda claro cuando se analizan las quejas que han sido dirigidas en contra de las redes de gobernanza transgubernamental. Así, por ejemplo, El Basile Committee ha sido criticado por haber sido capturado por las mismas entidades privadas que el Estado debería regular. La red parece haber servido para hacer que los Estados regulen la actividad financiera de una manera que es completamente funcional a los intereses de las grandes corporaciones. Una crítica vinculada ha sostenido que las redes han servido para promo-

---

<sup>39</sup> Haciendo referencia al impacto que las pautas establecidas por las redes horizontales y verticales han tenido específicamente sobre Latinoamérica, señalan Kingsbury y Stewart: «...Globalization has a more and more pervasive impact on government decisions and policies in Latin American countries. They are strongly affected by the decisions of global regulatory bodies in areas such as trade (*e.g.* WTO), investment (*e.g.* international investment arbitral tribunals), monetary policy (*e.g.* IMF), development aid (*e.g.* the World Bank and the Inter-American Development Bank), environment (*e.g.* OECD), health and safety (*e.g.* Codex Alimentarius), human rights (*e.g.* the Inter-American Commission and Court of Human Rights), and others... Other bodies, including transnational networks of national regulators, private standard setting bodies, and hybrid public/private bodies, often have a more indirect but nonetheless powerful influence on domestic policies and decision making procedures. These impacts and more subtle effects are often especially powerful in the case of developing countries, which are particular dependent on foreign investment and assistance, and may often lack the institutional resources and expertise to influence, deflect, or otherwise deal with them» (Kingsbury y Stewart, 2009: 12).

Jorge Barraguirre ha llamado la atención sobre la falta de legitimidad política del poder ejercitado a través de los organismos de arbitraje internacional a los que usualmente son sometidos los países emergentes. Específicamente, Barraguirre señala que el derecho administrativo global no puede ser la solución al problema ya que este presenta deficiencias técnicas –por ejemplo, no existe una doble instancia– y de legitimidad política –por ejemplo, no existe un demos global que lo haya creado– (Barraguirre, 2009).

ver los intereses de los Estados desarrollados, lo que ha generado reclamos para ampliar la membresía. Con respecto al comité de Basilea, la crítica fue formulada por el consenso de Monterrey. A partir de entonces, los representantes de los Estados presentes en el comité se ampliaron para incluir a los miembros del G-20. Una crítica semejante ha sido dirigida en contra de la FATF, señalando que es funcional a los intereses de EE.UU. También ha sido blanco de la crítica el Financial Stability Board lo que condujo a ampliar en 1999 el número de Estados representados. También amplió su membresía en el 2009 el Global Forum on Transparency. La misma ampliación sufrió la International Association of Insurance Supervisors que en el año 2009 contaba con representantes de 140 Estados.

Estos reclamos de mayor participación por parte de los Estados en las redes sirven para dar sustento a la afirmación de que son éstos los principales destinatarios de las nuevas normas globales. El hecho de que esta nueva normativa global se aplique de modo coercitivo sobre los Estados unido a su reciente proliferación, ha conducido a los Estados a tener un interés creciente de participar en las redes que participan en su proceso de elaboración. La queja de que las redes sirven a intereses privados o a intereses de los Estados desarrollados sólo cobran sentido si se presupone que la nueva normativa transgubernamental posee carácter coercitivo y que tiene por destinatario a los Estados.

## VI. CONCLUSIÓN

La aparición de un nuevo tipo de derecho global creado por redes transgubernamentales no exige revisar las conclusiones acerca de la irrelevancia de la desigualdad internacional y global. Las redes transgubernamentales ejercitan un poder coercitivo cuyo objetivo es que los Estados lleven adelante ciertas políticas o adopten ciertas normas. Dado que este poder coercitivo se aplica a los Estados, siguen siendo ellos los sujetos políticamente relevantes, esto es siguen siendo su interés en el auto-gobierno el que debe ser satisfecho por estas redes. De este modo, las exigencias de legitimidad engendradas por el nuevo derecho transgubernamental no son diferentes a las engendradas por el derecho internacional tradicional.

La existencia de redes transgubernamentales no ha alterado la conclusión de que no puede existir una comunidad global legítima, ya que no existe un esquema institucional unificado que se aplique coercitivamente a todos los seres humanos individualmente considerados. Aunque el nuevo derecho global posee carácter coercitivo, el sujeto paradigmático al que se aplica sigue siendo el Estado. En consecuencia, la desigualdad global continúa siendo moralmente irrelevante. Adicionalmente, dado que sólo puede existir una comunidad interna-

cional legítima, y que los Estados tienen un interés público en el auto-gobierno, lo mismo sucede con la desigualdad internacional.

## BIBLIOGRAFÍA

- BARRAGUIRRE, J., «Los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) y el convenio CIADI ¿La Evaporación del Derecho Administrativo Doméstico?», en KINGSBURY, B., *et al.*, *El Nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*, Buenos Aires, Ediciones Rap. 2009, pp. 203-220.
- BESSON, S. (), «Theorizing the Sources of International Law», en *The Philosophy of International Law*, BESSON, S. y TASIOLAS, J. (eds.) Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 163-185.
- BEITZ, C. R., *The Idea of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- BLAKE, C., «Distributive Justice, State Coertion, and Autonomy», *Philosophy and Public Affairs* 30, 2002, pp. 257-296.
- COHEN, G., *If You're an Egalitarian, How Come You're So Rich?*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2000.
- KARMEN, A., «Poverty, Crime and Criminal Justice» en *From Social Justice to Criminal Justice. Poverty and the Administration of Criminal Law*, HEFFERNAN, W. y KLEINING, J. (eds.) Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 25-46.
- KEOHANE, R. y NYE, J. S. (), «Transgovernmental Relations and International Organizations» *World Politics*, 27, 1974, pp. 39-62.
- KINGSBURY, B., KRISH, N., y STEWART, R. B. (), «The Emergence of a Global Administrative Law», *Law and Contemporary Problems*, 68, 2005, pp. 15-61.
- KINGSBURY, B. y STEWART, R. B. (), «Introduction: Perspectives on the Development of Global Administrative Law in Latin America», en KINGSBURY, B., *et al.* *El Nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*, Buenos Aires, Ediciones Rap. 2009, pp. 11-20.
- MACINTYRE, A., *After Virtue: A Study in Moral Theory*, London, Duckworth, 1981.
- «Is Patriotism a Virtue?» *The Lindey Lecture at the University of Kansas*, 1984.
- MILLER, D., *On Nationality*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- NAGEL, T., «The Problem of Global Justice», *Philosophy and Public Affairs*, 33, 2005, pp. 113-147.
- PETTIT, P., *Made with Words: Hobbes on Language, Mind and Politics*, New Jersey, Princeton University Press, 2008.
- «Law and Liberty», en *Legal Republicanism: National and International Perspectives*, BESSON, S. y MARTÍ, J. L. (eds.) Oxford, Oxford University Press. 2009, pp. 39-59.
- «Legitimate International Institutions: a Neo-republican Perspective», en *The Philosophy of International Law*, BESSON, S. y TASIOLAS, J. (eds.), Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 139-160.
- PETTIT, P. y Lovett, F. (), «Neorepublicanism: A Normative and Institutional Research Program», *Annual Review of Political Science*, 12, 2009, pp. 11-29.

- POGGE, T., *Realizing Rawls*, Ithaca, Cornell University, 1989.
- SCANLON, T. M., *What We Owe to Each Other*, Cambridge, Mass., Belknap Press, 1998.
- RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., The Belknap Press of Harvard University Press, 1971-1999.
- *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993.
- *The Law of Peoples* Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999.
- SELEME, H. O.; «Legitimidad Política, Justicia y Globalización», *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 9, 2007, pp. 1-60.
- «La Consistencia del Contextualismo Institucional e Internacional», *Enrahonar*, 43, 2009, pp. 205-228.
- «La Legitimidad como Autoría», *Revista Brasileira de Filosofia*, 234, 2010, pp. 73-99.
- «The Moral Irrelevance of Global and International Inequality», *The Journal Jurisprudence*, 10, 2011, pp. 271-326.
- «Democracia Internacional, Derecho Humano a la Democracia e Intervención Humanitaria», *Doxa*, 35, 2013, pp. 321-360.
- SLAUGHTER, A.; *A New World Order*, New Jersey, Princeton University Press, 2004.
- SLAUGHTER, A. y ZARING, D. T.; «Networking Goes International: An Update», *Annual Review of Law and Social Science*, 2, 2006, pp. 211-229.
- SLAUGHTER, A. y HALE, T., «Transgovernmental Networks and Emerging Powers» en *Rising States, Rising Institutions: The Challenge of Global Governance*, A. S. ALEXANDROFF, A.S y COOPER, A. F. (eds.) Washington, DC, Brookings Institution Press, 2010, pp. 48-62.
- WALZER, M.; *Just and Unjust Wars*, New York, Basic Books, 1977.
- *Spheres of Justice*, New York, Basic Books, 1983.

Fecha de recepción: 31/03/2013. Fecha de aceptación: 31/10/2013.

# Información genética y derecho a no saber<sup>1</sup>

## Genetic information and the right not to know

Por JOSÉ IGNACIO SOLAR CAYÓN  
Universidad de Cantabria

### RESUMEN

*El reconocimiento legal del derecho del individuo a no conocer sus datos genéticos parece desafiar las nociones de autonomía y racionalidad del sujeto de derechos. Sin embargo, la propia idea de ignorancia no resulta ajena al discurso de fundamentación de los derechos, como prueba el papel esencial que el «velo de la ignorancia» desempeña en la teoría de John Rawls. A partir de esta idea se indaga en los fundamentos del derecho a no saber y en sus límites, ante la existencia de posibles derechos de terceros a acceder a esa información. Asimismo, se pone de manifiesto el papel que en este contexto juega el Derecho como instancia administradora del conocimiento y de la ignorancia, ante la amenaza de un determinismo genético que parece poner en cuestión en última instancia la idea misma de libertad individual.*

Palabras clave: *Información genética, derecho a no saber, autonomía, racionalidad, ignorancia, determinismo.*

### ABSTRACT

*The legal recognition of an individual's right not to know their genetic data seems to contravene the ideas of autonomy and rationality of the right's*

---

<sup>1</sup> Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto Consolider-Ingenio «El tiempo de los derechos», CSD 2008-00007, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España.

*holder. However, the very idea of ignorance is not alien to the discourse of justification of the fundamental rights, as evidenced by the essential role the «veil of ignorance» plays in John Rawls' theory of justice. From this idea, the foundations of the right not to know are explored. Also its limits, given the existence of third parties' potential rights to gain access to that information. At last, the article highlights the role that, in this context, law plays as an administering agent of knowledge and ignorance, in response to the threat of a genetic determinism that seems to question ultimately the very idea of individual freedom.*

*Key words: Genetic information, right not to know, autonomy, rationality, ignorance, determinism.*

**SUMARIO:** I. LA SINGULARIDAD DE LA INFORMACIÓN GENÉTICA Y SU IMPACTO EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO.—II. EL DERECHO A NO CONOCER LOS DATOS GENÉTICOS PROPIOS. A) *Autonomía, racionalidad e ignorancia: sobre los fundamentos filosóficos de un derecho a no saber.* B) *El derecho a no saber frente al derecho de familiares a acceder a la información genética.* C) *La autonomía individual, entre la libertad y el determinismo: el Derecho como instancia mediadora.*

**SUMMARY:** I. THE SINGULARITY OF GENETIC INFORMATION AND ITS IMPACT ON LEGAL THINKING.—II. THE RIGHT NOT TO KNOW THE GENETIC OWN DATA. A. *Autonomy, rationality an ignorance: about the philosophical foundations of a right not to know.* B. *The right not to know versus the relative's right to access the genetic information.* C. *Individual autonomy, between freedom and determinism: Law as a mediating agency.*

## I. LA SINGULARIDAD DE LA INFORMACIÓN GENÉTICA Y SU IMPACTO EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO

Las informaciones relativas a la salud de un individuo y sus decisiones en este ámbito conciernen a la esfera más íntima de su personalidad. De ahí que los datos de carácter personal sobre la salud se configuren en los instrumentos jurídicos internacionales y nacionales como datos especialmente protegidos cuyo tratamiento, en aras a la salvaguarda de los derechos del paciente a la intimidad y a la confidencialidad, se halla sujeto a especiales condiciones y garantías. Y también que, a fin de posibilitar que el paciente pueda tomar de manera responsable y consciente las decisiones relativas a su salud, se garantice su derecho a recibir una información suficiente y adecuada.

Esta necesidad de proteger los datos de carácter personal y de garantizar que las decisiones del paciente sean tomadas de manera consciente

y responsable se hace especialmente acusada cuando nos movemos específicamente en el dominio de los datos y de las pruebas genéticas. La información genética presenta unas características sumamente especiales que la singularizan respecto del resto de las informaciones relativas a la salud. Esta información tiene un carácter permanente; afecta al núcleo más íntimo de la propia identidad personal, en cuanto da cuenta de aquellos rasgos únicos e irrepetibles que constituyen la base de la individualización y que condicionan en gran medida al resto de los rasgos biológicos; al mismo tiempo, trasciende la dimensión meramente individual, aportando información relevante acerca del grupo familiar e incluso del grupo étnico; desvela aspectos ocultos de nuestra constitución física y de nuestra salud; encierra las claves de nuestro origen biológico; posee una enorme capacidad predictiva respecto a las predisposiciones y a la salud futura tanto del sujeto como de su descendencia; y es susceptible, por el enorme potencial de desarrollo de las técnicas en este ámbito, de usos e investigaciones cuyas posibilidades se desconocen en el momento de la realización de las pruebas o de la recogida de datos. Estas características dotan a la información genética de una relevancia jurídica especial por su extraordinaria capacidad de afectación a la autonomía del sujeto y por el impacto potencialmente discriminatorio e invasivo de los derechos individuales que puede acarrear su incorrecta utilización<sup>2</sup>. Además, estos riesgos, inherentes a la propia naturaleza de la información genética, se ven acrecentados por hechos como los extraordinarios avances en genómica, la utilización en proyectos de investigación de los biobancos, la difusión a través de internet de los tests genéticos directos al consumidor o el desarrollo de la bioinformática, que hacen ineficaces las tradicionales barreras de protección de la autonomía e intimidad del sujeto<sup>3</sup>.

Esta singularidad de la información genética ha sido explícitamente reconocida en el artículo 4 de la *Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos*, promulgada por la UNESCO en 2003. Artículo que, en atención a dicha singularidad, exige prestar «la debida atención al carácter sensible de los datos genéticos humanos e instituir un nivel de protección adecuado de esos datos y de las muestras biológicas». De esta manera encuentra respaldo en dicha Declaración

---

<sup>2</sup> Como señala MALEM, J., *Estudios de ética jurídica*, México, Fontamara, 2005, «la investigación genética incrementa nuestra información y, en consecuencia, aumenta la posibilidad de ejercer nuestra autonomía de forma exitosa». Pero, «al mismo tiempo, esa información en manos de terceros vuelve a los hombres y mujeres seres transparentes, casi sin secretos, y, en ese sentido, vulnerables ante los demás». Y ello «afecta negativamente, por cierto, también nuestra autonomía y el ejercicio de nuestros derechos» (p. 100).

<sup>3</sup> Cfr., sobre la práctica imposible de garantizar hoy una confidencialidad absoluta en este campo, MACKLIN, R.; «Privacidad y confidencialidad en investigación biomédica y del comportamiento», en BUISÁN, L. y SÁNCHEZ, A. (Coord.); *Intimidad, confidencialidad y protección de datos de salud*, Pamplona, Civitas, 2011, pp. 32-35.

la creciente tendencia, existente tanto a nivel nacional como internacional, de otorgar un régimen jurídico específico, de protección reforzada, a los datos genéticos, lo que conduce a la introducción de particularidades en el régimen general de determinadas instituciones o sectores jurídicos cuando este tipo de datos entran en juego.

En este sentido, podríamos hablar, por ejemplo, de la legitimidad de la exigencia de un régimen de garantías más estricto para la conservación de muestras genéticas y de perfiles de ADN en ficheros policiales que para la conservación de huellas digitales u otro tipo de datos identificativos, en razón de la especial gravedad de la «intrusión genética»<sup>4</sup>. De la redefinición que está sufriendo la institución del consentimiento informado y específico –especialmente a raíz del desarrollo de los biobancos– ante la incapacidad de las tradicionales garantías de la confidencialidad para proteger la intimidad genética del sujeto, admitiéndose progresivamente en este ámbito en diversas legislaciones nacionales la prestación de un consentimiento ampliado de carácter más genérico o abierto<sup>5</sup>. De la admisión, en relación a la información genética, de limitaciones y restricciones especiales al derecho del paciente a la intimidad y a la confidencialidad, en aras a la necesidad de garantizar los derechos de los familiares que pudieran tener interés en aquella información. O de la preponderancia otorgada en legislaciones como la española a los principios de respeto a la voluntad de las partes y de responsabilidad como determinantes para la determinación de la filiación en el caso de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida con gametos de donantes, excepcionándose así el régimen general basado en el principio de la verdad biológica e impidiéndose que tales hijos puedan acceder al conocimiento de su identidad genética. Todas estas particularidades constituyen transformaciones y modulaciones operadas en distintos sectores o institutos jurídicos en razón de la singularidad de la información genética.

Pero, más allá de tales cambios legislativos, este «excepcionalismo genético» está originando una revolución más profunda en nuestros modos habituales de pensamiento. Es una realidad que la continua ampliación de los conocimientos acerca de la constitución íntima de nuestra personalidad y de las posibilidades de intervención en la misma que ofrecen los constantes desarrollos tecnológicos en este ámbito están modificando algunas de las condiciones y de los presupuestos sobre los que se asientan importantes pautas de nuestro pensamiento, obligándonos a cuestionar y redefinir nuestros criterios de

---

<sup>4</sup> Cfr. en esta línea las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Van der Velden c. Holanda* (2006) y *Marper c. Reino Unido* (2008).

<sup>5</sup> Esta posibilidad ya está reconocida en textos internacionales como la *Guía de la OCDE de 2009 sobre biobancos y bases de datos de investigación en genética humana* (art. 6). En el plano nacional, Reino Unido, Alemania, Australia, Suiza, Japón, Islandia, Estonia e incluso España admiten ya, con diverso alcance y diferentes requisitos, alguna forma de este tipo de consentimiento. Cfr. sobre este tema KOSSEIM, P. y JOSPE, D., «La puesta en práctica del consentimiento en el contexto de los biobancos», en BUISÁN, L. y SÁNCHEZ, A. (Coord.); *op. cit.*, pp. 137-154.

actuación. En el año 2009 la revista *Time* seleccionó a los biobancos como una de las diez ideas que están cambiando el mundo. Sin duda, la genética está revolucionando la manera de prevenir, diagnosticar y tratar enfermedades, pero también –y no sólo en relación al ámbito estrictamente sanitario– está transformando nuestra forma de afrontar algunas de las principales cuestiones sociales, éticas y jurídicas vinculadas a la propia existencia humana.

El pensamiento y la teoría jurídica no podían permanecer, pues, ajenos a esta situación, particularmente en el ámbito de la teoría de los derechos fundamentales. La singularidad de la información genética y la consecuente necesidad de otorgar al individuo una protección específica y reforzada en este campo nos obliga a someter a revisión algunos de los presupuestos fundamentales sobre los que se asienta el paradigma vigente de justificación y fundamentación de los derechos humanos. En este sentido cabe mencionar, por ejemplo, el debate surgido en relación al problema de la determinación del sujeto del derecho a la intimidad en el ámbito de los datos genéticos, que desafía el presupuesto de la titularidad individual de los derechos fundamentales. Dada la naturaleza compartida de la información genética, son crecientes las voces que apuntan a la necesidad de que el Derecho otorgue entidad jurídica a la noción de familia genética como sujeto unitario, argumentando que la información genética no es propiedad del individuo sino patrimonio común del grupo familiar<sup>6</sup>. De este modo, afirma Stefano Rodotà, ante los datos genéticos ya obtenidos de un sujeto, el acceso a los mismos por parte de un familiar consanguíneo no implicaría una vulneración del derecho a la intimidad de aquel porque el familiar no estaría accediendo a datos de un tercero sino a datos personales propios<sup>7</sup>. Incluso, de manera más general, ante las profundas transformaciones operadas por los recientes desarrollos científicos y tecnológicos en el ámbito de la biomedicina y su impacto en los derechos de la personalidad, hay quienes señalan que actualmente estamos asistiendo en este campo al alumbramiento de una nueva generación de derechos fundamentales. Una generación que estaría constituida por un conjunto de derechos nuevos y de derechos ya reconocidos, pero redefinidos o reinterpretados a la luz de las nuevas condiciones y exigencias, que conformarían un nuevo estatuto jurídico de la vida humana<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> En los debates preparatorios de la Recomendación núm. R (97) 5, de 13 de febrero de 1997, sobre protección de datos médicos, el Comité Director de Bioética del Consejo de Europa defendió la idea de que, puesto que «los datos genéticos, por naturaleza, son hereditarios y afectan a los distintos miembros de la familia», «desde el punto de vista biológico el sujeto de los datos biológicos no es el individuo sino la familia».

<sup>7</sup> Cfr. RODOTÀ, S., «Protection de la vie privée», en HOTTOIS, G. y NISSA, J. (Dir.), *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*, Bruxelles, De Boeck, 2001, p. 673.

<sup>8</sup> Cfr. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., «El derecho de autodeterminación física como derecho de cuarta generación», en BRENA, I. (Coord.), *Panorama internacional en salud y Derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2007, pp. 227-234.

Sin embargo, en este contexto general, mi atención se centrará exclusivamente en una especificidad del régimen jurídico de la información genética que ha generado un interesante debate acerca de su compatibilidad o encaje en el paradigma vigente de los derechos fundamentales. Me refiero al reconocimiento del derecho del individuo a no conocer sus datos genéticos. Una de las transformaciones más profundas operadas por el creciente acceso a la información genética es el progresivo tránsito «del paradigma de la curación al de la predicción»<sup>9</sup>. El extraordinario potencial predictivo de los análisis genéticos conlleva siempre el riesgo, para quien se somete a ellos, de tener que hacer frente a descubrimientos inesperados que pueden alterar sustancialmente su perspectiva vital (y la de su familia). El carácter permanente de la información genética, la imposibilidad en muchos casos de reducir los riesgos de padecer en el futuro la enfermedad detectada o de transmitirla a los descendientes, la carencia de un tratamiento efectivo para la misma (aunque es posible diagnosticar el 95% de las enfermedades genéticas más habituales, sólo se dispone de tratamiento para un reducido número de ellas), e incluso el posible carácter estigmatizador de la información, son, sin duda, factores que pueden tener un profundo impacto psicológico sobre el individuo, afectando muy negativamente a su capacidad de decisión y, en definitiva, a sus relaciones familiares y sociales.

Por ello, no resulta extraño que haya sido en este ámbito de los datos genéticos donde se ha planteado con especial fuerza la legitimidad del derecho del individuo a desconocerlos. Sin embargo, desde una perspectiva teórica, afirmar la existencia de este derecho parece –al menos en una primera impresión– contrariar alguno de los presupuestos sobre los que se funda la misma noción de «derechos fundamentales». Particularmente, aquella premisa del sujeto de derecho como un agente autónomo y racional que constituye su soporte antropológico.

## II. EL DERECHO A NO CONOCER LOS DATOS GENÉTICOS PROPIOS

### A) **Autonomía, racionalidad e ignorancia: sobre los fundamentos filosóficos de un derecho a no saber**

El derecho a no conocer los datos genéticos ha sido expresamente reconocido en diversos instrumentos jurídicos internacionales relativos al ámbito de la biomedicina. Así, el artículo 10 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos y Biomedicina*, adoptado en Oviedo

---

<sup>9</sup> SAGOLS, L., *Responsabilidad bioética ante la información genética*, en BRENA, I. (Coord.); *op. cit.*, p. 487.

en 1997, después de reconocer el derecho de toda persona a conocer cualquier información obtenida respecto a su salud, expresa que «no obstante, deberá respetarse la voluntad de una persona a no ser informada». En parecidos términos, la *Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos*, del mismo año, afirma en su artículo 5 que «se debe respetar el derecho de toda persona a decidir que se le informe o no de los resultados de un examen genético y de sus consecuencias». Y el mismo ha sido recogido también en el artículo 10 de la *Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos* de 2003.

A la estela de este amplio reconocimiento en el Derecho internacional, un número creciente de Estados han ido incorporando este derecho en sus legislaciones. En el ordenamiento jurídico español este reconocimiento se produjo inicialmente en la *Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, y, posteriormente, ha sido reafirmado en la *Ley 14/2007 de investigación biomédica*. Esta última, después de reconocer el derecho de toda persona que se someta a una investigación biomédica o que aporte muestras biológicas a ser informada de sus datos genéticos, señala que «se respetará el derecho de la persona a decidir que no se le comuniquen los datos a los que se refiere el apartado anterior, incluidos los descubrimientos inesperados que se pudieran producir» (art. 4.5).

Sin embargo, paralelamente a este progresivo reconocimiento legal se ha generado un importante debate acerca de sus fundamentos éticos y jurídicos<sup>10</sup>. La pretensión del reconocimiento de un derecho a no saber suena extraña o paradójica en el marco de nuestra filosofía de los derechos fundamentales. Y, de hecho, dicha pretensión ha sido rechazada por una parte de la doctrina apelando al carácter inherentemente irracional de tal derecho<sup>11</sup>. Básicamente, los defensores de esta posición, que parten de una concepción de la autonomía vinculada ineludiblemente a la idea de racionalidad, argumentan que el rechazo del individuo a recibir una información cuyo conocimiento sería beneficioso para él, en el sentido de que le permitiría una toma más racional de sus decisiones, no podría considerarse una decisión autónoma porque carece de aquella condición necesaria para el ejercicio de la autonomía personal. Desde este punto de vista, la decisión de ignorar ciertos hechos que le permitirían tomar sus decisiones de una manera

---

<sup>10</sup> Para una condensada pero interesante exposición de los principales argumentos esgrimidos a favor y en contra del reconocimiento de este derecho, *cfr.* CHADWICK, R., «The Philosophy of the Right to Know and the Right not to Know», en CHADWICK, R.; LEVITT, M. y SHICKE, D. (eds.), *The Right to Know and the Right not to Know*, Aldershot, Ashgate, 1997, pp. 13-22.

<sup>11</sup> *Cfr.*, en este sentido, OST, D.; «The "Right" Not to Know», *The Journal of Medicine and Philosophy*, vol. 9, núm. 3, 1984, pp. 301-312, y HOTOIS, G., «Información y saber genético», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 11, 1999, pp. 25-53.

más informada y racional constituiría un menoscabo de la autonomía individual. De manera que, en definitiva, el reconocimiento del derecho a no saber supondría un retorno hacia actitudes paternalistas en cuanto privaría al individuo de la posibilidad de realizar elecciones informadas, liberando al médico de su obligación de comunicar al paciente los riesgos que se ciernen sobre su salud.

Sin duda, en una primera impresión, la propia noción de un derecho a la ignorancia resulta contraintuitiva –casi un contrasentido– en el seno de un sistema edificado sobre el presupuesto de la autonomía del sujeto como agente racional. Especialmente si consideramos el proceso histórico que conduce a la construcción de la propia idea de «derechos humanos». En dicho proceso, que tiene lugar en Europa entre los siglos XVI y XVIII, resulta prácticamente imposible desligar –o siquiera distinguir– la lucha por la liberación política y jurídica del individuo de su lucha por la libertad de conocimiento, en cuanto su objetivo es la emancipación integral de la persona frente a toda autoridad dogmática, ya sea ésta de carácter político, religioso, intelectual o de cualquier otro tipo. El proyecto ilustrado no puede concebir uno de estos aspectos sin el otro en la medida en que, desde su perspectiva, no se trata de cuestiones distintas sino de dos facetas interdependientes de un mismo ideal: la liberación del individuo de cualquier paternalismo en virtud de su capacidad para tomar decisiones de manera autónoma y racional en cualquier ámbito de su vida. Por eso, toda teoría política implica una epistemología. Así, la publicación del *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* de Locke, en el que éste –en respuesta al *Patriarca* de Filmer– desarrolla su teoría de los derechos naturales del hombre, sentando las bases del liberalismo político, va acompañada de la publicación de su *Ensayo sobre el Entendimiento Humano*, sobre los modos de adquirir el conocimiento a través de la propia experiencia personal. Y, del mismo modo, tampoco puede desligarse el *Contrato Social* de Rousseau de la pedagogía del *Emilio* o la teoría política de Kant de su *Crítica de la Razón Pura*.

Tan indisoluble es esta relación que, a los ojos de este último, el significado genuino y radical del proyecto ilustrado se encierra en aquel grito de *Sapere aude!* (¡Atrévete a saber!), cuya exhalación marca el momento de la salida de la minoría de edad del individuo<sup>12</sup>. Este es, pues, el sustrato filosófico y antropológico que se encuentra detrás de las Declaraciones de derechos: un sujeto autónomo y racional, decidido a afrontar su existencia haciendo uso de su propio entendimiento. Así como la mente del hombre se presenta en la epistemología liberal como un papel en blanco que sólo puede ser rellenado a través del conocimiento adquirido mediante el esfuerzo personal, y en íntima relación con ello, también su itinerario vital se presenta para el

---

<sup>12</sup> KANT, I., «Respuesta a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración?», en AA.VV., *¿Qué es Ilustración?*, trad. de A. Maestre y J. Romagosa, Madrid, Tecnos, 1989, p. 17.

ilustrado como un proyecto totalmente abierto que aquel debe construir a partir del ejercicio responsable de su libertad.

Además, esta afirmación de un derecho a no saber resulta especialmente chocante en el ámbito sanitario. El ejercicio de la actividad médica ha constituido sin duda uno de los espacios de micropoder que más tenazmente se ha resistido a la emancipación del individuo de tutelas paternalistas, habiéndose articulado hasta tiempos muy recientes a partir de una relación médico-paciente en la que el profesional sanitario, en virtud de su superior estatus epistemológico, se constituía en administrador plenipotenciario de la información. Por ello, también en este ámbito –o, más bien, sobre todo en este ámbito– la lucha por el reconocimiento de los derechos del paciente ha sido fundamentalmente una lucha por su acceso al conocimiento. Para apoyar tal afirmación basta con recordar la ingente literatura generada en los últimos años en torno a la cuestión del «consentimiento informado» y la posición central asignada hoy a dicha institución en la estrategia de protección de los derechos del paciente. El derecho de éste a ser informado –y el correlativo deber del profesional sanitario de informar– de su estado de salud y de los potenciales riesgos y beneficios de un tratamiento o de una intervención constituye la garantía fundamental que posibilita la autonomía del paciente y su toma racional de decisiones. Sin embargo, paradójicamente, apenas recién conquistado el derecho a conocer, el Derecho ha de afrontar la pretensión, en sentido inverso, de reconocimiento de un derecho a no saber.

Pese a tales paradojas y perplejidades, sin embargo, podemos preguntarnos si también en relación con la cuestión concreta aquí planteada cabe –como admite Garzón Valdés con carácter general– «rescatar algunas formas de ignorancia que tal vez respondan más a nuestra manera de ser y a nuestro propósito de actuar racionalmente en sociedad» que el conocimiento de determinadas circunstancias<sup>13</sup>. Y, en este sentido, apenas basta una reflexión un poco más detenida para darnos cuenta de que, incluso desde una óptica racional, la opción por el no conocimiento no resulta tan extraña como pudiera parecer en principio, ni siquiera en el marco de la reflexión filosófica sobre la fundamentación de los derechos humanos.

Ante aquella pregunta, el filósofo del Derecho inmediatamente rememora el papel esencial que el «velo de la ignorancia» desempeña en la revisión realizada por Rawls de las teorías contractualistas clásicas de Locke, Rousseau y Kant. Recordemos que en la versión rawlsiana del contrato social los sujetos que han de consensuar los principios de justicia que regirán la sociedad (que, significativamente, no son individuos sino líneas genéticas, a fin de tener debidamente en

---

<sup>13</sup> GARZÓN VALDÉS, E., «Algunas reflexiones sobre la ignorancia», *Isonomía*, núm. 11, 1999, p. 129. En este interesante artículo el autor establece una clasificación de los distintos tipos de ignorancia existentes, defendiendo el valor positivo de algunos de ellos.

cuenta los intereses de las diversas generaciones) se encuentran en una situación hipotética peculiar, caracterizada fundamentalmente por el hecho de que desconocen las condiciones o circunstancias particulares de su existencia. Si bien en esta «posición original», a partir de la cual ha de desarrollarse la deliberación para decidir la distribución social de los derechos y deberes, los sujetos poseen toda la información necesaria acerca de los hechos generales que afectan a la elección de los principios de justicia, ignoran en cambio todos los hechos acerca de su propia persona y del lugar que ocupan en la sociedad (talentos y capacidades naturales, rasgos psicológicos, raza, religión, concepción del bien, proyecto de vida, posición o clase social, nivel económico y cultural, etc.). De este modo, se verán obligados a razonar en términos generales o universales, de una manera totalmente imparcial, en cuanto resulta imposible todo cálculo utilitarista por parte de los participantes acerca de las ventajas particulares que les reportaría la elección de uno u otro principio de justicia<sup>14</sup>.

Nos encontramos así, dentro de la cartografía de la ignorancia trazada por Garzón Valdés, ante una «ignorancia conjetural» dirigida a promover la imparcialidad en un contexto de incertidumbre<sup>15</sup>. Lo interesante, pues, es que el «velo de la ignorancia» constituye una condición indispensable para garantizar la racionalidad de la deliberación y de sus resultados. Y, por cierto, no deja de resultar significativo que entre los hechos particulares que Rawls expresamente hurta del conocimiento del individuo estén sus propias características biológicas y también sus rasgos psicológicos –entre los cuales menciona específicamente la aversión al riesgo o la tendencia al pesimismo o al optimismo–, en cuanto considera que se trata de factores que pueden menoscabar la racionalidad de sus decisiones. Aunque aquí, en la posición original, recordemos, estamos hablando de una decisión colectiva que versa sobre la elección de los principios de justicia que determinarán la distribución social de derechos y deberes, no de una decisión individual acerca del ejercicio de un determinado derecho. Esto es, nos encontramos aún en el nivel de la pregunta acerca de la justificación racional de un determinado derecho y no en el de la racionalidad en el ejercicio de ese derecho.

Pero, llegados a este punto, podemos aceptar el juego rawlsiano y preguntarnos si en su modelo puede encontrar fundamentación racional el reconocimiento de un derecho a no recibir información genética. Como sabemos, el propio Rawls indica que en cualquier momento una o más personas pueden colocarse en la posición original simplemente razonando conforme a las restricciones apropiadas, es decir, conforme a las restricciones exigidas por el velo de la ignorancia para razonar de manera imparcial. En este sentido, situándonos en la posi-

---

<sup>14</sup> Cfr. RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, trad. de M. D. González, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 163 ss.

<sup>15</sup> GARZÓN VALDÉS, E.; *op. cit.*, p. 137.

ción original, en la que cada participante conocería hechos generales tales como la importancia del factor genético en el desarrollo de enfermedades futuras, la posibilidad de acceder a esa información genética y el variable impacto que el conocimiento de dicha información puede tener sobre la personalidad de cada sujeto, pero ignoraría los hechos particulares acerca de su propia constitución genética, sus circunstancias personales y familiares, su proyecto de vida, su concepción del bien y sus rasgos psicológicos, habríamos de preguntarnos: en estas condiciones ¿es racional aceptar la existencia de un derecho del individuo a no conocer sus datos genéticos?

Parece que, situados ante tal hipótesis, la aceptación de ese derecho es la alternativa más racional: desconociendo cada participante en la deliberación cuáles son sus planes de vida y sus concepciones acerca de lo que constituye una vida valiosa, si posee o no desórdenes genéticos y –en caso de poseerlos– cómo podría verse afectada su personalidad por el conocimiento de los mismos, es razonable pensar que acordarían aceptar la posibilidad de que cada individuo tuviera el derecho a decidir si desea recibir o no su información genética. Especialmente si tenemos en cuenta la regla *maximin* que según Rawls determina la elección racional en estas condiciones de incertidumbre: existiendo diversas alternativas posibles, el sujeto que actúa racionalmente adoptará aquella cuyo peor resultado sea superior al peor resultado de las restantes<sup>16</sup>. Es decir, enfrentado a la posibilidad de padecer algún desorden genético cuyo conocimiento podría tener un impacto negativo sobre su personalidad, sus relaciones familiares y su proyecto vital, el sujeto racional preferirá la alternativa que le permitiría, en su caso, decidir si recibe o no dicha información frente a aquella que no le permitiría no recibirla. Además, creo que ésta es la opción más coherente con el primer principio de justicia rawlsiano, que prescribe la extensión máxima de la libertad de todos: «cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás»<sup>17</sup>.

Por tanto, desde la óptica del modelo rawlsiano de fundamentación de los derechos, el reconocimiento del derecho a no saber los datos genéticos parece representar la opción más racional y la que otorga un contenido más amplio a la autonomía del individuo. No obstante, como señalaba anteriormente, debemos distinguir entre el debate sobre la racionalidad de la justificación del derecho y el debate sobre la racionalidad en el ejercicio del derecho. Es indudable que el reconocimiento de un derecho puede estar racionalmente fundado y, sin embargo, el sujeto puede realizar un ejercicio irracional del mismo: pocos discutirán que el reconocimiento, por ejemplo, de la libertad de expresión se halla racionalmente justificado, pero ello no obsta a que

<sup>16</sup> Cfr. RAWLS, J., *op. cit.*, p. 181.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 82.

pueda hacerse un ejercicio irracional de dicha libertad. Y el hecho de que el derecho pueda ser ejercido de manera irracional no incide en la justificación racional de su reconocimiento. Es cierto, no obstante, que ambas cuestiones pueden estar ligadas en la medida en que resultaría imposible justificar racionalmente la existencia de un derecho cuyo ejercicio fuera inherentemente irracional. Y este es precisamente el principal argumento que, desde un punto de vista filosófico, se ha esgrimido contra el reconocimiento del derecho a no saber los datos genéticos: la renuncia a conocer esta información constituye una actitud irracional en todo caso en cuanto imposibilita adoptar decisiones racionales<sup>18</sup>. Entonces, debemos preguntarnos: ¿es realmente siempre esta renuncia una decisión irracional?

Para dar respuesta a esta pregunta el modelo rawlsiano también nos puede ayudar. Hemos visto cómo la discusión en la posición original versa únicamente sobre la elección de los principios de justicia que han de regir la distribución social de los derechos y deberes. Pero una vez consensuados los principios y asignados conforme a ellos los derechos y deberes recíprocos, el velo de la ignorancia se levanta, compareciendo cada individuo en su singularidad. A partir de esta singularidad, cada uno de ellos es libre para perseguir su propio proyecto racional de vida en el marco institucional diseñado. Y es este proyecto particular el que determinará su concepción del bien, en cuanto implica la elección de determinados fines o propósitos vitales, una determinada valoración de los intereses y valores en disputa, y, en definitiva, una determinada concepción acerca de lo que constituye una vida valiosa. Enfrentado, pues, un individuo a la alternativa de recibir o no determinada información genética, la decisión de ignorarla ¿es necesariamente irracional?

Parece que el juicio acerca de la racionalidad de tal decisión no puede realizarse sin tener en cuenta el proyecto de vida del sujeto y sus circunstancias particulares. Desde luego, sería cuestionable la racionalidad de la decisión de ignorar hechos o informaciones que pudieran resultar relevantes para llevar a cabo el proyecto de vida elegido. Pero la selección de qué hechos o informaciones han de ser considerados relevantes sólo puede hacerse desde los propios presupuestos de ese proyecto particular y de la concepción del bien que lleva

---

<sup>18</sup> Esta es la posición de Ost, D., *op. cit.*, para quien la racionalidad constituye una condición imprescindible de la autonomía. Desde esta perspectiva, puesto que la autonomía es la base para la adscripción de derechos, la decisión del individuo de rehusar la información –en cuanto constituye un acto irracional– equivale a «afirmar *ipso facto* que no es autónomo, es decir, que no es un sujeto portador de derechos» (p. 304). En consecuencia, Ost concluirá que el individuo no sólo tiene el derecho sino también el deber de ser informado, en cuanto la autonomía se configura como un estatus irrenunciable (p. 309). En una línea semejante, HOTTOIS, G., *op. cit.*, entiende que la idea de autodeterminación, entendida a partir del concepto de autonomía kantiano, impone un «deber moral de conocer» en la medida en que la decisión de ignorar supone la negación o destrucción de la autonomía del sujeto (pp. 40-41).

aparejada. Y, por tanto, se trata de una decisión que únicamente puede ser realizada por el propio individuo. Éste podría optar así por extender un «velo de la irrelevancia» sobre aquellas circunstancias que no contribuyeran a la mejor realización de su proyecto vital o que no resultaran coherentes con su concepción del bien. Y, actuando de esta manera, el sujeto estaría realizando un ejercicio de «ignorancia racional»<sup>19</sup>.

Del mismo modo, desde una óptica de defensa de las libertades, parece que únicamente ha de corresponder a cada individuo la tarea de ponderar el previsible beneficio de la recepción de la información genética con el impacto que ese conocimiento pudiera tener sobre su personalidad y, en consecuencia, sobre su misma capacidad para desarrollar sus planes de vida de la forma que estima valiosa. Sobre todo teniendo en cuenta que, como señala L. Sagols, en la decisión de saber o de ignorar no sólo ha de tomarse en consideración el aspecto puramente intelectual, ya que están involucrados también aspectos psicológicos, emotivos y referentes a la situación concreta del individuo, muy complejos. De manera que en el saber genético «el destino entero, así como el conjunto de las capacidades, se encuentra comprometido y, lejos de propiciar siempre una mejor planeación de la vida, puede ocurrir lo contrario»<sup>20</sup>.

En definitiva, desde la teoría de la justicia rawlsiana, la decisión de ignorar la información genética puede hallarse racionalmente justificada; y el reconocimiento del derecho a adoptar tal decisión contribuye a maximizar el derecho de todo individuo a disfrutar de aquella esfera más amplia de libertad que sea compatible con la igual libertad de los demás. Por otro lado, creo que este reconocimiento es también la posición más coherente con los presupuestos de aquella tradición liberal que Rawls quiere revitalizar, en cuanto supone otorgar una mayor autonomía y capacidad de decisión racional al individuo. Desde esta perspectiva, el derecho a no saber vendría a configurar un ámbito de autonomía o autodeterminación del individuo en virtud del cual éste gozaría de libertad para decidir si desea –y en qué medida– o no recibir determinada información genética. De manera que, como argumenta R. Andorno, el reconocimiento de dicho derecho, lejos de suponer un regreso al paternalismo médico, constituye una expresión del principio de autonomía, entendido en un sentido más amplio, como libertad del individuo para realizar sus propias elecciones con respecto a la información<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Cfr. GARZÓN VALDÉS, E., *op. cit.*, p. 135.

<sup>20</sup> SAGOLS, L., *op. cit.*, p. 492.

<sup>21</sup> ANDORNO, R., «The right not to know: an autonomy based approach», *Journal of Medical Ethics*, vol. 30, 2004, p. 436. También hace descansar en el principio de autonomía el derecho a no saber NICOLÁS JIMÉNEZ, P., *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Bilbao-Granada, Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Editorial Comares, 2006, p. 129, quien lo vincula jurídicamente con la protección de la intimidad. Y creo que idéntico fundamento recaban aquellas posicio-

En este sentido, me parece que podríamos llegar a una conclusión similar si utilizamos el conocido principio liberal del daño de Mill, en virtud del cual cada individuo ha de tener el derecho a actuar conforme a su propia voluntad en tanto sus acciones no supongan un perjuicio para los demás. De acuerdo con dicha máxima, evitar el daño de terceros es, pues, la única razón que justificaría la interferencia en la libertad de actuación del individuo. Por el contrario, la apelación a su propio bien, físico o moral, no constituye una razón justificativa para interferir en sus decisiones, aun cuando éstas puedan ser consideradas por otros agentes como incorrectas o irracionales, puesto que en la esfera de actuación que le concierne únicamente a él es –debe ser– soberano<sup>22</sup>. Desde este punto de vista, aplicando dicho principio al derecho a no recibir información genética, tan paternalista sería no permitir el conocimiento de la misma como imponerlo, en cuanto el individuo es el único que puede decidir acerca de cuestiones como su felicidad, sus planes de vida o los riesgos que está dispuesto a asumir<sup>23</sup>.

## B) El derecho a no saber frente al derecho de familiares a acceder a la información genética

No obstante, podemos preguntarnos si el ejercicio del derecho a no saber puede ocasionar un daño a terceras personas, lo que contravendría tanto el principio del daño de Mill como, específicamente, el principio bioético de no maleficencia. La cuestión resulta pertinente porque otra de las objeciones principales que se ha opuesto a aquel derecho es que el individuo que renuncia a recibir la información estaría actuando insolidariamente y olvidando su deber de responsabilidad hacia otras personas, al impedir que los familiares tengan conocimiento de una información que podría ser beneficiosa para ellos.

Antes de responder a esta pregunta es necesario, sin embargo, despegar la cuestión de la titularidad de los datos genéticos. En este sentido, ya se señaló al inicio de este trabajo que, en atención a la doble naturaleza, personal y familiar, de la información genética se ha

---

nes que lo enmarcan en el contenido de un derecho de «autodeterminación física», «autodeterminación informativa» o «autodeterminación genético-informativa», como hacen, respectivamente, GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., «Derecho a no saber», en ROMEO CASABONA, C. M. (Dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo I, Granada, Comares, 2011, p. 595; ID., *El derecho de autodeterminación física como derecho de cuarta generación*, cit., p. 233; y SAGOLS, L., *op. cit.*, p. 492. Entendido el derecho a no saber como una expresión del principio de autonomía, su ejercicio requiere la manifestación por parte del sujeto de su deseo de no ser informado, al objeto de que el profesional sanitario quede eximido de su deber de informar.

<sup>22</sup> Cfr. MILL, J. S., *Sobre la libertad*, trad. de P. Azcárate, Madrid, Alianza Editorial, 1988, p. 65-66.

<sup>23</sup> Para una defensa del derecho a no saber fundada específicamente en el principio del daño de Mill, cfr. STRASSER, M., «Mill and the Right to Remain Uninformed», *The Journal of Medicine and Philosophy*, vol. 11, núm. 3, 1986, pp. 265-278.

defendido incluso por parte de algún sector doctrinal la titularidad de la familia sobre los datos genéticos de cualquiera de sus miembros. Es evidente que, si esto fuera así, no cabría siquiera plantear la posibilidad de este conflicto entre el derecho del sujeto sometido a las pruebas genéticas y los derechos de sus familiares –al menos en los términos en que aquí se hace–, en la medida en que cualquiera de estos podría acceder en cualquier circunstancia al conocimiento de «sus» datos.

Sin embargo, el hecho de que los datos genéticos del individuo tengan, sin duda, una dimensión biológica familiar –e incluso grupal, en cuanto algunos son patrimonio común del grupo étnico– no hace que aquellos sean objeto de una titularidad jurídica compartida. Como señala P. Nicolás, de la misma manera que se reconoce como derecho de la personalidad el derecho a la intimidad familiar, que corresponde como derecho individual a cada miembro de la familia y no a ésta como sujeto, también la titularidad de los datos genéticos corresponde a cada individuo aunque el objeto de protección del derecho individual venga constituido por un ámbito a la vez propio y compartido<sup>24</sup>. De manera que la existencia de aquella dimensión familiar no autoriza sin más a un miembro de la familia a inmiscuirse en el derecho de otro, aunque sin duda esa singularidad de la información genética habrá de ser tenida en cuenta a la hora de establecer límites al derecho individual, en la medida en que en determinadas circunstancias puede recaer sobre los familiares un deber de comunicarse la información que les afecta<sup>25</sup>.

Puestas así las cosas, por tanto, ¿puede considerarse que la persona que ejerce su derecho a no conocer sus datos genéticos causa un daño a sus familiares? Desde luego, parece desproporcionado considerar, con carácter general, que la decisión de un individuo de no conocer sus propios datos genéticos pueda constituir un daño para sus familiares, aun cuando tales datos puedan resultar de interés para ellos. De hecho, es posible que estas personas ni siquiera deseen acceder a esa información, que no han solicitado, por lo que una actitud imprudente en esta cuestión podría incluso ocasionar interferencias indeseadas en la libertad de los terceros difíciles de justificar conforme al propio principio de autonomía.

En este sentido, uno de los aspectos más problemáticos que plantea el ejercicio del derecho a no saber tiene que ver precisamente con la dificultad de determinar los criterios de actuación a seguir en aquellos casos en los que el individuo no ha podido decidir si desea o no conocer la información, como sucedería en este caso con los familiares de la persona sometida a las pruebas genéticas. Esto es, ¿debe revelarse o no la información genética a una persona que no ha manifestado su

---

<sup>24</sup> Cfr. NICOLÁS JIMÉNEZ, P., *op. cit.*, p. 101.

<sup>25</sup> Cfr. ROMEO CASABONA, C. M., *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*, Bilbao-Granada, Comares, 2002, p. 70.

voluntad al respecto? El problema es difícil de resolver en la práctica porque en estos casos no cabe preguntar a la persona en cuestión si desea conocer los riesgos detectados para su salud, pues el mero hecho de realizar la pregunta implica revelar la esencia de la información. Indudablemente, una posición respetuosa con el derecho del individuo que se somete a un análisis genético a no conocer su información genética parece exigir también, correlativamente, una posición sumamente restrictiva respecto de las circunstancias que podrían justificar la revelación de dicha información a terceros que no han expresado su voluntad de conocerla.

El principio de autonomía se ve enfrentado en estas situaciones a sus propios límites: la autonomía exige elección, pero ¿cómo actuar cuando una persona no ha podido elegir? En opinión de G. T. Laurie, este dilema no puede resolverse exclusivamente desde el principio de autonomía. Y para colmar ese vacío propone fundar el derecho a no saber, antes que en dicho principio –o, en todo caso, complementándolo–, en el de privacidad, que vendría a garantizar la inaccesibilidad de aquel dominio, tanto físico como psicológico, del individuo que lo mantiene separado de los demás y en el que sus intereses son prioritarios. De este modo, aun cuando una persona no haya podido expresar si desea o no conocer la información genética, habrá de respetarse ese espacio de privacidad. Desde esta perspectiva, pues, existiría un deber *prima facie* de no informar a quien no ha podido manifestar su voluntad. Deber, no obstante, que podría resultar superado por el deber contrario de informar cuando se presenten determinadas circunstancias excepcionales, a las que en seguida me referiré<sup>26</sup>.

Por otra parte, aun en el caso de que los familiares consanguíneos sí desearan conocer la información, la decisión del individuo sometido a los tests genéticos de no conocer sus datos no impide que cualquiera de aquellos –siempre que se trate de un adulto capaz– pueda someterse a las pruebas genéticas necesarias para su obtención. En este sentido, parece que el deber de cuidado y de responsabilidad ha de pesar antes sobre uno mismo que sobre los demás, esto es, sobre el propio sujeto interesado en una información que él mismo puede

---

<sup>26</sup> Cfr. LAURIE, G. T., «In Defence of Ignorance: Genetic Information and the Right Not to Know», *European Journal of Health Law*, núm. 6, 1999, pp. 119-132, e ID., «Protecting and Promoting Privacy in an Uncertain World: Further Defences of Ignorance and the Right Not to Know», *European Journal of Health Law*, núm. 7, 2000, pp. 185-191. Este enfoque de Laurie basado en la privacidad comporta, con respecto a las defensas del derecho a no saber fundadas exclusivamente en el principio de autonomía, una importante diferencia práctica, no tanto en relación a la obligación de informar a terceros cuanto en relación a la de informar al propio sujeto titular de la información genética, en la medida en que opera una inversión de la presunción derivada del principio de autonomía. En virtud de este principio, ante la ausencia de una voluntad expresa del paciente de no conocer, el profesional sanitario se hallaría *prima facie* obligado a informar, mientras que el principio de privacidad impone una presunción en sentido contrario. Cfr. sobre este aspecto LAURIE, G. T., «A Response to Andorno», *Journal of Medical Ethics*, vol. 30, 2004, pp. 439-440.

obtener antes que sobre otra persona que ha manifestado su voluntad de permanecer ignorante. Sin duda, las actitudes solidarias y responsables son valiosas desde un punto de vista ético, pero no cabe imponer en virtud de las mismas al individuo un deber jurídico de conocer y de informar, violentando su autonomía personal<sup>27</sup>.

No obstante, como señalaba anteriormente, es cierto que en determinados casos pueden producirse situaciones complejas y problemáticas, en las que será preciso tener debidamente en cuenta y ponderar los derechos de todos los sujetos afectados. Pero esto no es nada distinto de lo que ocurre en el ejercicio de cualquier otro derecho, en la medida en que ninguno tiene un carácter absoluto, debiendo siempre conjugarse y armonizarse con otros derechos en conflicto. No estamos ya, por tanto, ante un problema de justificación del derecho a no saber sino de determinación de sus límites. Desde esta perspectiva podemos cuestionarnos, pues, en qué circunstancias el derecho de los familiares a conocer los datos genéticos de su pariente habría de prevalecer sobre el derecho de éste a ignorarlos. Aunque si analizamos esta cuestión, veremos que atañe fundamentalmente a la determinación de los límites del derecho a la intimidad y a la confidencialidad del sujeto sometido a las pruebas genéticas, y sólo de manera indirecta a la delimitación de su derecho a no saber. En efecto, la cuestión fundamental a determinar es si existen determinadas situaciones en las que los familiares tienen derecho a conocer los datos genéticos de aquel, accediendo así a la esfera de su intimidad. Y sólo si la respuesta a esta pregunta es positiva, cabría entonces plantearse la posibilidad de limitación del derecho del individuo a no conocer sus datos genéticos. Aunque no necesariamente, ya que aún en este caso podría discutirse si la obligación de trasladar la información a los familiares recae sobre aquel o directamente sobre el profesional sanitario, lo que permitiría salvaguardar el deseo del sujeto de no saber.

Respondiendo a la cuestión planteada, el *Convenio Europeo de Derechos Humanos y Biomedicina* establece expresamente la posibilidad de que, en determinadas situaciones excepcionales, las legislaciones nacionales puedan imponer restricciones al ejercicio del derecho a no saber cuando sea necesario para proteger tanto la propia salud del individuo (art. 10.3) como los derechos y libertades de terceros

---

<sup>27</sup> En opinión de DE SOLA, C., «Privacidad y datos genéticos. Situaciones de conflicto (I)», *Revista de derecho y Genoma Humano*, núm. 1, 1994, p. 187, y de MORENTE, V., *Nuevos retos biotecnológicos para viejos derechos fundamentales: la intimidad y la integridad personal* ([http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/12503/vanesa\\_morente\\_tesis.pdf?sequence=1](http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/12503/vanesa_morente_tesis.pdf?sequence=1)), tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, pp. 310-311, únicamente cabría entender que el titular de los datos genéticos se halla, en nuestro ordenamiento jurídico, sujeto a una obligación jurídica de informar respecto de aquellos familiares consanguíneos susceptibles de ser acreedores de la obligación de percibir alimentos de él –menores, incapaces o personas en situación de dependencia– en virtud de lo dispuesto en el artículo 142 del Código Civil.

(art. 26.1). Más explícitamente aún, el *Explanatory Report* del Convenio afirma que «ciertos hechos relativos a la salud de una persona que ha expresado su deseo de no ser informada acerca de los mismos pueden ser de especial interés para terceros». En estos casos «la posibilidad de prevenir el riesgo para el tercero podría, en virtud del artículo 26, justificar la prioridad del derecho de aquel sobre el derecho a la intimidad del paciente y, a resultas de ello, de su derecho a no saber»<sup>28</sup>. Es preciso tener en cuenta, sin embargo, que estas disposiciones se refieren al ámbito de la información sobre la salud en general, y no específicamente al de la información genética, en el cual las garantías de protección han de ser especialmente exigentes. En este sentido, la *Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos*, aplicable específicamente a la información genética, aunque es muy parca en relación a este problema, sí señala que la interferencia en el derecho a la intimidad –y, en consecuencia, en el derecho a no saber– ha de obedecer en todo caso a «razones imperiosas». En esta línea, en España, la *Ley de Investigación biomédica* sólo permite esa interferencia en la intimidad genética del individuo cuando «sea necesaria para evitar un grave perjuicio para su salud o la de sus familiares biológicos» (art. 4.5)<sup>29</sup>.

A partir de este marco, la doctrina ha intentado concretar estos supuestos excepcionales que justificarían la revelación de los datos genéticos del sujeto fuente o titular de los mismos a sus familiares. En este sentido se ha señalado que el derecho a la intimidad debe ceder cuando concurren las siguientes circunstancias: existe una alta probabilidad de que los familiares (incluidos los hijos futuros, en cuyo caso habría de informarse a la pareja del sujeto) padezcan la patología detectada, ésta comporta un riesgo grave para su salud o su vida, existen medidas preventivas o terapias sin importantes efectos secundarios, es baja la probabilidad de que los familiares sean diagnosticados sin la información de su pariente y el perjuicio que se ocasiona a éste no es excesivo<sup>30</sup>. Dadas estas condiciones, en consecuencia, el derecho del individuo a no saber habría de ceder ante el derecho de los familiares a conocer una información que resulta vital para su salud<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Consejo de Europa, *Explanatory Report to the Convention on Human Rights and Biomedicine*, 1996, par. 70 (<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/164.htm>).

<sup>29</sup> Con ello se establece una exigencia superior a la prevista con carácter general en relación a la información sanitaria en la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, en virtud de la cual «la renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso» (art. 9.1).

<sup>30</sup> BUCHANAN, A., «An Ethical Framework for Biological Samples Policy», en *Research Involving Human Biological Materials: Ethical Issues and and Policy Guidance*, vol. II, National Bioethics Advisory Commission, Maryland, 2000, p. B-21.

<sup>31</sup> Una posición mucho más restrictiva del derecho a no saber es la defendida por VÁZQUEZ, R., *Opacidad y transparencia. En torno a la información genética*, en

De manera que el profesional sanitario estaría en la obligación de proporcionar dicha información a su paciente, pese al deseo expreso de éste ignorarla (e incluso en la de suministrarla directamente a los familiares si su paciente se negara reiteradamente a hacerlo él mismo<sup>32</sup>). Aunque, como se ha mencionado anteriormente, la solución a este conflicto de derechos no habría de pasar necesariamente por la derrota del derecho a no saber. En este sentido es de reseñar la solución arbitrada por la *Ley española de investigación biomédica*, que dispone que, cuando la información genética de una persona que ha expresado su deseo de no conocerla sea necesaria para evitar un grave perjuicio para su propia salud o la de sus familiares, el médico informará a un familiar próximo o a un representante, intentando conciliar así los distintos intereses en juego sin sacrificar ninguno de los derechos de las partes.

### C) **La autonomía individual, entre la libertad y el determinismo: el Derecho como instancia mediadora**

Con todo, el reconocimiento de este derecho a no saber no constituye el único mecanismo a través del cual el Derecho tutela la ignorancia de ciertos datos personales en el ámbito de la información genética. En este sentido, podemos encontrar que en determinados supuestos el ordenamiento jurídico va más allá de la simple permisión del no conocimiento para imponer un genuino «deber de no saber». Incluso aunque este deber de ignorar pueda suponer privar a una persona del conocimiento de algo tan personalísimo como su propia identidad biológica. Así sucede, por ejemplo, en nuestro Derecho cuando se prohíbe el acceso del individuo nacido mediante técnicas de reproducción asistida con donante/s de gametos al conocimiento de la identidad de su progenitor biológico. Mediante la imposición de este deber de no saber se priva, pues, de manera excepcional, al individuo nacido mediante estas técnicas del derecho a la determinación de su filiación biológica. Derecho que es reconocido, sin embargo, en cualquiera del resto de supuestos en los que no existe coincidencia entre los padres biológicos y legales

---

BRENA, I. (Coord.); *op. cit.*, en virtud de la cual aquel habría de ceder no sólo ante los intereses de los familiares en conocer los datos genéticos de su pariente sino también ante los de la comunidad en general, en virtud de un deber de solidaridad. Desde esta perspectiva, el individuo no sólo no podría reclamar un derecho a la ignorancia cuando su información genética reportase beneficios significativos a la comunidad sino que se hallaría incluso sujeto a un deber positivo de someterse a la realización de estudios e investigaciones genéticas en beneficio de la comunidad. Nos parece que esta posición es criticable por cuanto prácticamente vacía de contenido el derecho a no saber, aunque sin duda ese vaciamiento es coherente con el punto de partida del autor, para quien «el derecho a no saber, lejos de incrementar el valor de la autonomía personal, tiende a degradarlo» (p. 345).

<sup>32</sup> Cfr. en este sentido el informe *Genetic Screening. Ethical issues* (p. 43), elaborado por el *Nuffield Council on Bioethics* en 1993.

(adopción, paternidad desconocida, no reconocida o no atribuida, simulación de parto o suplantación de la identidad del hijo). De este modo, en la construcción de las relaciones paterno-filiales, el ordenamiento jurídico ha optado por otorgar prioridad a la voluntad responsable de los sujetos implicados en el proceso de reproducción frente al principio de la verdad biológica<sup>33</sup>. Prioridad, por tanto, de la libertad sobre la naturaleza, en una muestra de la autonomía del Derecho frente a las demandas de sujetar el orden de las relaciones jurídicas a las exigencias de un nuevo *ius naturae*, esta vez de cuño genético.

Y es que, más allá de los debates concretos sobre la conveniencia o no del acceso del individuo a determinada información genética, estos no constituyen sino el síntoma de un desafío más profundo, en cuanto el conocimiento de nuestras claves genéticas parece comprometer de raíz los presupuestos filosóficos y antropológicos sobre los que se asienta nuestra justificación de los derechos fundamentales. La filosofía de los derechos se ha erigido sobre el supuesto de la autonomía del sujeto y de la afirmación de su libre albedrío, en oposición a cualquier clase de determinismo, ya sea éste de carácter naturalista, teológico, histórico, económico, etc. La libertad es incompatible con la necesidad. Sin embargo, el desarrollo y la progresiva generalización de las técnicas genéticas, con sus extraordinarias e impredecibles potencialidades para desvelar las claves ocultas de nuestra condición biológica, tanto pasada como futura, nos plantea la situación de un individuo sometido dramáticamente al vértigo de esa profunda tensión entre las potencias de la voluntad y de la naturaleza humana, entre la libertad y la determinación<sup>34</sup>.

El acceso creciente a una información genética cada vez más completa nos coloca ante la perspectiva de un individuo capaz de trascender su temporalidad y descifrar en buena medida las páginas, ya escritas, de su existencia. Es cierto que el determinismo genético –al menos a día de hoy– no puede considerarse un hecho absoluto. Como nos recuerda L. Sagols, si bien existen enfermedades monogénicas y ciertos rasgos físicos que dependen de un solo gen, de manera que su desarrollo responde a una causalidad lineal directa, y, por ende, resultan fatales, la mayoría de las propiedades que nos conforman responden a una causalidad más compleja, en la que intervienen también factores ambientales, lo que comporta un margen de indeterminación y variación. Por ello, «aunque no puede negarse el determinismo, éste ha de ser restringido a su ámbito limitado y ha de enfatizarse el hecho de que,

---

<sup>33</sup> Ya la ley española sobre técnicas de reproducción asistida de 1988, hoy derogada, advertía en su *Exposición de motivos* de las profundas implicaciones que la generalización de estas técnicas acarrearía para la concepción tradicional de la relación paterno-filial: «pueden la maternidad y la paternidad biológicas serlo también legales, educacionales o de deseo, y en tal sentido, es importante valorar cuál es la más humanizada, la más profunda en relación con el hijo».

<sup>34</sup> Como afirma WITTGENSTEIN, L., *Tractatus logico-philosophicus*, trad. de J. Muñoz e I. Reguera, Madrid, Gredos, 2009, «la libertad de la voluntad consiste en que acciones futuras no pueden conocerse ahora» (par. 5.1362, p. 73).

en general, estamos sujetos a determinaciones o propensiones genéticas»<sup>35</sup>. Pero, con todo, el extraordinario desarrollo del conocimiento y las técnicas genéticas nos aproxima a una perspectiva que nos asomaría peligrosamente a la visión de aquel demonio de Laplace capaz de acceder a un universo atemporal, transparente y previsible, en el que tanto el futuro como el pasado estarían presentes ante sus ojos, aunque relativa esta vez a la propia existencia de cada individuo<sup>36</sup>.

De este modo, la utopía ilustrada de la libertad, con su confianza optimista en la capacidad racional del individuo para controlar su destino, se ve amenazada por la distopía científica de la determinación genética. En este sentido, no podemos dejar de prestar atención a la advertencia que ya el *Danish Council of Bioethics* hacía en su informe *Ethics and Mapping the Human Genome* (1993) acerca del riesgo, corroborado por diversos estudios empíricos, de «morbidificación» que comporta la revelación de la información genética: la importante carga psicológica que el conocimiento del serio riesgo de padecer una enfermedad grave e incurable supone para el individuo termina por convertir a éste en muchas ocasiones en una «*falling victim*», una víctima rendida a un destino que considera ineludible.

Si en la posición original de Rawls el sujeto, ubicado en una dimensión hipotética y atemporal, quedaba privado del conocimiento de todas sus circunstancias particulares para evitar que dicho saber interfiriera en la racionalidad de sus decisiones, la genética nos plantea la posibilidad –cada vez menos hipotética– de un individuo conocedor de buena parte de los designios de su existencia biológica desde la concepción hasta la tumba. Y esta variación en los presupuestos de partida, al tiempo que trastoca nuestra propia percepción de la idea de libertad, supone también una alteración de las condiciones de racionalidad en las que se desenvuelven nuestras deliberaciones y la toma de nuestras decisiones. Así las cosas, tal vez haya que afirmar, con Ernesto Garzón Valdés, que la ignorancia es en muchas ocasiones «la condición necesaria para poder transitar por este mundo con una buena dosis de libertad y de esperanza»<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> SAGOLS, L., *op. cit.*, p. 490.

<sup>36</sup> LAPLACE, P. S., *Ensayo filosófico sobre las posibilidades*, trad. de P. Castrillo, Barcelona, Altaya, 1996, p. 25.

<sup>37</sup> GARZÓN VALDÉS, E., *op. cit.*, p. 129. Nos adentramos así en los territorios de la «ignorancia querida», que podría ser entendida como una forma laudable de autoengaño. Justamente un caso paradigmático de la misma es, en opinión del autor, el relativo a las cuestiones vinculadas con la aceptación del determinismo. Así como preferimos «ignorar si el determinismo es verdadero, también en nuestra vida cotidiana hay cosas que preferimos no saber: todos sabemos que alguna vez moriremos, pero posiblemente nuestra vida sería mucho menos llevadera si desde pequeños supiéramos el día y la hora exacta de nuestra muerte». De este modo, «la ignorancia querida nos envuelve en una niebla protectora de la que no podemos prescindir mientras seamos como somos, es decir, seres vulnerables a las reacciones de los demás y a la verdad desnuda que no pocas veces nos ofende, portadores de esperanzas, supuesta-

En definitiva, el conocimiento genético nos aboca a la consciencia de un universo más complejo en el que la causalidad y la libertad (junto con el azar) interactúan en la conformación del propio sujeto y de su destino. Y el Derecho, constituido en instancia mediadora, habrá de buscar compromisos y equilibrios delicados –y casi siempre inestables– entre ambas fuerzas mediante la oportuna administración del saber y de la ignorancia, erigiendo un entramado de velos más o menos tupidos en aras a la protección de la autonomía de los individuos para construir sus propios proyectos vitales en un contexto en el que sus relaciones personales y familiares se articulan crecientemente desde el presupuesto de la primacía de la voluntad sobre la naturaleza.

Fecha de recepción: 31/03/2013. Fecha de aceptación: 31/10/2013.

---

mente libres, agentes morales imperfectos, ni ángeles ni máquinas, racionales pero vacilantes e inseguros en nuestras conjeturas» (pp. 145-146).

# Reglas prácticas y equidad en Aristóteles

## Practical rules and equity in Aristotle

Por JESÚS VEGA  
Universidad de Oviedo<sup>1</sup>

### RESUMEN

*Este trabajo presenta una interpretación del concepto aristotélico de epieikeia desde el punto de vista de sus implicaciones para la reflexión que la filosofía del derecho de las últimas décadas ha desarrollado en torno a las normas jurídicas como reglas y las razones o valores que las fundamentan. Para ello el autor propone una reconstrucción de la epistemología aristotélica en términos de la distinción entre reglas prácticas y reglas teóricas. Esta reconstrucción permite arrojar luz sobre el planteamiento pragmático de Aristóteles en torno a la universalidad de las reglas jurídicas y su función dentro del derecho. A la luz de esta concepción pragmática del derecho se analiza la función institucional de la equidad y sus elementos críticos frente al formalismo de las reglas, subrayando la prioridad de la universalidad axiológica o justificabilidad de las leyes frente a su universalidad lógica o generalidad.*

Palabras clave: *Aristóteles, equidad, epieikeia, reglas, reglas prácticas, reglas teóricas, positivismo, formalismo, derecho natural, justicia política, imperio de la ley.*

### ABSTRACT

*This paper addresses the topic of the implications of the Aristotelian concept of epieikeia from the perspective of the current ius-philosophical debate*

---

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación *Constitucionalismo y argumentación* (DER2010-20132) financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

*on the role of rules and their underlying reasons or values in the law. For this purpose, the main ideas of Aristotle on rules in general are reconstructed as a coherent and systematic theory which is deeply rooted in his own epistemology, particularly in terms of the distinction between practical and theoretical rules. This is presented as a pragmatic conception where a truly central role is given to the axiological universality of legal rules. The institutional function of equity and the criticism it entails against rule-formalism is explored, emphasizing the priority of the axiological universality of the law or justifiability over its logical universality or generality.*

*Keywords: Aristotle, equity, epieikeia, rules, practical rules, theoretical rules, positivism, formalism, natural law, political justice, rule of law*

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN.-1. LA EQUIDAD SEGÚN LA ÉTICA NICOMÁQUEA Y LA RETÓRICA.-2. REGLAS TEÓRICAS Y REGLAS PRÁCTICAS EN LA EPISTEMOLOGÍA ARISTOTÉLICA.-3. ANALOGÍA EPISTÉMICA, PRÁCTICA Y REGLAS: EL CONSTRUCTIVISMO ARISTOTÉLICO Y LA PRIMACÍA DE LA RAZÓN PRÁCTICA.-4. DOS CONCEPCIONES FILOSÓFICAS DE LA UNIVERSALIDAD DE LAS REGLAS.-5. LAS FUENTES DE LA UNIVERSALIDAD DE LAS REGLAS JURÍDICAS: JUSTICIA POLÍTICA Y JUSTICIA LEGAL.-6. DERECHO Y REGLAS PRÁCTICAS: EL «IMPERIO DE LA LEY».-7. UNIVERSALIDAD PRÁCTICA: LA ESTRUCTURA DE LA PRAXIS JURÍDICA.-8. UNIVERSALIDAD AXIOLÓGICA: LA EQUIDAD Y LA PRÁCTICA DE LA JUSTICIA LEGAL.

**Summary:** Introduction.-1. EQUITY IN THE *NICOMACHEAN ETHICS* AND THE *RHETORICS*.-2. THEORETICAL AND PRACTICAL RULES IN THE ARISTOTELIAN EPISTEMOLOGY.-3. EPISTEMIC ANALOGY, PRACTICE AND RULES: ARISTOTELIAN CONSTRUCTIVISM AND THE PRIMACY OF PRACTICAL REASON.-4. TWO PHILOSOPHICAL CONCEPTIONS ON RULES' UNIVERSALITY.-5. SOURCES OF UNIVERSALITY OF LEGAL RULES: POLITICAL JUSTICE AND LEGAL JUSTICE.-6. LAW AND PRACTICAL RULES: THE «RULE OF LAW».-7. PRACTICAL UNIVERSALITY: THE STRUCTURE OF LEGAL PRACTICE.-8. AXIOLOGICAL UNIVERSALITY: EQUITY AND THE PRACTICE OF LEGAL JUSTICE.

*Algunos creen que Solón hizo sus leyes deliberadamente  
indeterminadas para que el pueblo tuviera  
el poder decisivo a la hora de juzgar.  
Pero esto no es probable, sino que la razón está sin duda  
en que es imposible establecer lo justo en términos universales.  
No debemos, pues, juzgar sus intenciones por lo que de él ha  
resultado en el presente, sino por el conjunto de su legislación.*

(Const. Ath., 9)

## INTRODUCCIÓN

Son muchos y de centralidad innegable los tópicos de la filosofía del derecho contemporánea que podrían ser puestos en conexión con la vieja idea aristotélica de *epieikeia* o equidad. Ésta, por ejemplo, nos evoca de entrada la idea de igualdad –lo equitativo, *to isōn*– como un componente que seguimos reconociendo esencial de la idea de justicia. Presentada como un tipo especial de justicia que «corrige la ley» yendo «más allá del derecho positivo», nos reenvía también de inmediato al núcleo del debate entre iusnaturalismo, positivismo jurídico y «postpositivismo» acerca de la definición y los límites del derecho. Por supuesto, la equidad aristotélica sigue siendo –como lo ha sido a lo largo de toda la historia de la cultura jurídica occidental– un lugar constante de referencia en la discusión sobre la naturaleza y las pautas metódicas de la práctica de aplicación del derecho: no en vano constituye la primera formulación sistemática de esas pautas, de lo que seguimos considerando el «método» de la jurisdicción o la «hermenéutica» jurídica.

Este trabajo propone una relectura de la significación de la equidad aristotélica desde el punto de vista de las reflexiones que la filosofía del derecho de las últimas décadas ha desarrollado en torno a las normas jurídicas como *reglas* y las razones o valores que las fundamentan (los *principios*). Antes que pretender, sin embargo, un planteamiento «metodológico» de detalle en relación con problemas tales como la distinción entre casos fáciles y difíciles, lagunas normativas y axiológicas, ponderación y subsunción, etc., lo que exigiría un trabajo aparte, interesa aquí más bien apuntar a los preámbulos filosóficos de tal planteamiento: es decir, a la *concepción* del derecho que debería enmarcar el correcto entendimiento de conceptos como los mencionados, no ya en la filosofía aristotélica sino también y sobre todo en la *nuestra*. Me refiero sobre todo a la concepción del derecho como una *práctica*, que con seguridad es la principal enseñanza que hoy podemos –necesitamos, en realidad– extraer de las ideas aristotélicas sobre el derecho.

La filosofía práctica aristotélica, sin embargo, y especialmente la ética, ha sido interpretada muchas veces como una concepción en la que no encuentra cabida la idea de «regla», es decir, una concepción esencialmente no deontológica. No habría en ella rastro del concepto de una norma universal capaz de expresar criterios de corrección y determinar el juicio acerca de lo que debe ser hecho: algo que sólo introdujo –se dice– la filosofía kantiana. A lo sumo hallaríamos en su filosofía moral un «modelo» cuasi-empírico del *phronimos* o del *spoudaios*, del hombre prudente y del hombre sabio, como toda indicación de la norma (*kanōn kai metron*, dice la *Ética nicomáquea*) que rige la acción moral y la orienta hacia la vida buena. Del mismo modo, en la política sólo encontramos una realista diversidad de sistemas o

regímenes correctos, ninguno de los cuales representa la encarnación del bien político absoluto. Tampoco en su iusnaturalismo descubriríamos la idea de una «ley natural»: sólo un difuso «derecho natural» o *physikon dikaion* que deja en la indeterminación los criterios del bien y su concreción en la que se dice ser «la mejor constitución por naturaleza».

Y, sin embargo, este tópico heredado queda en buena medida desmentido cuando volvemos la mirada hacia la filosofía aristotélica del derecho, tal como está perfilada, que no explicitada, en la *Ética nicomáquea*, la *Política* y la *Retórica*. Pues aquí –en la esfera jurídica– es bastante más ostensible la operatividad y necesidad «técnica» de reglas estables e institucionalizadas que guían la práctica: las leyes. La justicia como objetivo último del derecho, y por tanto del aparato judicial que lo administra, exige la construcción de un sistema de normas generales que arman la «arquitectónica» de la *polis* y aseguran su orden y estabilidad. Las leyes constituyen el puente que comunica internamente la ética y la política y estas leyes o *nomoi* son entendidas por Aristóteles en términos estrictamente universales, es decir, no como reglas de carácter meramente empírico (o «prudencial», en el sentido *actual* de este término, que no es el aristotélico sino precisamente el kantiano). Con ello el filósofo puso las bases de un concepto racionalista de «ley» que se convertirá desde entonces, a través del estoicismo y del derecho romano, en nuclear para toda la filosofía moral, política y jurídica occidental (y que Kant vendrá precisamente a «sistematizar» en clave trascendental). No por casualidad Aristóteles es invocado como el primer teórico del «gobierno de las leyes, no de los hombres», es decir, del ideal político-jurídico del Estado de derecho. No deja de ser paradójico, por ello, que pueda considerarse que desconoce absolutamente el concepto de ley y la constelación deontológica (universalista, racionalista) que le es característica, quien al mismo tiempo es tomado por inspirador, cuando no fundador directo, de la doctrina iusnaturalista medieval (p. ej., de la definición misma de *lex* de Tomás de Aquino: *regula et mensura*). A menos, claro está, que con ello se pretenda decir algo así como que Aristóteles no formuló el pensamiento deontológico *kantiano*. La cuestión, por tanto, es qué significado tiene la idea de la universalidad de la ley en la concepción aristotélica, no si está realmente presente en ella.

En las páginas siguientes, después de introducir los textos aristotélicos centrales relativos a la equidad (§1), analizaré los fundamentos filosóficos de este concepto mostrando sus vínculos con una concepción estrictamente deontológica, pero crítica, de la universalidad de las normas jurídicas. Para ello parto de una interpretación general de éstas como *reglas prácticas*, interpretación que se basa en una concepción de corte constructivista-pragmático de las reglas en general que –defiendo– precisamente Aristóteles sería el primer filósofo en introducir. Las ideas basales de esa concepción se presentan en el contexto de la cardinal distinción epistemológica, que atraviesa todo el

*corpus*, entre conocimiento teórico y práctico, la cual reconstruyo aquí en términos de la distinción entre reglas teóricas y reglas prácticas (§2). Esta distinción permite entender la filosofía práctica aristotélica como resultado de la aplicación dialéctica de la analogía epistémica, según la cual la razón práctica tiene primacía respecto de la razón teórica y todas las reglas (incluidas las teóricas) son entendidas en términos de prácticas institucionales (§3). De la discusión de ese planteamiento pragmático –en donde la noción misma «regla» es entendida como una práctica compleja– resultan cuatro sentidos fundamentales en los que una regla puede ser llamada universal de acuerdo con las ideas aristotélicas (§4). A continuación se examinan los fundamentos morales y políticos que están a la base de las reglas específicamente jurídicas –y de su afirmado carácter universal, en estrecha conexión con su inequívoca vindicación del «imperio de la ley»– (§5), lo que nos llevará a considerar el lugar del derecho en el conjunto de la filosofía práctica de Aristóteles (§6). La perspectiva pragmática adoptada en relación con las reglas jurídicas –como arquetipo de reglas prácticas– se traduce en ciertas tesis fundamentales sobre la estructura de la praxis jurídica en términos de la continuidad interna entre legislación y jurisdicción (§7). A esta luz reexamina, finalmente, el concepto de equidad (§8), mostrando –frente a diversas lecturas establecidas– su función como principio institucional de la jurisdicción, los elementos críticos que contiene frente al formalismo de las reglas y el subrayado que supone de la dimensión justificativa del derecho en la articulación de la justicia política.

## 1. LA EQUIDAD SEGÚN LA *ÉTICA NICOMÁQUEA* Y LA *RETÓRICA*

El texto fundamental, y que según la opinión dominante debe considerarse expresivo de la última reflexión aristotélica al respecto, es *Ética nicomáquea*, V, 10, 1137a31-1138a4:

«Tenemos ahora que decir algo acerca de la equidad y lo equitativo: acerca de cómo se relaciona la equidad con la justicia, lo equitativo con lo justo. En principio, parece que ni ambas cosas son absolutamente lo mismo ni tampoco pertenecen a géneros enteramente distintos. A veces, en efecto, alabamos lo equitativo y al hombre equitativo (hasta el punto de que cuando apreciamos a alguien por otras virtudes usamos ese término, considerándolo equivalente a «bueno», así como «más equitativo» equivalente a «mejor»); mientras que otras veces, al pensar más sobre ello, nos parece extraño que lo equitativo, si es algo distinto de lo justo, deba ser digno de alabanza: pues si son diferentes, uno de los dos no será bueno y si los dos son buenos entonces serán lo mismo.

Estas son las consideraciones fundamentales que suscita el problema de lo equitativo. En cierto sentido todas ellas son correctas y

no entran en contradicción. Pues lo equitativo, si bien es mejor que un cierto género de lo justo, sigue siendo sin embargo justo y no lo es perteneciendo a un género diferente que sea mejor que lo justo. Lo justo y lo equitativo, entonces, son la misma cosa, y, sin embargo, pese a que ambos son buenos, lo equitativo es mejor. El problema, en definitiva, se origina por lo siguiente: lo equitativo es justo, pero no justo según la ley, sino como una corrección de la justicia legal.

La razón de ello estriba en que toda ley es universal y sin embargo hay algunas cosas respecto de las cuales no se puede formular un juicio universal que resulte correcto. De manera que en aquellos ámbitos en los cuales no es posible alcanzar definiciones precisas, pero es necesario razonar en términos universales, la ley tiene que remitirse a lo que se da con más frecuencia, aun a sabiendas de que puede incurrir en error. Y no por ello es menos correcta, ya que el error no es imputable a la ley ni al legislador, sino a la naturaleza de las cosas prácticas, pues la materia práctica está intrínsecamente conformada de esa manera.

Así pues, cuando la ley se pronuncia en términos universales y surge un caso particular que no queda cubierto por la regla universal, debe corregirse la insuficiencia en que ha incurrido el legislador, es decir, el error que resulta del carácter absoluto de la ley. Esta corrección tiene lugar recurriendo a lo que el legislador mismo hubiera establecido en la ley si estuviera presente y hubiera conocido el caso. Por eso lo equitativo es justo y, al mismo tiempo, mejor que un cierto género de justicia (*a saber, la justicia legal*). Pero no mejor que la justicia en sentido absoluto sino mejor que el error que resulta del carácter absoluto de la formulación de la ley. Y esta es la naturaleza de la equidad: una corrección de la ley cuando ésta es deficiente debido a su universalidad.

Esta es también la razón de que no todas las materias se regulen por medio de una ley: sobre algunas cosas es imposible legislar y por eso es necesario establecer un decreto particular. Pues si el objeto es indeterminado también la regla es indeterminada, como sucede con la regla de plomo de los constructores lesbios: ésta no es rígida sino que se adapta a la forma de la piedra, y así también los decretos particulares se adaptan a las circunstancias.

Con esto queda aclarada, pues, la naturaleza de la equidad y también por qué es al mismo tiempo justa y superior a una cierta clase de justicia.»<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Para la traducción de las obras de Aristóteles he manejado, junto con las versiones españolas disponibles (Pallí, Marías-Araujo, Racionero, Tovar) y las de referencia imprescindible en otros idiomas (Joachim, Irwin, Broadie-Rowe, Crisp, Kennedy, Gauthier-Jolif), la edición clásica de Oxford University Press a cargo de J. A. Smith y W. D. Ross, revisada por J. Barnes en 1984. He modificado o adaptado libremente esas traducciones siempre que ello me ha parecido necesario o conveniente para clarificar el sentido del texto griego, aligerarlo o resaltar mi propia interpretación del mismo (la responsabilidad de la versión resultante es, pues, solamente mía).

En la *Retórica* la principal mención de la equidad para lo que aquí interesa se contiene en I, 13, 3:

«En efecto, la equidad parece que es justa, pero es un tipo de justicia que va más allá de la ley escrita. Ello sucede una veces por propia intención del legislador y otras veces por inadvertencia suya. Sucede intencionalmente cuando el legislador no puede tipificar o definir las acciones con precisión y, sin embargo, es necesario que se pronuncie en términos universales, remitiéndose así en su ley solamente a lo que sucede con mayor frecuencia. En muchos casos la práctica no es fácil de definir a causa de su indeterminación. Por ejemplo: ¿cuántas clases de armas y de qué tamaño deben tenerse en consideración para definir el delito de herir a otro? Toda una vida no sería tiempo bastante para enumerar todas las posibilidades. Por tanto, si las acciones son imposibles de definir con total precisión y, sin embargo, es necesario establecer una ley, ésta no tiene más remedio que hablar en términos generales. Y así, en el mismo ejemplo, alguien que llevara un anillo y, al levantar su mano, golpear a otro, habría cometido el delito de herir con arma desde el punto de vista de la literalidad de la ley, siendo así que, desde el punto de vista de la equidad, no es en realidad culpable de tal delito. [...]

Es propio de la equidad ser indulgente con las cosas humanas; mirar no a la ley sino al legislador; no a la letra sino a la intención (*dianoian*) del legislador; no al hecho sino a la intención; no a la parte sino al todo; no cómo es ahora el acusado sino cómo era siempre o en la mayoría de las ocasiones.»<sup>3</sup>

En vista de estos textos, la significación de la *epieikeia* como «la corrección de la ley cuando ésta es deficiente debido a su universalidad» se concentra cuando menos en dos puntos básicos:

- i) el contraste entre lo universal y lo particular: de aquí arranca la «deficiencia», «insuficiencia» o «error» de la ley y, con él, la necesidad de su corrección o rectificación en términos de equidad;
- ii) el contraste entre dos clases de justicia: la justicia de la ley o «justicia legal» (*nomikon dikaion*) y la que supone la equidad como corrección de la anterior y se postula como una *mejor* justicia.

El primer punto es fundamentalmente epistemológico y nos remite a la dialéctica general entre conocimiento teórico y conocimiento práctico en Aristóteles, que contiene las claves de la idea de universalidad en su sistema (junto con otras como la de la «indeterminación» de la práctica). El segundo es específico de la filosofía práctica y, al plantear la cuestión de la naturaleza de la equidad como un tipo de justicia que supone corrección de la justicia de la ley, nos remite a su concepción del derecho (por ejemplo: la equidad ¿es moral o jurídica? ¿es interna o externa al derecho? ¿cómo afecta a la relación entre legislador y juez?). En este trabajo se pretende mostrar que la respues-

<sup>3</sup> 1374a27-1374b2; 1374b11-16.

ta a esta segunda cuestión (qué tipo de justicia es la equidad) depende estrictamente de la respuesta a la primera y de ahí que debamos comenzar por ella estableciendo el marco de la epistemología aristotélica.

## 2. REGLAS TEÓRICAS Y REGLAS PRÁCTICAS EN LA EPISTEMOLOGÍA ARISTOTÉLICA

Entre otras distinciones filosóficas cruciales, hemos heredado del sistema aristotélico la articulación históricamente más influyente de la oposición conceptual entre «teoría» y «práctica», *theōria* y *praxis*. Contra ciertas interpretaciones muy difundidas, hay razones de peso para pensar que esta distinción está lejos de poder ser entendida en términos puramente dicotómicos. Es, más bien, el resultado de cruzar entre sí un complejo de distinciones más amplias. Por ejemplo, la distinción entre conocimiento teórico (*epistēmē theōretikē*), conocimiento práctico (*epistēmē praktikē*) y conocimiento constructivo o productivo (*epistēmē poiētikē*), o la distinción entre formas de vida: vida de placer (*bios apolautistikos*), vida política (*bios politikos*) y vida contemplativa (*bios theōrētikos*). La primera es una distinción entre ciencias (o incluso, como veremos, dimensiones de la ciencia), mientras que la segunda presupone la diferencia entre ciencia y *filosofía*, así como la diferenciación entre una concepción teórica o práctica de la filosofía<sup>4</sup>.

Ciertamente, la clasificación epistemológica de las formas de racionalidad humana que Aristóteles formula parece basarse en un criterio dualista aparentemente simple. Si va referida a la inmanencia de la acción humana (*technē, phronēsis*), es llamada racionalidad práctica: racionalidad técnica, moral o política. Si va referida a conceptos o esencias universales y necesarias (*epistēmē, sophia, nous*), es racionalidad teórica (científica y filosófica)<sup>5</sup>. Sin embargo, no hay una dicotomía absoluta ni excluyente entre ambas formas de racionalidad, sino más bien una gradación dialéctica que resulta de la reaplicación de los mismos criterios epistemológicos a lo largo de diferentes niveles, generando de ese modo la apariencia de oposiciones absolutas. Así, por un lado, las prácticas morales y políticas –no sólo la ciencia o la filosofía– poseen de hecho una dimensión teórica, pues son parte de la vida *noética* que es distintiva de los seres humanos frente a los demás animales<sup>6</sup> y, en particular, el ejercicio mismo de razón práctica en la moral y en la política se entenderá indesligable de una cierta concepción filosófica. Por otro lado, el conocimiento teórico sólo puede

<sup>4</sup> Cf. JAEGER, 2002: 467ss.

<sup>5</sup> *Eth. Nic.*, VI, 2, 1139a20ss.

<sup>6</sup> *Eth. Nic.*, I, 7, 1097b25-1098a20.

obtenerse dentro del contexto de prácticas institucionalizadas y de transformaciones constructivas del mundo natural (*pragmata*) por los hombres. Dicho brevemente: el conocimiento teórico tiene su origen en un deseo u *orexis* universal de los hombres (es decir, un impulso fundamentalmente práctico por conocer el mundo entorno)<sup>7</sup> mientras que la actividad moral suprema es identificada finalmente con un puro *theōrein* (cuyo modelo metafísico es Dios como *noēsis noēsēos*)<sup>8</sup>.

Podemos, en consecuencia, asumir que de acuerdo con la epistemología de Aristóteles la distinción entre conocimiento teórico y práctico no entraña que el primero carezca de toda dimensión práctica. Toda forma de conocimiento humano se basa en una *praxis*, en sistemas de actividades humanas, dado que se presentan siempre como orientados por fines y, además, orientadas al bien (es decir, a normas y valores), tal como se dice al inicio de la *Ética* y la *Política*<sup>9</sup>. Incluso la ciencia estricta, la *epistēmē*, presupone una organización práctica, comunitaria, de los individuos, no sólo en el «contexto de justificación» (Barnes, 1969: 138ss.) sino también en el «contexto de descubrimiento». La función central de la dialéctica en la investigación científica, el papel de la lógica como *organon*, la consideración de la ciencia como una «virtud» o «hábito» (*hexis apodeiktikē*), el estrecho vínculo que existe entre *epistēmē* y *technē*, la necesidad de la enseñanza en la ciencia, entre otros aspectos, son confirmaciones de ese anclaje práctico de la ciencia<sup>10</sup>.

De esta manera, la oposición entre *theōria* y *praxis* podría quedar mucho mejor formulada en términos de la distinción entre *reglas teóricas* y *reglas prácticas*. Una distinción que, en mi opinión, es útil para revelar el constructivismo que subyace a la epistemología aristotélica. En efecto, si la *epistēmē* (y, *a fortiori*, la *sophia*, que la presupone dada) es un constructo social-institucional, entonces exige la operatividad de reglas prácticas exactamente del mismo modo que cualquier otra institución social. Es decir, requiere reglas similares a aquellas que forman las instituciones de la *praxis* (la moralidad, la política, la economía, el derecho) y de la *poiēsis* (las diferentes artes y técnicas). Podemos describir la estructura de tales reglas prácticas diciendo que están exclusivamente orientadas a gobernar los cursos de acción que envuelven relaciones inmanentes entre sujetos (Si-Sj) y aquellos que tienen que ver con la producción y manejo de objetos (Si-Oj). Así, Aristóteles reúne bajo el género *praxis* tanto a las reglas éticas y políticas como a las reglas técnicas. Ello porque ambas comparten una común referencia teleológica a la producción de cursos de acción: todas ellas son reglas que se centran en los individuos *qua* individuos *prácticos*, sujetos de acción, y de ahí el especial carácter

<sup>7</sup> *Metaph.*, I, 1, 980a22.

<sup>8</sup> *Eth. Nic.*, X, 7-8.

<sup>9</sup> *Eth. Nic.*, I, 1, 1094a1ss.; *Pol.*, III, 9, 1280a31ss.

<sup>10</sup> Cf. *Top.*, I, 2; *Eth. Nic.*, VI, 3, 1139b31-32; *Metaph.*, I, 1, 981a5-7, b7-9.

«regulativo» o «deóntico» que las distingue<sup>11</sup>. Por ejemplo, la justicia, la virtud ético-política por antonomasia y el ingrediente esencial de su definición del hombre como *zōon politikon*, surge precisamente en la perspectiva de las relaciones prácticas de los sujetos en la medida en que involucran la referencia a *otro* (*pros heteron*, *Eth. Nic.*, V, 1, 1130a5) y además bajo el punto de vista del *bien* de ese otro, esto es, bajo el punto de vista de valores prácticos morales y políticos. Esto resultará decisivo, como veremos, para entender la estructura del derecho y de la equidad en Aristóteles.

Ahora bien, en las instituciones teóricas tenemos que aquellas reglas de carácter práctico y técnico que innegablemente constituyen una parte interna de la *epistēmē* pasan a un segundo plano. Aquí resultan puestas a un lado precisamente por el *telos* o valor fundamental de la institución, que es el de buscar y establecer relaciones universales y necesarias entre los objetos (Oi-Oj) dentro de un determinado campo de investigación (biología, física, geometría, etc.). Ese fin o valor es situado por la filosofía aristotélica en el nivel superior de la jerarquía epistemológica y debido a ello el intelecto se convierte en el criterio definitorio de la vida humana *in integrum*, así como aquello que nos vuelve «divinos» o «inmortales»<sup>12</sup>. Y esta es la razón de que podamos hablar aquí de *reglas teóricas*, pues contienen las dos dimensiones antes indicadas: la dimensión práctica (dado que son reglas que rigen la acción) y la dimensión epistémica u objetiva (dado que implican un conocimiento teórico-universal). En la medida en que está orientada hacia la objetividad del mundo, la verdad es un valor teórico, no práctico; pero no por ello deja de regular menos la acción, pues sigue tratándose de un *valor*: el valor fundamental de la institución de la ciencia<sup>13</sup>. Esta objetividad implica que los sujetos están sólo *epistémicamente* involucrados en la reconstrucción lógica o categorial de la realidad. El sujeto cognoscente no interviene él mismo *ordo essendi* en la constitución o producción material de esa realidad<sup>14</sup>, sino sólo en su conceptualización bajo una *forma* inteligible o esencial<sup>15</sup>. ¿Y cuál es la estructura de esta forma? En Aristóteles ella expresa fundamentalmente relaciones de regularidad y codeterminación necesaria entre los fenómenos en términos de universalidad lógica (Wieland, 1970: 95n; Spaemann, 2008: 292). «Pues toda ciencia lo es de aquello que sucede siempre o la mayor parte de las

<sup>11</sup> Cf., p. ej., *Eth. Nic.*, VI, 4, 1140a12; 5, 1140b15; 7, 1141b13-14; II, 3, 1104b27-28.

<sup>12</sup> *De An.*, II, 3414b18-19; *Metaph.*, I.1.980b 27-8; *Eth. Nic.*, X, 7, 1177b2-34. Cf. Burnyeat, 2008.

<sup>13</sup> Cf. *Metaph.*, II, 1, 993b19ss.

<sup>14</sup> Ello impide por completo cualquier tentativa de interpretación de la teleología natural aristotélica en términos propositivos, esto es, como una teleología antropomórfica o teológica (tal como eso sucederá en la ontoteología cristiana). Cf. Irwin, 1988: 300, 525.

<sup>15</sup> Como resultado de ello, «forma» y «naturaleza» se identifican en Aristóteles. Cf. *Phys.*, II, 1, 193b14ss.

veces»<sup>16</sup>. El conocimiento teórico (*epistēmē*) se refiere a lo universal precisamente porque «neutraliza» o «cancela» la *individualidad* empírica de los fenómenos, incluyendo la individualidad *a parte subiecti* del propio científico, en función de la repetibilidad (ontológica) de los fenómenos (mostrada a través de las categorías) y su correlativa repetibilidad metodológica (en la enseñanza, la dialéctica y la argumentación racional que éstas implican). La ciencia consiste en la elaboración práctica (comunitaria) de la *empeiria* a fin de construir, por medio de la inducción, regularidades o principios universales que revelan la estructura causal del mundo, así como en el consiguiente despliegue de conclusiones a partir de las mismas que permite mostrar su malla categorial y hallar nuevas conexiones necesarias en ella. La lógica misma no es sino el instrumento u *organon* para ello, y por eso el silogismo científico –teórico– debe tomar las premisas universalmente. Todo ello manifiesta la presencia permanente de una «práctica científica» constructiva gobernada por reglas<sup>17</sup>.

Si esto es así, entonces el conocimiento teórico (*epistēmē*) requiere también de silogismos imbricados en el curso de acciones orientadas por fines dentro de un escenario práctico cooperativo. Esto es: silogismos prácticos. Pero éstos sólo describirán el punto de vista de los sujetos individuales que llevan adelante la investigación, la práctica científica. El fin de la institución misma –*finis operis*– es sin embargo la determinación de verdades objetivas o esencias que reflejan la estructura real del mundo. Esas verdades son entonces un *resultado* de la práctica, obtenido en términos de la «eliminación» recursiva de los componentes subjetivos (perceptuales, por ejemplo, y también deliberativos) por efecto de las representaciones genuinamente universales (*katholou*) y necesarias que el *nous* elabora en términos de tipos o conceptos con contenido proposicional, *logoi*. A partir de ese momento, éstos dejan de ser simplemente «razones para actuar» (es decir, razones que sólo envuelven fines o bienes prácticos, que ajustan el mundo a nuestras acciones) para convertirse en su lugar en «razones para creer», cuya dirección de ajuste es de las acciones al mundo. E incluso esa misma característica (ser «razones» *para* el sujeto) ha de comenzar a entenderse en el sentido de que imponen su validez epistémica, en razón de su contenido necesario, sobre *cualquier* sujeto cognoscente individual, sea cuales sean sus creencias psicológicas particulares: éstas ya no forman parte del contenido proposicional (y ontológico) implicado lógicamente en esas razones, que es uno y el

<sup>16</sup> *Metaph.*, VI, 2, 1027a20-1; cf. *Anal. Post.*, 96a8-19.

<sup>17</sup> Cf. *Metaph.*, I, 1, 981a5-7, donde se atribuye a la *technē* la producción del *logos* común que resulta de la multiplicidad de percepciones particulares de los fenómenos. Por su parte, la consideración –en la *Ética*– de la *epistēmē* como *virtud* dianoética (que se adquiere y origina por la enseñanza) subraya el aspecto necesariamente práctico de los valores teóricos o de verdad que rigen el conocimiento científico-objetivo.

mismo para todo individuo mostrándose así —«trascendentalmente»— como «aquello que no puede ser de otro modo»<sup>18</sup>. Esa dimensión «objetivante» que caracteriza al conocimiento teórico, intrínsecamente vinculada a la verdad, nos revela a la epistemología aristotélica, además de constructivista, como una «epistemología sin sujeto cognoscente», por decirlo con Popper. La verdad es la contemplación de las estructuras que articulan la realidad objetiva del mundo y a través de ella el sujeto cognoscente individual viene a identificarse con el objeto mismo *quoad se* (*Metaph.*, II, 1, 993b31). Aristóteles cree así que la *theōria* es la única actividad realmente autónoma, «libre», que encuentra su fin en sí misma, y no en ninguna utilidad técnica o práctica derivada<sup>19</sup>. En última instancia, la *theōria* es una forma de *praxis* también (y por eso está esencialmente ligada a reglas y normas), pero la forma suprema: aquella que produce un tipo de conocimiento que demuestra ser enteramente independiente de las prácticas humanas (es decir: de las instituciones, reglas, deliberaciones, opiniones, percepciones...) por su carácter universal y necesario. La supremacía de la *theōria* y la ciencia teórica (y de la verdad como «fin dominante») dentro de la epistemología aristotélica (*Eth. Nic.*, X, 7, 1177b1-4) des cansa en este constructivismo objetivista.

A diferencia de las reglas técnicas, que Aristóteles asimila a reglas teóricas, las reglas prácticas «puras» en sentido estricto —es decir, las morales, jurídicas y políticas— no poseen el mismo grado de objetividad. Aquí nos enfrentamos con el difícil problema epistemológico del «conocimiento práctico» (o la «ciencia práctica») y, por tanto, de la «razón práctica» misma en la filosofía aristotélica. Este problema está íntimamente relacionado con la jerarquía anterior. Sólo la física (la ciencia natural en el sentido amplio que Aristóteles da a ese término) y las matemáticas (la geometría como referente central) constituyen realizaciones plenas del tipo de conocimiento teórico que entraña la *epistēmē*: no en vano este concepto ha sido construido tomando a esas ciencias como paradigmas. Sólo ahí, en efecto, hallamos campos de conocimiento que permiten una reconstrucción racional en términos de conexiones universales y necesarias (formas o esencias) que trascienden el marco pragmático en el cual dicha construcción tiene lugar. En cambio, en la región de la «pura» práctica, es decir en el dominio moral, político y jurídico —constitutivo de lo que Aristóteles llama *politikē*, «ciencia de la *polis*», y que podemos considerar equivalente a nuestra «ciencia social» (Salkever, 2005: 28)— las relaciones relevantes entre los fenómenos están *ellas mismas* ontológicamente constituidas por y entre sujetos *qua* individuos prácticos (por ejemplo, las relaciones entre virtudes y vicios, entre gobernantes y gobernados, entre legisladores y jueces). Esto vuelve epistemológicamente imposible

<sup>18</sup> *Anal. Post.*, I, 2, 71bss.

<sup>19</sup> *Metaph.*, I, 2, 982b24-28. Ese fin no es otro que la verdad misma: cf. II, 1, 993b20-21.

esa «neutralización» de los sujetos (y con ellos de toda la constelación fenomenológica concomitante: percepción, deliberación, intencionalidad, acción) que distingue al saber teórico. Pues los sujetos son precisamente, además de la materia de estudio relevante, las instancias *causales* responsables de organizar los fenómenos que componen esa materia (es decir, las propias instituciones de la *politikē*). En efecto, como vimos, las reglas pertenecientes a las esferas de la *praxis* estricta están orientadas hacia el ejercicio de acciones cuyo referente formal y teleológico son los sujetos en la medida en que se relacionan con otros sujetos (Si-Sj). Esto implica que las regularidades causales que podrían ser establecidas aquí son precisamente *regularidades de acción*. Más aún: son reglas cuya racionalidad tiende justamente a *individualizar* a los sujetos como «principios de las acciones», esto es, como causas de esas regularidades: en eso consistirá en buena medida el razonamiento práctico y la virtud como excelencia de la acción moral. Lo que significa que son ahora las reglas teóricas (técnicas, científicas) las que, por su carácter impersonal, pasan a tener correlativamente una menor relevancia<sup>20</sup>.

Y la inmediata consecuencia epistemológica de ello es que el «conocimiento práctico» o la «ciencia práctica» (es decir, el discurso racional sobre la práctica y sus reglas: la ciencia moral y política) están necesariamente contruidos a la misma escala que su objeto de estudio: cualquier posible reflexión o *theōria* construida en esos campos está *internamente* comprometida con la reproducción de los valores que los estructuran y, por tanto, con las instituciones respectivas (cf. Natali, 2001: 27ss.). Es este tipo de «internalismo práctico» el que en la epistemología aristotélica pone límites a la posibilidad de una *epistēmē praktikē*. La *phronēsis*, que regula el conocimiento práctico, no puede ser *epistēmē* justamente porque se endereza esencialmente al ejercicio deliberativo de acciones particulares en circunstancias particulares. Ello no sólo se traduce en que «construye individualidades», sino que lo hace precisamente porque deja en un segundo plano, en la deliberación, los determinantes causales necesarios y universales presentes en la acción del sujeto para focalizarse exclusivamente en el propio sujeto como quien la *elige* (*prohairesis*) y causa libre y voluntariamente. Es así como el razonamiento práctico está imbricado de manera estructural con la contingencia de «las cosas que pueden ser de modo distinto a como son» (*endechomena*), contingencia que viene dada, pues, por la mediación de la *praxis* humana<sup>21</sup>. Se produce de este modo una fisura insuperable entre la racionalidad teórica y la racionalidad práctica: en ésta no pueden imperar reglas universales y necesarias dado que su «dirección de ajuste» no es el mundo objetivo sino, al revés, ajustar el mundo a las deliberaciones y operaciones prácticas de los sujetos. No son reglas deterministas sino justamente

<sup>20</sup> Cf. *Eth. Nic.*, II, 4.

<sup>21</sup> *Eth. Nic.*, VI, 5, 1140a32-1140b4.

*indeterminadas*, si es que su lugar en el razonamiento práctico, al canalizar valores morales y políticos y traducirlos en acciones (que son entonces las *conclusiones* de tal tipo de razonamiento), es el de anticipar y regular aquellos estados de cosas que no existen sino a través de la ejecución de dichas acciones. Todo ello las convierte en reglas «particularistas» en un sentido peculiar que debemos analizar más detenidamente, porque es el que está esencialmente implicado en la noción de equidad.

### 3. ANALOGÍA EPISTÉMICA, PRÁCTICA Y REGLAS: EL CONSTRUCTIVISMO ARISTOTÉLICO Y LA PRIMACÍA DE LA RAZÓN PRÁCTICA

Las reglas prácticas, hemos visto, no son universales en el mismo sentido que las teóricas. No pueden serlo: es una tesis *crítica*, y la razón estriba en que las primeras envuelven la mediación de un agente deliberativo, en el que la regla se centra, mientras que las segundas lo segregan en función de las relaciones objetivas y necesarias subyacentes expresadas por la regla.

¿Qué sentido tiene, entonces, seguir predicando universalidad de las reglas prácticas? La respuesta a esta pregunta –en Aristóteles– puede resumirse en la siguiente afirmación: las reglas son la única manera en que puede ser contemplada la *praxis* en términos de «racionalidad». Dentro de la esfera práctica, las reglas –como el *logos* mismo– cumplen una función de «reducción de la complejidad» de la ontología contingente de la acción humana: reducción en el sentido de generar «regularidad» y, con ello, eficacia, previsibilidad, coherencia, etc. Y esa función racionalizadora es el aspecto que Aristóteles pretende subrayar cuando insistentemente reconstruye la razón práctica (moral, política) adoptando la perspectiva metodológica del razonamiento teórico, que es el paradigma de racionalidad. El concepto de regla práctica es, pues, en buena medida, un resultado de la aplicación al campo de la *praxis* de una analogía o una metáfora racionalista: la consistente en ver la práctica desde los esquemas deterministas y regulares de las reglas teóricas (a diferencia de Platón, es sólo una metáfora o una analogía, no una *identificación*, y como vamos a ver tener esto presente resulta crucial para nuestro tema).

La metáfora racionalista resulta transparente en la ética, que está «modelada» de arriba abajo por el tipo de saber de *technai* tales como la medicina o la arquitectura (Angier, 2010). La estructura de la deliberación moral –por no hablar del concepto mismo de un «silogismo práctico»– se analiza a base de una constante comparación con la investigación científica (*zētēsis*). Luego retomaremos esta dimensión del razonamiento moral, pero veamos antes de ello cómo Aristóteles emplea la misma metodología para el análisis del derecho, de las

reglas jurídicas o *nomoi*. Ello nos permitirá comprobar en qué sentido las considera reglas universales.

Para empezar, Aristóteles usa explícitamente un vocabulario lógico a la hora de describir el *nomos* (como usará en el libro V de la *Ética* un lenguaje matemático para representar la virtud que lo rige, la justicia, en términos de proporción aritmética y geométrica). El *nomos* es una regla porque, formalizado o no (pues incluye también las reglas del derecho consuetudinario<sup>22</sup>), consiste en ordenar o prohibir *tipos* de acción<sup>23</sup>. Ello requiere una forma lógica universal: el *nomos* «habla en términos universales» y eso es algo «necesario», se dice en el pasaje de la equidad que hemos citado (V, 10, 1137b13, 20). En la *Retórica* leemos que «la decisión del legislador no es particular sino prospectiva y universal (*katholou*)» (I, 2, 1354b6). El *nomos* expresa, pues, el nexo interno entre reglas, razón y lenguaje que supone el *logos*. Las reglas del *nomos* pueden estar o no formuladas mediante enunciados canónicos de carácter público: esto «parece indiferente», dice Aristóteles (*Eth. Nic.*, X, 9, 1180b1); pero siempre ha de tener una formulación verbal o lingüística, ya que esto es lo que hace posible construir representaciones universales a base de cuantificadores lógicos que se refieran a clases de individuos, acciones y circunstancias, así como su aplicación a casos particulares por medio de variables de individuo: «cada una de las cosas justas y legales (*dikaion kai nomimon*) se relacionan como lo universal con los particulares, pues las cosas que se hacen son muchas, pero cada una de ellas es una, ya que es universal» (*Eth. Nic.*, V, 7, 1135a5-8).

Pero esas formulaciones lógico-lingüísticas universales en que las reglas del *nomos* consisten constituyen –como *logoi*– el resultado de cadenas complejas de razonamientos prácticos, es decir, de deliberaciones. Aristóteles, prolongando por lo demás la tradición platónica de *Las leyes*, remarca el carácter eminentemente racional de la actividad del legislador. Se refiere al buen legislador como un *technikos* y como alguien que ha llevado a cabo un estudio teórico (*theorētikos*) de su técnica: alguien, por tanto, que como apunta Bodéüs (1993: 58) «en todo caso ha de haber alcanzado un conocimiento general». Aristóteles concibe así la legislación como la plasmación de un cierto tipo de conocimiento objetivo. El *nomos* es expresamente considerado como la expresión del intelecto o *nous* (*Eth. Nic.*, X, 9, 1180a18). Se intenta aproximar la actividad legislativa a la estructura de una *technē*: en la *Política* los legisladores son comparados con *dēmiourgoi* o técnicos que imponen una forma (la constitución) a ciertos materiales (una población y un territorio)<sup>24</sup>. E incluso la legislación es vista como una suerte de «disciplina aplicada» de una *epistēmē* superior: «Pues se concederá –dice al final de la *Ética*– que si un hombre desea realmen-

<sup>22</sup> Cf. SCHROEDER, 2003: 40; Miller, 2007: 80.

<sup>23</sup> Cf. *Eth. Nic.*, I, 2, 1094b5.

<sup>24</sup> *Pol.*, III, 3, 1276b1-11; IV, 1, 1288b19-21; VII, 4, 1326a35-38.

te convertirse en un técnico o en un teórico debe ir a lo universal y llegar a conocerlo en la mayor medida posible, pues, como hemos dicho, la ciencia tiene que ver con lo universal» (*Eth. Nic.*, X, 9, 1180b20ff.).

Ahora bien: ¿qué tipo de *epistēmē* podría ser esa que da lugar al *nomos*, a la ley, y de la cual la legislación sería «aplicación»? Al principio de la *Ética nicomáquea* Aristóteles se refiere a la «ciencia arquitectónica» de la política (*Eth. Nic.*, I, 1, 1094a14; 2, 1094b5), de la cual la técnica legislativa (*nomothetikē*) sería la parte más importante por cuanto posee funciones directivas o normativas respecto de las demás. Pero, como hemos visto, la *politikē* no puede ser una *epistēmē* en sentido estricto, sino que es más bien una forma de *praxis*. En efecto, las «cosas justas» (*ta dikaia*), es decir, las que tienen que ver con el derecho y el *nomos*, son fenómenos circunscritos a las «cosas humanas» (*anthropeia*), es decir, a las prácticas humanas. Se trata de las prácticas que, interrelacionadas dinámicamente, llevan a cabo legisladores, jueces y ciudadanos en el ámbito de la *polis*, cuyas respectivas posiciones y relaciones las reglas jurídicas están destinadas a gobernar. El «internalismo» y el «particularismo» que antes atribuíamos a las reglas prácticas se ponen ahora plenamente de manifiesto a propósito del derecho. Las reglas del derecho son el producto de acciones deliberativas humanas y la justicia legal (*nomikon dikaion*) es aquella que existe «por posición»: es decir, aquella que al margen de la decisión humana puede ser de un modo u otro y es «indiferente» (*diapherei*) pero que deja de serlo una vez que ha sido establecida<sup>25</sup>. En consecuencia, no existe algo así como «el derecho», sino que éste se encuentra multiplicado y fragmentado en el conjunto de los diferentes ordenamientos jurídicos realmente existentes: es particular (*idion*) a cada comunidad política (*Rhet.*, I, 13, 1373b6ff.). El derecho es una institución práctica integrada por conjuntos de reglas particulares de alcance limitado (el de las respectivas unidades políticas). El contenido de esas reglas no puede ser reducido a principios de justicia realmente universales y necesarios: toda justicia es esencialmente «variable» (*kineton*) y las *anthropina dikaia* –las reglas y decisiones jurídicas positivamente establecidas por convenciones humanas «no son las mismas en todas partes» (*Eth. Nic.*, V, 7, 1134b29, 32; 1135a4).

No hay, pues, ningún tipo de «necesidad natural» que determine de modo objetivo la esfera del derecho y la justicia –el complejo de las prácticas jurídicas– y, por tanto, ésta carece de genuina universalidad, incluso si los principios lógicos mismos son aplicables e indispensables en ella y, por tanto, se le presume un *minimum* de racionalidad. Al igual que no hallamos reglas prácticas en la esfera de la *physis*, no podemos encontrar tampoco reglas universales y necesarias (es decir, genuinas reglas teóricas) en la esfera de la *praxis* (a la que pertenecen

<sup>25</sup> *Eth. Nic.*, V, 7, 1134b20.

el derecho y la justicia)<sup>26</sup>. Por el contrario, las reglas del *nomos* exhiben una generalidad circunscrita –particularista– y lejos de ser «deterministas» o necesarias son contingentes e indeterminadas, pues «cuando el objeto es indeterminado [*aoristou*] también la regla lo es», como relata nuestro pasaje (*Eth. Nic.*, V, 10, 1137b29-30). El carácter esencialmente indeterminado del *nomos* –del derecho– es, pues, consecuencia directa de la dependencia de las reglas jurídicas de acciones deliberativas, es decir, de constituir productos e instrumentos del razonamiento práctico. Este tipo de razonamiento está directamente emparentado con la *phronēsis*, la prudencia, que Aristóteles considera epistemológicamente irreductible –por su particularidad– a la *technē* y, *a fortiori*, a la *epistēmē*. El *nomos* mismo se considera expresión y resultado de la *phronēsis* (cf. *Eth. Nic.*, X, 9, 1180a21-22). Y es para reconstruir la estructura de este género de racionalidad (que históricamente ha venido a dar nombre al saber jurídico en la tradición occidental: la *prudentia iuris*), y mostrar sin embargo por qué es irreductible a ella, como Aristóteles acude, según decíamos, a la analogía con el modelo silogístico de la *epistēmē*. Detengámonos brevemente en ello.

Hablar de «silogismo práctico» presupone que la *praxis* humana siempre incorpora algún tipo de *theōria*, esto es, «razones para actuar» que operan como premisas o «principios» (*arkhai*), principios que se atribuyen al individuo agente. Sin embargo, los principios prácticos (que serían entonces fundamentalmente reglas, construidas a la luz de virtudes o valores y también fines) tienen su punto de partida en la acción y la decisión individuales (es el sujeto quien es «principio de sus acciones») y consisten en retornar a su vez a la acción. De modo que los silogismos prácticos son ejecutados por sujetos particulares en circunstancias particulares en relación con las cuales tales principios se recaban, sopesan y concretan. Más aún, son inferencias que no pueden desvincularse del cumplimiento o realización de sus conclusiones, pues éstas no constituyen simplemente enunciados (*protaseis*) sino acciones mismas<sup>27</sup>. De ahí su dimensión «internalista»: sólo existen en la medida en que el agente los ejercita desde el punto de vista operativo de su acción en curso (o bien desde el punto de vista de un *alter* análogo que está evaluando críticamente esa acción). La deliberación del agente no es sólo constitutiva –productiva– de la conclusión y de la premisa menor (la evaluación de la situación concreta) sino también de la premisa mayor (de la regla misma). Y es aquí donde reside la dialéctica epistemológica a la que antes hacíamos referencia: mientras los principios prácticos (reglas) son esencialmente deliberativos, los teóricos excluyen completamente la deliberación y son así

<sup>26</sup> Cf. LONG, 2005: 413, 422.

<sup>27</sup> *Eth. Nic.*, VII, 3, 1147a26ss.; *Mot. Anim.*, 7, 701a4-33; *De An.*, 434a16ss. Cf. MICHELAKIS, 1961: 63ss.; NUSSBAUM, 1985: 183ss.; NATALI, 2001: 63ss.; ORIOL, 2004: 70ss..

de algún modo «externos» a la *praxis* humana<sup>28</sup>. Sólo en este ámbito podemos deliberar, porque es un ámbito ontológicamente dependiente de la acción humana y *por ello* indeterminado (*Eth. Nic.*, III, 3, 1112a18ss., 1112b8-9; cf. Aubenque, 1999: 105ss.). Incluso cuando la deliberación práctica incluye elementos teóricos entre sus premisas («razones para creer»), éstos dejan de ser deterministas y necesarios en la medida en que deben ser trasladados «técnicamente» al escenario práctico de la teleología humana en términos de cursos particulares de conducta y, de ese modo, devienen susceptibles de «serlo de un modo u otro», es decir, se convierten en inevitablemente variables y contingentes. En esa misma medida, su universalidad tiende a desvanecerse en cuanto relevante para la práctica. En suma: «Dado que la ciencia implica demostración y no hay demostración de las cosas cuyos principios pueden ser de otro modo (porque todas esas cosas pueden de hecho ser de otro modo), y dado que es imposible deliberar sobre las cosas que son necesariamente, la prudencia no puede ser ni ciencia ni técnica: lo primero porque lo relativo a la acción es susceptible de ser de otro modo, lo segundo porque la acción y la producción técnica son cosas diferentes» (*Eth. Nic.*, VI, 5, 1140a32-1140b1). Es imposible, pues, desde un punto de vista epistemológico, que las reglas jurídicas –que son reglas prácticas– aparezcan como resultado de una racionalidad científica o técnica.

Sólo queda abierta, pues, tras esta crítica epistemológica, la vía de intentar una racionalización de la *praxis* a su misma escala: esto es, construir una *filosofía práctica* (ya que no una ciencia ni una técnica) que esté comprometida directamente con los valores y reglas que rigen la *praxis*. Esto es lo que pretende hacer Aristóteles en su *Ética* y su *Política*. Una filosofía práctica que es racionalista precisamente porque asume como modelo heurístico, como *methodos* filosófico para una reconstrucción de la acción humana político-moral, el de la *epistēmē*. Después de haber separado radicalmente la razón práctica de la razón teórica, ese modelo permite asimilarlas *secundum quid* y de ese modo mediar entre el relativismo escéptico de los sofistas y la fundamentalista «ciencia de la virtud» socrático-platónica (Nussbaum, 1985: 166ss.).

Es la analogía epistémica, en efecto, la que conduce a plantear la tesis filosófica de que, si bien las reglas de la *praxis* (entre ellas las del derecho) son abiertas y variables, indeterminadas, esto es, incapaces de dar cuenta del dominio de las respectivas acciones en términos de un «cierre» objetivo de principios necesarios y universales –como sí haría la *epistēmē*–, son sin embargo estructuras indispensables, «trascendentales», de la racionalidad humana: aquellas que nos muestran la recurrencia de la *praxis* en términos de *regularidad* y permiten

<sup>28</sup> *Eth. Nic.*, III, 3, 1112a21ss.; VI, 5, 1140a32. La deliberación es un tipo de investigación, pero no toda investigación es deliberativa: así las matemáticas (1112b20ss.).

reducir tendencialmente así su radical contingencia, aunque sea sólo una regularidad relativa, aquella de lo que se da solamente «la mayoría de las veces» (*hōs epi to poly*). Aunque en apariencia nada responde a orden objetivo en las regiones de la *praxis* moral y política (nada es «por naturaleza», *physei*) sigue siendo necesario establecer fundamentos racionales (*ekhein tina logon*), es decir, criterios generales o reglas, por más que ellos tengan que ser establecidos sólo en «esquema», como su propio objeto demanda, y tal es en efecto la misión de la filosofía práctica (*Eth. Nic.*, I, 3, 1094b14ss.).

Más aún, en las normas o reglas del hacer encuentra Aristóteles la característica definitoria o esencial del hombre frente a los demás animales: el hombre es el único animal cuya conducta está gobernada por reglas. Estas son los elementos diferenciales de la «naturaleza humana». La definición del *zōon politikon* debe ser entendida como comprensiva del complejo de instituciones prácticas que organizan las comunidades humanas a partir «del sentido del bien y del mal, de lo justo y lo injusto y los demás valores» (*Pol.*, I, 2, 1253a16-17). Esos otros valores (*kai tōn allōn*) no pueden ser sino los valores epistémicos que rigen el conocimiento científico (*epistēmē*) y filosófico (*sophia*), así como las técnicas y artes (*technai*). Cada una de estas instituciones implica la normativización del mundo práctico de los hombres a través de la conceptualización lingüística (*logos*), ya que las comunidades humanas se constituyen precisamente «mediante la discusión racional y el pensamiento (*logōn kai dianoiās*)» (*Eth. Nic.*, IX, 9, 1170b12.). El *logos* es, pues, fundamentalmente *normativo*: se orienta a establecer lo correcto y lo incorrecto (*Pol.*, I, 2, 1253a14). Es decir, a conducir la vida humana según *valores* institucionalmente articulados en forma de *reglas* prácticas. Consiste así en la construcción de representaciones universales (*katholou*) de radio variable, que van desde la *praxis* político-moral (un conocimiento local, contingente y vinculado a *endoxa*) hasta la *epistēmē* rigurosa (conocimiento universal y objetivo). De ahí la distinción que hemos introducido entre reglas teóricas y prácticas. Las reglas son precisamente aquellas estructuras que conectan las conductas de los individuos, regidas por fines (al igual que las de los animales), con los valores y bienes que estructuran internamente cada una de esas instituciones de las que por ello pasan a formar parte esencial. Aristóteles considera tales bienes como *objetivos*, no meramente aparentes (*Eth. Nic.*, III, 3, 1113a28-30), lo que al menos significa dos cosas importantes: a) que están racionalmente fundados, es decir, que son *universalizables* por medio del *logos* con mayor o menor alcance, y b) que, de acuerdo con la teleología aristotélica, están jerarquizados en función de bienes *últimos* hacia los que toda actividad humana tiende. Una lectura no metafísica de esta teleología concluiría simplemente que el hombre es el único animal capaz de llevar adelante *prácticas racionales* (guiadas por reglas y valores en el marco de aquellas instituciones) en lugar de meramente conductas etológico-biológicas (y también, por supuesto,

de una sabiduría divina o eterna). Es una teleología propositiva, *antrópica*, inmanente, por lo tanto. Pues esos bienes fundamentales o últimos, la *eupraxia* (la vida acorde con la virtud político-moral) y la verdad contemplativa (la vida acorde con la *theōria*) solamente son viables dentro del contexto de la *polis*. Sea «inclusivo» o «dominante», el fin último del hombre (*eudaimonia*) es siempre un fin a perseguir *prácticamente*. La existencia humana es esencialmente una vida práctica que no consiste meramente en vivir sino en vivir *bien* (*eu zēn*), es decir, bajo el alcance de reglas y valores y, por consiguiente, «una vida guiada por la decisión deliberativa (*kata prohairesin*)» (*Pol.*, III, 9, 1280a32, 34; cf. I, 1257b40ss.; III, 6, 1278b24ss.). Por eso identifica Aristóteles al hombre con su racionalidad específicamente *práctica* en el archicommentado pasaje del *idion ergon* (*Eth. Nic.*, I, 7, 1097b25ss.). Todas las variedades de la vida noética humana, incluso las más elevadas y teóricas –y por tanto todos los posibles fines del hombre– son inseparables de su acción o *praxis* (por más que a veces no puedan reducirse a ella sus resultados, como sucede en la ciencia). El hombre no es para Aristóteles sino una sustancia práctica, un principio de operaciones que debe ser entendido en un sentido constructivista. Esta «primacía de la razón práctica», perfecto anticipo de la kantiana, hace de su filosofía práctica la verdadera «filosofía primera» (Baracchi, 2008).

#### 4. DOS CONCEPCIONES FILOSÓFICAS DE LA UNIVERSALIDAD DE LAS REGLAS

Volvamos llegado este punto al problema de la universalidad de las reglas. De lo hasta aquí dicho podemos inferir al menos cuatro sentidos fundamentales en los que una regla puede ser dicha universal, de acuerdo con las ideas aristotélicas:

- i) *universalidad lógica*: una regla se refiere siempre a tipos o clases de acción, tanto intensional como extensionalmente considerada;
- ii) *universalidad axiológica*: a las reglas subyacen siempre valores (básicamente, la justicia y la verdad) que operan como justificaciones para la universalización de las prácticas respectivas;
- iii) *universalidad natural u objetiva*: las reglas pueden tener también fundamentos causales (anankásticos) como base de su carácter universal o nomológico.
- iv) *universalidad práctica*: las reglas implican relaciones internas de regularidad o recurrencia entre prácticas humanas.

Los sentidos i) y iii) son básicamente teóricos, mientras que los sentidos ii) y iv) son prácticos. A partir de esta caracterización podemos distinguir dos concepciones filosóficas fundamentales de la universalidad de las reglas. Concepciones «teoreticistas» serían aquellas

que ponen el acento de la universalidad de las normas en los sentidos i) y iii), pretendiendo reducir a ellos los sentidos ii) y iv). Aquí tendrían cabida todas las variantes de logicismo y naturalismo normativo. En cambio, las que podemos llamar concepciones «pragmáticas» son aquellas que dan más peso a los sentidos ii) y iv), especialmente a este último, y desde ellos reconstruyen la función de la universalidad lógica y la universalidad natural.

La concepción aristotélica de las reglas que hemos descrito en las páginas precedentes representa el paradigma –y la primigenia formulación– de la concepción pragmática, que encontramos también, por ejemplo, en las reflexiones del último Wittgenstein sobre el seguimiento de reglas. Este planteamiento pragmático sostiene que las reglas consisten esencialmente en sistemas de prácticas sociales. Las reglas son inmanentes a prácticas sociales y no existen más que como reglas *practicadas*<sup>29</sup>. Una regla es básicamente un proceso social, una compleja concatenación recursiva de prácticas en ejercicio. Esta recursividad práctica –la iteración o generalización social de ciertos tipos de conductas– es el mecanismo por medio del cual esas conductas se transforman en *prácticas institucionalizadas*. No se trata de una mera regularidad estadística o empírica, sino más bien de tipo «interpretativo» (en el sentido de Dworkin), es decir, estructurada en términos de valores. La conducta de los individuos resulta «polarizada» y orientada hacia ciertas direcciones específicas, ciertos cursos de acción que son seleccionados por la regla en cuestión en tanto promueven determinados valores (frente a disvalores correlativos). Este proceso recursivo, dialéctico, requiere la formulación de enunciados lingüísticos universales que permitan generalizar e identificar un *mismo* tipo de acciones<sup>30</sup>. Pero la tesis distintiva de una concepción pragmática establece que la formulación de las reglas no es sino una dimensión *interna* del proceso de generalización de prácticas sociales dentro del marco de la institución de que se trate.

De manera que la universalidad de una regla no puede ser identificada *exclusivamente* con la universalidad de su formulación. Junto a ésta –la universalidad lógica– hay que contar con los otros sentidos: la justificación de la regla (los valores que promueve: universalidad axiológica), las funciones o causas a las que sirve o que la explican (universalidad natural) y la sucesión de conductas o aplicaciones de la regla (universalidad práctica o regularidad). Así, se ha usado a veces el término «generalidad» para referirse a la universalidad lógica, reservando el de «universalidad» para indicar la racionalidad justificativa de la regla en términos de valores (en concreto en términos de justicia)<sup>31</sup>. Pero, para una concepción pragmática, la dimensión de

<sup>29</sup> Cf. WITTGENSTEIN, 1999: §§ 201, 202, 217.

<sup>30</sup> Sobre las relaciones entre reglas y juicios de identidad, cf. WITTGENSTEIN, 1999: §§142-3.

<sup>31</sup> Cf. MACCORMICK, 2003: 78, 97ss.

universalidad que resulta más decisiva en una regla –desde la que se redefine el papel de las demás– es la tercera: la que hemos asociado a la *recurrencia* de las prácticas reguladas<sup>32</sup>. Una regla consiste en la secuencia de prácticas interpretativas a través de las cuales su formulación es *generalmente seguida y aplicada* como patrón justificativo crítico. Es así como en esta concepción la dimensión valorativa de las reglas, su universalidad axiológica o justificabilidad, pasa a un primer plano. Solamente a través del proceso hermenéutico reiterado de implantación en la práctica de los valores subyacentes a las reglas pueden existir éstas como tales «reglas»<sup>33</sup>. En consecuencia, las prácticas son *constitutivas* de las reglas.

Una concepción teoreticista, en cambio, plantea las cosas del modo inverso. La conexión entre la formulación de la regla y su dimensión práctica se recorre en dirección contraria. Ahora es el aspecto lingüístico, lógico-abstracto, de las reglas el que pasa al primer plano, mientras que el proceso práctico de su implantación queda subordinado a él, cuando no desaparece. Las reglas son esencialmente estructuras ideales que pertenecen al reino del «deber ser» o *Sollen*. El conjunto de procesos de su seguimiento y aplicación práctica son enteramente secundarios y «externos» respecto de dichas estructuras. Más bien es la práctica empírica la que tiene que ser regulada y reglamentada, de manera independiente de cada caso, «desde fuera», por la regla como estructura lógica universal. Es de sobra sabido que los orígenes de esta concepción se localizan en la filosofía de Kant, cuyo idealismo trascendental dio un «giro copernicano» también a la razón práctica clásica de cuño aristotélico. El principio de universalidad se afianza entonces fundamentalmente como universalidad *lógica* (cuyo modelo, como para Aristóteles, seguía siendo la universalidad natural: sólo que ahora encarnada por las leyes de la ciencia natural newtoniana). La fundamentación trascendental de la misma en la conciencia pura, que piensa la idea misma de una «conexión universal de elementos» (por eso es un idealismo), permitía independizarla por entero tanto de la universalidad axiológica (de los contenidos valorativos *materiales* a los que la regla sirve: tal fue la crítica de la *Werttheorie*) como de la universalidad práctica (el mundo y sus prácticas sólo se contemplan como el efecto o el punto de aplicación de las reglas: como un «mundo invertido», en términos de Hegel). Aquí está el punto de partida de

<sup>32</sup> Esta dimensión pragmática también ha sido también incluida a veces bajo el concepto de «generalidad», vinculándola a la estabilidad de las reglas. Cf. SCHAUER, 2006: 274ss.

<sup>33</sup> Compárese con la definición hartiana clásica de «regla social» en términos de un espectro de prácticas críticas que envuelven la aceptación de un cierto estándar. Este conjunto de prácticas constituyen el «aspecto interno» de la regla, al cual un observador debe referirse desde el «punto de vista interno» de los agentes: un punto de vista «hermenéutico» (MACCORMICK). Raz llamó a esta precisamente una «concepción práctica de las reglas», a la que consideraba criticable asumiendo la posición que hemos llamado «teoreticista». Cf. al respecto VEGA, 2007a: 170ss.

todos los logicismos y formalismos normativos modernos (íntimamente vinculados, en nuestro campo, al positivismo jurídico). El «giro lingüístico» de la filosofía contemporánea no hizo sino intensificar esta tendencia al entender las normas fundamentalmente como entidades lógico-lingüísticas separadas o «significados», es decir, el *significado proposicional* (sea semántico o pragmático) de sus formulaciones. En consecuencia, para esta concepción las reglas son constitutivas de las prácticas<sup>34</sup>. Los posteriores «giros pragmáticos» (el wittgensteiniano, el discursivo, el hermenéutico, etc. o en el caso del derecho, el postpositivista) pueden verse como intentos por recuperar los elementos axiológicos, interpretativos y pragmáticos que operan en la racionalidad de las reglas más allá de un entendimiento puramente formalista de su universalidad lógica.

Lo que vamos a hacer en las páginas siguientes es comprobar cómo eso ya sucede de un modo perfectamente claro en la filosofía aristotélica. Hemos visto que Aristóteles usa heurísticamente el modelo de las reglas teóricas para reconstruir la estructura de las reglas prácticas. Aunque con ello puso sin duda las bases para el moderno idealismo kantiano del *Sollen*, su propia concepción no es idealista sino pragmática o constructivista: la *praxis* es la clave última de toda clase de reglas, incluso de las reglas teórico-objetivas a las que se atribuye la universalidad más estricta. Esto impide la hipostatización de la dimensión lógica o teórica de la universalidad de las reglas. Es la primacía de la práctica lo que explica el papel capital que éstas juegan en la filosofía aristotélica: pero esa primacía se entiende desde una concepción netamente constructivista –de signo materialista o «realista»– en la que es la idea de recurrencia normativa (universalidad práctica) la que conjuga internamente las dimensiones lógica, causal y, sobre todo, valorativa de las reglas. De esta manera, por un lado, la dinámica de la reiteración regular de las prácticas humanas en las diversas instituciones explica y justifica la universalidad lógica de las reglas, pero, por otro, lo hace en función de los *valores* que articulan dichas instituciones. Y, si hablamos de las instituciones de la *politiké*, el valor nuclear articulador de las mismas no es otro que la *justicia*: «La virtud de la justicia (*dikaiosynē*) pertenece a la *polis*, pues la justicia es el orden de la comunidad política (*politikēs koinōnias taxis*) y la virtud de la justicia es el conjunto de juicios que establecen lo que es justo (*dikaiou krisis*)»<sup>35</sup>. Es entonces la justicia política lo que determina y justifica la universalidad del *nomos*, la justicia legal. Pero es también la justicia lo que pone un límite a la legalidad del *nomos* e impide que dé lugar a decisiones injustificadas. Eso es precisamente la equidad: una corrección valorativa de la ley debido a su universalidad, como

<sup>34</sup> Sobre el concepto de «regla constitutiva», cf. SEARLE, 1969: 33ss.; CHERRY, 1973. Para una crítica, véase VEGA 2007b.

<sup>35</sup> *Pol.*, I, 2, 1253a37-39.

enuncia nuestro pasaje, o sea una corrección de la universalidad lógica de las reglas jurídicas en términos de su universalidad axiológica.

## 5. LAS FUENTES DE LA UNIVERSALIDAD DE LAS REGLAS JURÍDICAS: JUSTICIA POLÍTICA Y JUSTICIA LEGAL

La universalidad lógica de las reglas jurídicas, de los *nomoi*, está directamente relacionada con la señalada función «arquitectónica» que el derecho tiene en la filosofía práctica aristotélica, función que no es otra que estructurar y salvaguardar la ordenación estable de la comunidad política en su conjunto, siendo ésta a su vez la condición de posibilidad de cualquier otra institución humana. Algo que no sería posible sin un sistema de reglas generales en ejercicio, lo que Aristóteles llama «justicia legal» o *nomikon dikaoin*: esto es, las reglas del *nomos* y sus procesos de aplicación regular (*krisis*) por los jueces. Pero la justicia legal es instrumental: su fin es la justicia como valor eminentemente sustantivo que se erige en la médula de la entera *politeia*. Los fundamentos de la universalidad de la justicia legal son, pues, valores político-morales. La función de las instituciones del derecho es precisamente establecer la transición y la mutua articulación entre la ética y la política.

En efecto, el derecho es una institución regulativa orientada a la producción de reglas generales a la escala de la sociedad política. El *nomos* es el instrumento para la *implantación* y *generalización* de hábitos colectivos de comportamiento entre los ciudadanos: tal es para Aristóteles la función primaria de los legisladores, a los que en tal sentido hace interlocutores principales de la *Ética nicomáquea*<sup>36</sup>. Pero esos hábitos inducidos por la legislación no actúan sobre un vacío normativo: el *nomos* es un tipo de ordenación (*taxis*) impuesta sobre normas y valores preexistentes. Se trata de las normas consuetudinarias de carácter informal y ancestral que organizan las diferentes instituciones y comunidades (básicamente, unidades familiares y villas) sobre las cuales la *polis* misma se construye<sup>37</sup>. A partir de estos diferentes estratos de moralidad positiva el derecho se va edificando como un sistema de reglas de segundo orden. El *thesmos* –el conjunto de normas de carácter pre-político– da paso al *nomos*, lo que implica su reorganización y reformulación por obra de una nueva autoridad política que actúa por medio de reglas legislativas centrales: las leyes (Ostwald, 1969: 137ss). Como resultado de esta *totalización* constructiva sobre el conjunto de las normas y valores socialmente vigentes<sup>38</sup>, el derecho –la legislación– establece ciertos estándares que en adelan-

<sup>36</sup> Cf. *Eth. Nic.*, II, 1, 1103b3-4; X, 9, 1180a32ss.; véase BODÉÛS, 1993: 60-1.

<sup>37</sup> *Pol.*, I, 2.

<sup>38</sup> Cf. *Eth. Nic.*, VI, 8, 1141b25; X, 9, 1181b1.

te se universalizan en el sentido de que se consideran aplicables a *todos* los miembros de la comunidad, ahora en cuanto *ciudadanos* y no ya como miembros de las comunidades precursoras. Es este carácter *erga omnes* de las leyes el que hace que las reglas jurídicas tengan que ser universales. Algo intrínsecamente ligado, como enseguida veremos, a la instauración y propagación de valores específicamente *políticos*, como la igualdad y la libertad, pues son las leyes las que efectivamente hacen posible «una comunidad de libres e iguales».

El surgimiento del *nomos* establece un punto de no retorno que Aristóteles va a considerar definitorio de la autonomía normativa de la institución jurídica. Eso es patente en la manera en que define la «justicia legal» (*nomikon dikaion*) y la diferencia de la «justicia natural» (*physikon dikaion*) en el conocidísimo pasaje de *Eth. Nic.*, V, 7, 1134b18-1135a5. En efecto, Aristóteles hace depender la positividad de las reglas jurídicas de la interposición de decisiones prácticas efectivas del legislador: la justicia legal es «aquella que antes de ser establecida es indiferente, pero una vez establecida ya no lo es» (1134b20-22). De manera que la acción y la deliberación de la autoridad legislativa tienen un carácter *constitutivo* de las reglas jurídicas: el contenido de éstas no puede «ser deducido» de las prácticas y normas previamente dadas (no digamos ya de un supuesto «derecho natural» preexistente), sino sólo *producido* autónomamente por la *praxis* legislativa. Esta es la idea que será llevada a su máxima expresión por el positivismo jurídico en sus distintas variantes. La segunda gran concepción filosófico-jurídica, el iusnaturalismo, se apoyará en cambio en un rasgo de la institución jurídica también apuntado por Aristóteles y que también hemos mencionado. Pese a ser una institución regulativa que genera nuevas reglas en la vida social, el derecho no establece un corte absoluto con respecto a las normas y valores de primer orden sobre las cuales se construye: específicamente, con respecto a las normas *morales*. Es una tesis aristotélica que el derecho, el *nomos*, incorpora las normas morales, no sólo la moralidad positiva sino también la moralidad crítica, es decir, la *virtud* (esta es una exigencia de la justicia como virtud específicamente *jurídica*, sobre la que volveremos de inmediato). De la relación dialéctica entre derecho y moral arranca, en efecto, la dialéctica *nomos* y *dikē*<sup>39</sup>, que será bandera de todo el iusnaturalismo deontológico posterior. Sin embargo, la teoría aristotélica del derecho no es ni positivista ni iusnaturalista. La complejidad de su concepción del derecho como institución mediadora entre los valores de la moralidad y la construcción política del Estado no puede reducirse a esa dicotomía simple.

La idea de justicia expresa en su estructura esa mediación compleja en torno a la que Aristóteles hace girar la estructura de la institución jurídica. La justicia en general es «lo legal y lo igual (*to nomimon kai*

<sup>39</sup> Cf. BARKER, 1975: 366; HAMBURGER, 1971: 96.

to *ison*)»<sup>40</sup>. Este par de conceptos se halla en correspondencia, respectivamente, con la justicia legal (en cuanto justicia basada en *nomoi* universales) y con la equidad (en cuanto justicia basada en la corrección contextual de esas reglas, que sin embargo sigue operando en términos de igualdad). Lo justo se identifica con lo conforme con las reglas legislativas (*kata nomon*). Esta es la justicia llamada tradicionalmente «general» o «universal». Pero esta ecuación entre legalidad y justicia sólo se da cuando hablamos de la *eunomia*, de las leyes «correctamente establecidas», esto es, aquellas que precisamente han incorporado los valores morales de la virtud. Así, para Aristóteles, frente al positivismo jurídico, la normatividad del derecho, aun siendo constitutiva, no es autorreferente: las reglas jurídicas son justas, consideradas como «puestas» por la autoridad, solamente «en cierto sentido»<sup>41</sup>. La justicia no puede concernir solamente a la *forma* del derecho –a su carácter autoritativo– sino también a sus contenidos: y no *cualquier* contenido convierte al derecho en justo. Las reglas jurídicas poseen una conexión *justificativa*, además de genética, con valores morales sustantivos (no se trata del hobbesiano «convivir» sino del «vivir bien»). Por eso dice Aristóteles, recordando el dicho de Teognis, que «en la justicia –esto es, en la justicia como legalidad o *nomikon dikaion*– se contienen todas las virtudes (*syllēbdēn pas' aretē*)»<sup>42</sup>:

«Pues la mayor parte de las acciones ordenadas por el *nomos* son aquellas que vienen prescritas desde el punto de vista de la virtud como un todo [*hōlen aretē*]. En efecto, el *nomos* ordena vivir conforme a todas las virtudes y prohíbe vivir según todos los vicios. Más aún, las acciones que tienen a producir la virtud como un todo se contienen en las disposiciones legislativas que han sido establecidas para la educación con vistas al bien común»<sup>43</sup>.

«También la ley ordena hacer lo que es propio del valiente, por ejemplo, no abandonar el sitio, ni huir ni arrojar las armas; y lo que es propio del moderado, como no cometer adulterio, ni insolentarse, y lo que es propio del apacible, como no dar golpes ni hablar mal de nadie; y, similarmente, ordena acciones que sean conformes con las demás virtudes y prohíbe las acciones que se corresponden con los vicios. La ley bien establecida hace esto con corrección y la ley menos cuidadosamente establecida lo hace peor»<sup>44</sup>.

Que las reglas positivas del Derecho o *nomoi*, la «justicia legal» o legalidad, vengán a respaldar selectivamente ciertos valores de la

<sup>40</sup> *Eth. Nic.*, V, 1, 1129a34.

<sup>41</sup> *Eth. Nic.*, V, 1, 1129b11. En 1134b28 añade Aristóteles, con la misma ironía crítica que otras veces dispensa a la idea de una justicia divina (cf., p. ej., X, 8, 1178b10ss.), «excepto para los dioses».

<sup>42</sup> *Eth. Nic.*, V, 1, 1129b30.

<sup>43</sup> *Eth. Nic.*, V, 2, 1130b18ss.

<sup>44</sup> *Eth. Nic.*, V, 1, 1129b20ss.

moralidad, al tipificar las acciones que se corresponden con éstos para ordenarlas o prohibir sus contrarias (convirtiendo, por ejemplo, ciertos vicios en tipos penales), no sólo supone que esos valores van más allá de las convenciones jurídicas creadas por la autoridad jurídica. También indica que la «totalización» que el derecho lleva a cabo en segunda instancia sobre el conjunto de las virtudes introduce una moralidad crítica de carácter *universalista*. Es muy importante tener presente que es precisamente el sentido general o universal de la justicia aquel que Aristóteles está vinculando a la legalidad. Pues esto arroja una luz decisiva para entender el contraste entre la justicia legal y la «justicia natural» de un modo muy distinto a como ha sido entendida tradicionalmente, sobre todo por el iusnaturalismo. La justicia natural es definida por Aristóteles como aquella que posee precisamente un carácter universal: «aquella que tiene la misma fuerza en todas partes y no está sujeta al parecer humano» (*Eth. Nic.*, V, 7, 1134b19). Se trata, pues, de la distinción entre el derecho como un sistema de reglas (que representa ya un tipo de justicia) y aquello que lo explica y justifica *universalmente*. Pero sabemos que no puede tratarse de una universalidad natural, teórica («como el fuego, que quema del mismo modo aquí y en Persia», dice Aristóteles críticamente contra sofistas y platónicos en 1134b26). Ha de tratarse de una universalidad circunscrita a la *praxis*. Es decir, una universalidad que tiene que ver con valores prácticos, y no con las reglas teóricas que gobiernan la *physis*: Aristóteles no incurre en la «falacia naturalista». El componente crítico de la analogía epistémica impide, como vimos, esa falacia. Y es su componente constructivo o heurístico el que lleva a Aristóteles a preguntarse por el modo *universal* en que los valores político-morales se articulan estructuralmente en la institución que llamamos derecho, por cuyo cauce la política misma es posible (y con ella el resto de instituciones humanas).

De manera que, a diferencia de las teorías iusnaturalistas que conciben los valores que fundamentan las reglas jurídicas como valores *exclusivamente* morales, como si el derecho fuera una *parte* o una *especie* de la moralidad (en el sentido defendido clásicamente por el tomismo, pero redivivo en teorías post-positivistas actuales como las de Alexy o Dworkin), Aristóteles entiende las relaciones entre el derecho y la moralidad de un modo mucho más articulado y complejo, de acuerdo con la totalización que supone la metáfora arquitectónica. El derecho no se relaciona con la moral en términos meramente «dualistas»<sup>45</sup>, ni tampoco con arreglo a un esquema *teorético* basado en las relaciones entre lo general y lo particular, o género y especie. Más bien su relación es dinámica, constructiva y práctica: es la relación por medio de la cual los valores morales se transportan a la esfera pública, es decir, política. Si la justicia es la virtud suprema, si se

<sup>45</sup> Sobre este dualismo tradicional, cf. las importantes reflexiones de DWORKIN: 2011: 400ss.

refiere esencialmente al «bien del otro» (es decir, al conciudadano) y si es la virtud «total» o completa, es porque es la virtud *política* por excelencia. Y esta virtud se ejerce y realiza precisamente *a través* de la institución práctica del derecho: a través de las prácticas de legisladores y jueces, cuyo fin no es ya construir buenas personas sino buenos ciudadanos.

En otras palabras, la moralidad *necesita* la institucionalización de un ordenamiento jurídico para promover y propagar sus valores en términos de estándares generales de justicia aplicables a la nueva escala de relaciones que emerge con la construcción de la *polis*<sup>46</sup>. La justicia, por lo tanto, tiene que organizarse *políticamente* por medio de un sistema jurídico basado en reglas prácticas generales. Esta es la justicia «según la ley y entre individuos naturalmente sujetos a ley» (1134b13-14). Por eso la justicia natural es *interna* a la justicia política. La *naturalidad* de la justicia consiste entonces esencialmente en aquellas condiciones estructurales para la constitución y persistencia de una sociedad política bien ordenada y que el derecho viene a encarnar como dispositivo institucional canalizador de sus valores fundamentales<sup>47</sup>. Y por eso también la idea de justicia es inseparable en Aristóteles de la implementación de un sistema de legalidad general («lo legal y lo igual»), por cuyo través esos valores se universalizan socialmente. Las constituciones positivas, por supuesto, incorporan muy diferentes sistemas de valores, incluso inconmensurables entre sí: en todo caso «no son las mismas en todas partes». Sin embargo, existe también un criterio axiológico *universalizable* de justicia política, pues «sólo una es en todas partes la mejor constitución por naturaleza»<sup>48</sup>. Esta será precisamente la que mejor represente el «imperio de la ley».

## 6. DERECHO Y REGLAS PRÁCTICAS: EL «IMPERIO DE LA LEY»

Los fundamentos de la defensa aristotélica del «gobierno de la ley» son pues eminentemente político-morales. Van ligados por un lado, a la función «transicional» que el aparato jurídico cumple en su mediación de ida y vuelta entre la esfera ética y la política. Pero también, por otro, a la racionalidad práctica que supone la organización de la ciudad en función de reglas tendencialmente «impersonales» («pues no permitimos que nos ordene un hombre, sino la razón», *Eth.*

<sup>46</sup> En palabras de MILLER (1995: 59): «La formulación jurídica es indispensable para la habituación y desarrollo moral de los ciudadanos. En consecuencia, los seres humanos necesitan un sistema jurídico y político para poder adquirir la virtud ética».

<sup>47</sup> NUSSBAUM, 1985: 212.

<sup>48</sup> *Eth. Nic.*, V, 7, 1135a5-6.

*Nic.*, V, 6, 1134a35). De este modo Aristóteles es el primer filósofo en poner de manifiesto la conexión intrínseca existente entre la universalidad de las reglas jurídicas y la racionalidad político-moral (o práctica en general), al tiempo que vincula ambas cosas con las mediación de las relaciones de poder y autoridad dentro del Estado.

En efecto, el ejercicio del control político soberano (*kyrioi tes arches*) es para Aristóteles coextensivo con el proceso de producción y aplicación de las reglas jurídicas. Ello sucede tanto en la perspectiva *ad intra* de las relaciones entre autoridades (es decir, en la estructuración constitucional del régimen de gobierno o la forma de Estado) como en la perspectiva *ad extra* de las relaciones entre gobernantes y gobernados. Aristóteles asume aquí una perspectiva descriptiva o estructural: una característica universal de los sistemas políticos –y por ello del desarrollo mismo de la actividad política– es que la construcción del Estado requiere un conjunto de reglas generales y estables que envuelven un poder no atribuido ya a los individuos particulares que lo ejercen sino a la comunidad política en su conjunto (y que opera por ello en términos de impersonalidad)<sup>49</sup>. Así, «todos los regímenes desarrollan algún tipo de justicia» y «allí donde no gobiernan los *nomoi* no hay *politeia*»<sup>50</sup>.

Los diferentes tipos de regímenes políticos están correlacionados con las diferentes formas de producción de las reglas generales jurídicas, así como con las relaciones que poseen con las reglas de inferior grado de generalidad y con las decisiones particulares en aplicación de las mismas. La articulación política de los órganos deliberativos (asamblea), ejecutivos (magistraturas) y judiciales (tribunales) es isomorfa con la propia articulación del ordenamiento jurídico. Aristóteles anticipa así de manera asombrosa la contemporánea «teoría jurídica del Estado» o *Rechtsstaatslehre*, y la concepción del ordenamiento jurídico en términos de relaciones jerárquicas entre estratos normativos dinámicamente encadenados (la *Stufenbau der Rechtsordnung* de Verdross y Kelsen).

En primer lugar, Aristóteles diferencia claramente el nivel constitucional del nivel de la legalidad ordinaria y su respectiva normatividad. La constitución establece los diferentes órganos políticos y las formas en que los ciudadanos participan en las funciones deliberativas, ejecutivas y judiciales (pues ciudadano es «cualquiera capaz de participar en la función deliberativa o judicial»)<sup>51</sup>. Según Aristóteles, «las leyes están, y deben estar, construidas según la constitución, y no la constitución según las leyes»<sup>52</sup>. La

<sup>49</sup> «Mientras que los individuos odian a quienes contrarían sus impulsos, incluso cuando lo hacen correctamente, la ley no es odiada cuando ordena el bien» (*Eth. Nic.*, X, 9, 1180a23-24).

<sup>50</sup> *Pol.*, III, 9, 1280a9, IV, 4, 1292a32.

<sup>51</sup> *Pol.*, III, 1275b18-19. Hay quien ha interpretado esto en términos de «derechos políticos» *avant la lettre* (cf. MILLER, 1995: 87ss.).

<sup>52</sup> *Pol.*, IV, 1289a13-15.

actividad legislativa es, pues, de naturaleza interpretativa y se produce dentro del marco de fines y valores constitucionales cuya consecución se trata de lograr<sup>53</sup>. En segundo lugar, el nivel de la legalidad está nítidamente diferenciado del que es propio de las normas *particulares*. Estas no son *nomoi* sino *psēphismata*, esto es, decretos que regulan situaciones particulares<sup>54</sup> y que deben ser coherentes con la legalidad dado que «ningún decreto debe ser universal (*katholou*)»: «La ley debe ser suprema sobre todas las materias, y los magistrados deben juzgar solamente de los casos particulares, y únicamente así cabe decir que existe constitución»<sup>55</sup>. Por último, las decisiones aplicativas del derecho, por órganos judiciales o de otro tipo, son determinaciones particulares de las leyes respecto de las situaciones particulares (y aquí aparecerá la equidad como adaptación y corrección de las mismas).

Pero todo este aparato «formal» normativo sólo cobra sentido cuando se considera como soporte articulador de los valores políticos que supone la idea de justicia encarnada en cada constitución. De manera que el hecho universal de que los regímenes políticos se funden en reglas universales (*nomoi*) termina abocando al hecho no menos universalmente constatable de que los sistemas políticos son variables en cuanto a su concepción de la justicia distributiva, variabilidad que Aristóteles intenta reducir a tres formas básicas (monarquía, aristocracia, democracia) y sus correspondientes variantes. La pluralidad de regímenes refleja divergencias o desacuerdos profundos en cuanto a las concepciones de la virtud y la felicidad dentro de las comunidades humanas y, en razón de ello, en cuanto a la propia constitución política<sup>56</sup>. La universalidad de la justicia legal –con su estructura formal igualitaria– se traduce así, paradójicamente, en el particularismo empírico de los valores políticos materiales que esa igualdad viene a implantar en las diferentes sociedades políticas.

Pero, como ya dijimos, Aristóteles no trata a todas las constituciones como equivalentes desde un punto de vista valorativo. Su realismo político no desemboca en el relativismo. Para empezar, los tipos fundamentales de régimen político están ordenados *normativamente* en función de la *corrección* o *desviación* que muestran a la hora de promover el bien común de todos y cada uno de los ciudadanos<sup>57</sup>. Las formas más extremas de desviación –tiranía, oligarquía extrema y democracia extrema– ni siquiera merecerían ser llamadas «constitu-

<sup>53</sup> Cf. *Pol.*, II, 9, 1269a32; véase BODÉÛS, 1993: 74; MILLER, 1995: 157ss.

<sup>54</sup> Sobre esa distinción, cf. MACDOWELL, 1993: 43ss.

<sup>55</sup> *Pol.*, II, 4, 1292a33ss.; cf. III, 11, 1282b2ss.; 15, 1286a10.

<sup>56</sup> Cf. *Eth. Nic.*, V, 3, 1131a27-29, *Pol.*, III, 8, 1280a7-22; III, 12.1282b18-23.

<sup>57</sup> *Pol.*, III, 9-13. Lo «correcto» (*orthon*) ha de entenderse como lo «igual» (*isōs*), y lo «igualmente correcto» (*isōs orthon*) es «aquello que se ordena al beneficio de toda la comunidad (*poleōs holēs*) y de los ciudadanos (*koinon to tōn politōn*)».

ción», pues en ellas no hay gobierno de las leyes, sino de la voluntad o deseo arbitrario de un individuo o una asamblea: un rey que gobierna por medio de edictos (*epitagma*) o una asamblea por medio de decretos (*psēphismata*). En cambio, el gobierno de las leyes está realizado del modo más pleno en aquellas constituciones en donde los ciudadanos participan en las funciones públicas por turnos para gobernar y ser gobernados, es decir, donde «todas las personas toman parte en el gobierno por igual y en la mayor medida posible»<sup>58</sup>. Es decir: en la democracia, donde la regla de la mayoría rige el proceso deliberativo de producción de las leyes y, por tanto, el interés de todos y cada uno está tomado en consideración<sup>59</sup>. Por eso ningún decreto debe tener alcance universal: pues no se daría propiamente universalidad desde un punto de vista *axiológico* en términos del interés común si las reglas jurídicas se redujeran al interés particular, sino que sería meramente una universalidad lógica o *formal*, aparente. Esta advertencia crítica la aplica Aristóteles también, además de a la monarquía y a la oligarquía, a la propia democracia, especialmente a «aquella en la que el pueblo y no la ley detenta el poder supremo y los decretos poseen supremacía sobre las leyes», comportándose así los decretos de la asamblea democrática «como los edictos del tirano»<sup>60</sup>. Se trata, en suma, de la democracia bajo el imperio de la ley, es decir, lo que hoy llamaríamos una democracia constitucional, en la que existen controles institucionales de la regla mayoritaria (tales como los derechos fundamentales, la división de poderes o la revisión constitucional de las leyes). Es a ese tipo de democracia a la que Aristóteles se refiere cuando concluye:

«Por lo tanto, es preferible que gobierne la ley antes que cualquier ciudadano. Por la misma razón, incluso si es mejor que gobiernen varios individuos, éstos deben ser instituidos como guardianes y servidores de las leyes [...] Así pues, el que defiende el gobierno de la ley defiende el gobierno exclusivo de lo divino y de la razón, mientras que el que defiende el gobierno del hombre añade un elemento animal, pues no otra cosa es el apetito (*epithymia*), y la pasión (*thymos*) pervierte a los gobernantes incluso cuando son los mejores hombres. La ley es, por tanto, razón sin pasión»<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> *Pol.*, III, 6, 1279a8ss.; IV, 4, 1291b24-7.

<sup>59</sup> En la medida en que son universales, las leyes reflejan la «sabiduría de los muchos» que resulta de la deliberación democrática: aunque cada uno de los individuos particularmente considerado pueda no ser un hombre bueno (*spoudaios*), cuando todos ellos se reúnen en la polis pueden ser mejores que los pocos buenos (*Pol.*, III, 11, 1281a42-1281b6).

<sup>60</sup> *Pol.*, IV, 4, 1292a2-38.

<sup>61</sup> *Pol.*, III, 16, 1287a28-33.

## 7. UNIVERSALIDAD PRÁCTICA: LA ESTRUCTURA DE LA PRAXIS JURÍDICA

En estas reflexiones sobre el derecho y el gobierno del *nomos* se pone claramente de manifiesto de qué manera Aristóteles otorga prioridad a la universalidad axiológica (justificabilidad) sobre la universalidad lógica (generalidad). Vamos a ver ahora cómo ello no es sino el efecto del papel decisivo que en su teoría del derecho juega la que hemos llamado universalidad práctica (recursividad o regularidad), que es la verdadera seña de identidad de una concepción pragmática de las reglas jurídicas. Antes de ello, sin embargo, vale la pena apuntar rápidamente cómo ya en la teoría moral aristotélica, en la concepción de la virtud, las reglas ocupan un papel muy relevante como ingredientes internos de las prácticas éticas. La virtud, en efecto, se concibe fundamentalmente en términos de *recurrencia* de la acción: las virtudes son modos de ser (*hexeis*) que resultan de disposiciones recursivas de la conducta, es decir, hábitos o series de conductas que, por medio de la deliberación racional, se consigue transformar en *acciones* excelentes, en una *práctica valiosa*. Ello sucede por la intermediación de balances –que siempre son contextuales: es decir, puestos por la prudencia– entre valores y contravalores de acuerdo con la tesis de la virtud como término medio selectivo entre dos extremos<sup>62</sup>. Así, las virtudes o excelencias de acción resultan del ejercicio recurrente (*askēsis*) de actos. Se adquiere la virtud *practicándola*: «los hombres se hacen justos practicando previamente actos justos y moderados practicando actos moderados» y «sin practicarlos nadie podría siquiera esperar convertirse en bueno»<sup>63</sup>. El carácter virtuoso o *ēthos* sería entonces el resultado de una costumbre, práctica repetida o *ethos* que se imputa individualizadamente al sujeto por cuanto se considera el resultado de su propia elección voluntaria<sup>64</sup>. De ahí que tenga sentido decir que la virtud no es en absoluto ajena a la incorporación de reglas «deontológicas» como premisas del razonamiento práctico moral del *phronimos*: de que sean una parte central del modo como éste llega a ser *kanōn kai metron*<sup>65</sup>. La normatividad de la virtud supone evidentemente la pretensión de fomentar las conductas virtuosas *en general* y evitar los vicios *en general* –es decir, engendrar una práctica *recurrentemente* correcta o valiosa del individuo–, por más que sólo la prudencia pueda decirnos qué conducta es la correcta en *cada* situación particular. La referencia de lo particular en la acción, introducida por la prudencia, no implica que ésta deje de ser *normativa* (*Eth. Nic.*, VI, 13). En realidad, como vemos, la tesis moral

<sup>62</sup> Cf. *Eth. Nic.*, II, 6, 1106b15ss.

<sup>63</sup> *Eth. Nic.*, II, 4, 1105b5-10.

<sup>64</sup> *Eth. Nic.*, II, 4, 1103a17. Cf. GADAMER, 1999: 54.

<sup>65</sup> Cf. en tal sentido WIELAND, 1990: 132ss.; JOACHIM, 1955: 27-8, 75; NUSSBAUM, 1985: 211-2. El propio Aristóteles da tres reglas para alcanzar el justo medio: cf. *Eth. Nic.*, II, 9.

aristotélica no pone al margen las reglas deontológicas: lo que hace es enfatizar el papel de los valores y principios que dan sentido a éstas por cuanto son precisamente *reglas prácticas*. La idea subyacente es que no es posible una regla de acción moral que sea capaz de uniformizar o estandarizar *todas* las posibles decisiones correctas con independencia de la deliberación recursiva, en función de las circunstancias cambiantes, acerca del peso que *en cada una de ellas* tienen los valores o principios que justifican dicha regla. Es necesario razonar creativa o constructivamente desde esos valores y principios en cada caso particular. Esto, sin embargo, no convierte al razonamiento moral en «particularista», precisamente porque existe una *recurrencia* de los criterios racionales generales que tales principios exigen para que exista una práctica moral correcta. Ésta es más una cuestión de coherencia axiológica de la acción que de simple consistencia con una regla general preestablecida. Podremos comprobar que la equidad no es sino la traslación al plano de las reglas jurídicas de esta misma idea.

Sabemos que las reglas jurídicas son los instrumentos esenciales para establecer patrones comunes de corrección en la esfera pública, ante la necesidad de operar la transición del bien ético al bien político. «Esto viene confirmado por lo que sucede en los Estados –señala Aristóteles inmediatamente después de haber dicho que la virtud sólo se adquiere por el ejercicio de una práctica regular–, pues los legisladores hacen buenos a los ciudadanos formando hábitos en ellos y este es el propósito de todo legislador; y aquellos que no lo consiguen yerran el blanco, siendo en esto como se diferencia la buena constitución de la mala»<sup>66</sup>. Obsérvese, de nuevo, cómo este es un enfoque estructural o descriptivo de las reglas jurídicas, pues Aristóteles no se refiere directamente a su contenido político-moral, sino a su condición de «reglas» cuya función es inducir determinadas disposiciones de conducta en los ciudadanos, *generalizar* ciertos hábitos, que pueden ser o no buenos. Por supuesto, el filósofo da por evidente que las buenas leyes –la *eunomia*– y con ello la *eutaxia* –la buena ordenación de la *polis*– son los fines verdaderos que debe perseguir el legislador. Las leyes son el punto de aplicación de los valores político-morales que a través de ellas se tratan de generalizar y esto –su universalidad axiológica– es lo que justifica su universalidad lógica y práctica: pues no es sino «mediante las leyes (*dia nomōn*) como nos hacemos buenos»<sup>67</sup>.

El establecimiento de la justicia en la comunidad política es un asunto que tiene que ver directamente, desde luego, con valores morales. Pero lo es en tanto la deliberación en torno a los mismos exige la articulación institucional en la esfera pública de concepciones divergentes y plurales de la virtud. Dada esta pluralidad dialéctica, se hace necesario articular una institución legislativa que determine las nor-

<sup>66</sup> *Eth. Nic.*, V, 2, 1103b3-1103b6.

<sup>67</sup> *Eth. Nic.*, X, 9, 1180b24-5.

mas que deben gobernar colectivamente la acción de los individuos en cuanto miembros de la asociación política. Normas que, insiste Aristóteles, deben expresarse en la forma de un *logos* universal, es decir, en la forma de reglas<sup>68</sup>. Sin embargo, las razones que justifican esa universalidad lógica o generalidad no son ellas mismas lógicas, sino razones morales y políticas. Sólo imponiendo estándares generales de conducta es posible la universalización de los valores sustantivos político-morales que conforman la justicia política. De esta manera, siendo una condición *necesaria* de la justicia, la universalidad lógica no es sin embargo *suficiente*. Tiene que darse además una *universalidad práctica* y una *universalidad axiológica*. Es decir, una práctica institucional regular y uniforme orientada a aplicar las reglas jurídicas y promover *generalizadamente* los valores que través de las mismas se canalizan y consiguen.

De este modo, la teoría aristotélica de la legislación, en la que de algún modo confluye toda su filosofía práctica al conectar internamente ética y política, puede verse como una teoría de la producción y aplicación recursiva de las reglas jurídicas en términos de una *continuidad práctica* estricta entre legislación y jurisdicción. Que el razonamiento legislativo sea arquitectónico y prudencial<sup>69</sup> implica que consiste en *anticipar* las consecuencias agregadas que resultan de la universalización de ciertos valores a la escala de toda la comunidad política a través de la aplicación por los jueces y demás autoridades públicas de las reglas jurídicas. El derecho como institución regulativa se desdobra entonces en dos sub-instituciones internamente conectadas a lo largo de un *continuum*: la práctica de establecer las reglas y la práctica de aplicarlas e imponerlas en la vida social. Las reglas jurídicas mismas establecen esa conexión: aparecen como cadenas de razonamientos prácticos en las que sus formulaciones están siendo recurrentemente instanciadas a lo largo de un proceso constante y regular. Aristóteles describe en efecto el razonamiento del legislador como un razonamiento práctico que envuelve una deliberación especialmente prolongada<sup>70</sup>. Su conclusión no es por tanto una regla entendida meramente como *enunciado universal* (universalidad lógica), sino el complejo de *decisiones* particulares que resultan del proceso continuado de aplicación del mismo a las situaciones en él tipificadas. Es en la medida en que tales enunciados son regularmente puestos en práctica a través de actos concretos y singulares de aplicación como se convierten propiamente en «reglas» (universalidad práctica). Cada una de las situaciones relevantes identificadas en sus condiciones de aplicación tiene que ser identificada mediante un juicio particular como un «caso» de las circunstancias mencionadas en la formulación de la regla. De ahí que las reglas jurídicas sean reglas prácticas: exigen la

<sup>68</sup> Cf. *Pol.*, III, 15, 1286a15-16; *Rhet.*, I, 1, 1354a22.

<sup>69</sup> *Eth. Nic.*, I, 1, 1094a14; 2, 1094b5.

<sup>70</sup> *Rhet.*, I, 1, 1354b2.

práctica diferida de *otros* individuos –aquellos que las aplican– para el cumplimiento efectivo de su contenido. Ello está ligado a su esencial conexión con la idea de autoridad. Y de ahí también su carácter esencialmente deliberativo: no sólo en el nivel superficial de la identificación relevante de los términos de la formulación de la regla (calificación, interpretación), sino también y sobre todo en el nivel más profundo (justificativo) de los valores y propósitos político-morales que mediante la práctica de aplicación de esas reglas se trata de promover (universalidad axiológica). A diferencia de las reglas técnico-científicas, las reglas jurídicas implican la realización práctica de valores por medio de la realización de acciones de otros individuos que recaen, a su vez, sobre otros individuos: esta es la función de la institución jurídica<sup>71</sup>.

Las reglas jurídicas son reglas de segundo grado, como vimos, y eso significa que son reglas complejas cuya naturaleza institucional les confiere una estructura bifronte. Por un lado los sujetos a los que en última instancia se dirige son los ciudadanos, pero por otro lado eso tiene lugar precisamente por la intermediación de la práctica institucional aplicativa de las autoridades (fundamentalmente los jueces). El seguimiento de las reglas jurídicas por los ciudadanos es descrito por Aristóteles en términos de *phronēsis* ordinaria o «de primer orden», aquella que concierne a los intereses y fines de la acción individual<sup>72</sup>, e implica de algún modo la incorporación de la regla como premisa de su razonamiento práctico (sea para obedecerla o no: en este punto Aristóteles parece asumir el carácter dialéctico de las reglas jurídicas por cuanto su formulación parte de la conducta desviada como originaria). En cambio, la función de los jueces es aplicar e imponer esas reglas sobre la conducta de los ciudadanos: la práctica del juez, que Aristóteles considera una suerte de «personificación» de esas reglas (y también de la justicia), es «intermediaria» entre la práctica del legislador y la práctica de los ciudadanos<sup>73</sup>. Es también un tipo de prudencia: la prudencia judicial (*dikastikē*). Aristóteles da por descontado –coherentemente con su defensa del imperio del *nomos*– que son las reglas legislativas las que suministran las premisas de la deliberación de todos aquellos que llevan adelante el ejercicio de la actividad política a lo largo de todos sus niveles. Así, llama a la prudencia política *bouleutikē*, pues «se dice que aquellos que deliberan son los únicos instrumentos de la política». Por tanto, la acción política se desenvuelve por medio de la permanente creación y aplicación de reglas jurídicas: los políticos «se limitan a actuar como si fueran obreros manuales», es decir, sometidos a la arquitectura normativa dictada por las leyes<sup>74</sup>.

<sup>71</sup> La jurisdicción, dice Ferrajoli, consiste en «un acto sobre un acto» (2011: I, 832).

<sup>72</sup> Cf. *Eth. Nic.*, VI, 8, 1141b23ss.

<sup>73</sup> Cf. *Eth. Nic.*, V, 4, 1132a20-25.

<sup>74</sup> *Eth. Nic.*, VI, 8, 1141b28-29.

Por último, este proceso continuo de aplicación de reglas se traduce en decisiones particulares efectivas, no en solas *deliberaciones*. Así como el razonamiento moral ordinario no es capaz de conseguir el bien a menos que se plasme en cursos reales de acción concordantes con las razones en él expresadas –pues el intelecto *per se* no pone en marcha la acción–, el razonamiento jurídico (judicial o aplicativo) tiene que ser capaz de *imponerse* sobre las prácticas sociales a través de acciones concretas que deben ser *constructivamente* recabadas y determinadas caso por caso<sup>75</sup>. Una regla jurídica, entonces, no equivale a su sola formulación universal por el legislador (universalidad lógica), sino al proceso práctico que éste pone en marcha y que envuelve la secuencia continua de *todas* sus aplicaciones particulares a lo largo de *todos* sus casos relevantes, es decir, los casos en que la regla es usada deliberativamente por *todos* sus aplicadores (universalidad práctica). Los jueces y aplicadores deben adoptar una colección de decisiones que impongan en la práctica social aquellos cursos de acción que resultan conformes con los enunciados de las reglas (y excluyan aquellos que no lo son). Este es el único modo de que los valores subyacentes a esas reglas *prevalezcan* en todos y cada uno de los casos singulares involucrados y así se generalicen socialmente las expectativas de acción correspondientes (universalidad axiológica). Por ello, el proceso continuado de aplicación del *nomos* implica la institucionalización de la *coacción*, lo que constituye una prueba más del planteamiento pragmático de Aristóteles en torno a las reglas jurídicas. El orden o *taxis* fundado por el *nomos* no es «natural» en el sentido de espontáneo, sino un orden *artificial*, inculcado por medio de actos singulares de carácter coercitivo. Esta es la dimensión autoritativa (*kyrios*) de las reglas jurídicas<sup>76</sup>, cuyos fundamentos justificativos, como vimos, son político-morales. No se trata, por tanto, de un uso de la fuerza ciego a la deliberación racional, sino un «poder compulsivo» (*anagkastikēn dynamin*) que es un *logos* normativo resultante de la *phronēsis* y el *nous*.<sup>77</sup>

Finalmente, si volvemos la atención desde la práctica legislativa, que establece las reglas, a la práctica judicial, que las aplica, hallamos un diferente escenario institucional, desde cuya perspectiva la universalidad de las reglas queda por así decir invertida. Pues la *phronēsis* judicial encara la decisión en *este* caso, es decir, en *cada uno* de los casos particulares que deben reconducirse al mismo tipo que el legislador ha formulado para todos los casos. El juez ha de individualizar constructivamente el enunciado universal establecido por el legislador respecto de cada una de las situaciones particulares que le son planteadas. De modo que la dialéctica

<sup>75</sup> Cf. *Eth. Nic.*, X, 9, 1179b5-1180a5.

<sup>76</sup> Cf. SCHROEDER, 2003: 46ss.

<sup>77</sup> *Eth. Nic.*, X, 9, 1180a19.

de la universalidad lógica que ya sabemos propia de las reglas prácticas resurge aquí con toda su fuerza:

«Pues cuando se trata de enunciados sobre acciones, aquellos que son universales (*katholou*) tienen una aplicación más amplia (*koinoterai*), pero los particulares son más cercanos a la verdad, porque las acciones son relativas a situaciones particulares, y es con éstas con las que hay que estar de acuerdo.»

«Tampoco la prudencia se refiere solamente a lo universal: tiene que reconocer también lo particular, pues es práctica y la práctica tiene que ver con lo particular»<sup>78</sup>.

En efecto, los jueces tienen que reducir los términos universales del *nomos* a la particularidad de los «casos presentes y determinados»<sup>79</sup> que ante ellos son llevados. Tal es la función institucional de la jurisdicción. Una vez asumido que la práctica judicial está regida centralmente por el deber de aplicar los estándares legislativos –algo que Aristóteles expresa con rotunda claridad<sup>80</sup>– el problema que se plantea es de qué modo los casos particulares se ajustan a esos estándares universales y, a la inversa, cómo ven determinados éstos su significado y alcance general al ser concretados en las situaciones particulares. Este problema, en el que de algún modo confluye todo el funcionamiento práctico del derecho, es el abordado por Aristóteles mediante la noción de *epieikeia*. Su tesis nuclear es que la universalidad lógica de las reglas jurídicas es instrumental respecto de su universalidad axiológica y que, por ello, la aplicación del derecho por los jueces no puede concebirse en términos de simple consistencia lógica, sino que requiere una *coherencia* valorativa con los fines prácticos del legislador.

## 8. UNIVERSALIDAD AXIOLÓGICA: LA EQUIDAD Y LA PRÁCTICA DE LA JUSTICIA LEGAL

Hemos visto que, con arreglo al planteamiento pragmático aristotélico, el derecho no es solamente una institución que *use* o *contenga* reglas: esto sería una característica genérica a toda institución (incluyendo las teoréticas). Sucede más bien que el derecho *consiste* en reglas, dado que no es sino la *praxis* misma de dirigir la práctica social mediante normas generales y decisiones particulares ajustadas a ellas. Por eso cabe decir que en el derecho las reglas prácticas se institucionalizan (ya sabemos que en esa institucionalización confluyen ética y política) y de ese modo hacen «transparente» su estructura epistemológica, que no es otra que la de la razón práctica misma.

<sup>78</sup> *Eth. Nic.*, II, 6, 1107a29-32; VI, 7, 1141b15-17; cf. también II, 2, 1104a5ss.

<sup>79</sup> *Rhet.*, I, 1, 1354b7-8.

<sup>80</sup> Cf. *Rhet.*, I, 1, 1354a29-32, 1354b11-16.

Las reglas jurídicas conectan internamente la legislatura y la judicatura a lo largo de un proceso práctico continuado. En primer lugar, la legislación ofrece «la tipificación de aquellas acciones que los ciudadanos deben realizar y aquellas que deben evitar» (*nomothetousēs ti dei pratein kai tinōn apekhesthai*)<sup>81</sup>. Y en segundo lugar, esas fórmulas generales son puestas en práctica de manera recurrente por el aparato judicial que administra la coerción institucionalizada en nombre de la comunidad en su conjunto. Pero ambas actividades sólo pueden entenderse como regidas por ciertos valores: la creación y aplicación recursiva del *nomos* obedece a la universalización, a escala de la esfera política, de una determinada concepción del bien colectivo. Esto es, de la justicia.

Así, la universalidad lógica de las leyes no tiene en realidad una fundamentación lógica sino político-moral. Responde a un diseño institucional racionalista en el que la preferencia por las reglas como normas generales se considera el mejor modo para articular la universalización de los valores político-morales que cimentan el orden de la comunidad. Es así como las reglas posibilitan la *isonomia*: la igualdad ante la ley (posibilitada por el uso de categorías generales) y la igualdad en la aplicación de la ley (posibilitada por la regularidad uniforme en su imposición sobre la prácticas sociales). Pero la igualdad —componente central de la justicia— es entendida por Aristóteles como igualdad en última instancia *material*: como el logro de una *igualación* real de las desigualdades en que las injusticias consisten (dados ciertos valores o parámetros ya socialmente operativos)<sup>82</sup>, tanto desde el punto de vista de la distribución (legislador) como de la reparación (juez). La utilización de criterios generalizadores y la organización de un sistema de decisiones estandarizadas son *instrumentales* respecto de ese proceso de materialización de valores político-morales. Dicho de otro modo, los valores institucionales del aparato político-jurídico (la legalidad, la certeza o seguridad jurídica) se hallan subordinados a los valores sustantivos que están llamados a promover (a la justicia). En consecuencia, allí donde aquéllos aparezcan como un obstáculo o entren en contradicción con éstos deberán ceder y ser corregidos. Y en eso consiste la *epieikeia*: en «la corrección de la ley cuando es deficiente debido a su universalidad» (1137b26-27), o sea, la corrección de la generalidad de las leyes en términos de su justificabilidad.

Aunque la equidad nos remite a la dialéctica lógica o epistemológica entre lo universal y lo particular en relación con la aplicación judicial del derecho —la dialéctica de la *Konkretisierung*, para recordar el título clásico de Engisch (1968)—, la concepción del derecho que revela tiene un alcance mucho más profundo. Es cierto que la *epieikeia* parece centrada sobre el problema del «método de aplicación judicial»: cómo se determinan los casos particulares bajo las reglas generales. Pero resulta decisivo, para captar cabalmente el alcance y senti-

<sup>81</sup> *Eth. Nic.*, I, 2, 1094b5-7.

<sup>82</sup> Cf. LEYDEN, 1985: 13.

do pragmático del concepto de equidad, entender que Aristóteles está pensando este problema desde la dialéctica más general que hemos descrito antes entre reglas prácticas y reglas teóricas.

En efecto, la noción de equidad no hace sino extraer las consecuencias de que las reglas jurídicas sean reglas precisamente prácticas y que, por tanto, su universalidad no pueda ser malentendida tomándola por la de las reglas teóricas. Ese sería el error común a todo logicismo y formalismo en relación con el derecho, tal como ha llegado a ser seña característica del positivismo jurídico (que en este sentido constituye la expresión de una concepción *teoreticista* de las reglas en nuestro campo). La crítica aristotélica de la interpretación formalista o logicista de las reglas jurídicas (y con ello del derecho en su conjunto) consiste en mostrar que éstas son reglas que encarnan valores prácticos, político-morales, no valores teóricos: eso es lo único que justifica su propia universalidad lógica. Que estos valores se articulen en forma de reglas y que éstas sean recursivamente aplicadas entraña que deben ser valores *actualizados* en la práctica en todos y cada uno de los casos pertinentes y que comprometen, por ello, al sujeto que razona en términos de tales reglas con vistas a su aplicación. Lo comprometen, por un lado, en relación con el modo como esos valores se hacen presentes en el caso particular en cuestión (en *cada* caso), demandando una deliberación y decisión concreta por su parte. Y, por otro, a través de la regla misma, con el legislador que la ha establecido, demandando una *congruencia valorativa* con la decisión de éste (correlativa al hecho de que legislar no es a fin de cuentas sino la actividad política consistente en tomar en cuenta y dirigir la práctica futura de los jueces como instancias «personificadoras» de ciertos valores). Estas relaciones de valor no quedan en absoluto «neutralizadas», como sucedería en el campo del conocimiento y la técnica, mediante las reglas jurídicas: al revés, son puestas en el primer plano del razonamiento del juez o aplicador mostrándolo como un razonamiento eminentemente práctico, no teórico.

Por lo tanto, contra las posiciones positivistas, los límites de la racionalidad jurídica (y por ende los límites del derecho) no son coextensivos con los de sus reglas, sino con los valores o principios sustantivos que dan sentido a éstas y justifican su propia existencia institucional. Pero esto es tanto como soldar dichos valores al razonamiento práctico de los destinados a aplicar las reglas del derecho: es de este preciso modo como la dimensión justificativa de las reglas jurídicas prevalece sobre su dimensión autoritativa. La fuerza de las razones de orden institucional para la imposición de un sistema de reglas generales en la *polis* (la justicia de la legalidad o *nomikon dikaion*) va *exactamente* tan lejos como lo haga la fuerza de las razones sustantivas que esas reglas están promoviendo y generalizando. De lo contrario, es decir, cuando en un caso particular la regla resulte estar frustrando dichas razones sustantivas en su condición de regla general (es decir, «debido a su universalidad»), debe ser corregida o *derrotada* en términos de una justicia que va

«más allá de la regla escrita» y que consiste en introducir *excepciones justificadas* a ella (Brunschwig, 2002: 116, 142).

La crítica al formalismo «teoreticista» de las reglas se basa, pues, en impugnar que la universalidad lógica de éstas pueda erigirse *por sí misma* en criterio de corrección. La corrección de las reglas jurídicas no descansa en su sola condición de «generalizaciones atrincheradas», por usar la terminología de Schauer (1991), sino en su carácter de generalizaciones *justificadas*. Esto es, justificadas caso a caso mediante una deliberación específica. Desde el punto de vista del legislador no existe la que Günther llama «regla perfecta», es decir aquella que pudiera garantizar la corrección o adecuación (*Angemessenheit*) de todas y cada una de sus futuras aplicaciones. En ello radica la «textura abierta» o indeterminación de las reglas jurídicas, que proviene precisamente de su naturaleza *práctica*, mediada por valores cuya implementación involucra en primera persona *a otros sujetos* (y que queda eliminada en las reglas teóricas). La adecuación de una regla práctica sólo puede asegurarse *ex post*, una vez que ingrese en un discurso específico de aplicación que determine cómo puede ser correctamente aplicada a la situación dada, incluyendo la posibilidad de que sea abandonada para dar lugar a una nueva regla<sup>83</sup>. Esta es la única forma en que la universalidad lógica puede ser un criterio de racionalidad apropiado *también* en la esfera de la *praxis*. El «imperio de la ley» no es posible en absoluto al margen de la continuidad *axiológica*, justificativa, entre legislación y jurisdicción, si resulta ser no la generalización lógica de las reglas sino su trasfondo valorativo aquello que establece la conexión práctica entre el legislador y el juez. El significado deóntico y axiológico de una norma va mucho más allá del significado lógico-semántico de su formulación y de la consistencia de sus aplicaciones continuadas: estriba fundamentalmente en la *coherencia* valorativa entre ellas. Y esa es exactamente la función de la *epieikeia*: eliminar mediante una deliberación autónoma las incoherencias o discontinuidades axiológicas que las reglas jurídicas puedan generar a lo largo del proceso de su aplicación práctica.

La equidad muestra así los límites que impone a las reglas jurídicas, por más que sean lógicamente universales, su estructura práctica prudencial. Se excluye que la aplicación de las reglas jurídicas pueda consistir —como pretende el positivismo— en una simple «subsunción lógica», en vez de una deliberación práctica que hace entrar necesariamente en juego ponderaciones o balances entre valores. El *prōton pseudos* de esta concepción es que sería posible una aplicación de las reglas *no deliberativa*, «objetiva» o mecánica, que pusiera al margen los juicios de valor de quien la lleva a cabo. Lo que se lograría precisamente mediante la generalización lógica contenida en la formulación de la regla, que redujera la decisión a la sola «justificación inter-

<sup>83</sup> Cf. GÜNTHER, 1989: 156; 1993: 217.

na» (Wroblewski, 1974) o encaje del caso particular en el caso genérico contenido en esa formulación, dando por hecho que con ello queda asegurada la corrección de la respuesta. Por supuesto, se reconocerán los problemas de supra e infrainclusión que plantea la subsunción así entendida (esto es, en términos exclusivamente lógicos), como «efectos subóptimos» de la generalización de la regla. Estos efectos, en las versiones positivistas más extremas, serán vistos como envío directo a la discrecionalidad del aplicador, es decir, a una decisión ya no regida por el derecho desde el momento en que los límites de éste (de su racionalidad) se ecualizan con los límites de las reglas. Idea positivista que por cierto es la dominante en muchas de las interpretaciones de la equidad aristotélica, no ya entre juristas sino entre filósofos: ésta nos remitiría, como dicen expresivamente Gauthier-Jolif, «fuera del derecho» («hors du domaine du droit», 2002: II-1, 432). Lo que Aristóteles afirma, sin embargo, es que la equidad nos mantiene *dentro* del derecho, aunque vaya más allá de la justicia legal. En realidad lo que hace es mostrar que el funcionamiento de esta última no puede entenderse en términos de un planteamiento exclusivamente lógico y que esta es una manera errónea de garantizar la objetividad de las decisiones prácticas cuando se trata de dirigir la conducta de otros en términos de la realización de ciertos valores que convierten inevitablemente a la regla en *indeterminada*. Son precisamente esos valores los que, intentando ser implementados por ella, convierten al elemento lógico de la regla en defectivo y a la subsunción en un error en determinados casos. Así lo ilustra Aristóteles con el ejemplo del delito de lesiones del texto de la *Retórica* (I, 13, 1374a32ss.) que citamos al comienzo: aplicar la regla en términos puramente lógicos conduce a un resultado injustificado *desde el punto de vista de los valores que la regla pretende proteger*. Lo que la equidad pone en cuestión es su propia *aplicabilidad como regla* en el caso en cuestión (es decir lo que llamamos hoy su «justificación externa», su corrección como premisa de la decisión, pese a que desde un punto de vista lógico el caso pueda ser subsumido bajo sus fórmulas generales). Sólo la deliberación *práctica* del aplicador puede volver a hacer entrar en juego los valores o razones subyacentes a la regla, exigiendo el paso de la calificación (de primer nivel) a una *interpretación* (de segundo nivel) del caso que salvaguarde la coherencia con el propósito del legislador rehabilitando así la justificabilidad de la regla.

La necesidad de proceder a la «corrección de la regla» (*epanorthōma nomou*) resulta entonces de una falla o error generado por la universalidad lógica de la regla que la convierte en incompleta o deficitaria en relación con el caso (*elleipei dia to katholou*, 1137b26-27), pero se trata de una falla o error *práctico*, *axiológico*, un *disvalor*. Esto significa que no es un error «técnico» o «lógico» que pueda ser corregido él mismo por medios técnicos o lógicos al margen de una deliberación práctica: eso sólo sería posible si habláramos de reglas teóricas, que son aquellas que se apoyan en contenidos objetivos –en relaciones

necesarias— cuya universalidad conduce a neutralizar epistémicamente a los sujetos. Pero el constructivismo de las reglas prácticas es esencialmente deliberativo: su contenido sólo puede ser realizado *mediante la producción* de ciertas acciones o decisiones que comprometen valorativamente «en primera persona» al sujeto que las lleva a cabo (o las omite). Esta es como decíamos la fuente de la «indeterminación» característica de las reglas prácticas, y entre ellas, de las jurídicas. El legislador en efecto es, nos dice Aristóteles, sabedor (*hekōntōn*) de que las reglas generales que establece mediante sus leyes son indeterminadas en la medida en que a través de ellas se trata de implementar y propagar valores político-morales a través de una práctica regular aplicativa. En este ámbito «se ve a sí mismo incapaz de alcanzar definiciones precisas (*dynōntai diorisai*)» y, sin embargo, «es necesario que hable en términos universales (*anagkaion katholou eipein*)» o «remitiéndose a lo que se da con más frecuencia (*epi to poly*)» (1137b29-31). El legislador es consciente, pues, de que sus generalizaciones van a ser falibles, al tomar como base regularidades de conducta que no siempre podrán verificarse de modo universal y necesario, y ello porque pretenden dirigirlas según valores que apuntan en direcciones prácticas determinadas: valores que presiden la construcción de todas y cada una de sus clases lógicas (no son, pues, clases construidas a base de propiedades naturales sino evaluativas, y en ello radica su vaguedad *distintiva*). En otras palabras, el legislador constata que —incluso utilizando en la formulación de sus reglas generalizaciones y definiciones lógicamente universales— le resulta imposible convertirlas en reglas de tipo objetivo, capaces de generar razonamientos necesarios, o sea, reglas teóricas que «eliminen» la subjetividad del decisor y sus juicios de valor. No es este tipo de determinación «mecánica» (lógica o naturalista) el que es propio de la racionalidad de las reglas jurídicas (aunque pueda formar parte de su justificación meramente retórica o ideológica). Lo que el «imperio de la ley» exige no es que se imponga ciegamente la universalidad lógica de las reglas, sino que se imponga *exclusivamente* en la medida en que ésta sea capaz de transportar y salvaguardar eficazmente los valores político-morales que *justifican* las generalizaciones mediante las que se elaboran sus predicados fácticos y normativos en términos de clases. La construcción de esas clases lógicas (por el legislador) está *causalmente* vinculada con la implementación de los estados de cosas correspondientes a esos valores, y eso forma parte esencial de su justificación<sup>84</sup>. Por ejemplo, la tipificación de la clase de acciones consistente en «matar a otro» y su vinculación a una clase de castigos en una regla penal —la que prohíbe el homicidio— está causalmente correlacionada con la salvaguarda del valor de la vida humana individual. Pero no es la generalización lógica por sí misma la que *fundamenta* esa correla-

<sup>84</sup> Cf. SCHAUER, 1991: 28-29.

ción, ni tampoco puede entenderse el efecto pretendido (el hecho de que los estados de cosas correspondientes a esos valores se produzcan o maximicen) en términos meramente de probabilidad «naturalista» agregada. Ambas cosas dependen esencialmente del proceso de aplicación regular de las reglas. Se trata, pues, de una vinculación causal *práctica*: es el conjunto de decisiones recurrentes de quienes aplican las reglas el que *realiza* esos valores en *todas y cada* una de las situaciones particulares (y así promueve su consecución agregada o a largo plazo). Y esta es la función que, bajo el imperio de la ley, el legislador está demandando del juez: que mantenga indemnes en todos y cada uno de los casos particulares los balances de valores que las reglas por él establecidas reflejan. La generalización formulada en la regla es únicamente el instrumento para ello: un instrumento necesario, pero no suficiente. Por eso las decisiones judiciales deben ser deliberativas *en todo caso*.

Tal es el sentido en que señala Aristóteles –en el texto de la *Ética* objeto de nuestro comentario– que, aunque las leyes procuran ser universales, en aquellas cosas respecto de las que pretenden serlo (es decir, las prácticas humanas) sucede sin embargo que «no puede formularse un juicio universal que resulte correcto». En el campo de la *praxis* moral y política (el ámbito de la *politikē*), a diferencia del campo de la *epistēmē* teórica, atenerse a «lo que sucede en todas o la mayoría de las ocasiones» no es *suficiente* para alcanzar lo correcto<sup>85</sup>. Y ello tiene su reflejo inevitable en la estructura de las reglas jurídicas, que son las reglas últimas de la *politikē*, y articulan precisamente entre sí la moral y la política. Ningún legislador puede asegurar que una regla formulada por él, incluso si es una regla que pueda considerarse correcta *a priori* (es decir, una regla general correctamente deliberada), vaya a ser capaz de determinar la decisión correcta para *todos* los casos en que deba ser aplicada como criterio general. Pero esta indeterminación –la intrínseca imposibilidad de evitar el error práctico en casos particulares que conlleva el razonar en los términos universales de una regla– no la convierte en «menos correcta» como método o procedimiento para guiar la práctica colectiva. No se cancela la necesidad de «razonar universalmente» allí donde las cosas no van a ajustarse a esos esquemas universales «sino sólo en la mayoría de los casos»<sup>86</sup>. Establecer reglas generales sigue siendo el único modo de concebir la práctica legislativa como una empresa racional. Ahora bien, la racionalidad de esta empresa estriba en guiar la práctica social en función de valores: su fin no es otro que implantar la justicia en la *polis* entendida como consecución –en términos de igualdad– de los valores políticos incorporados por cada particular constitución (de acuerdo con su concepción de la justicia distributiva), y de los valores morales relacionados con las diferentes virtudes. Es la

<sup>85</sup> Cf. *Eth.Nic.*, I, 2, 1094b20-23; II, 2, 1104a1.

<sup>86</sup> *Rhet.I*.13.1374a25.

*integración* y fomento generalizado de esos valores lo que justifica la universalidad lógica de las leyes (es decir, el encapsulamiento de balances entre los mismos que se reflejan en fórmulas generales relativas a tipos de acción y los vuelve correctos o incorrectos, valiosos o disvaliosos), como también justifica la propia institucionalización de la jurisdicción: la práctica regular de aplicación de esos tipos, por donde se materializan los *mismos* balances valorativos en cada caso particular tomando contacto inmediato (no mediato como el legislador) con las prácticas sociales mediante decisiones concretas. De modo que el criterio decisivo de corrección no estriba en la regla (en su generalidad), sino que es él mismo una cuestión de valor (su justificabilidad). Y así no es la regla (la ley general), ni el razonamiento generalizador que rige la práctica del legislador, la fuente última del «error» o «deficiencia» que inevitablemente depara el hecho de que operen en términos de universalidad lógica, «sino la naturaleza de las cosas prácticas (*physei tou pragmatos*), pues la materia práctica está intrínsecamente conformada de esa manera».

Es la propia estructura de la *praxis*, de la acción humana, que es la conducta regida por valores *pros heteron* que la convierten en correcta o incorrecta (es decir, en una práctica), la que se resiste, por su contingencia y variabilidad, a ser reducida a fórmulas generales y abstractas. Este hecho condiciona por completo la configuración de la *praxis* jurídica, práctica de segundo grado que pretende dirigir y ordenar la práctica social condensando lo correcto y lo incorrecto en reglas públicas abstractas, válidas *in genere* en la *polis*, para después individualizarlo en decisiones particulares. El uso de tipos genéricos de acción mediante la legislación es la única alternativa racional para Aristóteles: el casuismo o la «justicia del cadí» quedan excluidos por su impracticabilidad («se le iría toda la vida» a quien quisiera definir los casos de forma individual o numérica) pero sobre todo porque no darían lugar a una estandarización uniforme de valores en la práctica social (es decir, de hábitos valiosos). Pese a las dificultades para definir y tipificar las acciones correctas «en general», es decir, concediendo que «no valgan sino para la mayoría de los casos», lo cierto es que de hecho las reglas jurídicas *valdrán* para la mayoría de los casos (y sobre eso descansa el «imperio de la ley»). Pero lo harán precisamente en términos de congruencia de valor con el propósito del legislador, y no en virtud de mecanismos lógicos de naturaleza no deliberativa. Por consiguiente, *también* la aplicación literal, pretendidamente «mecánica» y «objetiva», de las reglas está comprometiendo el juicio valorativo del juez, puesto que exige la comprobación de que los balances axiológicos que justifican la generalización mediante la que la regla se elabora están siendo satisfechos, y no frustrados, en el caso presente al ser subsumido bajo ella. También en los «casos fáciles», por lo tanto, tiene lugar un razonamiento práctico de naturaleza valorativa por parte del aplicador, razonamiento que, en continuidad con el del legislador, conduce a considerar *justificada* la subsunción del caso bajo la fórmula general

de la regla. Es cuando esa continuidad se ve interrumpida, cuando los valores expresados por la generalización de la regla se ven frustrados si ésta se aplica al caso literalmente, como surge la necesidad de un razonamiento práctico de carácter correctivo. Son éstos los que hoy llamamos «casos difíciles», que lejos de poder ser vistos como simples «errores lógicos», efectos subóptimos de las generalizaciones normativas de las reglas (Schauer), constituyen «errores axiológicos» que ponen en cuestión la coherencia del derecho en términos justificativos (político-morales) y que en esa misma medida demandan ser rectificadas. Tales casos solamente pueden ser identificados, por tanto, desde la perspectiva de un razonamiento *práctico* y un razonamiento *ex post*, a la luz de un caso, y nunca atendiendo a la racionalidad de la regla *in abstracto* (Michelakis, 1953: 35).

De nuevo, no es la regla (como generalización lógica) la causa del error, sino la contingencia y variabilidad de las prácticas sociales, cuya corriente podría muy bien compararse con el río de Heráclito: ninguna regla puede permanecer siendo *la misma* al proyectarse sobre ella. Las reglas jurídicas se ven de manera constante e inevitable desbordadas por aquellas prácticas sociales que se afanan por reglamentar prospectivamente (*peri mellontôn*, *Rhet.* I.1.1354b8-9). Dado el hecho insuperable de que la praxis social no puede ser agotada por las reglas del derecho, la única opción racional abierta es instaurar un sistema de deliberación autónoma y retrospectiva caso a caso a cargo de la instancia aplicativa. Así, dice Aristóteles, mientras el legislador decide de una sola vez para todos los casos, tras una deliberación dilatada, el juez en cambio debe deliberar en función de casos que «surgen de un modo imprevisto, de manera que es difícil que quienes han de juzgar determinen bien lo que es justo»<sup>87</sup>. La decisión necesariamente es creativa, por tanto, puesto que los jueces son los «órganos de cierre» del derecho a través de los cuales se pronuncian institucionalmente en la práctica sus reglas. Pero los criterios de cierre, los parámetros que aseguran –y hacen exigible– la corrección de la decisión, son los principios y valores que dotan de sentido y justificación a esas reglas. Principios y valores que Aristóteles insiste en remitir al legislador: la equidad implica que «deben corregirse las insuficiencias en que ha incurrido el legislador, es decir, el error que resulta del carácter absoluto de la ley», pero «esta corrección tiene lugar recurriendo a lo que el legislador mismo hubiera establecido en la ley si estuviera presente y conociera el caso».

Resulta innegable que con ello Aristóteles está otorgando un rango institucional a la equidad convirtiéndola en una exigencia que forma parte del *método* mismo (es decir, de la racionalidad) del derecho. Una exigencia que pone el foco sobre la actividad argumentativa y deliberativa de los jueces (de la jurisprudencia) al reconstruir el orde-

<sup>87</sup> *Rhet.*, I, 2, 1354b3.

namiento jurídico en términos de unidad y coherencia de las justificaciones (algo que tal vez podría compararse con la «unidad de la virtud» que realiza la prudencia moral)<sup>88</sup>. En cada ocasión y decisión particular debe darse un juicio de ponderación que mantenga esa coherencia. Ese juicio debe corregir para ello, si es preciso, el alcance de la deliberación del legislador reconduciéndose, sin embargo, al legislador mismo. ¿Cómo es posible tal cosa sin contradicción? Debemos diferenciar, para empezar, entre el legislador ordinario y el legislador constitucional. En el primer caso, hablamos de una corrección del balance deliberativo expresado en las reglas legislativas que deja sin efecto las consecuencias jurídicas previstas por la regla para el caso en presencia, asumiendo que el legislador no las toleraría a la luz de *su* propia ponderación. Conservar la vigencia de ésta *in casu* exige que la decisión se aparte de la regla, de su estándar uniforme, para tratar el caso desigual de modo desigual. Sólo de ese modo se verán satisfechos y ratificados en él los valores que dicha regla pretende promover. La justicia consiste aquí en «restablecer la igualdad»<sup>89</sup>, es decir, en desbaratar una desigualdad injustificada (la que supondría aplicar la regla del *mismo* modo a este caso que a los demás, siendo relevantemente *distinto*). De ahí la metáfora de la regla de plomo «que no es rígida y se adapta a los casos», pues «cuando la cosa es indeterminada (*aoriston*) la regla (*kanōn*) también es indeterminada» (1137b29-32). Ello genera una excepción cuya justificación reside en que en adelante comprenderá bajo sí todos los casos iguales al considerado: esto es, una nueva regla que se añade a la anterior, ampliando o restringiendo su alcance bajo la luz de un mismo valor o principio. Se trata así de la solución que el legislador adoptaría «si se comportase como un juez»<sup>90</sup>. Sólo en estos términos tiene sentido decir que la excepción «confirma» en lugar de «abolir» la regla (Leyden, 1985: 96-7): el balance de valores que comunica ambas reglas entre sí se mantiene intacto y continúa su proceso iterado de materialización en la práctica social.

Pero no serían solamente los casos de *supra* e *infra*inclusión los que llevan a esta clase de «derrotabilidad» de las reglas, sino toda clase de incompletudes, contradicciones o deficiencias que, identificadas en el nivel de las reglas, comprometan la coherencia axiológica del derecho al nivel de sus principios. Esto alcanza a todo el conjunto de operaciones metódicas que median la interpretación jurídica en cuanto paso de la particularidad de los casos a la generalidad de las

<sup>88</sup> Cf. *Eth. Nic.*, VI, 13, 1144b32-1145a2.

<sup>89</sup> *Eth. Nic.*, V, 4, 1132a25.

<sup>90</sup> BRUNSCHWIG, 2002: 152. Este autor, sin embargo, considera que en este caso la decisión del juez sería estrictamente «singular», es decir, no una decisión que corrija el balance para *todos* los casos originando una nueva regla. En el texto argumentamos seguidamente las razones por las cuales cabe sostener que semejante particularismo no está en absoluto en la intención aristotélica.

reglas más allá de la pura interpretación literal de las mismas: básicamente la resolución de antinomias y la integración de lagunas. La «omisión» (*elleipô*) del legislador de la que Aristóteles nos habla está directamente relacionada, en efecto, con las lagunas del derecho, que serán entonces siempre «lagunas axiológicas». En tal sentido ha sido interpretado tradicionalmente el concepto de equidad (por ejemplo, en la tradición anglosajona), si bien, como apunta certeramente Zahnd, «la auténtica función de la equidad no es simplemente colmar lagunas en el derecho», sino que «consiste esencialmente en el ejercicio por el juez de la inteligencia práctica para conformar normas universales a situaciones particulares» (1996: 280). Del mismo modo, las contradicciones entre reglas se manifiestan como conflictos de balances diferentes que comprometen la coherencia práctica del razonamiento del juzgador en el caso y cuya resolución tiene lugar mediante ponderaciones de segundo nivel que, expresadas mediante principios institucionales (como el de jerarquía) organizan la recursividad de la práctica jurídica en términos de un «sistema» unitario y coherente.

Esto nos lleva al segundo tipo de derrotabilidad, que hace intervenir el nivel constitucional. Aquí el juez actúa «como si fuera un legislador», según la fórmula que tanta fortuna histórica hizo (recordemos el famoso art. 1 del *Zivilgesetzbuch* suizo de 1907) y que supone no sólo corregir los efectos *in casu* de las reglas sino *sustituirlas* por otras que reflejan *nuevos* balances de valores que se pretenden válidos para todos los casos. Es la lectura que hace el legislador de los valores últimos «atrincherados» en la constitución lo que es objeto de corrección ahora. La idea de equidad fundamenta, pues, no sólo la construcción jurisprudencial de las reglas jurídicas sino también el control judicial de la constitucionalidad de la legislación en términos de valores y principios de orden superior. Ambas variantes superan un entendimiento meramente legalista-formalista del «imperio de la ley» en el que la deferencia al legislador (y la articulación política de la distribución de poderes normativos) tenga como única alternativa institucional la *prohibición* de la equidad judicial en favor de la «asimetría de la autoridad legislativa» y la aceptación de los efectos subóptimos agregados de las reglas como mal menor o «segunda mejor opción»<sup>91</sup>. La equidad aristotélica plantea por el contrario que el imperio de la ley no equivale al imperio del legislador, sino al de los valores político-morales que refleja el orden constitucional, fuente única de su autoridad práctica, y de la de todos los demás poderes. Permite también conjurar el problema del «guardián último» de la constitución —es decir, de los valores fundamentales que han de regir una comunidad política— pues para Aristóteles es evidente que hay muchas maneras de articular tales valores en forma de reglas sea por vía legislativa o judicial. Esa, es como vimos, la razón fundamental de la variabilidad intrínseca de la

---

<sup>91</sup> Tal es la tesis ya mencionada de SCHAUER (1991). Para una crítica, cf. VEGA (2013).

justicia legal. El desarrollo de la práctica jurídica –en una democracia constitucional, que como también dijimos es plausiblemente el modelo de «justicia natural» asumido por el filósofo– implica un proceso deliberativo abierto, circular y dinámico, no jerarquizado y estático. Reconocer al poder judicial la capacidad para producir normas generales (precedente) y rectificar las del poder legislativo actuando «como haría un legislador» (*ei hēdei enomothetēsen*, *Rhet.* 1.13.1137b23-24) parece dar por supuesto, en efecto, que la función legislativa no sólo consiste en anticipar el curso del poder judicial, sino también en reaccionar subsiguientemente (correctivamente a su vez si es preciso) ante la práctica efectiva de la jurisprudencia por medio de nuevas leyes (Marcin, 1978: 399). La continuidad dialéctica de este proceso exige en ambos casos, en el planteamiento pragmático aristotélico, una universalización práctica coherente de los valores en cuestión: tal es la exigencia de la justicia política. Aunque su dimensión valorativa es precisamente lo que hace de la equidad un tipo de justicia «mejor» (*beltion*) y superior (*kreitton*) respecto de la justicia legal (*nomikon dikaion*), en cuanto «justicia que va más allá de la ley escrita (*to para ton gegrammenon nomon dikaion*)» (1137b24-25), ello no implica que deje de ser *universalizable* y deba plasmarse por tanto a su vez en reglas prácticas, lejos de toda justicia «particularista». Como observa MacCormick (2003: 98): «La equidad no puede ser entendida como algo particular en oposición a lo universal». Y como confirma Zahnd (1996: 290) específicamente en relación con la *epieikeia*: «Simplemente no existe tal cosa como un procedimiento de decisión equitativa al margen de estándares generales en Aristóteles». Para el filósofo, la equidad no convierte a los jueces en árbitros: «Pues un árbitro se rige por la equidad del caso, mientras que un juez se rige por la ley» (*Rhet.*, I, 13, 1374b23). El ejercicio de la justicia política no es posible en absoluto al margen de criterios universales. Precisamente por ello la justicia de la equidad «no pertenece a otro género (*genos*) diferente» de la justicia legal basada en reglas (1137b9), es decir, sigue siendo una justicia política<sup>92</sup>. No se trata, pues, de una justicia *externa* al derecho, una «rebelión de la justicia frente al derecho» por usar la expresión que usa Beever (2004: 45) para criticar este punto de vista tan común. Un punto de vista en el que paradójicamente vienen a converger el positivismo jurídico y el iusnaturalismo: el primero para sospechar de la corrección moral que la equidad supondría en relación con las reglas positivas del legislador, y cuyo antídoto sería reducirla a toda costa a la inmanencia de éstas<sup>93</sup>, y el segundo para reconducirla a los principios metafísicos de una «justicia natural» universal de carácter suprapolítico, que disuelve la dimensión institucional del derecho

<sup>92</sup> Cf. ZAHND, 1996: 280ss.; YACK, 1993: 144ss., 193ss.; GEORGIADIS, 1987: 164; BRUNDSCHWIG, 2002: 141ss.

<sup>93</sup> Cf. en tal sentido, FERRAJOLI, 2000: 155ss.; LAPORTA, 2009: 118-9. Es también la posición del «positivismo presuntivo» de SCHAUER.

subsumiéndola por completo en la esfera moral.<sup>94</sup> Para Aristóteles, en cambio, la equidad es un principio institucional de racionalidad exigido por el desarrollo práctico de la institución jurídica en la medida en que sus reglas son precisamente las que establecen la mediación y articulación coherente entre los valores morales y políticos. Es este sentido, sugiere, tendría el carácter de un principio él mismo universal: lo equitativo «es siempre constante y nunca cambia»<sup>95</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- ANGIER, T. (2010), *Technē in Aristotle's Ethics*. Crafting the Moral Life, Londres: Continuum.
- ARISTÓTELES, *The Complete Works of Aristotle: The Revised Oxford Translation* (1984), ed. de J. Barnes, Princeton: Princeton UP 1995.
- AUBENQUE, P. (1999), *La prudencia en Aristóteles* (1963), trad. de M.<sup>a</sup> J. Torres, Barcelona: Crítica.
- BARKER, E. (1975), *The Politics of Aristotle* (1946), New York: Oxford UP.
- BARNES, J. (1969), «Aristotle's Theory of Demonstration», *Phronesis*, 14: 123-152.
- BEEVER, A. (2004), «Aristotle on Equity, Law and Justice», *Legal Theory* 10/1: 33-50.
- BODÉUS, R. (1993), *The Political Dimensions of Aristotle's Ethics* (1982), trad. J.E. Garrett, Albany: SUNY Press.
- BRUNSCHWIG, J. (2002), «The Rule and the Exception: On the Aristotelian Theory of Equity», en M. Frede and G. Strike (eds.), *Rationality in Greek thought*, New York: Oxford UP, 115-155.
- BURNYEAT, M.F. (2008), *Aristotle's Divine Intellect*, Milwaukee: Marquette UP.
- CHERRY, Ch. (1973), «Regulative Rules and Constitutive Rules», *The Philosophical Quarterly*, 23/93: 301-315.
- DWORKIN, R. (2011), *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard UP.
- ENGISCH, K. (1968), *La idea de concreción en el Derecho y la ciencia jurídica actuales* (1953; 1968<sup>2</sup>), trad. de J.J. Gil Cremades, Pamplona: EUNSA.
- FERRAJOLI, L. (2000), *Derecho y razón* (1989), trad. de P. Andrés *et al.*, Madrid: Trotta.
- (2011), *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (2007), trad. de J. C. Bayón *et al.*, Madrid: Trotta.

<sup>94</sup> «Lo equitativo es mejor que lo justo legal porque forma parte de lo justo natural», TOMÁS DE AQUINO, *In dec. Eth.*, V, 16, n. 1081. En el mismo sentido, TRUDE (1955: 124ss.); GAUTHIER/JOLIF (2002: II-1, 431-432); HAMBURGER (1971: 100); LEYDEN (1985: 84).

<sup>95</sup> *Rhet.*, I, 15, 1375a30. El *koinos nomos* al que hace referencia Aristóteles en la *Retórica* debe entenderse, pues, no en términos de valores universales en un sentido metafísico sino como aquellos valores «que parecen haber sido universalmente reconocidos (*homologeisthai dokei*)» y por tanto extraídos de los sistemas políticos realmente existentes, que son variables, es decir, históricos. En esa condición tales valores tendrían «la misma fuerza en todas partes», y así vincula Aristóteles ese mismo carácter a la equidad.

- GADAMER, H. G., (1999), «Aristotle and the Ethics of Imperatives» (1986), en R.C. Bartlett & S.D. Collins (eds.), *Action and Contemplation. Studies in the Moral and Political Thought of Aristotle*, Albany: SUNY Press, 53-67.
- GAUTHIER, R.A. y JOLIF, J. Y. (2002), *L'Éthique à Nicomaque* (1970<sup>2</sup>), Louvain/Paris: Peeters/Nauwelaerts.
- GEORGIADIS, C. (1987), «Equitable and Equity in Aristotle», en S. Panagiotou (ed.), *Justice, law and method in Plato and Aristotle*, Edmonton: Academic Printing & Publishing, 159-172.
- GÜNTHER, K. (1989), «A Normative Conception of Coherence for a Discursive Theory of Legal Justification», en *Ratio Juris* 2/2: 155-166.
- (1993), *The Sense of Appropriateness: Application Discourses in Morality and Law*, trad. J. Farrell, Albany: SUNY Press.
- HAMBURGER, M. (1971), *Morals and Law. The Growth of Aristotle's Legal Theory* (1951), New York, Biblo and Tannen.
- IRWIN, T. (1988), *Aristotle's First Principles*, Oxford: Clarendon Press.
- JAEGER, W. (2002), *Aristóteles. Bases para la historia de su desarrollo intelectual* (1934<sup>2</sup>), trd. J. Gaos, Madrid: FCE.
- JOACHIM, H. H. (1955), *The Nicomachean Ethics. A Commentary* (1951), ed. by D.A. Rees, Oxford: Clarendon Press.
- LAPORTA, F. J. (2009), *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid: Trotta.
- LEYDEN, W. von (1985), *Aristotle on Equality and Justice. His Political Argument*, N. York: St. Martin Press.
- LONG, A. A. (2005), «Law and Nature in Greek Thought», en M. Gagarin and D. Cohen (eds.), *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, Cambridge: Cambridge UP.
- MACCORMICK, N. (2003), *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978). New York: Oxford UP
- MACDOWELL, D. M. (1993), *The Law in Classical Athens* (1978), Ithaca, NY: Cornell UP, 1993.
- MARCIN, R. B. (1978), «*Epieikeia*; equitable lawmaking in the construction of statutes», *Connecticut Law Review* 10: 377-400.
- MICHELAKIS, E. M. (1961), *Aristotle's Theory of Practical Principles*, Athens: Cleisiounis Press.
- MILLER, F. D. (1995), *Nature, Justice, and Rights in Aristotle's Politics*, Oxford: Clarendon Press.
- (2007), «Aristotle's Philosophy of Law», en F.D. Miller et al. (eds.), *A History of the Philosophy of Law from the Ancient Greeks to the Scholastics*, Dordrecht: Springer, 79-110.
- NATALI, C. (2001), *The Wisdom of Aristotle* (1989), trad. G. Parks, New York: SUNY Press.
- NUSSBAUM, M. C. (1985), *Aristotle's De Motu Animalium. Text with Translation, Commentary and Interpretive Essays* (1978), Princeton: Princeton UP.
- ORIOI SALGADO, M. (2004), *Lógica de la acción y akrasía en Aristóteles*, Madrid: Fundación Universitaria Española.
- OSTWALD, M. (1969), *Nomos and the beginnings of the Athenian democracy*. Oxford: Clarendon.
- SPAEMANN, R. (2008), «The Unrelinquishability of Teleology» (1992), en A.M. González (ed.), *Contemporary Perspectives on Natural Law. Natural Law as a Limiting Concept*, Aldershot: Ashgate, 281-296.

- SALKEVER, S. G. (2005), «Aristotle's Social Science» (1991), en R. Kraut and S. Skultety (eds.), *Aristotle's Politics. Critical Essays*, Lanham: Rowman & Littlefield, 27-64.
- SCHAUER, F. (1991), *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, New York: Oxford UP.
- (2006), *Profiles, Probabilities and Stereotypes* (2003), Cambridge, Harvard UP.
- SCHROEDER, D. (2003), «Aristotle on Law» (1981), en R. O. Brooks y J. B. Murphy (eds.), *Aristotle and Modern Law*, Dartmouth: Ashgate, 38-51.
- SEARLE, J. R. (1969), *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, London: Cambridge UP.
- TOMÁS DE AQUINO, *In decem libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum expositio*, ed. R. M. Spiazzi, Turín: Marietti 1964<sup>3</sup>.
- TRUDE, P. (1955), *Der Begriff der Gerechtigkeit in der aristotelischen Rechts- und Staatsphilosophie*, Berlin: De Gruyter.
- VEGA, J. (2007a), «Reglas y lenguaje sobre reglas», en J. M. Pérez Bermejo y M.A. Rodilla (eds.), *Jurisdicción, interpretación y sistema jurídico*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 137-188.
- (2007b), «Normas constitutivas: ¿una categoría autónoma? Sobre la problemática de la constitutividad normativa», en J.J. Moreso (ed.), *Legal Theory. Legal Positivism and Conceptual Analysis*, Stuttgart: F Steiner: 246-258.
- (2013), «Legal Rules and *Epieikeia* in Aristotle. Post-positivism Rediscovered», en L. Huppés-Cluysenaer y N.M.M.S. Coelho (eds.), *Aristotle and The Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice*, Dordrecht: Springer: 171-201.
- WIELAND, W. (1970), *Die aristotelische Physik. Untersuchungen über die Grundlegung der Naturwissenschaft und die sprachlichen Bedingungen der Prinzipienforschung bei Aristoteles* (1962), Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht
- (1990), «Norm und Situation in der aristotelischen Ethik», en R. Brague & J.-F. Courtine, *Herméneutique et Ontologie. Mélanges en hommage à Pierre Aubenque*. París: PUF, 127-145.
- WITTGENSTEIN, L. (1999), *Philosophical Investigations* (1953, 19582), trad. G.E.M. Anscombe, Oxford: Blackwell.
- WROBLEWSKI, J. (1974), «Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision», *Rechtstheorie*, 5: 33-46.
- YACK, B. (1993), *The Problems of a Political Animal. Community, Justice and Conflict in Aristotelian Political Thought*, Berkeley: University of California Press.
- ZAHND, E.G. (1996), «The Application of Universal Laws to Particular Cases: A Defense of Equity in Aristotelianism and Anglo-American Law», en *Law and Contemporary Problems* 59 (1): 263-295.

Fecha de recepción: 31/03/2013. Fecha de aceptación: 31/10/2013.



### **III**

## **CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA**



**ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier: *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Madrid, Dykinson, 2013, 387 pp.**

*Razón y voluntad en el Estado de Derecho* representa un completo ejercicio de contextualización de las relaciones entre Ética, Poder y Derecho para dar cuenta de las principales características del Derecho y del Estado en el marco occidental y contemporáneo. El enfoque desde el que Javier Ansuátegui aborda los distintos problemas implicados, le permite actualizar algunas de las cuestiones «clásicas, tradicionales o capitales para la Filosofía del Derecho» (p. 12), de modo que el trabajo resulta una referencia imprescindible para entender la utilidad práctica que tiene hoy la investigación filosófica jurídica.

El libro es demasiado rico en temas y matices como para poder abordar todos ellos en el breve espacio de una crítica bibliográfica, no obstante, sí quisiera detenerme en dos aspectos que se corresponden con otras tantas de las tesis defendidas: la continuidad entre el Estado de Derecho y el Estado constitucional y la defensa de una conexión cierta entre Derecho y moral correcta en el Estado de Derecho. Ambas se hacen depender de la defensa de un concepto sustancial de Estado de Derecho.

Efectivamente, y en primer lugar, llama la atención que el marco positivo desde el que se construye la reflexión filosófica desde el título del trabajo sea el del Estado de Derecho y no el del Estado constitucional. Al respecto, el propio autor subraya desde la introducción como «en la actualidad, gran parte de la reflexión iusfilosófica (al menos en nuestro contexto jurídico-cultural) está condicionada por la presencia de Constituciones, con rasgos y contenidos específicos, en los Ordenamientos», con lo que «se puede reconocer también que un importante número de discusiones y debates que han centrado y centran nuestra atención en la actualidad podrían considerarse incluidas en lo que podríamos entender como *Filosofía del Derecho constitucional*» (p. 15). Esta opción puede explicarse porque una de las tesis que se sostienen en el trabajo es la de la continuidad entre ambos tipos de Estado, y la clave que permite entenderlo es la defensa de un concepto de Estado de Derecho material o sustancial. Precisamente, en relación con lo anterior, resulta interesante que desde las primeras páginas se abogue por un concepto material de Estado de Derecho, pero también se haga una defensa de la Teoría del derecho positivista. A estas dos cuestiones, me referiré en lo sucesivo.

Comenzaré por la segunda de ellas, puesto que considero que es la que permite justificar la opción por el Estado de Derecho como marco para la reflexión. Así pues, en un primer momento me detendré en las razones que llevan a Javier Ansuátegui a defender la compatibilidad entre un concepto material de Estado de Derecho, caracterizado por una conexión cierta entre Derecho y moral, y, al mismo tiempo, un concepto positivista de Derecho.

La reivindicación de una Filosofía del Derecho positivo constituye una premisa de la investigación que «expresa la exigencia de que los problemas que planteemos... sean aquellos que tienen una repercusión práctica en los Ordenamientos y que realmente preocupan e interesan a los ciudadanos, que son, al fin y al cabo, los que se tienen que enfrentar con el Derecho todos los días» (p. 12). Desde este punto de vista, pues, la Filosofía del Derecho no debe perder de vista la realidad de los sistemas jurídicos sobre los que reflexiona, y, en la actualidad, el sistema jurídico se caracteriza por estar presidido por Constituciones, de modo que «el constitucionalismo contemporáneo constituye un laboratorio con el que nos volvemos a encontrar con los *temas* de la Filosofía del Derecho que, con una u otra apariencia, centran de manera recurrente el interés de la disciplina (p. 17).

Con este presupuesto, la referencia al Estado de Derecho como marco para la reflexión obedece, señala el autor, al interés por analizar uno de esos temas recurrentes de la disciplina: la tensión entre voluntad y razón en el Derecho. Si el aspecto que interesa es éste, el marco institucional del constitucionalismo es precisamente el del Estado de Derecho. En este sentido, para Javier Ansuátegui, «el gran artificio jurídico-político que representa el Estado de Derecho no es sino un modelo de articulación de la relación entre razón y voluntad» (p. 18). Creo que esta afirmación puede hacerse extensiva a cualquier manifestación de Estado y de Derecho en su sentido Moderno, como también indica Ansuátegui, «más allá de las diferentes formas de presentación y articulación del Derecho a lo largo de la historia y de las culturas, en tanto que realidad normativa constituye el escenario del encuentro o desencuentro entre la expresión de una voluntad y determinadas exigencias de racionalidad o de corrección» (p. 17). La cuestión es que el Estado de Derecho presenta la característica de que el poder político expresa su voluntad de someterse a la racionalidad expresada en el Derecho. Pese a ello, la racionalidad puede entenderse en un sentido que podríamos considerar meramente formal o en un sentido más sustancial. Como se ha adelantado, una de las claves para la comprensión del libro es que en él se defiende una concepción sustancial de las exigencias de racionalidad o corrección que acompañan al Estado de Derecho.

Desde el momento en que los criterios de corrección del Estado de Derecho se remiten a los derechos, esta idea, la del reconocimiento y protección de los derechos como un requisito del Estado de Derecho, pasa a convertirse en el núcleo de la defensa de un concepto material de Estado de Derecho, en relación con el cual considero, no obstante, que es posible establecer dos precisiones. En primer lugar, entiendo que cualquier concepto de Estado de Derecho exige del reconocimiento de un cierto tipo de contenidos susceptibles de ser traducidos en derechos que se derivan, por ejemplo, de la necesidad de que los tribunales sean fácilmente accesibles o de que a los órganos de

prevención criminal se les impida pervertir el Derecho<sup>1</sup>. De este modo, el concepto de Estado de Derecho no se presenta como exclusivamente formal.

Tal vez la excepción la constituiría la propuesta de Kelsen, y solo en relación con este modelo sería posible afirmar la identificación entre Estado y Estado de Derecho. Por lo demás, no creo que siempre que se define el Estado de Derecho como la forma de organización política en la que el Estado se somete al Derecho se está aceptando que cualquier Estado es un Estado de Derecho; de este modo, no me parece que esté totalmente justificada la crítica a quienes tratan de describir el Estado de Derecho desde el modelo de relaciones entre Derecho y Poder: «si se utilizase de manera indiscriminada el escenario de las relaciones entre el derecho y el Poder para identificar los modelos de Estado de Derecho, un positivista coherente estaría obligado a señalar como Estado de Derecho cualquier Estado ya que en la modernidad la aludida relación es consustancial al Estado y al Derecho. De ser así las cosas, el Estado de Derecho perdería sustantividad» (p. 122). Sin embargo, tampoco desde aquí puede considerarse lo mismo Estado de Derecho que Estado con Derecho. Por definición, todo Estado tiene Derecho, pero no siempre el poder político se somete a las normas que crea. Así pues, no parece que haya de rechazarse un concepto formal de Estado de Derecho «porque en nada se distinguiría de un Estado *no* de Derecho» (p. 40).

Dicho lo anterior, comparto con el autor la idea de que una definición explicativa de Estado de Derecho sirve mejor a los propósitos de una Filosofía del Derecho que quiera ser útil para plantear y resolver problemas reales, y una definición de este tipo inclinaría la balanza en favor de un concepto no meramente formal de Estado de Derecho. Así, apunta F. J. Ansuátegui «si el primer modelo de Estado de Derecho que aparece en la historia es el Estado liberal, y éste se caracteriza por tener un contenido sustancial, no se entiende bien qué se gana proponiendo un concepto formal, que, como tal Estado de Derecho formal, no habría tenido materialización en ninguna situación histórica concreta» (p. 40).

Por otro lado, y esta sería la segunda precisión, también conviene destacar que en el extremo opuesto, un concepto excesivamente material de Estado de Derecho podría llevar a condensar en los requisitos del Estado de Derecho todos los valores a los que consideramos que el Derecho debe servir y, por extensión, a considerar que el Derecho del Estado de Derecho es necesariamente justo. Y esta conclusión puede desprenderse fácilmente de la idea de que en el Estado de Derecho se produce una conexión cierta entre Derecho y moral (p. 126).

Del mismo modo, afirmar que «decisiones democráticas son aquellas respetuosas con los derechos» (p. 30), o que «el proceso de adopción de decisiones en sede democrática asume como uno de sus elementos al reconocimiento y garantía de los derechos» (p. 344), podría llevar a presentar las decisiones democráticas como decisiones justas y a oscurecer de esta forma la tensión entre democracia y derechos. Tal vez esta es la razón por la cual cuando esta tensión se aborda directamente en el trabajo, se plantea como «la voluntad de las mayorías frente a la razón de los derechos» con lo que «mientras que el primer criterio exige amplia operatividad para las decisiones mayoritarias, el segundo procede a una disminución de esa operatividad, a través de la exclu-

---

<sup>1</sup> RAZ, J., «El Estado de Derecho y su virtud», en *El concepto y la autoridad del Derecho*, trad. Rolando Tamayo, México, UNAM, 1985, pp. 265-285, p. 272

sión o salvaguarda de objetivos respecto a la negociación, a la deliberación y, en última instancia, a la decisión» (p. 346).

La materialización del Estado de Derecho y de la democracia en los términos en los que se plantea en algunos momentos en el trabajo, resulta difícilmente compatible con la defensa de la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral correcta que explícitamente se adopta como punto de partida (p. 72), desde el momento en el que, en palabras del autor, «permite fusionar de alguna manera la justificación moral (correcta, la que se reconduce a la Constitución ideal) y la justificación jurídica; permite que lo relevante moral sea también relevante jurídico» (p. 98). Es cierto que esa «absorción» de la moral por el Derecho no se produciría en todos los contextos, sino sólo en el Estado de Derecho que, precisamente, se define por la presencia de tales contenidos, sin embargo, también lo es que en estas coordenadas en las que las razones jurídicas coinciden con las razones morales, resulta difícil justificar la independencia de la obligación jurídica con respecto a la obligación moral de obediencia tal y como la sostiene el positivismo jurídico.

De cualquier forma, Javier Ansuátegui manifiesta que la afirmación del valor moral del imperio de la ley podría ser compatible con el iusnaturalismo en sentido débil que, a su juicio, no sería diferente «del positivismo defendido en momentos anteriores de este trabajo» (p. 184). Y no sería diferente, porque admitiría dos momentos en el análisis de la moralidad del Derecho, uno, el referido a su estructura, otro relativo al contenido. Por mi parte, considero que sí existen diferencias entre ambos planteamientos. Negar juridicidad a un Derecho por no respetar ciertos requisitos de forma vinculados con la moral, como hiciera Fuller, supone rechazar un concepto amplio, por lo que es posible traer a colación la reflexión de Hart: «quizás una razón más fuerte para preferir el concepto amplio de derecho, que nos permite pensar y decir: “esto es derecho pero es incierto”, es que negar reconocimiento jurídico a las reglas inicuas puede simplificar en forma excesiva y tosca la variedad de cuestiones morales a que ellas dan lugar», por ejemplo, «está el problema que enfrentaron los tribunales de postguerra alemanes: “¿hemos de castigar a quienes hicieron cosas malas que eran permitidas por leyes perversas entonces en vigencia?”»<sup>2</sup>.

Estamos ahora en condiciones de abordar la otra de las tesis sobre la que he centrado el comentario. Y es que precisamente una de las consecuencias de la defensa de un Estado sustancial de Derecho es la posibilidad de trazar una continuidad entre el Estado constitucional y el Estado de Derecho. Una vez definido el Estado de Derecho a partir del reconocimiento y protección de los derechos, el elemento que permite diferenciar uno y otro es que «si bien el Estado de Derecho se caracteriza por el principio de legalidad, el Estado constitucional se vincula al principio de constitucionalidad», y «tanto el principio de legalidad como el principio de constitucionalidad implican la idea de control, de límite, de sujeción al Derecho, que es imprescindible en el Estado de Derecho» (p. 264). Lo anterior no es obstáculo para que el autor considere que en el Estado constitucional existen problemas específicos y uno de ellos, que se deriva de que el principio de constitucionalidad también vincula al Poder legislativo, es la tensión entre derechos y democracia.

---

<sup>2</sup> HART, H. L. A., *El concepto de Derecho, El concepto de Derecho*, 2.<sup>a</sup> edición, trad. G. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, p. 260.

Este diagnóstico podría completarse señalando que tal tensión es posible porque en el paso del Estado de Derecho al Estado constitucional se han modificado los criterios de legitimidad. Una de las características del Estado constitucional es que la decisión última sobre lo que vale como Derecho ya no la adopta el poder legislativo, sino los órganos de control de constitucionalidad. Y esto es lo que significa la exclusión de determinados temas de la agenda política (p. 319), que en el trabajo se plantea como una tensión entre voluntad y razón y yo plantearía como la tensión entre la confianza en los órganos de control, que tienen sus propios criterios de legitimidad, y la confianza en el poder legislativo. Pero entonces, no parece posible seguir admitiendo que el Estado constitucional supone prolongación y no ruptura con el Estado de Derecho.

Y considero importante no desconsiderar esta forma de presentar la cuestión, porque, efectivamente, la democracia y el constitucionalismo deben plantearse como «realidades vinculadas» (p. 343). En mi caso, no por la defensa de un concepto sustancial de Estado de Derecho, con la ineludible referencia a los derechos que, por otro lado, se presentan como «expresión paradigmática de la concepción moral asumida por los Estados democráticos» (p. 343), sino porque la legitimidad de la Constitución es, en última instancia, democrática, y es democráticamente como se han definido los derechos a los que el poder legislativo, junto con todos los demás poderes, queda vinculado. Desde este punto de vista es desde el que considero de una importancia fundamental una de las advertencias de Javier Ansuátegui: «conviene no perder de vista los peligros de la extrema rigidez de un sistema de autorrestricción constitucional. En efecto, de la misma manera que una comunidad puede encontrar buenas razones para atarse, también las puede encontrar para desatarse». Y es que, creo, también en este sentido, se debe entender la idea de que las democracias contemporáneas son democracias constitucionales (p. 349).

Y, desde luego, está también el otro aspecto de la comprensión de la democracia como democracia constitucional, que guarda relación con la reivindicación que se hace en el libro, y que es frecuentemente olvidada en la reflexión sobre el constitucionalismo, del papel del poder legislativo. Es al poder legislativo y no al judicial o a los órganos de control a quien en primera instancia le corresponde articular el sistema de derechos, de ahí la plena justificación del llamamiento de J. Ansuátegui a: «una legislación que, comprometida con las dimensiones morales asumidas y compartidas por el sistema democrático –y por tanto con la Constitución–, tenga la capacidad de expresar en cada momento el parecer de la soberanía popular» (p. 348).

M.<sup>a</sup> del Carmen BARRANCO AVILÉS  
Universidad Carlos III de Madrid

**APARISI MIRALLES, Ángela: *Deontología profesional del Abogado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, 389 pp.**

En los últimos años existe una creciente *preocupación* deontológica, que afecta al ejercicio de muchas profesiones. En concreto, en el ámbito de la Abogacía, el interés por esta materia se ha intensificado de manera especial, tanto a nivel nacional, como internacional. Prueba de ello es la importancia que ha adquirido en la formación preceptiva previa al acceso al ejercicio de las profesiones de Abogado y Procurador en España<sup>1</sup>.

Precisamente, en este marco se inserta la monografía *Deontología profesional del Abogado*. Su autora, la Catedrática de Filosofía del Derecho Ángela Aparisi, lleva más de dos décadas dedicada a la investigación y docencia en esta materia, méritos a los que se une su larga experiencia como Magistrado suplente en la Audiencia Provincial de Valencia. Fruto de esta trayectoria es la obra que aquí se comenta.

La profesora Aparisi ya publicó, en el año 2006, su monografía *Ética y deontología para juristas* (Eunsa, 2006). En ella reflexionaba sobre los fundamentos, y principios básicos, de la Deontología jurídica en general (Deontología del Juez, del Fiscal, Notario...). En este segundo libro dedicado a la materia, Aparisi se centra, de manera exclusiva, en los principios fundamentales que deben regir la actuación profesional de los Abogados. Y lo hace combinando, de manera muy equilibrada, los fundamentos teóricos, con la dimensión práctica del tema. En este sentido, resulta muy ilustrativo el constante recurso a ejemplos y casos prácticos en relación a cada aspecto, o principio fundamental, de la Deontología del Abogado.

La obra está dividida en tres grandes capítulos. En el primero, titulado *Aspectos Generales de la Deontología del Abogado*, la autora establece el marco en que se centra el trabajo. Partiendo del concepto general de Deontología, (ciencia o tratado del deber), justifica su conexión con la ética, la cual se constituye en fundamento último de la Deontológica profesional. En concreto, la profesora Aparisi entiende que, entre los pilares éticos básicos de toda Deontología, deben encontrarse los siguientes principios: a) la centralidad de la persona y de su dignidad; b) el fin, o función social, de toda profesión; c) la búsqueda de la excelencia a través, no solo del conocimiento científico-técnico, sino también de la adquisición de habilidades y virtudes profesionales. En relación a este último aspecto, destaca la trascendencia de la capacidad de razonamiento prudencial en el jurista.

Al abordar el marco de la Deontología profesional del Abogado, Aparisi destaca la importancia de los Códigos deontológicos. En realidad, la historia

---

<sup>1</sup> El Real Decreto 775/2011, de 3 de junio, desarrolló la Ley 34/2006, de 30 de octubre, denominado «Ley de Acceso». El apartado 3 del artículo 17 aborda la normativa relativa al sistema de evaluación previsto para el acceso al ejercicio profesional de Abogados y Procuradores. En dicho artículo se precisa que «la prueba será escrita y constará de dos partes que se realizarán el mismo día. El primer ejercicio consistirá en una prueba objetiva de contestaciones o respuestas múltiples. El segundo ejercicio de la evaluación consistirá en resolver un caso práctico previamente elegido por el aspirante entre varias alternativas». En los modelos de pruebas suministrados por el Ministerio de Justicia, las preguntas referentes a la Deontología profesional ocupan un lugar fundamental, lo que viene a confirmar el interés creciente por la reflexión ética concerniente a esta actividad jurídica en los últimos años.

de la Deontología ha estado muy estrechamente ligada a la existencia de dichos Códigos. Estos cuerpos normativos han sido, y son, en la actualidad, valiosos instrumentos que favorecen la publicidad, certeza y eficacia de la Deontología profesional.

Tras abordar la naturaleza jurídica, y características generales, de las normas deontológicas, la autora afronta una de las cuestiones más polémicas y discutidas en este ámbito: el problema de la obligatoriedad de dichas normas. El tema lo inserta en el marco de la función social atribuida, legalmente, a los Colegios profesionales, consistente en velar por un adecuado ejercicio de la profesión por parte de sus miembros. Como es bien conocido, para garantizar la plena realización de dicha función, los Colegios profesionales tienen atribuida una potestad disciplinaria. En este tema, la profesora Aparisi se detiene, con detalle, justificando la conveniencia de la existencia de los propios Colegios profesionales –actualmente tan discutida–, y de sus facultades sancionadoras, derivadas de su función de garantes de un correcto ejercicio profesional. Posteriormente, aborda el tema del procedimiento sancionador colegial. Este capítulo finaliza con el tratamiento de los dos Códigos Deontológicos de referencia en este ámbito: el Código de la Abogacía europea, y el Código Deontológico de la Abogacía española. Como destaca la autora, ambos poseen carácter vinculante para los Abogados españoles.

En los restantes capítulos, Aparisi desarrolla, de manera detallada, los principios en los que se sustenta la Deontología de la Abogacía. En concreto, en el segundo capítulo, titulado *Principios de Deontología del Abogado*, expone el significado y consecuencias prácticas de los más característicos: independencia, libertad profesional, integridad, confidencialidad y lealtad. En relación al principio de independencia del Abogado, la autora comienza distinguiéndolo del principio de libertad profesional, destacando también las relaciones entre ambos. Un aspecto que desarrolla de manera especialmente clara y rigurosa es un tema que, en ocasiones no ha sido bien comprendido: la distinción entre los conceptos de independencia y parcialidad del Abogado. También aborda, de forma detallada, el tratamiento de las incompatibilidades en el ejercicio profesional del Abogado.

El capítulo continúa con el análisis del principio de libertad de defensa, incluyendo su aplicación a las distintas formas de ejercicio de la Abogacía: la libertad profesional del Abogado de empresa, en los Despachos colectivos, la situación del Abogado en régimen de dependencia laboral, la independencia en las Sociedades multidisciplinares... Aborda también las limitaciones a este principio y, mas en concreto, la situación en la que actualmente se encuentra la defensa de oficio.

La profesora Aparisi dedica también un valioso estudio al principio de integridad profesional. Delimita su contenido y consecuencias prácticas, y se refiere, entre otras cuestiones, al compromiso de veracidad, probidad y honestidad en el ejercicio profesional del Abogado. En concreto, al abordar las aplicaciones concretas de este principio, trata cuestiones tan trascendentes como la inclinación de la deontología hacia la amigable composición del litigio, o la importancia creciente del mecanismo de la mediación. Un punto especialmente interesante es el relativo a la responsabilidad deontológica del Abogado «matrimonialista». La autora concede también un lugar importante a la relación entre integridad y dignidad profesional, lo que se concreta en el tema de la regulación, legal y deontológica, de la publicidad del Abogado. Por último plantea una cuestión compleja: la relación existente entre la integridad, entendida como una virtud personal, y el principio deontológico de

integridad profesional. O dicho de otra manera, aborda la pregunta relativa a si se puede ser un Abogado íntegro, careciendo de integridad en la vida personal. Como es bien conocido, esta cuestión remite, en definitiva, al problema de la conexión/separación entre ética pública y ética privada.

A continuación, la autora desarrolla el principio de confidencialidad, realizando un exhaustivo examen del secreto profesional. Aborda aquí cuestiones como el contenido y el ámbito temporal del secreto del Abogado, sus límites, dispensas, excepciones... Al tratar las consecuencias prácticas de este principio desarrolla un tema especialmente conflictivo: el relativo al secreto de las comunicaciones del Abogado de empresa. También estudia el secreto profesional del Abogado-testigo, el tema de la entrada y registro en Despachos de Abogados, la problemática relativa al secreto profesional en relación al blanqueo de capitales, las relaciones del Abogado con los medios de comunicación, y la protección penal del secreto profesional del Abogado. Por último, Aparisi lleva a cabo una interesante reflexión sobre la relación existente entre el deber de secreto profesional del Abogado y la virtud de la discreción profesional. En efecto, considera que solo será posible respetar las rigurosas exigencias que implica el secreto profesional del Abogado en la medida en que este profesional adquiera, personalmente, el hábito de la discreción en todas sus actuaciones.

El capítulo segundo finaliza con un estudio del principio de lealtad profesional. Tras analizar el propio concepto de lealtad, desarrolla un interesante análisis de un tema especialmente actual: el relativo a los conflictos de intereses en el ejercicio de la Abogacía. Aborda aquí el concepto, los tipos de conflictos de intereses, los criterios a tener en cuenta para su valoración legal y deontológica, la evolución del tema en las distintas tradiciones jurídicas, y la situación actual de los conflictos de intereses, de manera especial en las grandes firmas de despachos. Seguidamente, trata las exigencias que se derivan del principio de lealtad en relación a la cooperación con el resto de Abogados, así como la negación de estas exigencias en los supuestos de competencia desleal. Tras abordar las consecuencias del principio de lealtad con el Colegio profesional, lleva a cabo un estudio de la función social de la profesión de Abogado, en el que se refiere al sentido último de la defensa de oficio, y al actualmente denominado trabajo *pro bono*.

En el tercer, y último capítulo, bajo el título de *Las relaciones profesionales del Abogado*, la profesora Aparisi expone, con exquisito detalle, el marco deontológico en el que deben desarrollarse las relaciones interprofesionales. En concreto, analiza el *iter* de la relación Abogado-cliente, así como el marco deontológico en el que deben desenvolverse las relaciones del Abogado con los Tribunales de Justicia, así como las relaciones de éste con la parte contraria. Lo hace precisando, detalladamente, las normas deontológicas que deben tenerse en cuenta en cada uno de dichos tipos de relaciones interprofesionales.

La obra incluye al final un práctico Anexo documental, en el que se incluyen las pautas para la confección de una Hoja de Encargo profesional, un modelo de Hoja de Encargo –conforme al modelo aprobado por el Consejo General de la Abogacía Española–, y un Apéndice con los distintos textos normativos a lo que se hace referencia a lo largo de la monografía: la Carta de Principios esenciales de la Abogacía europea, el Comentario a la Carta de Principios esenciales de la Abogacía europea, el Código de Deontología de la Abogacía europea y su Memorando Explicativo, y el Código Deontológico de la Abogacía española.

El lector de esta obra puede percibir, rápidamente, que se trata de un trabajo muy riguroso y meditado, fruto de años de investigación –destaca, en este sentido, el amplio aparato bibliográfico que la autora maneja–, lo que me permite hablar de un libro muy elaborado y completo. En definitiva, este riguroso estudio –que no oculta su vocación como libro de referencia, tanto para estudiantes, como para profesionales de la Abogacía– constituye, sin duda, una excelente contribución, y da respuesta a la creciente necesidad actual de la Deontología jurídica.

Por último, no quiero dejar de destacar un mérito añadido –y que es de agradecer por parte de quienes nos dedicamos a la Filosofía del Derecho–: la contribución que lleva a cabo la profesora Aparisi al mostrar, con claridad, que la Deontología jurídica es una materia que se integra, sin estridencias, en las líneas de investigación propias de la Filosofía jurídica y que puede ser impartida en las aulas, tanto de grado como de postgrado, por los profesores que integramos esta área de conocimiento.

M.<sup>a</sup> Cruz DÍAZ DE TERÁN VELASCO  
Universidad de Navarra

**COLOMER SEGURA, Ana: *Dorothy Day*, Fundación Emmanuel Mounier, Madrid, 2011, 112 pp.; *Peter Maurin*, Madrid, Fundación Emmanuel Mounier, 2013, 122 pp.**

Aunque solo fuera por el casi completo desconocimiento que existe en España de las figuras de Dorothy Day (Nueva York, 1897-Nueva York, 1980) y Peter Maurin (Oultet – Francia, 1877-Nueva York, 1949) ya habría que dar por bienvenidas estas dos miniaturas biográficas dedicadas a dos de los activistas sociales católicos más destacados del siglo XX en los Estados Unidos. Tanto sus respectivas biografías como sus propuestas de reforma social, reflejadas en el movimiento *Catholic Worker* que fundaron, bien merecen ser estudiadas desde la perspectiva de la filosofía política. Las dos monografías de Ana Colomer se centran en relatar la peripecia vital de ambas personalidades. Aunque al hilo de esas presentaciones la autora esboza inevitablemente las bases teóricas en las que se sustentan las iniciativas que Day y Maurin llevaron a cabo, el estudio sistemático de su pensamiento será el resultado de la tesis doctoral que está culminando en estos momentos y que cuando se publique esta reseña ya habrá sido defendida.

1. *Peter Maurin, Dorothy Day y el alumbramiento del Catholic Worker*

Dorothy Day nació en 1897 en el seno de una familia de clase media de Nueva York. Por el trabajo de su padre, se crio en San Francisco y en Chicago. No recibió ninguna educación religiosa en su familia, aunque sus padres pertenecían a la iglesia episcopaliana, donde Day se bautizó y confirmó. A los 16 años recibió una beca para estudiar en la Universidad de Illinois. En esta época, Day abandonó la religión por completo, al tiempo que crecía su sensibilidad hacia el movimiento obrero. Dejó la universidad después de dos años y se mudó a Nueva York a trabajar como periodista, colaborando en publicaciones y grupos de talante socialista y anarquista. Se unió a las manifestaciones de las sufragistas, lo que la llevó a su primera estancia en prisión. Este tiempo de frenética actividad social también fue una época inestable en lo sentimental: Day se enamoró de un hombre que no la amaba y que la abandonó cuando ella se quedó embarazada, aun después de que ella abortara su criatura por tratar de salvar su relación. Esto sumió a Day en una profunda depresión, se cambió de ciudad varias veces y se casó con otro hombre, aunque el matrimonio no llegó a durar un año. Durante todo este tiempo había ido naciendo en Day un impulso por acercarse a la Iglesia católica, y había tenido encuentros inspiradores con gente religiosa. Poco después conocería al que siempre consideró el amor de su vida, Forster Batterham, con quien estableció una relación de hecho y vivió unos años felices en la playa de Staten Island, Nueva York. La inquietud religiosa de Day despertó con más fuerza al quedarse embarazada, un hecho inesperado y feliz, pues ella pensaba que no podría concebir de nuevo. Cuando nació su hija, Day decidió bautizarla en la Iglesia católica, pues era la iglesia de los trabajadores y los inmigrantes, la gente con quien ella siempre había querido identificarse. Forster era un ateo convencido y no creía en el matrimonio, así que empezó un distanciamiento entre los dos que se hizo definitivo cuando Day se bautizó un año después. La pareja se separó para siempre, y Day vio con tristeza cómo su bautismo implicaba, no solo el distanciamiento de su compañero, sino el

de sus amigos y, más aún, el de las «masas obreras», cada vez más cercanas al comunismo y más alejadas de la Iglesia. En los años treinta, Day era una periodista que escribía para revistas católicas, con una especial sensibilidad hacia el movimiento obrero, pero que vivía con angustia ese distanciamiento cada vez mayor entre los trabajadores y el mensaje evangélico.

Esto habría seguido así de no ser por la llegada a Nueva York de Peter Maurin. Nacido veinte años antes que Day en el Languedoc rural, Maurin había llevado una vida errabunda y algo novelesca antes de encontrarse con Dorothy Day. En su juventud fue hermano de La Salle, donde había cultivado la vocación por educar que permanecería siempre en él. Antes de hacer sus votos a perpetuidad, decidió dejar la congregación y unirse a movimientos intelectuales de París ligados al catolicismo reformista. Siempre ávido lector, estudió las ideas del personalismo francés, que seguiría a lo largo de los años y se encargaría de transmitir a Dorothy Day. En 1909, decepcionado con la política francesa, decidió emigrar a Canadá, donde se estableció con la idea de «volver al campo», influido por las ideas de los distributistas británicos y los recuerdos de una infancia sencilla y feliz. La empresa agrícola no funcionó, por falta de medios para afrontar las duras condiciones climatológicas, así que durante más de veinte años Maurin se dedicó a trabajar en Canadá y Estados Unidos como asalariado en todo tipo de empleos no cualificados y mal pagados. Cuando conoció a Dorothy Day, en plena crisis económica, aparentaba ser uno más de tantos obreros que pasaban penurias, pero pronto se evidenció su gran bagaje intelectual y dio a Day el impulso que ella necesitaba para poner en marcha una publicación que acordaron en llamar *Catholic Worker*: un periódico que mostraba a los trabajadores que la Iglesia estaba de su lado y proponía una «revolución del corazón» para crear una sociedad más justa. En el periódico se mezclaban noticias de condiciones laborales y huelgas con menciones al distributismo, el personalismo y la Doctrina Social de la Iglesia.

En un ejercicio de coherencia, pues se promovía la responsabilidad personal, Day empezó a organizar varias casas de acogida para desempleados y personas sin hogar, en las que tanto ella como Maurin vivieron y desde donde ambos se esforzaron por hacer realidad el ideal de comunidad personalista que buscaban para el resto de la sociedad. Desde lo que ya era el «movimiento» *Catholic Worker*, se pusieron en marcha mesas redondas y escuelas de formación para discutir los problemas económicos, sociales y políticos del momento. Como respuesta a la crisis de empleo, se abrieron varias granjas comunitarias, en busca de una filosofía que viera el trabajo como un medio de desarrollo personal, conectado con las necesidades humanas, en contraposición al trabajo alienante de las fábricas de las ciudades.

Desde el principio de su publicación, el *Catholic Worker* dejó claro que era un periódico pacifista, idea promovida directamente por Dorothy Day. Dando cabida también a reflexiones en torno a la guerra justa y sin llegar a rechazar del todo esta doctrina clásica, el periódico defendería que la guerra moderna era injustificable. A pesar de las constantes críticas y dificultades, Day permaneció toda su vida como una firme crítica al capitalismo individualista y al belicismo, dos realidades aceptadas en Estados Unidos, pero que ella veía profundamente nocivas, no solo para los estadounidenses, sino para todas las personas. Se manifestó en numerosas ocasiones con los obreros que pedían mejores condiciones laborales, así como contra las guerras y las armas nucleares, hechos que la llevaron a varias estancias en prisión, la última de ellas a los 76 años. En sus últimos años de vida recibió numerosos reconoci-

mientos, y a su muerte fue calificada como la persona católica más importante de Estados Unidos. En 1998 se inició la causa de su canonización.

Llama la atención lo poco que tenían en común Dorothy Day y Peter Maurin cuando se conocieron. Ella era americana, él francés; ella nació y se crió en una gran ciudad, él venía del campo y nunca renunció a esas raíces; ella procedía de un ambiente ajeno a la religión, él pertenecía a una familia profundamente católica; ella tuvo una conversión religiosa radical, él siempre mantuvo una intensa fe; ella apenas dedicó tiempo a su formación académica, él tenía una vasta cultura alimentada de su insaciable afán lector; ella cultivó sus lazos familiares y siempre vivió muy vinculada a su única hija Tamar Teresa (1926) y a sus seis nietos, él tuvo una existencia solitaria; ella siempre se interesó acciones que tuvieran un impacto social inmediato, él se preocupaba por transmitir toda una filosofía desde la que reconstruir por entero la sociedad. A pesar de esas diferencias, o precisamente por ellas, existió una total complementariedad entre ambos a la hora de poner en marcha el *Catholic Worker*. Dorothy Day siempre reconoció la deuda intelectual que tenía con Peter Maurin. Pero es obvio que si Peter Maurin no se hubiera encontrado con Dorothy Day jamás habría existido el *Catholic Worker*.

## 2. *Del compromiso existencial a la responsabilidad social*

Como se ha dicho, el movimiento *Catholic Worker* tenía tres áreas fundamentales de acción: el periódico y las mesas redondas como espacios de encuentro entre personas con formas de pensar muy diversas para tratar de los grandes problemas sociales que afligían a la clase obrera; las casas de acogida para personas que carecían de alojamiento o recursos para vivir; y las granjas comunitarias donde trabajadores y estudiosos vivían en comunidad. La inspiración de estos tres proyectos procedía de Peter Maurin, quien a su vez las tomó de los monjes irlandeses que evangelizaron Europa tras las invasiones bárbaras. Maurin abogaba por una «revolución verde», en honor de los monjes irlandeses, frente a la «revolución roja» de los comunistas. Maurin presentó el proyecto, con sus tres ramas y las fuentes de las que bebía, en las páginas del *Catholic Worker* con estas palabras: «A través de las discusiones en mesas redondas, distribuidas por toda Europa, hasta Constantinopla, los misioneros irlandeses hicieron pensar a la gente. A través de las casas de acogida, los misioneros irlandeses ejemplificaron la caridad cristiana. A través de las comunas agrícolas, los misioneros irlandeses convirtieron a los pensadores en trabajadores, y a los trabajadores en pensadores» (Maurin, P.: «Maurin's Program», en *The Catholic Worker*, junio-julio 1933, p. 4).

Como es obvio, el movimiento *Catholic Worker* se inspira en el cristianismo y se pone en marcha gracias al profundo compromiso de sus dos artífices tanto con la fe cristiana que profesaban como con las clases más desfavorecidas por las que luchaban. Ante esta evidencia resulta inevitable volver sobre una de las cuestiones cruciales de la filosofía política, que es objeto de gran controversia: la relación entre las creencias privadas y la vida pública. Está extendida la idea de que la ordenación justa de la sociedad es previa a las cosmovisiones particulares de los individuos: las ideas de bien de los individuos pueden comparecer solo una vez que se ha construido una idea de justicia imparcial para todos. Por eso, se llega a afirmar que las cosmovisiones particulares constituyen un obstáculo para la ordenación justa de la sociedad.

Las vidas de Dorothy Day y Peter Maurin son, a mi entender, un testimonio de lo contrario en un triple sentido. Primero, ellos nunca ocultan que su proyecto de acción social se sostiene en la fe que ambos profesan. Entienden que es precisamente esa cosmovisión particular la que les indica el modo de construir una sociedad más justa. Evidentemente no se trata de una novedad. Desde Gandhi hasta Nelson Mandela pasando por Martin Luther King Jr., por citar solo a tres de las personalidades más influyentes en el reconocimiento de la dignidad humana en el siglo XX, advertimos que las convicciones personales más profundas –incluso las religiosas– están a la base de su acción social. Lejos, pues, de abdicar de las cosmovisiones personales para construir un mundo más justo, los grandes reformadores sociales llevan a cabo su empresa a partir de ellas. Segundo, es difícil pensar que la iniciativa que llevaron a cabo a partir de sus creencias no contribuyó decisivamente a mejorar las condiciones de vida de los más desfavorecidos y a crear un orden social más justo. Es cierto que Maurin y Day no se preocuparon tanto de exigir al Estado la garantía de unas condiciones de vida digna para la clase obrera como de lograr que la propia sociedad atendiera esas necesidades. Pero con su acción lograron mejorar la vida de muchas personas, incrementar la solidaridad ciudadana, y favorecer la adopción de políticas que garantizaran los derechos de los trabajadores. Tercero, solo por la fuerza de su creencia personal –que les llevó a realizar grandes sacrificios a lo largo de muchos años– pudieron llevar a cabo aquello en lo que creían. Si no hubiera sido por sus cosmovisiones particulares su acción social no habría tenido el desarrollo y continuidad que sigue teniendo hoy en día.

El pensamiento y la acción social de Dorothy Day (en menor medida el de Maurin, pues murió treinta años antes y además siempre estuvo más interesado en la difusión personal de sus ideas) pivota sobre dos pilares: el anticapitalismo y el pacifismo. Tuvo mérito mantener esta doble posición en un país que se identifica en buena medida con el capitalismo y el militarismo. Y más aún hacerlo cuando lo hizo ella. Ser pacifista en Estados Unidos durante la guerra de Vietnam era subversivo pero muy común. Ahora bien, serlo durante la 2.<sup>a</sup> Guerra Mundial era juzgado por muchos como una actitud sentimentalista y, por algunos, hasta como una suerte de traición a la patria y a los valores de Occidente. Ser anticapitalista en la actualidad, cuando la crisis económica ha hecho aflorar las entrañas perversas del capitalismo, no plantea problemas de estigmatización social. Pero serlo en los años cuarenta y cincuenta, cuando parecía que era el modo óptimo de organizar la vida económica a la vista de los niveles de crecimiento que tenía Estados Unidos, era motivo de sospecha. Ambas posiciones mantienen enteramente su vigencia en la actualidad. El capitalismo resulta hoy mucho más obscuro que cuando vivía Dorothy Day. Y la guerra nunca nos ha abandonado; al contrario, sus manifestaciones no han hecho más que diversificarse. Por ello, Dorothy Day se nos presentan como un modelo plenamente actual al contemplar la lucidez de sus intuiciones y la tenacidad de su empeño por llevarlas a cabo.

### 3. *La comunidad científica y el progreso en el conocimiento*

Ana Colomer ha escrito las dos obras que comento en su condición de investigadora del Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política de la Universitat de València. Desde sus inicios ese departamento se ha caracterizado por el número y la calidad de las tesis doctorales realizadas sobre autores de finales

del siglo XIX y del siglo XX que han tenido una especial relevancia para la filosofía del derecho y la filosofía política contemporáneas: Giuseppe Capograssi (Jesús Ballesteros); Emile Durkheim (Javier de Lucas); Jean Lacroix (Ernesto Vidal); Agnes Heller (María José Añón); Gabriel Marcel (Encarnación Fernández); Simone Weil (Emilia Bea) son solo los primeros y valiosos testimonios de una dilatada, fecunda y brillante tradición investigadora.

Dentro de esa línea de investigación ha adquirido un notable desarrollo el estudio de autores personalistas, en el marco del grupo de estudios personalistas que en estos momentos lideran Ernesto Vidal, August Monzón y Emilia Bea. Es precisamente en ese entorno en el que Ana Colomer viene desarrollando su trabajo. Se pone así de manifiesto lo que todos en la Universidad sabemos pero no siempre se valora ni se cuida suficientemente: que más importante aún que las capacidades del individuo para la investigación es la escuela –la tradición investigadora– en la que se inserta. Ciertamente no todos los investigadores tienen la fortuna de iniciarse en una genuina escuela de investigación porque son más frecuentes las estructuras investigadoras meramente formales. Más difícil aún es que se integren en escuelas de investigación maduras que hayan sido capaces de ofrecer resultados científicos de excelencia. Tal es el caso del departamento que hace ya treinta años puso en marcha el recién jubilado Jesús Ballesteros. Y uno de los muchos frutos maduros del departamento es la robusta línea personalista, que lo convierte en el que más tesis doctorales sobre autores personalistas se han defendido en España y quizá al mundo.

Con estos antecedentes no pretendo quitar méritos a los excelentes relatos biográficos que Ana Colomer ha publicado sobre dos autores que, aunque vivieron y trabajaron en Estados Unidos, bien pueden vincularse a la corriente personalista. Únicamente quiero poner de manifiesto que, cuando se trabaja en entornos intelectuales propicios, es mucho más probable que los trabajos de investigación produzcan resultados tan valiosos como los que Ana Colomer ha conseguido con estos dos libros. De ahí que la Universidad y los poderes públicos deberían considerar como una de sus prioridades el fomentar las condiciones para que esas escuelas de investigación florezcan. En no pocas ocasiones parece que hagan lo contrario, bien porque sofocan la investigación con un exceso reglamentista, bien porque tratan toda la investigación como si solo existiera la que se hace en los laboratorios y con grandes infraestructuras científicas.

Tres méritos principales encuentro en los dos libros de Ana Colomer que he comentado. Primero, aproxima al lector español dos figuras de la acción social estadounidense del siglo XX: Peter Maurin y Dorothy Day. Casi todo el mundo en España conoce a Martin Luther King Jr. Muchos han oído hablar de César Chávez (de quien, por cierto, se ha presentado recientemente un Biopic: *César Chávez: An American Hero*, Diego Luna, 2013). Pero casi nadie sabía nada hasta ahora en España de Day y Maurin. Segundo, aun tratándose de dos biografías extraordinariamente rigurosas, construidas a partir de todas las fuentes disponibles (en muchos casos difíciles de conseguir), su lectura resulta apasionante. Gracias a la buena pluma de la autora, el rigor de la investigación no ha sepultado el atractivo de los personajes. Tercero, Ana Colomer se centra en narrar los hechos pero va dejando caer referencias al pensamiento de ambos personajes, de modo que crea expectativas que supongo que podrán satisfacerse tras la próxima presentación de su tesis doctoral.

Vicente BELLVER CAPELLA  
Universitat de València

**ESCUDERO ALDAY, Rafael: *Modelos de democracia en España. 1931-1978*, Madrid, Ed. Península, 2013, 335 pp.**

«Se sintió olvidado, no con el olvido remediabile del corazón, sino con otro más cruel e irrevocable que él conocía muy bien, porque era el olvido de la muerte.»  
Gabriel García Márquez, *Cien años de soledad*

En el año 2012 se conmemoró el bicentenario de la Constitución de Cádiz. En aquel texto, primero del constitucionalismo español, se articuló un sistema jurídico liberal del que hoy en día el sistema jurídico se siente heredero: artículos en prensa, coloquios, monografías, reminiscencias en el Congreso de los Diputados de aquella *Pepa* que apenas se mantuvo en vigor seis años (en tres períodos distintos: 1812-1814, 1820-1823 y 1836-1837). Instauró un sistema basado en la soberanía nacional y en la monarquía constitucional en la que los poderes quedaban separados y el sufragio se restringía al varón. Un Estado liberal ultraoceánico y católico en el que no se articuló un elenco de derechos, pero se constitucionalizó el derecho a la propiedad privada, la libertad de imprenta o la libertad de industria.

Si este modelo constitucional ha suscitado elogios entre diversas fuerzas políticas y jurídicas, haciendo entroncar incluso la vigente Constitución de 1978 con aquella gaditana, no parece correr la misma suerte aquella otra Constitución aprobada a finales del año 1931. Esta distancia entre 1931 y 1978 quizás se debe, sin entrar a discutir la amnesia deliberada<sup>1</sup>, a que el modelo constitucional de clara vocación social consagrado en 1931 (art.1: «España es una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de libertad y justicia. Los poderes de todos sus órganos emanan del pueblo [...]») dista, al menos, en términos jurídicos del modelo liberal impuesto en 1978, a pesar de que las constituciones más cercanas, como la italiana de 1948 (art. 1: «Italia es una república democrática fundada en el trabajo. La soberanía reside en el pueblo [...]») y la portuguesa de 1976 (art.1: «Portugal es una república soberana, basada en la dignidad de la persona humana y en la voluntad popular, y empeñada en la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria»), no lo constitucionalizaban, situándose más próximas al texto de la segunda experiencia republicana española.

En este marco se encuadra el libro *Modelos de democracia en España*. El profesor Rafael Escudero, en la línea de investigación que desde hace algunos años trabaja<sup>2</sup>, analiza dos períodos históricos con sus respectivas constituciones: la Constitución de la II República de 1931 y la Constitución de la Monarquía parlamentaria actual. Dos modelos de democracia, como reza el

<sup>1</sup> Sobre estas amnesias se ocupa Rafael Escudero en el libro que se reseña, especialmente en el capítulo ¿Ningún tiempo pasado fue mejor? (pp. 33-80).

<sup>2</sup> Entre otras cabe destacar *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*, Ed. Trotta, Madrid, 2013; *Diccionario de memoria histórica. Conceptos contra el olvido*, ed. Los Libros de la Catarata, Madrid, 2011; «La sombra del franquismo es alargada: el fracaso de la llamada Ley de Memoria Histórica», en García López, D. J. y Fernández-Crehuet López, F. (eds.), *Derecho, memoria histórica y dictaduras*, Ed. Comares, Granada, 2009, pp. 33-60; y el pionero *Derecho y memoria histórica*, Ed. Trotta, Madrid, 2008.

título, bien distintos entre sí. Tanto que la pretendida línea de continuidad entre la *institución* y la *constitución* se quiebra a la luz del análisis<sup>3</sup>. Se puede decir, quizás sin riesgo a equivocarnos, que la Constitución de 1978 traiciona la democracia construida por la Constitución de 1931. Esta aseveración queda suficientemente argumentada en este libro.

El *tête à tête* al que enfrenta Rafael Escudero las dos constituciones se organiza en torno a tres cuestiones, así como una introducción en la que aborda la desmitificación de la Transición (capítulos 1 *La constitución: instrucciones de uso* y 2 *¿Ningún tiempo pasado fue mejor?*): *quién manda, cómo se manda y qué se manda*. A través de una argumentación rigurosa a la vez que accesible al lego en cuestiones jurídicas, no se realiza una defensa acérrima de la Constitución republicana, pues muestra también sus zonas oscuras y sus fracasos, sino una labor de aprendizaje de aquella experiencia jurídico-política silenciada y sepultada por cuarenta años de dictadura fascista y treinta de democracia neoliberal.

Desde su propia génesis, ambas Constituciones muestran diferencias. Si la Constitución de 1931 fue pergeñada como una herramienta para mitigar las estructuras de dominación, esto es, la Constitución como instrumento de transformación social, el texto constitucional de 1978 no pretendía una transformación social sino una simple salida formal a la dictadura franquista (pp. 26-28), esto es, una constitución reformista/continuista. Veamos algunas diferentes que resalta el profesor Escudero en su análisis.

Ad.1) *Quién manda*: En esta pregunta se encajan los problemas relativos a la soberanía, su cesión y la reforma constitucional (capítulos 3 *La soberanía popular, de la teoría a la realidad* y 8 *Interludio. Ciudadanía y poderes salvajes*). Si bien el punto de partida radica en que la soberanía reside en el pueblo, la Constitución de 1978 la encuadra, con cierta retórica liberal asumida ya por el franquismo, en el carácter nacional. Así, mientras la Constitución de 1931 incorpora la fórmula de la soberanía popular y elementos de democracia directa (referéndum legislativo, iniciativa legislativa popular), el texto constitucional vigente limita la participación ciudadana a la elección de los representantes políticos. Del mismo modo, el procedimiento más agravado de reforma constitucional que establece la Constitución de 1978 en relación a la de 1931 (no diferencia materias, no necesita referéndum), requiriendo el acuerdo de los dos grandes partidos (en agosto de 2011, PP y PSOE pactaron una reforma de una parte de la Constitución para la que no se necesita referéndum pero que, sin embargo, afecta directamente a materias del núcleo duro, pues supone una modificación del Estado social y democrático de Derecho), blindas las posibilidades de adaptación del texto a la realidad social.

Ad. 2) *Cómo se manda*: los diferentes poderes, su garante, la forma de Estado y la cuestión territorial ocupan los puestos protagonistas en esta segunda cuestión (capítulos 4 *Democracia o genética*, 5 *Montesquieu en el siglo XXI*, 6 *La defensa de la Constitución* y 7 *Un Estado, ¿una nación*). De la República democrática de trabajadores a la monarquía parlamentaria, cuya jefatura de Estado se hereda y no se elige democráticamente, se percibe una notable distancia. Mas existen otras diferencias no tan visibles: la Constitu-

---

<sup>3</sup> Me refiero al libro de ELÍAS DÍAZ *De la institución a la constitución. Política y cultura en la España del siglo XX*, Ed. Trotta, Madrid, 2009.

ción de 1931 establecía un parlamento unicameral, el sufragio universal e igualitario y un sistema electoral que daba cabida a numerosas opciones políticas, así como la moción de censura destructiva. De esta forma se construía un parlamento fuerte y un poder ejecutivo bicéfalo (presidente de la República y Gobierno). Por el contrario, el texto de 1978 consagra el bicameralismo, el bipartidismo y la moción de censura constructiva. Así, se refuerza el poder ejecutivo en detrimento de un parlamento marcadamente débil. Ambas constituciones, aunque con matices, recogen la herencia teórica de Kelsen en la configuración de un órgano encargado de su defensa: el Tribunal de Garantías Constitucionales y el Tribunal Constitucional.

Ad. 3) *Qué se manda*: si las dos anteriores preguntas hacen referencia a la forma en la que la Constitución configura el poder (como autoridad), esta última se adentra en los mecanismos a través de los cuales el ciudadano puede limitarlo e instrumentar mecanismos de justicia social (capítulos 9 *Tomarse en serio los derechos humanos* y 10 *Hacia la igualdad real*). La Constitución de 1931, en un período histórico en el que los derechos humanos eran meramente embriones en gestación, no perdió la oportunidad y amplió sus espacios y sujetos, abordando materias que se entendían privadas (matrimonio, familia, educación, trabajo, economía), así como constitucionalizando el principio de igualdad (sufragio universal, eliminación de distinciones y títulos nobiliarios) y la laicidad del Estado. En cambio, el constituyente del vigente texto parece no haber querido rendir al máximo. Es cierto que incorpora un elenco de derechos (sociales), pero sin sus correlativos deberes.

A la luz de este esquema de diferencias, lo que en la actualidad está en juego es el núcleo duro de la Constitución: el Estado de Derecho. La experiencia republicana nos aporta en bagaje jurídico de incalculable valor que nos puede ayudar a comprender las causas y encontrar las soluciones ante los problemas que la crisis económica –ergo el sistema económico– ha producido. Habrá que aceptar el reto que Rafael Escudero nos plantea al final de su epílogo (*Alegato para demócratas en crisis*), y permítanme aquí la extensa cita:

«urge dotarse de un marco que ponga fin a esta deriva antidemocrática. El reto no es sencillo, por supuesto, pero tampoco lo era en 1931 y ello no impidió a los republicanos lanzarse a construir una nueva cultura desde la que transformar la sociedad que recibieron. Quienes se opusieron entonces se opondrán de nuevo ahora. Pero la crisis ha colocado a cada uno en su lugar. Ha puesto las cartas boca arriba sobre la mesa y ha desvelado el papel jugado por los distintos sujetos políticos, económicos y sociales, los cuales en el futuro ya no podrán ocultarse bajo sus tradiciones máscaras y juegos de artificio. Igualmente, ha mostrado que la Constitución de 1978 no es un instrumento útil desde el que construir una sociedad democrática e igualitaria, de modo que insistir en ella no conduce más que a la frustración y a la desesperanza. Es necesario pues dirigir los esfuerzos hacia la consecución de una hegemonía social, ideológica y cultural que posibilite un cambio de régimen constitucional. A ello quedamos emplazados» (p. 302).

Daniel J. GARCÍA LÓPEZ  
Universidad de Almería

**ESTÉVEZ ARAÚJO José Antonio (ed.): *El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los deberes*, Madrid, Trotta, 2013, 264 pp.**

En no pocas ocasiones la mirada del ciudadano lego en derecho es más lúcida que la del propio jurista cuando de derechos se trata, sobre todo cuando estos parecen desvanecerse. El jurista, interpelado sobre si en definitiva tenemos derecho, por ejemplo, a la vivienda, podrá moverse con soltura apelando al valor indudablemente normativo de la constitución, a la vinculación de todos los poderes públicos a la constitución y al resto del ordenamiento, a la ubicación sistemática del artículo 47 o a la naturaleza jurídica de los principios rectores de la política social y económica. Pero, en definitiva, y en términos claros para que la ciudadanía sepa a qué atenerse ¿tenemos o no tenemos derecho a una vivienda digna? Aquí el jurista bienintencionado y acaso favorable a la expansión de los derechos en un sentido propicio a los más débiles no sabrá bien qué contestar. Si una respuesta cínica está fuera de lugar, aceptar sin más la debilidad de los derechos se le antoja contraproducente. ¿No sería admitir también la debilidad de los argumentos que en algún momento habrían de servir para intentar forzar su mayor protección legal o su exigibilidad ante los tribunales? ¿No sería renunciar de alguna manera a la fuerza argumental y de legitimidad que otorgaría el reconocimiento normativo como derecho?

Estas prevenciones podrían tener sentido mientras fue de alguna manera plausible el relato de la expansión y consolidación de los derechos, junto con la convicción de que la fase ascendente de los derechos era una tendencia de fondo, por más que fuera compatible con retrocesos puntuales incluso si estos podían llegar a ser graves. En tales condiciones se trataba de ir avanzando jurídicamente, paso a paso, de recuperar eventuales retrocesos en un proceso en el que los juristas –desde distintas posiciones– tendrían un protagonismo especial. Poner en duda el relato sería una mala táctica, por más que en ningún caso –y por la propia coherencia del relato– podría llegar a comprometer las trincheras básicas, garantizadas por la irreversibilidad histórica del Estado de derecho y de la Democracia. No interesa discutir en qué momento dejó de ser plausible esta visión o si lo debió haber sido alguna vez. El hecho es que hemos podido ver cómo la crisis iniciada en 2008 propició el barrido sistemático de unos derechos sociales que apenas si mostraron capacidad de resistir la corriente que se venía encima. Ya antes, las políticas securitarias desatadas con motivo del terrorismo habían erosionado gravemente algunos de los derechos antirrepresivos con más solera histórica y creando zonas de excepción en las que ni siquiera estaban presentes los derechos. Lo que tienen en común ambos casos es que los derechos sucumbieron estrepitosamente justo en los momentos que parecían llamados a cumplir su principal razón de ser. Justo en el momento en que habían de suponer, por utilizar una metáfora ya muy maltratada, la línea roja que no se podría traspasar bajo ningún concepto, el límite mínimo ante el cual otras consideraciones (políticas, económicas...) debían ceder.

No es que no se hubiera advertido antes de que culminaran todos estos hechos consumados, claro está. Se repitió muchas veces que los derechos y las conquistas sociales no eran irreversibles, aunque cabe cuestionarse si éramos plenamente conscientes de lo que realmente implicaba esta afirmación. El propio Juan-Ramón Capella, uno de los autores del libro, había insistido

ya tiempo atrás en el hecho de que la cristalización de los derechos suele traer consigo la disolución de las fuerzas sociales que han contribuido a su victoria, la disolución de ese poder y su delegación para ser administrado por parte de funcionarios estatales. Pero precisamente por eso es destacable es el esfuerzo sistematizador que hay en *El libro de los deberes* por desarrollar las implicaciones de este punto de vista, lo que involucra un desarrollo de categorías conceptuales originales que presentan novedades destacadas respecto a las que venimos utilizando habitualmente para pensar estas cuestiones. Pero más allá de su novedad, lo destacable es que estos conceptos y marcos de trabajo presentan importantes potencialidades para el análisis y contribuyen a pensar mejor viejos y nuevos problemas. Y esto es algo que los propios autores se encargan de demostrar a lo largo de unos capítulos que al afrontar una amplia gama cuestiones ponen a prueba el esquema de partida. Solo esto bastaría para decir que estamos ante un libro importante, que debería además abrir caminos en la investigación, sí, pero también caminos en la invención de prácticas emancipatorias nuevas.

El argumento central de este libro, ya desde la propia intención explícita de los autores, es poner el acento en los *deberes*, como *contenido esencial* de los derechos. Mediante esta operación de poner los deberes en primer plano se lograrían varias cosas. Por un lado hay una cuestión metodológica, es decir se trata de buscar una vía para analizar el derecho y los derechos «de un modo que descarte falsedades fundamentales». Una intención explícitamente antiideológica, pues. Pero además de eso, se trata de afrontar algunas cuestiones que desde el lenguaje y la práctica de los derechos no pueden ser abordadas satisfactoriamente.

Por eso resulta un mérito nada desdeñable del planteamiento de este libro, que se percibe desde su subtítulo, el concebir los derechos como una *estrategia* emancipatoria, esto es, como un recurso. Esto es importante, pues no en pocas ocasiones la centralidad de los derechos, el postularlos como la medida de todas las pretensiones legítimas, conduce a resultados perversos. Así en el ámbito del activismo por los derechos, pero sobre todo en la academia, ocurre no pocas veces que si una pretensión, por más justificada que pueda antojarse, es incapaz de ser traducida al lenguaje de los derechos, eso será tomado como una razón contra ella, no como una deficiencia del lenguaje de los derechos. Pensemos en los variados ejemplos de los derechos relativos al medio ambiente, de los derechos de las generaciones futuras, de los derechos de los animales o aún de los derechos colectivos, entre otros. De las dificultades –de variada índole– que tienen para ser concebidos como auténticos derechos (o para ser debidamente ejercidos o garantizados) se llega con frecuencia a suponer que su relevancia es menor o que no vale la pena volcar esfuerzos en esas cuestiones. Si, por tomar uno de los ejemplos, las generaciones futuras no pueden ser titulares derechos, en lugar de concluir que eso es una insuficiencia de tal institución, se concluye que los intereses de estas no han de ser valorados con tanta intensidad como otros. Ello sólo se puede hacer desde una concepción que de alguna manera cosifica la propia noción de derechos hasta poner la institución por encima de aquello para lo que debía servir. Hay que notar, que ni en este caso ni en ninguno de los otros que he usado como ejemplo, la noción de *deber* –junto con la de *responsabilidad*– tiene esos inconvenientes.

El libro se articula en buena medida a partir del capítulo de J. R. Capella «Derechos, deberes: la cuestión del método de análisis», que funciona como referente teórico general con el que se dialoga para el tratamiento de las dis-

tintas cuestiones que se van afrontando en los demás capítulos. En este trabajo se desarrolla entre otros asuntos el que sería el eje principal y la tesis más importante del libro: la ya mencionada de que el contenido de los derechos no es el bien que protegen sino los deberes que otros tienen, de tal modo que no se tiene realmente un derecho si otros no tienen deberes respecto a aquello que se quiere proteger. En este sentido, la noción de deber sería primaria respecto a la idea de derecho, que sería derivada de aquella. Si no existen deberes relacionados no se puede decir que en el plano jurídico exista un derecho o, en todo caso, si los deberes son insuficientes tendremos un derecho medio vacío.

Esta que por comodidad denominaré la tesis de los deberes puede, efectivamente, emparentarse con la noción de las garantías, tal y como la ha desarrollado L. Ferrajoli en su teoría garantista de los derechos fundamentales. Así lo sugiere, por ejemplo, uno de los autores del libro Pedro Mercado. Ferrajoli argumenta la conveniencia de distinguir entre derechos y garantías. Para Ferrajoli los derechos expresan expectativas respecto a ciertas obligaciones, que pueden ser obligaciones de prestación o prohibiciones y que constituirían las garantías primarias. A la vez, habría garantías secundarias que son obligaciones de reparación para el caso del incumplimiento de las garantías primarias. Así, aunque se trata de nociones relacionadas con la del deber, para Ferrajoli puede darse el caso de la existencia de un derecho fundamental, esto es, un derecho jurídicamente reconocido con carácter general, pero que todavía no cuenta con las garantías adecuadas.

Creo, sin embargo, que hay algunas diferencias notables entre estas dos propuestas. Para Ferrajoli la inexistencia de las garantías no afectaría a la existencia del propio derecho, dado que ambas cosas son diferentes y relativamente independientes. La existencia del derecho implicaría un mandato jurídico vinculante para el poder que le compelería a incorporar las garantías correspondientes. Esta presencia de un derecho proclamado, combinado con la ausencia de garantías, suele ocurrir frecuentemente dada la habitual distancia entre las grandes proclamaciones constitucionales (e internacionales) de derechos y el derecho ordinario. Sin embargo, lejos de constituir una negación del derecho fundamental lo que hace es incorporar limitaciones a la potestad del legislador que deberá verse obligado a incorporar las garantías. Tendríamos, por retomar el ejemplo con el que comenzamos, derecho a una vivienda digna, si bien las garantías correspondientes no estarían (todavía) o estarían insuficientemente desarrolladas. La propuesta de los deberes como contenido esencial, por el contrario, juzga que en una situación como esta el proclamado derecho sería, en el plano jurídico, un derecho vacío o como mucho un derecho a medias por carecer total o parcialmente de contenido. No creo que esta diferencia sea puramente lingüística, reconducible a la idea de que donde para unos tenemos jurídicamente un derecho, para otros no lo tenemos, sin que de eso se derivasen mayores consecuencias. Para la tesis de los deberes como contenido esencial, en la medida en que los deberes y obligaciones son primarios respecto a los derechos, sólo una vez que tengamos los primeros podremos pasar a considerar el derecho.

Hay una segunda diferencia que creo destacable. En la medida en que la tesis de los deberes evalúa la calidad de un derecho de acuerdo con los deberes y obligaciones en que consiste, tiene un indudable carácter antiideológico, empezando por evitar los autoengaños en el análisis jurídico. Pero ¿no cabe la posibilidad de caer al tiempo en un cierto formalismo jurídico? La respuesta es sin duda negativa, precisamente por otra diferencia notable con

el planteamiento garantista, y es que se no trata de una tesis en absoluto jurisdicista. Por más que se plantee situar en los deberes el centro del análisis jurídico de los derechos, hay un elemento que evita este problema: la conciencia radical de la precariedad de los derechos. En efecto, en la medida que muchos –y en ocasiones la totalidad– de los deberes son deberes del Estado no podemos tener la garantía de que el Estado cumplirá sus deberes. Es decir, los mecanismos puramente jurídicos para asegurarse de que el Estado cumplirá sus deberes son precarios, como precarios son entonces los derechos. Así será siempre, sin que exista la posibilidad de dar por ganado un derecho de una vez por todas. De ahí que también ha de ponerse en primer plano la cuestión del poder social, la politicidad de las luchas que el derecho tiende a despolitizar. La rigurosidad del análisis jurídico no exige, más bien al contrario, que el análisis sea sólo jurídico o formal.

Quizá no habría ni que aclararlo, pero la tesis de los deberes no es conservadora, antimoderna o banal. Desde luego no es banal, porque de lo dicho hasta aquí ya resulta claro que la pretensión de los autores no es meramente hablar de derechos desde unos deberes que serían una mera contracara interdefinible de aquellos, sino que hay aquí mucha más enjundia. Con respecto a las otras cuestiones, es cierto que en ocasiones el reclamo de una mayor incidencia en los deberes ha venido de la mano de cierto pensamiento conservador, incómodo con la propia noción de los derechos y desde una pretensión paternalista. Quizá esa identificación conservadora haya sido uno de los motivos por los que generalmente haya habido una cierta reticencia a teorizar los deberes. Pero no hay aquí ningún tipo de nostalgia premoderna o comunitarista sino la constancia de que la reducción a derechos (en muchas ocasiones privados de contenido) de las instituciones –mentales y materiales– que hemos podido crear como intentos de contener la injusticia y la barbarie, ha supuesto un considerable empobrecimiento que se hace urgente corregir. Es necesario, como afirma Capella, *inventar instituciones* nuevas, ante las debilidades e insuficiencias de las que tenemos.

Los casos analizados en el libro para poner a trabajar la tesis de los deberes, se agrupan en tres partes: los deberes ante la violencia estatal, los deberes ante nuevos problemas y los deberes de las empresas. El trabajo de José Luis Gordillo «Leviatán sin bridas» evalúa la «demolición controlada» de los límites al uso estatal de la fuerza. En él se analiza cómo algunas de las instituciones que venían limitando el uso de la fuerza por parte de los Estados han sido puestas en cuestión en lo que supone un ataque a cualquier atisbo de democracia y derechos... en nombre precisamente de la democracia y de los derechos humanos. Particularmente la recuperación de doctrinas como la de la «guerra justa» o la misma idea de «guerra contra el terrorismo» han contribuido a demoler las instituciones materiales que intentaban contener algunos de los usos más extremos de la fuerza estatal. Pero al mismo tiempo han hecho un trabajo de destrucción análogo respecto de las instituciones mentales en que se apoyaban, generando en las sociedades una conciencia de excepción que sirve para legitimar decisiones del poder para llevar a cabo guerras de agresión o para suspender selectivamente derechos que se antojaban capitales. Para ello no se ha dudado en mentir y en manipular utilizando el miedo (el terror y el terrorismo) para destruir instituciones que parecían básicas: la prohibición de la guerra como instrumento político, la universalidad de los derechos de defensa, el uso del derecho y del proceso penal –no la guerra o la venganza– como instrumento frente a los crímenes, la prohibición de la tortura, la responsabilidad de los Estados, la limitación jurídica de la

actuación discrecional y abusiva del poder... En fin, la demolición –en ocasiones selectiva, para guardar las apariencias– de una serie de instituciones jurídicas sin duda insuficientes y precarias, pero que parecían una barrera sólida en la medida en que casi nadie se atrevía seriamente a cuestionarlas abiertamente. Por eso quizá es tanto más grave la demolición de las instituciones mentales que les daban cobertura. Una vez aceptada la justificación de la «guerra preventiva», aceptado que no hay casi límites frente al enemigo –interno o externo–, aceptado que las ejecuciones extrajudiciales son una forma de «hacer justicia» (como dijo en su momento Obama coreado por casi todos), entonces se deshacen también las bases para la pervivencia de esas instituciones como instituciones jurídicas y materiales. Frente a ello, Gordillo recuerda que si las garantías jurídicas para los deberes y obligaciones de los Estados resultan suprimidas, con ellas también desaparecen las bases de cualquier atisbo de legitimidad de esos poderes. Y por eso la última garantía, ya extrajurídica, sería la resistencia popular legítima no violenta.

El capítulo de Ramón Campderrich examina la cuestión de la (deficiente) justicia transicional con relación al pasado franquista y a sus crímenes. Afrontar casos de graves injusticias y atrocidades sistemáticas cometidas en el marco de una dictadura no suele ser una tarea fácil, ni política ni conceptualmente. Pero el caso español puede ser visto, como afirma el autor, como uno de los ejemplos históricos de justicia transicional «menos intensa» que se conozcan. Que un intento tan limitado como el de la ley para la recuperación de la memoria histórica haya sido atacado de forma tan desproporcionada es muy significativo. En el trabajo se analizan y refutan los argumentos contrarios a la justicia transicional frente a los crímenes del franquismo. Muchos de esos argumentos incluso entroncan con los propias sinrazones de legitimación franquista, lo que pone de manifiesto la necesidad de una justicia transicional también en el nivel simbólico. Entre los argumentos que se manejan está el de la negación del carácter fascista del régimen, como si de esta calificación dependiese el desvelar su carácter criminal o represor. Otros de los argumentos analizados son el de la equiparación moral, política e histórica de ambos bandos de la guerra civil, o incluso –llevándolo al extremo de la indecencia el razonamiento– la justificación del golpe de estado de 1936 y de los crímenes franquistas como una forma de evitar males mayores. En la necesaria reconstrucción de una memoria colectiva sobre los crímenes del franquismo, los poderes públicos han de asumir también una serie de deberes en el ámbito jurídico.

Los siguientes capítulos confrontan la estrategia de los deberes a tres problemas como es el del género, el de la crisis ecológica y el de la eutanasia. Común a todos ellos es lo insatisfactorio del uso de la gramática de los derechos para afrontarlos de manera adecuada, por contraste con una vía más prometedora como es la de los deberes. Estos problemas constituyen por eso excelentes ejemplos de las «debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos», por retomar el subtítulo del libro. El capítulo de Antonio Giménez Merino enfrenta la dificultad ya no sólo de pensar los problemas regulatorios del género mediante derechos, sino la propia dificultad de los abordajes jurídicos de la cuestión. Las desigualdades sociales reproducidas a través de relaciones de poder, han venido ofreciendo una resistencia poderosa a las tentativas jurídicas de atacarlos desde el derecho. Pero además, según analiza el autor, el énfasis en la diferencia sexual antes que en la desigualdad social –de diferentes tipos– no ha contribuido a mejorar la situación. Es nece-

sario pasar de estrategias basadas en derecho y de las basadas en discursos a las basadas en los deberes y en los poderes sociales democratizados.

El planteamiento de Pedro Mercado en el capítulo referido a la crisis ecológica habla de «derechos insostenibles». Para el autor, una de las razones por las que el derecho ambiental y los derechos del medio ambiente han resultado tan débiles es su posición subordinada, incapaz de contrarrestar significativamente el peso de unos derechos preexistentes y plenamente asentados en la lógica sistémica de un crecimiento sin conciencia de los límites ecológicos. Esos derechos preexistentes, el derecho a contaminar, el derecho a apropiarse de recursos no renovables, a extinguir especies, etc., están tan asentados en los derechos de propiedad, de libre empresa, de libre circulación de mercancías que no obstante ser estos unos «derechos insostenibles» desde el punto de vista ecológico, han mostrado una enorme capacidad de resistencia. Para el autor es necesario superar la idea del desarrollo sostenible o resignificarlo a través de las ideas de límite y de preocupación por el futuro. La traducción jurídica de estas ideas nos habría de conducir a las nociones de deberes, de responsabilidad colectiva y de definición de un estatuto jurídico de los bienes comunes ambientales.

En la tercera cuestión, la de la eutanasia, de la que se ocupa Ascensión Cambrón, se comienza evaluando la posibilidad de que sea reconocido un derecho individual a ser auxiliado para morir como forma de evitar graves padecimientos. A la aceptación social de esta aspiración habría contribuido la idea del valor de la autonomía personal. Ahora bien, si el reconocimiento jurídico del valor de la autonomía habría favorecido la consolidación de la institución del «consentimiento informado», existen todavía grandes resistencias para que se pueda también reconocer a partir de él el deber de aceptar las decisiones de las personas cuando se refieren a su propia muerte. Pero con ello lo que se está haciendo es imponer un deber inverso de vivir contra la propia voluntad, vulnerando de paso las obligaciones de los poderes públicos relativas a la aconfesionalidad. Especialmente relevante es aquí la cuestión de la objeción de conciencia, pues una mera despenalización de las conductas eutanásicas sin determinar si existe algún deber de auxiliar al que quiere morir, podría significar un derecho a una muerte digna vacío de contenido. Como sostiene la autora, sin embargo, no se trataría de la objeción de conciencia frente a un mero deber jurídico como podría ser la prestación militar, lo que no afecta directamente a derechos de otras personas, sino de una objeción de conciencia que podría comprometer el ejercicio de un derecho fundamental. En este sentido, ya no es únicamente que esa objeción de conciencia debiera ser considerada de forma restrictiva, sino que tendrían que quedar perfectamente definidos los deberes y responsabilidades respecto a quién ha de auxiliar al enfermo.

La última parte del libro se refiere a los deberes de las empresas. El capítulo de Antonio Madrid se refiere a los deberes de las empresas transnacionales. Este tipo de corporaciones ha alcanzado cuotas de poder comparables a las de muchos Estados, ya no sólo en lo que se refiere a su potencia económica sino a su capacidad para afectar a nuestras vidas. Sin embargo, los límites jurídicos a su actuación vienen fundamentalmente dados por formas de regulación débil, de cumplimiento optativo o basado en la autorregulación. En este punto la noción de Responsabilidad Social Corporativa aparece como sospechosa de ser poco más que una forma de publicidad funcional al proyecto globalizador neoliberal. Si bien la idea de la RSC parte de que además de con los *shareholders* (accionistas) las empresas tienen responsabilidad

con los *stakeholders* (personas y grupos de alguna manera afectados por la acción de la empresa), parece necesario un enorme esfuerzo de redefinición para que esta noción pueda captar el intenso trabajo que se hace necesario para un control democrático mínimo de la acción de estas empresas. También aquí la vía a adoptar habrá de notar las dificultades de las estrategias basadas en los derechos frente a estrategias basadas en obligaciones y responsabilidad de las empresas que, sin embargo, deben establecerse de tal modo que su cumplimiento no sea potestativo.

En el último capítulo, José Antonio Estévez se ocupa de la privatización de los derechos, a partir de la constatación de que las empresas aplican derecho y de que se ha producido un proceso de privatización mediante el que también crean derecho. Lo hacen, además, de una forma que afecta a los derechos de los trabajadores, de los consumidores y en general de todos, en la medida en que también afectan a la salud y al medio ambiente. Con ello no sólo se pone en cuestión el relato tradicional según el cual el derecho es creado por el legislador y aplicado por el juez. También se hace real que actores privados puedan ser responsables de violaciones de derechos análogas en su magnitud y gravedad a las de los estados. La posición jurídica de las personas afectadas por estas violaciones, es incluso más débil que la que tienen respecto a los Estados, pues los intentos de definir en este ámbito una ciudadanía en alguna medida análoga a la ciudadanía política, se han ido saldando de forma insatisfactoria. En todo caso, el autor muestra como la privatización de los derechos ha venido favoreciendo su vaciamiento: ya sea en la regulación de los derechos de los trabajadores o la protección ambiental, bien sea mediante la autorregulación o las formas privadas de resolución de conflictos, todas ellas han contribuido a favorecer la posición con mayor poder de negociación. Por ello se hace necesario revertir esta privatización, lo cual, sin embargo, no puede consistir en volver a entregar sin más su custodia al Estado. Y esta, última es una lección que tiene carácter general como se insiste a lo largo de todo el libro.

Carlos LEMA AÑÓN  
Universidad Carlos III de Madrid

**GARCÍA AÑÓN, José y RUIZ SANZ, Mario (ed.): *Discriminación racial y étnica. Balance de la aplicación y eficacia de las garantías normativas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, 519 pp.**

Hace escasamente una década Miguel Pajares advertía que el tema de la discriminación racial y étnica iba a ir adquiriendo en España mayor protagonismo. La razón aducida era intachable: es muy probable que aquellos que se oponen a la llegada de inmigrantes extranjeros, luego rechacen que éstos residan de manera permanente. Al hacer esa afirmación, no quería negar que esa animadversión hacia el inmigrante extranjero supusiera de por sí una forma de discriminación racial y étnica. Más bien, lo que quería resaltar era que los prejuicios xenófobos y racistas se mostrarían más diáfaramente cuando se planteara la cuestión de cómo articular las relaciones interculturales en una sociedad cada vez más consciente de su composición multicultural. De aquel comentario pudiera parecer, también, que el racismo en nuestro país haya surgido recientemente, a lo sumo con la inversión de los flujos de migración y la conversión de España en un país receptor de migrantes. Pero, evidentemente, no es el caso, ni es lo que Pajares pretendía afirmar. En realidad, el racismo en España hunde sus raíces bastantes siglos atrás, tal y como pone de manifiesto, por ejemplo, la persistente denostación y persecución de la comunidad gitana. El comentario adquiere pleno sentido cuando se tiene en cuenta que ha sido básicamente con la constatación de la proliferación de prejuicios hacia esa inmigración extranjera que también se han visibilizado aquellos prejuicios pretéritos. El libro *Discriminación racial y étnica*, editado por José García y Mario Ruiz, supone una valiosa contribución a esa visibilización y toma de conciencia, más si se tiene en cuenta el punto de vista particular desde el cual se ha realizado, a saber, el de los agentes que intervienen en el diseño, la aprobación y la implementación de la normativa dirigida a hacer frente a la discriminación racial y étnica. Este enfoque permite incidir en uno de los aspectos que caracterizan hoy en día el fenómeno de la discriminación étnica y racial: la persistencia del racismo en sociedades que formalmente lo rechazan. Dicho de otra manera, los mismos agentes que combaten esas manifestaciones discriminatorias están imbuidos, aunque sea de manera inconsciente, de esos mismos prejuicios que tratan de erradicar. La particular posición de esos agentes posibilita, pues, mostrar la multiplicidad y complejidad de facetas que giran en torno a la cuestión de la discriminación racial y étnica en la actualidad. Por un lado, se encuentran las manifestaciones de odio hacia determinadas comunidades étnicas o raciales que se persiguen erradicar. Por otro, la no visibilización de los propios prejuicios por parte de bastantes de esos agentes implicados en esa lucha se traduce en un desconocimiento y/o un desinterés, lo que repercute muy negativamente en la eficacia de esas medidas antidiscriminatorias. Complicando aún más las cosas, todo ello se conjuga con la preocupación por el carácter restrictivo sobre algunos derechos fundamentales de los instrumentos jurídicos que se impulsan desde el ámbito penal.

El libro se estructura en cuatro partes bastante bien diferenciadas, de forma que en conjunto se abarca cada uno de esos aspectos. En la primera parte, se ofrece una visión general de las políticas y la regulación jurídica en materia de lucha contra la discriminación racial y étnica por parte de las instituciones internacionales que mayor impacto tienen sobre el Estado español, la ONU, el Consejo de Europa y la Unión Europea, así como un visión com-

parativa con otros países de nuestro entorno. Los ambiciosos objetivos de la ONU y la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia se han diluido ante las reticencias y/o el insuficiente de compromiso de la Unión Europea y los Estados. La segunda parte aborda la dimensión penal de la normativa antidiscriminatoria, seguramente la más polémica de todas, tanto por su carácter invasivo, como básicamente simbólico. La tercera parte indaga en la discriminación racial y étnica que tendría lugar en el seno de las instituciones que tienen entre sus funciones combatirla, en particular los tribunales de justicia y la policía. Finalmente, la última parte se dedica a la cuestión de la eficacia de la normativa antidiscriminatoria.

Francina Esteve da inicio a la primera parte examinando la normativa de la Unión Europea en materia de lucha contra la discriminación racial y evalúa su transposición en tres países con escasa tradición en ese ámbito, como son Francia, Italia y España. En lo que respecta a la Unión Europea, las primeras tentativas estuvieron marcadas o por el escaso interés, o por la preocupación por las repercusiones económicas y políticas que la adopción de ese tipo de medidas pudieran traer consigo. La integración en Austria de un partido de extrema-derecha en la coalición de gobierno hizo dejar a un lado esas iniciales reticencias. En breve plazo, a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea recientemente aprobada se sumaron dos directivas, todo lo cual conformaría el núcleo esencial del marco jurídico. Esa normativa incluye la lucha contra la discriminación directa, indirecta, el acoso y la orden de discriminar, así como la constitución de organismos especializados que visibilicen el problema y ofrezcan protección a las víctimas, pero se inhibe completamente respecto a la posible discriminación indirecta ejercida en función de la nacionalidad, dejando la regulación de este aspecto tan sensible y relevante a la plena discreción de cada uno de los Estados. El balance de la transposición de las dos Directivas resultaría ambivalente. Si, por un lado, habría propiciado avances, sobre todo en el terreno normativo, que se pueden considerar importantes dado el punto desde el cual partían esos países, no es menos cierto que esa transposición en general ha sido de mínimos y que su impacto real ha sido nimio, apuntándose como un factor destacado la escasa voluntad política por dotar de recursos, capacidad de actuación e independencia a los organismos especializados que la Directiva exigía crear. La grata excepción a ese desinterés habría sido la creación del HALDE en Francia, organismo que sí habría cumplido una función reseñable. Lamentablemente, en 2011 ese organismo fue fusionado con otros, lo cual ha conducido a una disolución de su capacidad de actuación y a una pérdida de independencia.

Lucía Casado expone de manera sintética y lúcida la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en materia de discriminación racial, étnica y por nacionalidad, o, lo que es lo mismo, del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Primeramente, introduce brevemente la manera cómo se articula la protección contra esas formas de discriminación en el CEDH, poniendo de relieve el elemento más distintivo, la accesoriadad de su invocación. La accesoriadad del artículo 14 significa que éste sólo puede ser invocado en conexión con otro derecho protegido por el Convenio, y no de manera independiente. Pero, seguidamente, resalta los cambios que por vía de la propia jurisprudencia del Tribunal se han producido en este aspecto, así como los incorporados por vía del reciente Protocolo adicional núm. 12, cambios en ambos casos que se encaminan a conferir una mayor autonomía a la garantía de la prohibición de discriminar respecto a los derechos recogidos en el CEDH. La sentencias comentadas las ordena

por materias, clasificación que luego en las conclusiones aparece oportuna para mostrar las divergencias e incoherencias del tribunal y también los campos en que la doctrina más ha evolucionado. En lo que estrictamente se refiere al artículo 14, de su examen concluye que es en los casos de violencia racista por parte de las autoridades policiales y en la discriminación racial en relación al ejercicio del derecho de educación donde más se ha avanzado, avances que, a su vez, son la causa de la aparición de incongruencias con la posición mantenida en otras materias donde los mismos no se han producido. Los dos sentencias que dan un giro en el criterio jurisprudencial son el *Caso Nachova y otros contra Bulgaria* (2005) y la sentencia de la Gran Sala en el *Caso D. H. y otros contra República checa* respectivamente. Las modificaciones atañerían fundamentalmente al nivel de exigencia requerido y la carga de la prueba, aspectos por otro lado interrelacionados. Así, el tribunal ha fluctuado desde la exigencia de probar «más allá de toda duda razonable» hacia la inversión de la carga de la prueba y el acotamiento del margen de apreciación de los Estados una vez el demandante ha aportado indicios suficientes para presumir que ha habido discriminación. Estos cambios han atenuado los efectos negativos de uno de los puntos más criticados, a saber, que quien debía probar carecía de la capacidad para obtener la información necesaria, la cual se hallaba normalmente en manos de la parte demandada, el Estado.

Si los dos trabajos anteriores se centran cada uno en el ámbito legislativo y jurisprudencial, Ángeles Galiana cierra la primera parte del libro con un estudio de los dos organismos internacionales más relevantes en lo que se refiere a la promoción de la lucha contra el racismo: la Comisión para la Erradicación de la Discriminación Racial (CERD) en tanto que organismo especializado de las Naciones Unidas, y la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), el cual se integra dentro del Consejo de Europa. En primer lugar, procede a caracterizar los objetivos y funciones de esos organismos en el marco de sus respectivas organizaciones, destacando que el desarrollo de su labor tiene lugar mediante la elaboración de informes, observaciones y recomendaciones, esto es, textos jurídicos no vinculantes pero con capacidad de presión política. Seguidamente, pasa a comentar los diversos informes que esas dos organizaciones han emitido sobre España, informes a través de los cuales examina la evolución de las medidas adoptadas por nuestro país. Sintéticamente, la conclusión a la que llega es que si bien España ha llevado a cabo importantes reformas legislativas en esta materia, cumpliendo de esa forma con sus compromisos internacionales, la aplicación de esa normativa por parte de los tribunales y fuerzas de seguridad adolece de efectividad, poniendo de manifiesto la falta de sensibilización institucional y social.

Las tres aportaciones de la segunda parte son una clara muestra de la viva controversia y las discrepancias que genera la utilización del Derecho penal como medio para combatir la discriminación por razón de la raza, la etnia y la nacionalidad. El adelantamiento del castigo que supone tipificar la negación del Holocausto, la provocación del odio racial o la difusión de ideologías racistas y en contra del principio de *ultima ratio* que informa a ese campo del Derecho, así como su carácter más simbólico que efectivo son los puntos más candentes, pero que se entrelazan con otros más técnicos y abstractos acerca del bien jurídico que se estaría protegiendo, los sujetos activos y pasivos, la vaguedad en la determinación del hecho, el problema de la prueba de la motivación, etc. A todo ello se añade la obligación de los Estados firmantes, como es el caso de España, de la Convención Internacional para la

Eliminación de Toda Forma de Discriminación Racial (1966) de adoptar medidas penales. Mientras Emiliano Borja se posiciona en favor de un fuerte intervencionismo y, por ende, del alcance de la normativa vigente, Javier Guardiola y Pastora García se muestran críticos, pero cada uno con su propio enfoque.

Emiliano Borja considera justificado el uso extensivo del Derecho penal que, muy especialmente, se lleva a cabo en países europeos en materia de lucha contra la discriminación racial y étnica. A su entender, lo que explicaría y justificaría esa expansividad sería el temor y peligro a una repetición de las nefastas experiencias de regímenes fascistas y nacionalsocialistas ante la ya no tan reciente reaparición de organizaciones de extrema-derecha en ese continente. Su argumento se dirige, pues, a determinar los factores que habrían propiciado ese resurgimiento y las conexiones con épocas pasadas. La llegada ininterrumpida de inmigrantes no-europeos, la cual fue bienvenida durante las décadas de fuerte crecimiento económico industrial posterior a la Segunda Guerra Mundial, la crisis económica, la caída del Muro y los nuevos flujos resultantes del este hacia el oeste, el debilitamiento del Estado del bienestar, el incremento del número de solicitantes de asilo y refugiados como efecto de las guerras de los Balcanes y otros conflictos acontecidos fuera de Europa, son algunos de los factores señalados. Todo lo anterior ha propiciado el caldo de cultivo adecuado para la criminalización de la inmigración extranjera. Pero ese ambiente enrarecido ha provocado también el reavivamiento de odios pretéritos que alimentan un racismo endógeno, como es el caso del secular antisemitismo o del movimiento nacionalista del norte de Italia respecto a sus compatriotas del sur. Fijado el contexto en el cual se inscriben las normativas penales europeas, este autor pasa a examinar y dar respuesta a las diferentes objeciones que se plantean al extenso uso de medios punitivos, en particular aquellas que cuestionan el adelantamiento de la pena que supone castigar conductas como la provocación al odio o la difusión de ideas racistas.

Sin negar la necesidad de una legislación penal que afronte la cuestión de la discriminación en general, y la discriminación racial y étnica en particular, Javier Guardiola cuestiona los motivos de aquellos que, como Borja, defienden un uso amplio de esa legislación, no sólo en lo que respecta a la fundamentación misma, o dicho de otra manera, en la determinación del bien jurídico protegido, sino también en lo que toca a la necesidad y conveniencia de una legislación que, por su configuración actual, resulta inefectiva y mayormente simbólica. En primer lugar, su interés se dirige a establecer qué se tiene que entender por discriminar. En este punto, discriminar lo define como una desigualdad reglada (no arbitraria), de carácter negativo y que, además, resulta inaceptable en base a la idea que se compartida que se tiene de justicia. Lo que está afirmando con esa definición es que no todas las desigualdades resultan discriminatorias, sino sólo aquellas que atienden a una serie de criterios reglados y se consideren negativas (como el género, la raza, la etnia, etc.), pero que, además, resulten potencialmente lesivas de manera cualificada en base a los precedentes sociohistóricos. En consecuencia, puede que no se haya respetado el principio de igualdad, pero que aún así no quepa hablar de discriminación. En base a esa definición, critica tres líneas argumentales que se han diseñado para dar cuenta de cuando cabe hablar propiamente de trato desigual discriminatorio y que se emplean para legitimar la actual regulación penal antidiscriminatoria. Una primera línea apunta a que esa regulación va dirigida a la protección de sujetos vulnerables, quienes normalmente

son las víctimas de la discriminación. Pero esta opción plantea serios problemas cuando se trata de concretar caso por caso quienes deben caer dentro de esa categoría. El segundo argumento justifica la intervención penal en base a la motivación especialmente odiosa que subyace tras las conductas discriminatorias, argumento al cual se le pueden achacar los mismos problemas probatorios. Pero, en ambos casos, además sostiene que ni la situación de vulnerabilidad ni la motivación añaden un plus de lesión de la dignidad de la víctima que justifique un tipo penal independiente, sin perjuicio que puedan ser tenidos como agravantes de conductas tipificadas en el Código penal. Un tercer argumento aduce la conveniencia de proteger a los grupos minoritarios. Pero esa conveniencia no sólo sería cuestionable en sí misma, sino que además, esa atención prestada al colectivo provoca que la importancia del perjuicio sufrida por la víctima individual se diluya. Pero, bien al contrario, debería ser el grupo lo protegido mediatamente a través de la tutela de personas concretas. Descartada la protección de un colectivo en concreto, finalmente sostiene que los delitos de discriminación suponen un peligro para la comunidad política en general, siendo ese el fundamento que debe inspirar y justificar la regulación penal antidiscriminatoria. Pero, para poner coto a posibles inclinaciones expansionistas, exige que en algunos supuestos tenga que concurrir una afectación de bienes jurídicos individuales para que el trato discriminatorio posea relevancia penal.

En la misma línea que Javier Guardiola, Pastora García reconoce que el Derecho penal debe jugar un papel importante en la lucha de las conductas discriminatorias, concretamente de aquellas manifestaciones más graves, sin perjuicio de acabar valorando negativamente la regulación actual, tanto porque la desmesura de su recurso, como por su ineficacia. Por contra, para esta autora, el bien jurídico protegido en la legislación penal antidiscriminatoria el derecho a no ser discriminado, lo que equipara al derecho de toda persona a recibir el trato que le corresponde por ley. A la luz del bien jurídico protegido, su valoración acerca de la regulación vigente no puede ser sino negativa: la redacción de los tipos penales es claramente defectuosa, condenándola a la ineficacia y relegándola a una función meramente simbólica que puede derivar en consecuencias contraproducentes de impunidad y fomento de esas conductas discriminatorias que se pretenden combatir. Algunos de los defectos podrían paliarse mediante una interpretación de los preceptos en base al bien jurídico protegido. Por ejemplo, la expresión «por razón de» o «por motivo de» no debería interpretarse como una exigencia de un determinado ánimo o voluntad, pues lo que se busca castigar es el trato discriminatorio. Cuando se habla de discriminación racial, en realidad se está haciendo referencia a un concepto más amplio como es el de discriminación étnica. En cuanto a la discriminación en función de la nacionalidad, conviene tener en cuenta el régimen jurídico legalmente establecido, pues a éstos lo que se les garantiza es la igual de trato respecto a los nacionales en aquellos derechos «innatos» (los indispensables para garantizar la dignidad humana) o que la ley les reconoce, y sólo en éstos. Pero las críticas más contundentes se dirigen contra la vulneración del principio de mínima intervención que informa al Derecho penal y que es de más difícil solución. A los solapamientos como consecuencia de la tipificación de conductas discriminatorias en el ámbito laboral ya sancionadas por vía administrativa, se añade la difícil reconducción de los «delitos clima», esto es, de aquellos delitos en que de manera vaga y genérica se condena la provocación o la incitación al odio, o las asociaciones cuya razón de ser sea esa.

Si en las dos primeras partes se expone el marco institucional, normativo y jurisprudencial de las políticas dirigidas a combatir la discriminación étnica y racial, la tercera parte da un vuelco sustancial. El interés se dirige ahora hacia lo que se denomina «racismo institucional», dicho brevemente, el trato o las consecuencias discriminatorias sufrido por determinados grupos étnicos y raciales producto de ese mismo marco jurídico. En otras palabras, ahora lo que se cuestiona ya no es la pertinencia de los instrumentos jurídicos creados para combatir la discriminación racial existente en la sociedad, sino si la aplicación de esos mismos instrumentos, los cuales formalmente responden a valores igualitarios, pueden dar cobertura a prácticas o producir consecuencias discriminatorias.

El texto de Salvador Camarena se divide en dos partes distintas. En la primera, continúa con la controversia acerca del Derecho penal discriminatorio, apostando en favor del principio de mínima intervención y del uso de políticas de preferencia, pero acotadas a su ámbito legítimo. Como referencia a seguir, recurre a la historia de la lucha contra la discriminación racial en los Estados Unidos de América. En este país, los esfuerzos se habrían dirigido a erradicar la segregación racial y a implementar políticas de preferencia que pongan fin a las situaciones de subordinación que sufren las minorías étnicas y raciales; en otras palabras, no se ha recurrido al Derecho penal, sino a políticas proactivas que promueven el trato igualitario en las diversas esferas que conforman la vida social. El error de países como España radicaría en haber introducido esas políticas de preferencia en el ámbito del Derecho penal, introducción que deviene injustificable en tanto en cuanto contraviene el principio de presunción de inocencia. Esto sería así porque en las políticas de preferencia se presupone que concurre trato discriminatorio si no se prueba lo contrario, o lo que es lo mismo, a la inversión de la carga de la prueba, presunción que se sustenta sobre la creencia de la operatividad de formas de racismo estructural y/o inconsciente. En el último apartado, su preocupación gira hacia la probable vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y las consecuencias discriminatorias que puede, y suele, provocar una inadecuada aplicación del derecho a ser asistido de intérprete en los procesos judiciales por aquellas personas que desconocen el idioma, normalmente extranjeros, aconsejando una mejor formación de jueces, abogados e intérpretes que garanticen su pleno disfrute y contribuya a una efectiva igualdad de trato.

El interés de Ricardo Juan se centra en las consecuencias discriminatorias que, a su entender, trae consigo la ruptura de la uniformidad estatal en el procedimiento de la acción popular como consecuencia de la introducción de variantes autonómicas que expanden la legitimación activa a sus respectivos gobiernos autonómicos. De esta forma, los efectos discriminatorios serían el producto, no del contenido de la regulación, sino de las desigualdades de trato que genera esa multiplicidad de regulaciones procesales. Su postura la expone a partir del caso concreto de la legitimación dada por STC a la Generalitat de la Comunitat Valenciana para legislar sobre aspectos procesales, en concreto, la habilitación para presentarse como acusación popular al gobierno de esa comunidad autónoma en los casos de violencia de género. En principio, la Constitución Española reserva la competencia sobre la normativa procesal en exclusividad para el Estado, salvo que haya alguna norma autonómica sustancial que requiera la introducción de alguna especialidad. Esa exclusividad sería garantía de la debida igualdad entre ciudadanos en lo que a su capacidad para hacer valer sus derechos ante los tribunales se refiere. En otras palabras, si el derecho procesal estatal sirve, entonces no está justifica-

da la existencia de normas autonómicas procesales específicas, pues lo contrario atentaría contra la igualdad de todos los españoles al disponer algunos territorios de mecanismos adicionales en comparación con otros territorios.

El meollo del racismo institucional radica en la puesta en cuestión de la teórica neutralidad con que los poderes públicos actuarían. Las investigaciones actuales encaminadas en esa dirección se centran principalmente en dos aspectos: en primer lugar, la utilización de perfiles racializados por parte de las administraciones públicas, muy especialmente los cuerpos y fuerzas de seguridad, pero que se consideran racialmente neutrales y no discriminatorios porque cumplirían con objetivos legítimos de Estados democráticos y de Derecho; en segundo lugar, las consecuencias discriminatorias de leyes que no se sirven de distinciones racializadas y, en ese sentido, son neutras, ajustándose formalmente al principio de igualdad jurídica. José García y Mario Ruiz son quienes se encargan de abordar esos dos aspectos.

José García plantea la cuestión de la neutralidad en la no consideración como discriminatorio del uso de la raza o la etnia en tanto que medio para cumplir con los fines legítimos que la policía tiene atribuidos, y ello a pesar de la prohibición expresa de discriminar en base a la raza o la etnia. Esa racialización hallaría, pues, una doble justificación: en primer lugar, la adecuación del medio respecto a un fin legítimo; en segundo lugar, el hecho mismo de que el fin perseguido se tenga por legítimo en el sentido de que no contraviene la prohibición de discriminación. En otras palabras, la racialización del perfil se justificaría por la admisión de una correlación estadística entre determinados ilícitos y un determinado perfil étnico; y por el hecho de que la persecución de ilícitos penales o administrativos es un fin loable y legítimo y que, en consecuencia, la diferenciación entre infractores y no infractores no es discriminatoria. Situada la cuestión, José García dedica el resto de su escrito a reeditar esas tres fuentes de legitimación. En contra de la suposición de que la racialización sea un medio adecuado y razonable, sostiene que ese criterio resulta, al mismo tiempo, supra-representativo, pues hay personas de esas razas o etnias que no son infractores, e infra-representativo, dado que hay infractores que no responden a los perfiles raciales/étnicos fijados. Todo ello tiene, por un lado, consecuencias discriminatorias, ya que se criminaliza de antemano a aquellas personas no infractoras que se ajustan a los perfiles raciales fijados, lo cual contribuye además a la proliferación de prejuicios, y, por el otro, conduce a una pérdida de eficacia, pues favorece la impunidad de las infracciones cometidas por quienes no responden a ninguno de los perfiles raciales fijados y resulta en una sobre-inculpación de aquellos que sí se ajustan. En lo que toca al examen de la legitimidad del fin, su interés se dirige hacia el examen de la jurisprudencia del TEDH y del TC en lo relativo al principio de igualdad formal. En este punto, este autor considera que la equivocación de ambos tribunales radica en que no tienen en cuenta las consideraciones anteriores y siguen admitiendo que la racialización del perfil es un medio adecuado para la persecución del fin legítimo de perseguir ilícitos. El TEDH ha fundamentado su posición apelando al margen de apreciación de que gozan los Estados, si bien es cierto que se han producido recientes cambios significativos en este punto. El TC, en cambio, ha acotado el margen de discrecionalidad y, por ende, sometido a examen la razonabilidad de esa racialización de los perfiles; lo que sucede es que ha dado por buenas aquellas correlaciones estadísticas entre tipo de infracción y perfil racial. Aunque por métodos distintos, esos tribunales han validado las distin-

ciones basadas en perfiles raciales sobre la justificación de la diferenciación entre infractor y no infractor.

Mario Ruiz disecciona la lógica subyacente en la jurisprudencia tanto del TC, como del TEDH, a partir del análisis de la fundamentación jurídica desarrollada en las sentencias dictadas por esos tribunales al hilo de un caso concreto en que se planteaba la concesión de una pensión de viudedad de una mujer gitana casada conforme al rito de su comunidad. Aunque cada uno de esos Tribunales resolviera de manera antitética, el TC desestimando la concesión de la prestación al considerar que no ha habido trato discriminatorio y el TEDH estimándola por llegar a la conclusión opuesta, el trasfondo último en ambos razonamientos habría sido muy similar. El meollo se halla en que la noción de discriminación que ambos tribunales barajan tiene en consideración exclusivamente el principio genérico de igualdad recogido en el primer inciso del artículo 14 CE, pero no la prohibición de discriminación mencionado en el segundo inciso de ese mismo artículo. Dicho de otra manera, para esos tribunales discriminar equivale a tratar diferente lo que es igual, no admitiendo la posibilidad de que también pueda consistir en tratar igual lo que es diferente. De ahí ambos tribunales coinciden en sostener que la ley matrimonial española no es discriminatoria, pues toda persona sin distinción alguna de raza o etnia puede contraer matrimonio civil. Una vez establecido lo anterior, el TC desestima la demanda en tanto en cuanto la prestación de viudedad depende de la validez del matrimonio. En cambio, el TEDH estima la demanda, pero no porque le otorgue validez al matrimonio gitano, sino porque el TC en otros casos de matrimonios de buena fe sí ha reconocido el derecho a la prestación de viudedad. Es decir, el problema no radica en que la ley española sea discriminatoria al no admitir la validez del matrimonio gitano, sino en que el TC ha aplicado esa ley de manera diferente. A pesar de no haber detectado discriminación alguna, curiosamente ambos tribunales acaban recomendando al legislador español que sea sensible a las costumbres y usos de la comunidad gitana y le reconozca validez a los matrimonios contraídos conforme a sus ritos. Para finalizar, este autor plantea una serie de interesantes reflexiones en torno a las prácticas discriminatorias que se dan dentro de la comunidad gitana, y si las mismas deben ser un impedimento para el reconocimiento de su validez.

La cuarta y última parte se dedica al estudio de la eficacia de la normativa española antidiscriminatoria en su conjunto, esto es, al impacto sobre la realidad social e institucional a la hora de reducir y hacer frente a los tratos discriminatorios. El tono común de las evaluaciones de los diversos trabajos es más bien negativo. De ahí que ese estudio se complementa bien con la exposición de casos, bien con la detección de los factores que causarían dicha ineficacia y la propuesta de soluciones.

Pablo Miravet abre esta última parte del libro presentando los resultados de una investigación en torno a la eficacia de las garantías normativas penales frente a la discriminación racial y étnica en la Comunidad valenciana. Antes de entrar a exponer los resultados de esa investigación, se dedica primeramente a aclarar las distintas dimensiones que componen la «eficacia» normativa, aclaración conceptual que resulta útil no sólo para situar el objeto de estudio de su investigación, sino también el del resto de trabajos que se van a exponer en este último apartado. En primer lugar, distingue entre eficacia-interna o jurídica, y eficacia externa o sociológica. Dentro de la eficacia-externa diferencia además entre eficacia-cumplimiento (sobre si la norma se cumple), eficacia-aplicación (en caso de no cumplimiento, sobre si se deman-

da la aplicación y sobre si se aplica la norma y, por ende, la sanción), y efectividad o eficacia-éxito (sobre si la norma consigue los fines propuestos, en este caso, reducir las conductas discriminatorias). Sobre la eficacia-cumplimiento, constata las dificultades para su determinación ante la falta de datos oficiales fiables. De esta forma, las únicas fuentes disponibles son los informes elaborados por organizaciones de la sociedad civil. En lo que respecta a la eficacia en la demanda de aplicación, ésta es realmente mínima a la luz de la diferencia entre los casos de discriminación racial y su posterior procesamiento judicial como tales, por lo que pasa a analizar los factores de tan acentuada ineficacia, punto éste en el que posteriormente vuelven a incidir todos los autores que intervienen en esta parte. La ineficacia de la aplicación normativa propiamente no la achaca a una predisposición negativa de los jueces, sino a problemas de racionalidad de la normativa penal antidiscriminatoria. Todas las anteriores ineficacias se conjugan en la ineffectividad o ineficacia-éxito, en tanto que objetivo último perseguido por la normativa antidiscriminatoria. Por todo lo anterior, Miravet concluye calificando la normativa antidiscriminatoria nuevamente de legislación meramente simbólica.

Tras una extensa exposición, con indudable valor recopilatorio, llevada a cabo por Pablo Miravet y Pablo Ceriani de los asuntos tramitados ante tribunales del orden penal relacionados con la discriminación racial y étnica, particularmente aquellos sucedidos en Cataluña y la Comunidad valenciana, Viviana Waisman presenta las conclusiones de la investigación emprendida por varias ONG's y recogida bajo la denominación de «proyecto ACODI». El interés de la investigación se halla en estudiar la eficacia de la normativa antidiscriminatoria en función de la percepción que víctimas y funcionarios públicos tienen unos respecto de los otros. En esta dirección, la conclusión más significativa se halla en que las víctimas de actos discriminatorios perciben a las administraciones públicas más como un obstáculo, que como un recurso disponible en caso de sufrir alguna ofensa. Una causa fundamental de ese sentimiento tiene que ver con que la mayoría de agresiones las realizan los mismos agentes públicos. El problema se agrava especialmente en el caso de los inmigrantes en situación irregular, que son quienes más sufren esas agresiones y quienes menos denuncian por miedo a que se les incoe un procedimiento de expulsión en caso de acudir a presentar una denuncia. En conjunción con otros tantos factores, Waisman constata el bajísimo índice de denuncias en relación al número de casos denunciados, lo cual concuerda con las apreciaciones anteriormente expuestas por Pablo Miravet.

Una de las conclusiones a la que llegan los estudios mencionados es la de la escasa eficacia en la aplicación de la normativa discriminatoria: ni abogados, ni fiscales, ni jueces, cada uno por motivos distintos, en pocas ocasiones la invocan y, cuando lo hacen, los jueces mayormente tienden a desestimar su concurrencia. Pablo Ceriani sitúa el problema de esa ineficacia en el desconocimiento de la normativa y la jurisprudencia internacional en esta materia, tanto por parte de fiscales como de jueces. A esa conclusión le conduce el hecho de que en la mayoría de casos objeto de estudio no hay mención alguna de la normativa, las recomendaciones o la jurisprudencia de organismos internacionales en esa materia, de manera que la jurisprudencia internacional referida no se ajusta al caso y acaba sirviendo para fundamentar una interpretación frontalmente opuesta, o incluso se cita jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense, la cual carece de toda relevancia jurídica, con iguales resultados. Ese desconocimiento va unido a una falta de interés y sensibilidad hacia los fenómenos de discriminación racial y étnica que conducen a

que tanto fiscales como jueces no se preocupen en investigar a fondo, hecho que tendría consecuencias especialmente onerosas en aquellos casos difíciles en que hay que determinar si hubo motivación racista.

Como se viene comentando repetidamente, dos de los puntos en que se hace mayor hincapié son el de la enorme desproporción entre el número de sucesos que podrían ser tildados de racistas y el volumen de procesos judiciales en que se aplica la normativa antidiscriminatoria, así como el de la práctica ausencia de datos oficiales sobre el fenómeno racista, vacío sólo cubierto parcialmente por algunas ONGs como consecuencia de las inevitables limitaciones que éstas padecen. Pablo Ceriani relata algunos de los casos recogidos por esas ONG como botón de muestra de esa realidad cotidiana, aunque casi imperceptible. Finalmente, Sara Verdú cierra esta cuarta y última parte enfatizando de nuevo las trabas existentes para una aplicación eficaz de la normativa antidiscriminatoria. Además de lo expuesto por los autores que le han precedido, pone también de relieve que ese desconocimiento de la normativa afecta a las propias víctimas, las cuales en muchas ocasiones han normalizado ese trato discriminatorio que padecen y ni siquiera se sienten víctimas, lo que redundaría en el escaso número de denuncias. Para finalizar, lanza un elenco de propuestas dirigidas a paliar y resolver los problemas detectados, y donde la sensibilización y la formación de todas las partes implicadas juegan un papel destacado.

Juan Ramón FALLADA GARCÍA-VALLE  
Universitat Rovira i Virgili

**GARRIDO GÓMEZ, M.<sup>a</sup> Isabel (ed.): *El derecho humano al desarrollo*, Madrid, Tecnos, 2013, 310 pp.<sup>1</sup>**

Cuando, en el Occidente del XXI, la sedimentación de «La Dialéctica de la Ilustración» (Horkheimer 1944) y de los imaginarios *cyberpunk* ha arrinconado el mito del progreso en cotos de ingenuidad, el acceso al desarrollo sigue apareciendo como una síntesis de los derechos humanos en la mayoría de los Estados. Así y conforme se globaliza la pobreza, el derecho humano al desarrollo, materia clásica de otras latitudes y de Estados de Derecho por apuntalar, resuena en el presente de la Filosofía del Derecho española más cercano, toda vez que se está comprobando en cartera de derechos propia el estrecho vínculo entre la evolución de los indicadores macroeconómicos, las políticas de distribución y la eficacia de los derechos humanos de toda generación.

El libro hace honor a esta actualidad local del derecho al desarrollo desde una perspectiva global. Amén de fruto directo de sus autores/as, el libro se encuadra en el programa Consolider Ingenio 2010 «El tiempo de los derechos» (HURI-AGE). Como es bien sabido, se trata de un proyecto de notable envergadura dentro de nuestra investigación iusfilosófica dedicado a los derechos humanos. Dentro de este programa, que abarca doce grupos de investigación de diferentes universidades españolas, con un total de más de 80 investigadores, la selección de los capítulos cumple los objetivos de interdisciplinariedad metodológica y calidad en la investigación sobre derechos humanos.

Sin embargo, es evidente que el derecho al desarrollo no cuenta con el estatuto consolidado y la definición propia de otros derechos formulados antes, de manera que la primera parte del libro se dirige a aclarar estas cuestiones. En resumen, las apelaciones al desarrollo como derecho se generalizan en el escenario geopolítico de los setenta dentro de un conjunto de derechos denominados de *tercera generación* o derechos de *solidaridad*, en contraste con las generaciones anteriores articuladas sobre las nociones de *libertad* primero e *igualdad* después. Entre estos derechos se incluyen el derecho al medio ambiente, a la paz, a disfrutar del patrimonio común de la humanidad y el de la asistencia humanitaria.

A partir de esta contextualización, se desgranar los principales elementos del derecho. En general, el derecho al desarrollo se caracteriza como un derecho-síntesis, que integra así el conjunto de los derechos humanos. En la línea de la definición del Plan de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) de 1989, el respeto a este derecho descartaría seguir líneas de desarrollo contrarias al interés y las necesidades de las personas en materia de educación, salud, vivienda y protección de los derechos humanos (un desarrollo *centrado en los pueblos*) y por tanto fortalecería una definición del desarrollo que sería opuesta a la predominante en nuestra modernidad. De hecho, a la luz de la Declaración del Derecho al Desarrollo<sup>2</sup> y sus desarrollos posteriores<sup>3</sup>, éste debería priorizar la *participación* y la *sostenibilidad*. En tal sentido, son

---

<sup>1</sup> Esta reseña se incluye en el proyecto Consolider-Ingenio 2010 (CSD 2008-00007) «El tiempo de los derechos».

<sup>2</sup> Adoptada por la Asamblea General en su resolución 41/128 de 1986.

<sup>3</sup> En particular, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, adoptada en la Cumbre de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en la ciudad de Río de Janeiro, Brasil, en junio de 1992.

muy interesantes los elementos del desarrollo que enfatiza Pérez Rey y que se han buscado estandarizar con el Índice de Desarrollo Humano del PNUD. Éste incluye, al menos, cuatro elementos ausentes en la noción moderna y extractiva de *desarrollo*. Primero, el grado de igualdad de una sociedad, lo que impone prestar atención más que al ingreso per cápita, a su distribución. Segundo, el nivel de bienestar de la población, así como, tercero, el vínculo que el desarrollo tiene con el medio ambiente, de modo que se descentra la evolución del PIB como indicador hegemónico en la consideración del desarrollo de los pueblos. Y cuarto, la relevancia de una democracia igualitaria y efectiva como indicador de desarrollo.

La muy extendida aceptación de estos elementos desde una perspectiva filosófico-política no obsta para que resulte polémico el estatuto jurídico de un pretendido derecho humano al desarrollo. Gómez Isa dedica su capítulo a esta cuestión y muestra un consenso internacional incompleto respecto a los documentos que reconocen este derecho de forma expresa y general (como la Declaración sobre el Derecho Humano al Desarrollo de 1986), mientras que cada vez son más numerosos los documentos regionales<sup>4</sup> y las conferencias sectoriales en que se reconoce este derecho. Aunque cierta doctrina iusinternacionalista (Chueca 1998) sugiere que ya es posible deducir el reconocimiento de este derecho de distintos documentos convencionales internacionales<sup>5</sup>, Gómez Isa admite que la mayor parte de la doctrina lo considera un derecho en vías de positivación pero no consolidado.

La variedad de visiones sobre este derecho al desarrollo que aparecen en los capítulos de la primera parte del libro son el reflejo de la ausencia de un consenso cerrado sobre la naturaleza, los elementos, el reconocimiento y la exigibilidad de tal derecho. Así, estos primeros capítulos tienen como un tema principal el abordaje de determinados puntos calientes en la formulación del derecho, respecto al que su misma justificación aparece como un asunto polémico. Llano Alonso lo vincula a una justificación liberal y neokantiana, compartida con la formulación histórica de los primeros derechos humanos. Sin ser ajena a esta base, Garrido Gómez prioriza la dignidad como una noción básica en la justificación y en la formulación del derecho, pero donde ésta tiene una caracterización dinámica, sistematizadora de los demás derechos y fruto de una elaboración colectiva histórica. Sin embargo, Gómez Isa tampoco esconde que los derechos de tercera generación, en los que se inscribe el derecho al desarrollo, han sido también criticados por descentrar el foco del esfuerzo político que exigía la efectividad de los derechos de las «generaciones anteriores»; proyecto muy incompleto en los Estados donde se reclamaba con más vigor el reconocimiento del derecho al desarrollo.

En dicha vertiente, añadir una dosis de realismo político al contexto de formulación y reconocimiento del derecho al desarrollo hace emerger las dimensiones estructurales y la naturaleza conflictiva de este derecho, apenas consideradas en otras investigaciones de carácter más dogmático y cuya recuperación marcaría uno de los saltos de calidad del Programa Consolider Ingenio 2010 «El tiempo de los derechos» (HURI-AGE). En este sentido y dada la jerarquización del orden mundial, se hace lógico, como muestra Gómez Isa, las

---

<sup>4</sup> En particular, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, en su artículo 22.

<sup>5</sup> Sobre todo a la luz de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena en 1993, que dedica el párrafo 10º por entero al derecho al desarrollo.

divisiones Norte-Sur que se manifiestan en el interior de muchas organizaciones internacionales y grupos de trabajo en esta materia y que habrían impedido en numerosas ocasiones alcanzar acuerdos de dimensión global sobre el reconocimiento del derecho<sup>6</sup>. En definitiva, el reconocimiento de un derecho al desarrollo en un contexto de globalización avanzada exigiría la asunción por parte de los Estados hegemónicos de los efectos de los antiguos procesos coloniales y la voluntad de remoción de una red de relaciones desiguales aún vigentes en beneficio de ciertos agentes económicos y políticos radicados en los antiguos Estados coloniales y en perjuicio de las mayorías poblacionales de todo el globo y sobre todo de las nacidas en los Estados cuyo desarrollo más se ha obturado. Evidentemente la situación internacional parece alejada de este horizonte pero considerar estas condiciones es indispensable para analizar con eficacia el derecho al desarrollo, ya que de otro modo es imposible identificar cómo determinadas estrategias y políticas públicas son en todo punto incompatibles con el derecho humano al desarrollo (pp. 88-90). Como indicó la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Navi Pillay) en 2011, «no es por acción de la naturaleza que más de 1.000 millones de personas están atrapadas en las garras de la pobreza. Es el resultado de que se les haya negado el derecho humano fundamental al desarrollo».

Vinculada a la variada conceptualización política que se hace del derecho humano al desarrollo en esta primera parte, se encuentra la cuestión relativa al sujeto titular del derecho al desarrollo. Amén de la responsabilidad que tienen entidades colectivas, como los Estados y recientemente las empresas transnacionales, en la efectividad del derecho y aunque la justificación y las aspiraciones de exigibilidad de este derecho aconsejan partir de su titularidad individual, los llamados derechos de *tercera generación* han sido pioneros en incorporar dimensiones colectivas en su titularidad, apoyados por la imposibilidad de disfrutar, proteger o promocionar individualmente la mayor parte de los bienes jurídicos a que se refieren: la paz, el medio ambiente, el patrimonio de la humanidad, el desarrollo. En cualquier caso y dentro de un marco filosófico que ha reformulado la dicotomía individuo-sociedad, las investigaciones presentadas aquí entienden que el derecho individual al desarrollo es siempre el derecho de un sujeto *situado* en un determinado contexto sociopolítico. Desde nuestra perspectiva y pese a que el artículo 1.1 de la Declaración del Derecho al Desarrollo de 1986 subraya esta interdependencia entre el carácter individual y colectivo del citado derecho, la resolución de este asunto está lejos de ser pacífica, ya que los procesos de desarrollo de muchos pueblos muestran continuas líneas de tensión con la definición clásica de los derechos civiles y políticos en el interior de los Estados de Derecho occidentales. Desde luego, las investigaciones que se recensionan aquí constituyen un excelente aporte en orden a abordar científicamente estos disensos a la luz del orden mundial emergente.

La segunda parte del libro se dirige a concretar algunos aspectos del desarrollo, centrándose en la incidencia que tienen en ese derecho grupos poblacionales concretos como las mujeres y las personas migrantes. De Asís Roig aporta el marco teórico y normativo que ha aconsejado en las últimas décadas instituir un trato diferenciado de determinadas poblaciones, toda vez que el contexto en que han de realizarse los derechos humanos es de desigualdad global.

---

<sup>6</sup> Sobre esto se señala la oposición de Estados como Estados Unidos, la Unión Europea o Noruega a la adopción de un documento que conmemorara en 2010 el 25.º aniversario de las primeras formulaciones del derecho.

Respecto a las mujeres, Olga Sánchez Martínez recuerda la posición subalterna que las mujeres ocuparon en la formulación inicial de los derechos humanos, donde incluso «la promesa de liberación del ser humano pudo justificar la dominación femenina» (p. 139). Si en la modernidad del pensamiento occidental la feminidad ha operado como negativo de la razón y de la autonomía ilustrada, la segunda parte del siglo xx corresponde a un proceso de extensión y de internacionalización de los derechos hacia la mujer. Por supuesto, se trata de un proceso inconcluso y agravado en algunas de sus deficiencias básicas, como refleja la posición que los objetivos de igualdad y de empoderamiento de las mujeres ocupan entre los Objetivos de Desarrollo del Milenio, así como la feminización de otros problemas mundiales, como el 70% de las mujeres que encarnan la población mundial de personas pobres.

En relación con estas dificultades de acceso de las mujeres a los derechos humanos, y en particular al derecho al desarrollo, Velasco Serrano apela a las propuestas del ecofeminismo. Se trata de una vía de renovación postcolonial de los feminismos más arraigados en occidente, que opera como un límite a sus visiones importadas del desarrollo pero también como un horizonte de aspiraciones propio de los pueblos que deben beneficiarse del desarrollo generado en los Estados con mayores tasas de crecimiento hoy.

Por su parte, Alicia E. Kaufmann analiza la eficacia del derecho al desarrollo para las mujeres a través de sus condiciones de acceso al trabajo por cuenta propia. Al igual que el trabajo asalariado pudo suponer en las economías industrializadas posteriores a la II Guerra Mundial una vía eficaz, aunque ambivalente, de acceso a mayores cotas de autonomía para las mujeres respecto a la exclusividad del trabajo doméstico no remunerado (Dalla Costa 1982), Kaufmann muestra cómo el trabajo por cuenta propia puede funcionar para sus protagonistas como una vía de adaptarse y modificar los códigos y las jerarquías operativas en el trabajo por cuenta ajena. Como ocurría con el trabajo asalariado, las condiciones de realización de este trabajo por cuenta propia son muy distintas cuando estos lanzamientos empresariales se hacen por oportunidad a cuando se hacen por necesidad. Por supuesto también, las propias condiciones de acceso de las mujeres a estas fuentes de renta se encuentran muy diferenciadas respecto a los varones, lo que le permite explorar las motivaciones y características diferenciales que pueden encontrarse entre las emprendedoras<sup>7</sup>.

Respecto a las personas migrantes, las representantes del Institut de Drets Humans de la Universitat de Valencia, institución de referencia en el estudio de los derechos de las personas migrantes en España, Solanes Corella y Encarnación La Spina, subrayan el vínculo existente entre el tratamiento de las migraciones y la eficacia de un derecho al desarrollo. Aunque los efectos de las migraciones para el desarrollo, tanto de los Estados de origen como de destino, tienen una larga trayectoria en las discusiones sobre esta materia, sí parece haberse consolidado el consenso sobre la relevancia de dicho vínculo, incorporado a los informes del PNUD. Desde esta perspectiva, en ambos capítulos se analiza si las políticas actuales de migración se disponen como un obstáculo o un estímulo a la realización del derecho humano al desarrollo. En este sentido, se muestra cómo el tratamiento mercantilizador de las migraciones por parte de los Estados de destino resulta incompatible con este derecho tanto en lo que se

---

<sup>7</sup> Esto se hace sobre todo a través del análisis del proyecto CIS 2744 de atracción o rechazo al trabajo de directivos según el género.

refiere a las reglas de admisión de los/as migrantes como a su tratamiento durante su estancia en esos Estados de destino. Este perjuicio a los derechos de los migrantes puede concretarse en sus derechos civiles (acceso a la nacionalidad y permisos) y en sus derechos sociales (acceso a la asistencia sanitaria, posibilidades de reagrupación familiar, participación social y política). En contraste con esta gestión de las migraciones, las autoras proponen unas políticas que integren las migraciones en las estrategias nacionales de desarrollo, tanto en los Estados de origen como de destino, y que aporten beneficios a los/as migrantes y a sus comunidades de referencia.

En su última sección, el libro aborda el derecho humano al desarrollo desde el enfoque de los Objetivos y Metas de Desarrollo del Milenio (ODM) de las Naciones Unidas. La Declaración del Milenio (Resolución AGNU 8-9-2000 (A/55/L.2)) continuó con la tendencia en materia de protección de derechos humanos de celebrar cumbres en las que se definen metas y objetivos capaces de permitir una mejor medición de los avances en la materia. En la línea del trabajo del Laboratorio sobre la Implementación y Eficacia de los Derechos Sociales de la Universidad de Zaragoza, Calvo García analiza el funcionamiento de estos mecanismos de seguimiento respecto al derecho al desarrollo y pone en referencia el funcionamiento de los ODM con prácticas anteriores desarrolladas en el ámbito de los derechos de la infancia y de la adolescencia (pp. 243-247). Desde nuestra perspectiva, la relevancia que están adquiriendo los mecanismos de control, estandarización y medición del funcionamiento de los derechos humanos en el seno de las discusiones y de la actividad de las organizaciones internacionales sobre la materia indica cambios notables en la consideración de los derechos. Como corresponde a derechos de la naturaleza del que se trata en este libro y del modo en que se ha indicado en relación con colectivos concretos como las mujeres y las personas migrantes, estos derechos son afectados y efectuados a través de las estrategias de gobierno de los Estados obligados, de manera que la estandarización y medición de esas políticas públicas *en términos de derechos humanos* constituye la condición de cualquier posible eficacia y exigibilidad. Detrás del derecho al desarrollo, como detrás de otros derechos de tercera generación y de los derechos sociales, se libra una *lucha por el derecho* estrechamente ligada a la traducción en términos de derechos humanos de las acciones de gobierno. Por eso resulta oportuna la introducción en el debate, por parte de Vega Molina, de la política española de cooperación, que aparece como una de las exigencias del derecho al desarrollo para los Estados en un contexto de globalización. Como muestra Armendáriz, al exponer el nuevo marco político-económico financiarizado y los correspondientes actores decisivos, el escenario de eficacia del derecho al desarrollo es enteramente distinto de la tradición liberal y estatal de los derechos humanos. Pese a la imprescindible titularidad individual del derecho, su eficacia excede los esquemas binarios de cumplimiento / vulneración para dilucidarse en esquemas modulares de grados de cumplimiento y avances. De hecho, las propuestas que son comunes en las investigaciones editadas en este libro, relativas a ampliar los indicadores de medición del desarrollo desde la centralidad de la evolución del PIB hacia otros capaces de integrar la igualdad, la cohesión social y las instituciones del bienestar o de reforzar la educación en derechos humanos, inciden en este desplazamiento del centro político y jurídico de los derechos humanos en nuestra era.

David VILA VIÑAS  
Universidad de Zaragoza

**GELARDO, Teresa: *La tesis de la paz democrática y el uso de la fuerza*», Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, 305 pp.**

La expansión de la democracia y del liberalismo es un fenómeno reciente y sin precedentes en la historia que ha dado lugar a la instauración de un nuevo orden mundial. Fundamentado en el modelo liberal, este nuevo orden mundial defiende los estandartes de la democracia, la paz y los derechos humanos que, sin embargo, se hacen prevalecer a través del uso de la fuerza justificándola como legítimo instrumento o medio democratizador. Paradójicamente, la tesis en la que descansan la defensa y la legitimidad de estas nuevas «intervenciones prodemocráticas», la llamada tesis de «la paz democrática», es una doctrina liberal en origen pacifista y antibelicista que prescinde de la guerra a la hora de explicar las relaciones entre países que son democráticos y que, sin embargo, acude a ella para imponerse en aquellos países que no lo son. Teresa Gelardo dedica el libro que nos ocupa a examinar esta fractura que se produce entre la teoría y la práctica y a explorar cuáles son los procesos de legitimación del uso de la fuerza que tienen cabida en el seno de esta teoría.

El trabajo es abordado por la autora de forma ordenada y estructurada, de manera que, primero, se exponen y explican los conceptos clave para después adentrarse en el análisis de la tesis que preocupa. Así, en la primera parte del libro, Gelardo se centra en el significado, el valor y el papel actual de la democracia como pilar y referente en el campo de las relaciones internacionales. En la segunda parte, se adentra en la teoría objeto de análisis, exponiendo su origen y contexto histórico-ideológico, su contenido, sus argumentos y sus implicaciones. Finalmente, con los conceptos esenciales explicados y los asuntos problemáticos identificados y expuestos, en la tercera y última parte del libro analiza el hecho de las intervenciones armadas en el seno del modelo liberal –previamente explicado– para, en definitiva, poner de relieve y denunciar la brecha que existe entre el liberalismo como doctrina pacifista en la teoría y el liberalismo como soporte justificador de la guerra en la práctica política.

Como señala la autora, uno de los fenómenos más característicos de nuestro tiempo y que no encuentra precedentes en la historia es el fenómeno democratizador que, con carácter global, está trasladando los principios, valores e instituciones democráticas a países de todo el mundo. Esta extensión de la democracia, que hunde sus raíces en un conjunto de razones históricas, políticas, jurídicas y filosóficas (como el fin de la guerra fría, el consecuente liderazgo internacional de los Estados Unidos o la hegemonía de la cosmovisión occidental, entre otros) trae consigo el riesgo de convertirse en un argumento justificador de intervenciones militares en pro de la democracia que, sin embargo, vulneran otros muchos derechos esenciales.

La conceptualización de la democracia siempre ha estado determinada por las grandes ideologías políticas del momento –ya fuese el comunismo, el liberalismo o la socialdemocracia–. Aunque la relación entre democracia y liberalismo no siempre fue pacífica, hoy en día la vinculación entre ambos conceptos es tal que se habla ya no de mera relación pacífica, sino incluso de simbiosis. Esta peculiaridad, propia de nuestro tiempo, llegó con el sustancial paso del modelo de democracia directa al modelo de democracia representativa que opera en nuestros días. Igualmente, cabe destacar que, a pesar

de sus aspiraciones de neutralidad, la acción de Naciones Unidas como agente activamente defensor y promotor de la democracia también ha sido decisiva en la expansión y difusión de la misma.

Así pues, liberalismo y democracia son términos que están estrechamente ligados en la actualidad. Pues bien, la explicación que ofrece el modelo liberal a los fenómenos de la guerra y de la paz se concreta, precisamente, en la tesis de la paz democrática, cuyo estudio y análisis interesan en este libro. Con el fin de poder ubicar y contextualizar la tesis de la paz democrática como una explicación liberal de las relaciones internacionales y facilitar de este modo su comprensión, la autora repasa primero el marco general de la teoría de las Relaciones Internacionales para detenerse después con más detalle en el liberalismo, marco particular de la tesis que nos ocupa.

Una vez descrito el contexto ideológico e histórico de la tesis, Teresa Gelardo se centra en la formulación contemporánea que Michael Doyle ofrece de la misma. La autora explica primero los conceptos de liberalismo y guerra que Doyle empleará en el desarrollo de sus tesis para, de paso, poner de relieve el carácter sesgado, interesado o estratégico de la misma, pues se basa en una construcción conceptual claramente intencional dirigida a poder sostener su tesis y que deja fuera muchos elementos valorativos presentes en la realidad que analiza.

Con la formulación de su tesis de la paz democrática, Doyle pretende explicar o dar respuesta a una triple evidencia empírica: 1) la guerra entre democracias es poco probable, 2) ante un conflicto liberal, los liberales se suelen aliar en un mismo bando, y 3) la relación pacífica existente entre democracias liberales ha dado lugar a uniones pacíficas hasta llegar a constatare una «zona liberal de paz». Para explicar este comportamiento pacífico entre estados liberales, Doyle desarrolla tres tipos de explicaciones: el argumento apriorístico, el análisis estadístico o empírico y la explicación filosófica –que tendría mayor peso que las anteriores–.

La explicación apriorística se basa en percepciones valorativas hechas a priori según las cuales la paz entre estados liberales descansaría en la presunción y en la confianza de que los principios y normas liberales serán respetados y cumplidos mutua y recíprocamente. La explicación empírica utiliza como argumento el hecho de que, de facto, los Estados liberales han resuelto sus disputas sin recurrir a la guerra. Finalmente, el punto nuclear de la formulación doyliana de la tesis de la paz democrática se encuentra en la explicación filosófica que, a su vez, encuentra en la obra de Kant, *Sobre la paz perpetua*, la clave para resolver los interrogantes planteados. Según Kant, el logro de la paz perpetua sería el resultado de un proceso que comenzaría con el cumplimiento de una serie de precondiciones por parte de los Estados (buena fe, autonomía de los Estados, desarme progresivo, etc). El cumplimiento de estas precondiciones sentaría las bases para la constitución de una comunidad federal de estados que estaría regida por un derecho, aún precario, denominado derecho de gentes. Sobre estas bases, el cumplimiento de lo que Kant identifica como «condiciones definitivas» y del derecho de gentes, podría dar paso al deseado Estado Mundial, que posibilitaría el desarrollo de un derecho que asegurase la paz perpetua, un «derecho cosmopolita». Las tres condiciones a las que Kant denomina «condiciones definitivas» consistirían en: 1) que el sistema de gobierno sea la república, 2) que el derecho de gentes se base en una federación de Estados libres y 3) que el derecho cosmopolita se limite a regular las condiciones de hospitalidad universal

Doyle, ignorando en su interpretación otros elementos de la teoría de Kant como el del cumplimiento de las precondiciones, toma estas tres «condiciones definitivas» para extraer y proponer, a partir de ellas, tres «fuentes básicas de pacificación»: el derecho constitucional –que promulga fundamentos básicos como la separación de poderes, la representación o la rotación de representantes–, el derecho internacional –que contiene las bases para mantener la confianza entre Estados– y el derecho cosmopolita –que refleja las normas universales de hospitalidad–. La crítica más evidente que puede hacerse a Doyle, y que Gelardo no pasa por alto en su análisis, es que escoge selectiva e interesadamente aquellos elementos de la teoría de Kant que le permitirán explicar sus objetivos, obviando precisamente aquellos otros que impiden que la teoría kantiana sea traspasable a la realidad contemporánea de forma válida.

En contraposición a la tesis de la paz democrática, fruto del modelo liberal, encontramos la explicación que da el realismo político al fenómeno de la guerra, partiendo de un pesimismo antropológico y sosteniendo que el mundo las relaciones internacionales es, de hecho, un «teatro bélico de operaciones permanentes». La principal crítica a la paz democrática que el realismo pone de manifiesto es que la evidencia empírica a la que recurre esta teoría no es concluyente y, por tanto, la relación causal entre democracia y paz no puede quedar probada. Por el contrario, el realismo defenderá que son los factores sistémicos (como el empleo de la diplomacia, el sello de alianzas o la hegemonía de un Estado), y no los internos, los que facilitan y promueven la paz. Sin embargo, también el realismo adolece de sus propios vicios ya que, si bien sirve para explicar el fenómeno de la guerra, no logra explicar la existencia de épocas de paz. En definitiva, nos encontramos con una teoría como la paz democrática que explica la paz pero no el conflicto, versus una teoría realista que explica el conflicto pero no la paz.

La señalada expansión de la democracia y el compromiso democratizador de organismos internacionales como la ONU, influido todo ello por el modelo liberal a través de la tesis de la paz democrática, han desembocado en un nuevo régimen internacional del uso de la fuerza; o lo que es lo mismo, han procurado nuevas formas de legitimación del uso de la fuerza armada, vinculando esta a valores como la democracia y los derechos humanos, estandartes del nuevo orden mundial que opera en nuestro tiempo.

La paradoja de la tesis de la paz democrática consiste precisamente en que, si bien es una doctrina pacifista en la teoría, en la práctica se ha empleado como argumento para la guerra, es decir, para justificar intervenciones militares en otros países soberanos. Desde el punto de vista de esta teoría, puesto que la paz solo se da entre naciones democráticas y liberales, es necesario expandir el modelo de vida liberal para lograr la paz. De esta forma, todo lo que no sea modelo liberal es considerado una amenaza para la paz, y para convertir estos modelos no liberales en liberales puede ser necesaria la intervención por la fuerza, una intervención, por tanto, prodemocrática.

Teniendo en cuenta que, tradicionalmente, el principio de no intervención en asuntos internos de un Estado prohibía el uso de la fuerza y que, en la actualidad, el principio contrario –el de intervención prodemocrática– legitima el uso de la fuerza para imponer el modelo liberal de organización política, la autora se plantea qué ha sucedido para que se operase tal transformación, en qué momento se ha producido el punto de inflexión. Y encuentra en la respuesta internacional al conflicto de Haití el precedente legal con el que se inaugura esta nueva forma de legitimación o autorización del uso de la

fuerza armada en pro del (re)establecimiento de regímenes democráticos. Fue aquí cuando, por primera vez en la historia, Naciones Unidas autorizó expresamente el uso de la fuerza en un país soberano al interpretar que la situación interna de dicho país constituía una amenaza para la paz y seguridad internacional. Así, se asentaba en la comunidad internacional una nueva interpretación de la expresión «amenaza para la paz» en virtud de la cual la disrupción misma de la democracia (y no sus ulteriores consecuencias) puede suponer una amenaza tal que justifique la intervención armada.

Una vez apuntado este nuevo fenómeno o proceso legitimador, Gelardo ahonda en la justificación que el liberalismo ofrece del nuevo intervencionismo, examinando con más detenimiento las teorías de la guerra de Doyle y de Kant. Así, mientras que para Doyle el origen del intervencionismo liberal reside en un rasgo psicosocial de confusión u hostilidad que denomina «imprudencia vehemente», Kant habla de un estado natural del hombre de «insociable sociabilidad», expresión que refleja la disociación que existiría entre el estado natural y originario del hombre –la violencia, la guerra– y el estado artificial o instaurado gracias al predominio de la razón –la paz–. Si bien vemos cómo ambos autores acaban recurriendo a posturas realistas a la hora de explicar la guerra, Kant se desmarca del realismo al matizar que la superación del estado natural/originario de conflicto se producirá, no por imposición de una instancia o poder supremo, sino por el propio mandato de la razón.

No obstante, Teresa Gelardo termina su análisis llamando la atención sobre el hecho de que, como ha sucedido siempre a lo largo de la historia, el régimen actual sobre el uso de la fuerza no es sino una construcción artificial acorde con y al servicio del orden internacional imperante, el llamado «nuevo orden mundial», que se caracteriza por la defensa de la democracia, los derechos humanos y la economía de mercado. Así pues, tras repasar en el último capítulo la regulación del uso de la fuerza que se ha dado en los distintos órdenes internacionales a lo largo de la historia –desde el sistema westfaliano hasta nuestros días–, la autora concluye que cada orden internacional ha construido su propio significado y uso de la guerra en función de sus bases ideológicas, sus aspiraciones y sus fines últimos, de tal forma que la guerra es necesaria cuando dichos fundamentos o pilares se ven atacados o amenazados. Si el orden actual tiene como principios nucleares la democracia y los derechos humanos, la defensa de los mismos legitimaría el recurso a la guerra, como sucede en los procesos actuales.

A través de este libro, la autora no sólo se propone exponer y explicar en profundidad el proceso actual de legitimación de las intervenciones armadas y las motivaciones e implicaciones de dicho proceso, sino que quiere también denunciar la brecha o contradicción fundamental a la que se enfrenta el liberalismo, el cual se auto-reconoce como un modelo pacifista en el plano teórico pero que en la práctica se perfila como un modelo que necesita recurrir a la fuerza para imponerse y hacerse valer frente a posibles amenazas. Frente a este modelo pacifista en teoría pero intervencionista en la práctica, la autora defiende el diálogo y la comunicación –y no la fuerza– como medios para la difusión y expansión de los valores democráticos que rigen en el nuevo orden mundial. Reivindica, pues, el *ius communicationis* frente al *ius ad bellum* y se muestra convencida de que es a través del diálogo, del entendimiento y del respeto a la diversidad como se debe alcanzar el deseable fin de la paz mundial.

En conclusión, hay que señalar y agradecer el valioso esfuerzo expositivo y explicativo que Teresa Gelardo realiza en este libro al explorar y desgranar con detalle la tesis de la paz democrática, sus orígenes, formulaciones, argumentos, contradicciones e implicaciones. Y es que conocer a fondo los argumentos que se ofrecen desde esta doctrina de la paz para legitimar las nuevas guerras es esencial para detectar y desenmascarar sus vicios e incongruencias y, en definitiva, ofrecer alternativas a este falso pacifismo que enmascara un nuevo belicismo bajo la bandera de valores como la democracia o los derechos humanos.

Ana ALDAVE ORZAIZ  
Universidad Pública de Navarra

**MAGALLÓN PORTOLÉS, Carmen: *Contar en el mundo. Una mirada sobre las relaciones internacionales desde las vidas de las mujeres*, Cuadernos inacabados núm. 64, Madrid, Horas y Horas, 2012, 190 pp.**

El libro presenta de manera crítica aspectos de la historia relacionados con las vicisitudes de la participación femenina en la gestión de los conflictos, de la paz y de la guerra a escala internacional. Asimismo, visibiliza y da relevancia a las prácticas cotidianas de subsistencia y sostenibilidad que llevan a cabo tantas mujeres anónimas.

Carmen Magallón Portolés interpela al género masculino por la manipulación histórica de la diferencia de la mujer. Ésta se ha hecho a través de discursos como el del cuerpo como tierra a conquistar y el del «ángel del hogar» que, según la autora, apartó a las mujeres del ámbito público y profesional y limitó su acción al ámbito doméstico, a las prácticas de cuidado y manutención familiar.

En el libro se argumenta que la violencia generalmente está asociada al género masculino y al cuerpo del varón. Se invita a hombres y a mujeres a repensar la manera como el cuerpo condiciona y a revisar su papel en la cultura con el objetivo de reflexionar y trabajar juntos, hombres y mujeres, a favor de la no violencia y de la vida.

Al ocuparse de la masculinidad, la autora afirma que los hombres deben criticar, desde la alteridad, su experiencia a través de la historia, para que ésta se constituya en revulsiva y reestructuradora. Presenta como negativa lo que denomina la inercia de los espacios separados<sup>1</sup>, a la vez, reclama las aportaciones de las mujeres como transformadoras de lo real y no como artificiosas o innecesarias. Es así como, exhorta a los hombres a asumir la parcialidad de su experiencia, de su papel hegemónico en las lógicas imperantes y a estar dispuestos a dar espacio al legado femenino.

La autora rechaza la indiferencia sociocultural a la contribución de visiones alternativas del mundo por parte del feminismo internacionalista e insta a, desde la diversidad, «reescribir las relaciones internacionales y el mundo mismo, con una voz propia»<sup>2</sup>. Además se infiere del libro, como lo expone Simone de Beauvoir, que tanto *el hombre* como *la mujer* son una construcción social.

En el primer artículo de la obra, Magallón Portolés aborda las relaciones internacionales desde las vidas de las mujeres, haciendo énfasis en aspectos como el predominio de la cultura de la muerte, el manejo del poder político y bélico y la visibilización de la mujer en las relaciones internacionales.

Respecto a la cultura de la muerte, explica cómo el género masculino la ha patrocinado a través de las diversas formas de la violencia y de la guerra (citando a Hartsock). Sobre el manejo del poder político y bélico, asegura que éste se ha hecho desde la parcialidad de la experiencia masculina y la no distinción entre conflicto y violencia, y desde un determinado paradigma (*realismo*) en el ámbito de las relaciones internacionales (citando a Kenneth Waltz). Finalmente, señala que la mujer en las relaciones internacionales fue

---

<sup>1</sup> MAGALLÓN PORTOLÉS, Carmen. *Contar en el mundo. Una mirada sobre las relaciones internacionales desde las vidas de las mujeres*, op. cit., p. 170.

<sup>2</sup> *Ibidem.*, p. 171.

inicial y predominantemente visibilizada como víctima de la violencia y objeto de protección, no como sujeto con voz propia.

En el siguiente capítulo, la autora destaca diversas experiencias de grupos de mujeres que luchan por la paz en distintos lugares del mundo. Hace hincapié en la experiencia del movimiento *Mujeres de negro*, una iniciativa de diálogo nacida en 1988 en Jerusalén y conformada por mujeres palestinas e Israelíes que se oponen a la ocupación israelí y a las agresiones de los gobiernos de turno. Este movimiento se extendió por todo el mundo gracias a su filosofía, que aboga por establecer lazos y diálogo entre las personas de grupos enfrentados, con el objetivo de desbloquear los procesos de paz.

En relación con el enquistado conflicto de Palestina/Israel, Magallón Portolés señala el gran número de grupos de mujeres surgidos en la zona a favor de la paz: la *Coalición de Mujeres por la paz* (conformada por los grupos *New Profile*, *Machsom Watch* y *Bat Shalom*), en Israel y la *Comisión Internacional de Mujeres (CIM)* por una paz justa y duradera, en Oriente medio. Se refiere también al libro *En la tierra de los olivos. Una historia de mujeres por la paz*, de Sumaya Farhat–Naser, en el cual se narra la historia de dos centros de mujeres, uno palestino y otro israelí, fundados en Jerusalén y que dieron origen a la iniciativa conjunta de diálogo *Jerusalem Link*, de la cual emanaron varias declaraciones, en la última de las cuales se defendía la creación del Estado Palestino.

Magallón Portolés reseña cómo grupos de mujeres de la India, de Colombia, de México, se han movilizado en pro de la paz frente a agresiones de actores armados, han reaccionado frente al miedo y reclamado que se respeten sus derechos y la vida humana. Y aludiendo a los Estados Unidos, el grupo de mujeres *Code Pink* es señalado por la autora como contrario a la invasión en Irak y, en general, opuesto a las políticas de guerra de éste país. También destaca la labor de Bárbara Lee, única voz disidente en la Cámara de Representantes frente al bombardeo de Serbia y la guerra contra Afganistán.

Sobre grupos de mujeres que han ejercido influencia a nivel internacional, señala a las mujeres de la Plaza de mayo, a las madres de soldados rusos y de soldados chechenos... y en general a muchas otras: guerrilleras, monjas, defensoras de derechos humanos, etc.; quienes desempeñando distintos roles se han dedicado a luchar por la no violencia desde su cotidianidad y su trabajo casi siempre invisibilizado. Además subraya que en las relaciones internacionales el protagonismo de la mujer se ha menospreciado, ignorándose que la aflicción femenina compartida y causada por la guerra produce rechazo, negación y desvinculación de las políticas de guerra, tal como lo anuncia el lema de las *Mujeres de negro*: «No en mi nombre».

En el siguiente artículo del libro se aborda el tema de la vulnerabilidad, la seguridad humana y la paz, defendiendo y mostrando el valor de las tareas de las mujeres en el cuidado de las personas y de la naturaleza. Además se describen situaciones de vulnerabilidad personal y grupal, precisando que se ha codificado la vulnerabilidad como femenina y la búsqueda de la invulnerabilidad como masculina. Se recalca que de la aceptación de la vulnerabilidad surge el intento de comprender al otro y su fragilidad humana, mientras que la presunción de invulnerabilidad lleva a responder con acciones que incrementan la espiral de violencia.

Se identifican como femeninas las prácticas de cuidado, muy importantes para entender la racionalidad civilizatoria que se constituye en alternativa de la dominante. Todas estas circunstancias permiten dimensionar la importan-

cia de la participación femenina en las relaciones internacionales, especialmente en la prevención de la guerra, la paz y el pos conflicto.

Magallón Portolés argumenta que tanto mujeres como hombres deben enfrentar el reto de avanzar hacia una seguridad humana para todos. Resalta que la noción de seguridad humana encaja más en la lógica femenina y la perspectiva de las prácticas de cuidado, y rescata este concepto frente a la seguridad clásica, concebida de modo que se identifica con la seguridad nacional, en tanto señala que entre el desarrollo humano y la seguridad humana existe una relación de interacción que ha contribuido a reinterpretar el desarrollo desde la seguridad y a cambiar sus prioridades. Asevera que el desorden mundial provoca la erosión de la autoridad de las instituciones internacionales y ello, en consecuencia, se erige como el mayor obstáculo en el reto de lograr ese objetivo. Añade que el aumento de conciencia sobre la vulnerabilidad global compartida ayudaría a neutralizar la inseguridad humana. Coloca como origen de esta situación insostenible a la lógica que pone la acumulación material y el poder económico en el centro del universo.

Ocupándose del conflicto colombiano, afirma que las fuerzas de seguridad, los paramilitares y la guerrilla han sembrado el terror entre la población usando a las mujeres para objetivos militares<sup>3</sup>. Al respecto expresa que el conflicto armado exacerba la violencia doméstica y en la comunidad.

En el capítulo titulado «Rescatar el cuerpo para una política de paz» se defiende la trascendental importancia de la voz del cuerpo de la mujer y la necesidad de liberarlo de los símbolos y categorías culturales. Se refiere a los lenguajes del cuerpo, uno de los cuales aporta la memoria social que contiene. Enfatiza en que la conciencia de la vulnerabilidad del cuerpo es un saber importante para una cultura de paz.

Acorde con las filosofías feministas, la autora aborda el tema del determinismo biológico y cultural, los debates de Judith Butler sobre si el género se construye sobre el sexo o a la inversa, y sobre el peligro de hacer ruptura de las mujeres como sujeto y dar lugar a otro determinismo, esta vez social. Concluye diciendo que «tanto los aspectos de origen cultural como los de origen biológico pueden ser transformados desde la libertad individual y grupal»<sup>4</sup>.

Articula las afirmaciones anteriores con la participación de la mujer en el espacio de lo público, aseverando que el feminismo reivindica la presencia de las mujeres en los organismos internacionales y en los procesos de paz. Esto lo relaciona con el cumplimiento del derecho a la igualdad formal, lo que no solo es justo sino que aporta significado. De igual manera se refiere a que para el feminismo, lo personal y lo corporal es político.

En el quinto capítulo del libro, se aborda la diversidad femenina, la intervención y compromiso de las mujeres por la paz en múltiples contextos, aunque por encima de esta diversidad, la autora asegura que las mujeres que trabajan por la paz comparten el intento de deslegitimar la lógica que pone en juego la vida de los seres humanos persiguiendo y poniendo por delante intereses materiales, ideológicos, de poder, de soberanía u otros. Y pone ejemplos de algunos de estos grupos de mujeres.

---

<sup>3</sup> VV.AA. (2004), *Colombia. Cuerpos marcados, crímenes silenciados*, Madrid, Amnistía Internacional (EDAI), 2004, pp. 9-10.

<sup>4</sup> MAGALLÓN PORTOLÉS, Carmen. *Contar en el mundo. Una mirada sobre las relaciones internacionales desde las vidas de las mujeres*, op. cit., pp. 86 y ss.

En cuanto a la lucha por la paz expone que continuamos inmersas en un conflicto identitario en el que se deben elegir valores previa una postura crítica, antes de asumir o rechazar lo culturalmente asignado. Y sobre la posibilidad o necesidad de «hacer las paces» cita al filósofo Vicent Martínez Guzmán para explicar el acierto de la crítica feminista sobre la dicotomía «mujer pacífica-hombre violento», una dicotomía que no favorece en absoluto el avance de las culturas de paz.

Se refiere a la «sociedad de las extrañas»<sup>5</sup> de Virginia Wolf y, con relación al orden establecido, expone que en nuestros días las mujeres siguen manteniendo distintos grados de extrañeza ante las instituciones sociales, sin dejar de mencionar el aminoramiento paulatino de su tradicional exclusión de las mismas, en los países democráticos. La inclusión de las mujeres en la comunidad política, y la lectura de los derechos a la luz de su experiencia puede contribuir al reconocimiento del valor de la paz en la comunidad de derechos.

En lo que se refiere al aporte de la presencia femenina en los procesos de paz, menciona que en la reunión del Consejo de Seguridad del mes de octubre de 2009, Asha Hagi intervino en nombre del grupo de trabajo sobre *Mujeres, Paz y Seguridad*, afirmando que en el proceso somalí, las mujeres aportaron «...tolerancia, compasión, perdón y soluciones prácticas, actitudes básicas para la reconciliación»<sup>6</sup>. Luego se refiere a una paz que debe ser sostenible, no sólo puntual, algo para lo que es imprescindible el concurso de la sociedad civil y en particular de las mujeres, como parte de ella. Pues la construcción de la paz, argumenta, no atañe sólo a combatientes o a líderes, sino que es un proceso que pertenece a las comunidades. Lograr la paz sostenible implica la reinserción de los combatientes, la reconstrucción y la reconciliación. Condiciona la reconciliación a escuchar la voz de las víctimas, quienes tienen la palabra porque han sufrido la violencia.

Por otra parte, radica en un criterio ético (principio de igualdad) la presencia de las mujeres en la mesa de negociación, puesto que «en la medida en que sigan existiendo, de hecho, desigualdades y roles en función del sexo, el sexo tendrá que ser un criterio a tener en cuenta en los órganos de participación»<sup>7</sup>. No obstante, la inclusión de las mujeres en los procesos de negociación no significa que se incorpore la perspectiva de género, que va a mejorar el estatus del resto de las mujeres y que ello va a modificar de manera sustantiva los acuerdos de paz. Sin embargo, y «en principio, el único cambio que sí se da independientemente de la personalidad, ideología, desempeño y propósito de las mujeres implicadas es el derivado de su presencia corporal»<sup>8</sup>, lo que tiene un valor simbólico, en nada desdeñable.

Articulando lo anterior, la autora complementa que no toda mujer que llega al poder se ubica y piensa desde un paradigma feminista. Utiliza como ejemplo lo ocurrido con la elección de las mujeres al parlamento de Irak en el 2006. Señala que otro problema es el que se da en la sociedad posconflicto armado, en la que vuelven a aparecer las tendencias ancestrales de marginación de las mujeres. Al respecto, cita a Sumie Nakaya para quien «el aumen-

<sup>5</sup> *Ibidem.*, p. 96.

<sup>6</sup> *Ibidem.*, p. 102.

<sup>7</sup> MAGALLÓN PORTOLÉS, Carmen. *Contar en el mundo. Una mirada sobre las relaciones internacionales desde las vidas de las mujeres*, op. cit., p. 100.

<sup>8</sup> *Ibidem.*, p. 103.

to del número de mujeres en las negociaciones de paz no garantiza la ausencia de discriminación en la sociedad posconflicto»<sup>9</sup>. Alude a los casos de Kosovo y Burundi.

Sobre la perspectiva de género en los procesos de paz, afirma que «la inclusión de mujeres en los distintos niveles de la toma de decisiones, siendo un derecho incuestionable y una condición necesaria, no es suficiente: no equivale al cambio de paradigma o de la lógica bajo la que actúa el poder»<sup>10</sup>. Inquieta el cambio de roles de los hombres para que se involucren en la agenda de justicia y de igualdad de género, importante en los procesos de paz.

Ocupándose de la historia de las mujeres que dejaron oír su voz en el ámbito público, destaca Magallón Portolés el impacto de la Primera Guerra Mundial entre las mujeres organizadas de la época. Escribe sobre el nacimiento de la que es la organización de mujeres por la paz más veterana, *La Liga Internacional de Mujeres por la Paz y la Libertad* (LIMPAL o WILPF, en sus siglas en inglés), organización que en sus objetivos unía el movimiento feminista y el pacifista. En su primera declaración, dice que trata de unir a las mujeres de cualquier país que se opongan a la guerra, a la explotación y a la opresión, que trabajen por el desarme universal y la solución de los conflictos mediante el reconocimiento de la solidaridad humana, la conciliación y el arbitraje, la cooperación mundial y el establecimiento de la justicia social, política y económica para todos, sin distinción de sexo, raza, clase o credo.

Las mujeres que se reunieron en La Haya, en 1915, entendían como irracional arrastrar a los pueblos a guerras letales, por ello apoyaron el arbitraje internacional y la creación de organismos internacionales para dirimir conflictos entre las naciones. Fue el origen de un feminismo que tomó como hecho consumado la igualdad de género, reuniéndose y tomando resoluciones sobre la guerra y la paz, pese a estar excluidas de la participación política.

Refiriéndose a la relación de las mujeres españolas con la WILPF, a principios del siglo xx, menciona al grupo que formó la Liga Femenina Española por la Paz (LFEP), a finales de los años 20, cuyo objetivo consistía en divulgar el verdadero concepto de paz y defender la paz, añadiendo que mantuvo sintonía y relación, desde que nació, con la WILPF. Posteriormente habla de Isabel Oyarzabal Smith, primera presidenta de la LFEP, y destaca su protagonismo en el plano internacional, su defensa de la democracia, de la igualdad y su labor en el Consejo Supremo Feminista.

En su conexión con WILPF, destaca a la española Margalida Comas Camps –bióloga experta en genética– por su labor en pro del pacifismo, su compromiso científico, pedagógico y social, exiliada en 1939, que fue invitada al Congreso de WILPF para hablar de la Guerra de España. Recuerda sus labores en beneficio de los niños vascos, trasladados a Inglaterra tras el bombardeo de «Guernica» en abril de 1937, y sus conferencias a favor de la legalidad republicana. También resalta la labor de la doctora española Amparo Poch Gascón, fundadora de la revista *Mujeres Libres* y Presidenta de la Liga Española de Refractarios a la guerra.

Con respecto al feminismo internacionalista y a la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad, aprobada en el año 2000, sobre *Mujeres, Paz y Seguridad*, la autora resalta que, a diferencia de las resoluciones anteriores, ésta

<sup>9</sup> *Ibidem.*, p. 104.

<sup>10</sup> *Ibidem.*, p. 107.

incluyó el reconocimiento de que la voz de las mujeres debe contar en asuntos de calibre internacional. Esta resolución pasó a ser una herramienta política de primer orden, orientada a la participación de las mujeres en la construcción de la paz y la seguridad. La resolución consagra emprender acciones en cuatro áreas: *a)* el aumento de la participación de las mujeres en los procesos de paz y en la toma de decisiones; *b)* el entrenamiento para el mantenimiento de la paz desde la perspectiva de género; *c)* la protección de las mujeres en los conflictos armados y las situaciones pos-bélicas, y *d)* la introducción transversal del género en la recogida de datos y sistemas de información de Naciones Unidas, así como la puesta en práctica de los distintos programas.

Acorde con la voluntad expresada por el Consejo de Seguridad de incluir una perspectiva de género en las operaciones de mantenimiento de la paz, agrega la autora que esta institución no sólo reconoce que la «paz está inextricablemente unida a la igualdad entre hombres y mujeres»<sup>11</sup>, sino también la importancia del acceso pleno de las mujeres a las estructuras de poder y su participación plena en la prevención y resolución de conflictos para la promoción de la paz y la seguridad.

Magallón Portolés destaca que las grandes conferencias internacionales sobre la mujer, organizadas por la ONU, fueron hitos importantes para el avance de las mujeres del mundo. Pone de relieve que en la IV Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la mujer (Pekín) se reafirmó la capacidad de ésta para propiciar unas relaciones humanas pacíficas y para el desarrollo social, producto de la función de dar y sustentar la vida. También se resaltó que las mujeres propician una visión nueva que supone pasar de la cultura de la guerra a una cultura de paz.

Haciendo un recuento de lo sucedido, luego de más de 10 años de la resolución 1325, refiere que para el Consejo de Seguridad de la ONU inicialmente los derechos de las mujeres no eran cuestión de seguridad internacional<sup>12</sup>. Se ignoraba el papel de la mujer como actora en la construcción de la paz, y sólo se la consideraba como víctima de la guerra. Luego de la aprobación de esa resolución, las distintas instancias de la ONU la incluyeron en sus programas y debates (Resoluciones 1820, 1888, 1889 y 1960). Por ejemplo, el debate anual con respecto a *Mujeres, Paz y Seguridad*, celebrado el 23 de Octubre del 2007, tuvo como temática «Hacia una aplicación coherente y efectiva de la resolución 1325/2000, del Consejo de Seguridad».

Luego de mencionar casos de empoderamiento femenino en las Naciones Unidas y en cargos públicos, Magallón Portolés asevera que el Consejo de Seguridad, a través de las resoluciones emitidas, ha aportado a la problemática de género en los conflictos armados, autoridad y legitimidad. Agrega que además de usarse la Resolución 1325 en los conflictos y procesos de paz, es usada como herramienta para alcanzar la igualdad, para reclamar la presencia de mujeres en los parlamentos, organizar reuniones y talleres de capacitación, para la búsqueda de fondos para sus causas y, en general, para avanzar en el estatus de las mujeres. Anota que en España, la 1325 se ha interpretado de distintas maneras: el aumento de las mujeres en las operaciones de paz y el diseño de proyectos específicos de cooperación. En el 2007, España elabo-

<sup>11</sup> *Ibidem.*, p. 131.

<sup>12</sup> MAGALLÓN PORTOLÉS, Carmen. *Contar en el mundo. Una mirada sobre las relaciones internacionales desde las vidas de las mujeres*, op. cit., p. 145.

ró un Plan Nacional para la aplicación de la 1325. También se propuso fomentar el conocimiento, difusión y trabajo de la sociedad civil con relación a esta resolución. Un paso más en el compromiso con la 1325 lo constituyó el Plan de Acción sobre «mujeres y construcción de la paz de la cooperación española».

Sin embargo la autora, citando a Gina Torres, del grupo Mujeres, Paz y Seguridad (MPS), en el debate anual del año 2007, alude a la dispar aplicación de la 1325 en la labor del Consejo de Seguridad, a que pese a su existencia continúa la problemática de las niñas y de las mujeres que se encuentran en situaciones de conflicto armado, las cuales continúan expuestas a la violencia sexual sistemática y generalizada, a la exclusión de las estructuras de decisión, a la marginación de los procesos de paz, etc. No obstante, rescata que cuando el Consejo de Seguridad incorpora la resolución a sus labores, la situación de las mujeres mejora, aunque se requiere una mayor proyección práctica de los documentos administrativos.

En el informe del 2009, con relación a la participación femenina en la construcción de la paz, se reconocían los progresos, pero también los obstáculos que permanecían. Se afirmaba que las resistencias se mantenían en función del sexo, de la dedicación casi exclusiva de las mujeres a la supervivencia. Asimismo, se recalca que también el analfabetismo y la pobreza se erigían como hechos que alejaban a las mujeres de los procesos de toma de decisiones y se reclamaba que el activismo de base no se está trasladando a la toma de decisiones.

Sobre el enfoque y desarrollo de la resolución, añade que Rita Santos, Tatiana Moura y Silvia Roque encuentran dos fallas importantes. La primera es la falta de análisis, apelación e implicación de los hombres y, la segunda, el estar únicamente centrada en los conflictos armados, dejando por fuera las violencias que se dan en los países teóricamente en paz, citando los casos de ciudades como Río de Janeiro y el Salvador<sup>13</sup>.

Finalmente, acerca del contenido general del libro, cabe destacar que la autora logra cautivar al lector a través de los diversos capítulos que lo componen, los cuales permiten reflexionar sobre el papel de las mujeres en la transformación del mundo. Asimismo, proporciona elementos de juicio para comprender la dinámica del discurso de género y defiende la continuidad de la proyección del feminismo a escala internacional, con la finalidad de contribuir a una cultura de paz.

Mariana HOYOS  
Universitat de València

---

<sup>13</sup> MAGALLÓN PORTOLÉS, Carmen. *Contar en el mundo. Una mirada sobre las relaciones internacionales desde las vidas de las mujeres*, op. cit., p. 163.

**PICONTÓ NOVALES, Teresa (ed.): *La custodia compartida a debate*, Madrid, Dykinson, 2012, 181 pp.**

Como bien advertía Bauman en su obra *Amor líquido: acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*, el tipo de relaciones interpersonales que se desarrollarían en la postmodernidad serían forzosamente más volubles y fugaces adaptándose así a una sociedad marcada por el eterno presente. En este continuo tránsito hacia un nuevo escenario líquido, el protagonismo de los valores de la autonomía personal y la apertura a otras formas de convivencia afectiva no podían sino apelar a la inminente transformación socio-jurídica de las relaciones familiares. Unas realidades afectivas que bien necesariamente o circunstancialmente han significado un cambio irreversible en el espacio tiempo –del pasado al presente–. De ahí que no sólo es apremiante superar una definición anclada en términos ideales que concibe la familia como un enclave atemporal de relaciones preferentemente no conflictivas auspiciadas por el propio Derecho sino también es prioritario acomodarlas socialmente. Desde una perspectiva jurídica, esta tradicional visión estática e ideal de las estructuras familiares tanto en su composición como en su disolución impide en ocasiones llevar a cabo una mayor adaptación jurídica a un contexto cambiante que trata de dar respuestas mediatas ante la presión y la demanda social de muchos grupos en las relaciones familiares.

Así parece ya inevitable emprender reformas legales sobre uno de los efectos más controvertidos de la ruptura familiar partiendo de la premisa que son actos de libre voluntad que deberían estar sujetos a un mínimo de restricciones o pautas jurídicas. Un ejemplo de ello es la custodia compartida alterna que en el volumen colectivo coordinado por Teresa Picontó se plantea sin ambages desde los postulados de la investigación socio-jurídica. Si bien son reformas en ocasiones tardías o incluso experimentales, la imposición de la custodia compartida, especialmente en lo que atañe a la asunción de responsabilidades parentales y las asimetrías de género en la estructura familiar puede tener su doble anverso y reverso. Esto es, tener a la par un carácter balsámico pero no por ello problemático en la gestión del conflicto. No hay que olvidar como en este contexto perdura la tensión entre, por un lado, el derecho a la libertad de la pareja o de los esposos y, por otro, la necesidad de proteger derechos como el de la igualdad de cada uno de ellos, así como los derechos e intereses de los hijos tanto antes como después de la ruptura. En este ámbito se han sucedido diferentes propuestas para materializar jurídicamente la competencia y la responsabilidad de los adultos con sus hijos o ejercer un derecho de visita tras un proceso de divorcio.

Esta transformación socio-jurídica de las relaciones familiares en sus diferentes fases implica también una reformulación del tratamiento socio-jurídico de la continuidad de las relaciones de cada uno de los progenitores con sus hijos después de la ruptura. Sin embargo, en línea de tendencia éstos se han medido en base a criterios cuantitativos sobre la frecuencia de esas relaciones más que sobre la dimensión cualitativa de las relaciones que se mantienen con los progenitores. La búsqueda de un equilibrio entre ambos indicadores ha sido determinante para aportar mayores aperturas y espacios a la custodia compartida tras las últimas reformas llevadas a cabo en España, Reino Unido, Francia, Italia y Australia. Una visión aperturista que no sólo trasciende el terreno legislativo sino que va más allá dada la ausencia de investigaciones sociológicas o socio-jurídicas que permite conocer con profundidad en qué sentido positivo o

negativo la custodia compartida contribuye al ejercicio de la responsabilidad parental y a la protección del interés superior de los hijos.

Siguiendo estas premisas, este volumen colectivo trata de abordar desde una perspectiva interdisciplinar y plural el debate inconcluso sobre el alcance multinivel de la custodia compartida. Una consecuencia derivada de la ruptura familiar que aviva tensiones entre los defensores y detractores que advierten un posible aumento de índices de litigiosidad entre los ex-cónyuges con los correspondientes efectos adversos para «el superior interés de los hijos». Es, por tanto, una aproximación científica necesaria tras las reformas efectuadas que se nutre tanto de aportaciones como enfoques multidimensionales y transversales sobre la igualdad de los padres y la protección del interés superior de los hijos después del divorcio, la praxis judicial de la custodia compartida en España y en Cataluña, la responsabilidad parental desde las experiencias de la monoparentalidad y por último se completa con un análisis de la custodia compartida desde la perspectiva de la violencia de género y uno de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos más consolidado: la mediación familiar. Obviamente, cabe destacar de los resultados de esta investigación socio-jurídica la singularidad de la regulación de la custodia compartida en el Estado español dadas las divergencias que presenta la Ley 15/2005 con las reformas operadas a nivel autonómico (Cataluña, Aragón y la Comunidad Valenciana) que han establecido la custodia compartida como modalidad preferente incluso en caso de desacuerdo entre los padres.

Sin duda, como paso previo a un análisis de las tres medidas previstas en la Ley 15/2005, en el primer capítulo Flaquer presta especial atención al contexto en el que se producen tales reformas observando así entre otros factores o indicadores analíticos el impacto del ejercicio de la custodia compartida, el uso de la mediación familiar y el anticipo de las pensiones de alimentos en caso del impago de las medidas económicas del divorcio. Tales medidas como bien apunta el autor anticipan un contexto de cambio favorable a la simplificación y liberalización de la legislación en materia de separación y divorcio aunque con difícil adaptación a un régimen de bienestar y de producción mediterráneos como es España. De este modo, habida cuenta de tales considerandos esta nueva concepción más liberalizadora requiere la adopción de estrategias de prevención y gestión de las situaciones de riesgo así como la imposición de nuevos sistemas de control en las relaciones entre padres e hijos. Algunas de esas medidas han sido el carácter asistencial del fondo de garantía contra el impago de las pensiones de alimentos, el uso privado de la mediación familiar y el ejercicio de la custodia compartida. A diferencia del contexto autonómico el derecho civil estatal no existe presunción en lo que respecta a la atribución de la custodia por parte del juez de forma que éste sólo puede conceder la custodia compartida en caso de acuerdo entre el padre y la madre. Sin embargo, en opinión de Lluís Flaquer aquí radica el error o posible fracaso al concebirse como parte integrante de la esfera privada de forma que tanto el Estado como las administraciones públicas asumen una escasa responsabilidad por los efectos de su regulación.

No en vano, la introducción de nuevos estilos de parentalidad y nuevos roles de género tras el divorcio constituyen un cambio en las estructuras familiares pero también un reto emergente para el derecho de familia atendiendo a la promoción de los derechos de libertad e igualdad de los progenitores o la autorregulación del conflicto y la custodia compartida de los hijos comunes. Esta labor analítica de la regulación y de la praxis judicial es llevada a cabo desde una perspectiva socio-jurídica por Teresa Piconó. Con acier-

to diseña un planteamiento crítico-propositivo sobre la necesidad de desarrollar criterios claros y contrastados a la hora de implementar la nueva legislación sobre la custodia compartida que deriva del marco estatal y autonómico. Si bien la custodia compartida está pensada con el objetivo de mantener la normalidad familiar después de la ruptura, de modo que los padres se alternen en el cuidado de los hijos, por un lado y sigan tomando las decisiones sobre sus hijos en común, por otro. Según la misma autora se trata de decidir en cada caso sobre la guarda y la custodia atendiendo al mejor interés de los hijos, por lo que es necesaria una reflexión más honda sobre los cambios operados, las transformaciones sociales que subyacen y la praxis judicial sobre su atribución. Si hay un riesgo de crear una excesiva uniformidad en la resolución de los casos, sin atender a las circunstancias de la misma, no se trata de una cuestión de orden menor por lo que resulta necesario mantener cierta distancia crítica sobre la gran *vis atractiva* de la medida de custodia compartida. Máxime si la transición de una familia de roles diferenciados por géneros a una familia igualitaria está comenzando a desarrollarse en España.

Aunque como bien se apunta en la nota introductoria es principalmente en el ámbito autonómico donde se presentan visos de mayor apertura futura dado el protagonismo de la regulación autonómica en el ámbito de las relaciones familiares y derivadas, como es el desarrollo progresivo de la legislación de las uniones de hecho. En concreto, la valiosa aportación de Carlos Villagrasa trata de desgranar a nivel terminológico las medidas implementadas con la Ley catalana 25/2010, el cumplimiento de la máxima del interés superior de los hijos, considerando el alcance y límites de la naturaleza de la medida, eminentemente personal o jurídica. No sólo presenta una acertada revisión conceptual de las definiciones de la monoparentalidad para explicar ciertos fenómenos sociales relativos a modalidades de convivencia y/o relaciones familiares, la corresponsabilidad social y potestad parental sino también advierte como la guardia sucesiva y custodia alterna ponen en cuestión la aplicación efectiva del principio del interés superior de la infancia. Sobre esta base conceptual, se corrige la confusión conceptual entre guardia y responsabilidad parental afirmando que la guardia compartida no consiste en un reparto idéntico de los periodos temporales de atención a los hijos por cada uno de los progenitores, sino es una respuesta de planificación de las responsabilidades parentales ajustada a la situación familiar, personal y laboral de los progenitores. Y, en esta misma línea la contribución de Almela e Di Nella insiste en una necesaria revisión de las nociones tradicionales de monoparentalidad y de responsabilidad parental vinculadas a una concepción androcéntrica y de subordinación generacional que con etiquetas tendenciosas devalúa el trabajo de las mujeres o fomenta el maltrato masculino.

Por último, es igualmente oportuna la reserva de los capítulos finales para valorar las razones de crítica a la custodia compartida desde criterios sustantivos de igualdad haciendo especial referencia a la desigualdad de las relaciones de género respecto del cuidado de las hijas/os. Un apunte crítico oportuno que ahonda en un enfoque valorativo de los avances en la construcción y consolidación de la mediación familiar en el desarrollo de la custodia compartida marcadas por la violencia de género. En el marco de la necesaria transversalidad de las políticas de género, como bien indica Encarna Bodelón, la nueva configuración de la legislación sobre la llamada «custodia compartida» y ciertas interpretaciones sobre el alcance de la mediación familiar están generando nuevos dispositivos de invisibilización de la violencia de género. Un análisis de las críticas a la custodia compartida impuesta serían el

ocultamiento o la pervivencia de la violencia de género. Por ello, es determinante observar especialmente en qué medida el falso discurso igualitario que proyecta la custodia compartida puede contribuir a no reconocer las fuertes desigualdades que se dan todavía en las relaciones de pareja respecto de cuidado de las hijas/os.

En efecto como acertadamente señala la autora, el Derecho muestra una capacidad extraordinaria para desatender la realidad social, la facticidad de los problemas familiares pero sí para imponer un discurso aparentemente moderno alejado de la conflictividad de la familia. Dos son por tanto los ámbitos de observación socio-jurídica, por una parte, los avances de la legislación sobre violencia de género y sus implicaciones en las rupturas familiares hacia los hijos e hijas. Y, por otra parte la desmitificación de los efectos complementarios a la custodia compartida en casos de violencia de género sin duda destacables retrocesos que afectan negativamente a las relaciones de género. Asimismo desde una línea conclusiva insiste la misma autora en el alcance de las relaciones de género y la introducción de la mediación familiar en España como viene siendo habitual en Estados Unidos o Canadá como una oportunidad de trasladar el debate desde la esfera pública (jurídico-judicial) a la esfera privada como modalidad de gestión de conflictos y de regulación social más próxima al plano psicológico.

Sin duda, todas ellas son aportaciones interesantes para la apertura del debate actual, para finalizar habría que destacar el capítulo de Glòria Casas sobre la valoración de las diferentes posiciones antagónicas sobre la posibilidad o no de recurrir a la mediación familiar en casos de violencia de género. Una propuesta valorativa que recoge apuntes críticos sobre las asociaciones que se engloban dentro del movimiento feminista, el feminismo o el proceso de formación de los mediadores familiar. Pues como concluye la autora, la desigualdad entre los actores de la mediación familiar no debe contribuir paradójicamente a privar o minimizar la naturaleza criminal de la violencia de género.

En definitiva, son muchos y varios los aspectos doctrinales de la investigación coordinada por la Profesora Teresa Picontó que pueden suscitar el interés del lector sobre el alcance de las reformas legales atinentes a las dinámicas familiares. Entre ellas, bajo mi punto de vista es destacable la búsqueda de mayor equilibrio normativo sobre los efectos de la custodia compartida y su futura incidencia en la regulación de la esfera privada ante las continuas demandas sociales que se producen. Aunque también no es una cuestión de orden menor reconsiderar aspectos conceptuales reseñables sobre la responsabilidad parental y aquellos de carácter más metodológico como es la necesaria transversalidad de las relaciones de género en el estudio de la custodia compartida y la dimensión cualitativa en el análisis socio-jurídico. Todo ello, sin perjuicio de imprimir un mayor ejercicio de autocritica sobre la influencia de perspectiva comparada a la hora de abordar las reformas legales en el Estado Español que obvia que aproximarse a la regulación de países más pioneros en la liberalización de la legislación sobre divorcio implica disponer con mayores estándares de protección social.

Sobre estas premisas *La custodia compartida a debate* asienta las bases para futuras propuestas *lege ferenda* y nuevas líneas de investigación socio-jurídica que sean capaces de reivindicar la necesidad de aprehender desde el Derecho la volubilidad de las relaciones familiares en la realidad del XXI.

Encarnación LA SPINA  
Universitat de València

**RAMIS BARCELÓ, Rafael: *Derecho natural, historia y razones para actuar. La contribución de Alasdair MacIntyre al pensamiento jurídico*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2012, 480 pp.**

Afirmaba Guido Fassò en el Prefacio al primer volumen de la *Storia della Filosofia del Diritto* (1966) que, como disciplina bifronte, la iusfilosofía aglutina dos tipos de conocimientos: el filosófico y el jurídico. A este respecto, añadía el profesor boloñés, hay que convenir que el pensamiento jurídico no puede ser ajeno al saber filosófico, del mismo modo que tampoco cabe imaginar una filosofía ensimismada e indiferente a uno de los aspectos de la experiencia humana que, desde la Antigüedad, más han motivado precisamente la meditación filosófica: el Derecho<sup>1</sup>. Ciertamente, los grandes temas de la Filosofía del Derecho entroncan con las diversas ramas de la Filosofía, desde la Lógica a la Epistemología y, sobre todo, la Ética; sin embargo, no deja de resultar paradójico que, durante mucho tiempo, la tendencia seguida por muchas de las obras historiográficas dedicadas al estudio general de la Filosofía haya sido la de soslayar precisamente los problemas filosóficos que afectan a la vida jurídica. Todavía en la actualidad sigue siendo una realidad el hecho de que no todas las concepciones filosóficas admiten la proyección de ese saber al mundo del Derecho; correlativamente, no todas las concepciones jurídicas consideran que pueda tener sentido una proyección de métodos filosóficos al Derecho<sup>2</sup>.

De acuerdo con la consideración anterior, podría concluirse que, en relación con el estudio de la Filosofía del Derecho, existe una duplicidad de perspectivas de enfoque por parte de quienes cultivan esta disciplina: de un lado, la perspectiva de los juristas-filósofos y, de otro, la perspectiva de los filósofos-juristas. Ambas disciplinas, como ha señalado Antonio E. Pérez Luño, resultan inaceptables si se toman unilateralmente. Por eso, una auténtica Filosofía del Derecho debe ser fiel a su naturaleza bifronte, conjugando su doble dimensión filosófica y jurídica, contemplando la experiencia jurídica desde un punto de vista omnicompreensivo y, por ende, no regional<sup>3</sup>. Por consiguiente, la clave para un completo análisis iusfilosófico de la realidad debiera consistir precisamente, como advirtiera Giuseppe Capograssi, en percibir la experiencia jurídica como una realidad problemática y compleja que está predeterminada por la historia<sup>4</sup>.

En los últimos tiempos, entre los filósofos que mayor número de estudios ha dedicado a los grandes temas de la Filosofía Moral y de la Historia de las Ideas Jurídicas y Políticas quizás pueda destacarse al escocés Alasdair MacIntyre, sin duda uno de los autores más heterodoxos e interdisciplinares que haya en el ámbito del pensamiento contemporáneo. Considerando las proporciones ciclópeas de una bibliografía tan extensa y variada como la de

<sup>1</sup> FASSÒ, G., *Storia della filosofia del diritto. Vol. I: Antichità e Medioevo*, Il Mulino, Bologna, 1966, p. 7.

<sup>2</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una Filosofía de la Experiencia Jurídica*, Mergablum, Sevilla, 1999 (2.ª ed.), p. 19.

<sup>3</sup> *Ibidem.*, p. 82.

<sup>4</sup> CAPOGRASSI, G., *Studi sull'esperienza giuridica*, en *Opere (II)*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 231.

MacIntyre, en la que se abordan diversidad de cuestiones de naturaleza ética, jurídica, sociológica, antropológica, teológica..., resulta complicado reunir toda una serie de reflexiones iusfilosóficas que se encuentran dispersas por toda su obra intelectual. A este encomiable propósito responde, precisamente, el libro del Prof. Rafael Ramis Barceló. A lo largo de seis capítulos, el autor presenta como un todo coherente el pensamiento jurídico de MacIntyre, cuyas ideas se hallan dispersas en buena parte de sus escritos. A fin de poder hilar las tres etapas en las que se divide el itinerario intelectual recorrido por MacIntyre a lo largo de seis décadas, Ramis realiza un estudio diacrónico de la obra del filósofo escocés en el que analiza al detalle, texto a texto, cómo ha ido evolucionando y perfilándose su pensamiento con el paso del tiempo, especialmente en materia iusfilosófica. A modo de capítulo de cierre, Ramis nos ofrece un diálogo personal con las tesis de MacIntyre, además de unas conclusiones que nos aproximan a su visión global del Derecho natural.

La primera etapa del pensamiento macintyreano comprende los primeros veinte años de su carrera (1951-1971). Se trata de un periodo de sincretismo en el que el pensador escocés intenta conciliar cuatro corrientes doctrinales difícilmente compaginables: el marxismo, el psicoanálisis, la filosofía analítica y el cristianismo. En este periodo de juventud, MacIntyre pone de manifiesto que para él lo que en realidad importa son los fundamentos de la acción humana y que el Derecho es una consecuencia (o «un corolario» –como afirma Ramis-) de su visión filosófica, pero en modo alguno constituye uno de los temas centrales de su obra. En esta búsqueda de las bases éticas del comportamiento humano, MacIntyre descubre el interés del estudio histórico comparado entre el pensamiento clásico (representado paradigmáticamente por Sócrates) que mantiene la unión entre el conocer y el obrar, entre el ser y el deber ser, y el pensamiento moderno (desde Hume a Moore), para el cual es una falacia naturalista pretender extraer el «ought» del «is». En este sentido, MacIntyre propone la recuperación del espíritu de la Filosofía griega. Dado que para él no existe una explicación satisfactoria de la escisión o desdoblamiento ontológico/deontológico en la moderna teoría de la acción. En los dos primeros capítulos de su libro, Ramis analiza precisamente la cuestión de las razones para la acción como la gran pregunta a la que MacIntyre se enfrenta en esta primera fase de su obra, jalonada por dos libros fundamentales en su bibliografía, *Marxism: An Interpretation* (1953) y *Against the Self-Images of the Age: Essays on Ideology and Philosophy* (1971), obra con la que da comienzo su «etapa de revisión».

La segunda etapa del pensamiento de MacIntyre transcurre, de acuerdo con el estudio de Ramis, entre los años 1971-1978. En este periodo el filósofo escocés se muestra distante respecto a dos de las corrientes teóricas que marcaron su anterior etapa de juventud (aquellos *Lehrjahre* a los que se refiere Goethe en su novela: *Los años de aprendizaje de Wilhelm Meister*)<sup>5</sup>: el marxismo y de la Filosofía analítica. El desarrollo de esta fase revisionista de MacIntyre está marcado por la reflexión en torno a las tradiciones y a la aplicación de la crítica del filósofo de la ciencia e historiador estadounidense Thomas S. Kuhn a la Filosofía moral. A propósito de la búsqueda de unas razones para actuar, el autor dedica los capítulos 3 y 4 del libro que es objeto del presente comentario a exponer la historización que hace MacIntyre del

<sup>5</sup> GOETHE, J. W., *Wilhelm Meisters Lehrjahre*, Johann Friedrich Unger, Berlin, 1795.

problema de las razones para la acción y a tratar de explicar por qué –en su opinión– ha desaparecido la virtud de la ética material. Para el filósofo escocés, el principal responsable de la supuesta pérdida de valores éticos materiales es el liberalismo, cuya lógica formalista ha terminado imponiéndose en el terreno de la ética y la justicia. Por este motivo propone MacIntyre en su obra más conocida, *After Virtue* (1981), y que preanuncia ya el tránsito a la última etapa de su pensamiento, el retorno a la ética aristotélica como espejo de virtud. En este punto, advierte Ramis, convendría recordar que, para el aristotelismo, la justicia es una virtud ética que exige la presencia de un Derecho natural que ponga las bases de una justicia que opere conforme a los «bienes internos» de las prácticas.

La tercera etapa del pensamiento de MacIntyre empieza en 1978 y llega hasta el presente. En esta última fase de su evolución intelectual, el filósofo escocés da paso a una concepción más amplia de la ética, la justicia y el Derecho natural, que se fundamenta en Santo Tomás. Pese al referente que supone el aristotelismo para la ética de la virtud, y aunque MacIntyre le reconoce a Aristóteles el mérito de haber unido la razón con la acción por medio de la deliberación, la completa explicación aristotélica de la realidad tiene, sin embargo, un punto débil: la falta de fundamento del deber y la normatividad, que –como indica oportunamente Ramis en el capítulo 5– es la base de la virtud de la justicia, que asegura al mismo tiempo y la ley natural. Para Aristóteles, la justicia y la imperatividad sólo tienen un fundamento teleológico, de modo que la justicia y la imperatividad dependerán en última instancia de la sociología y la antropología, pero no de un imperativo externo. A fin de salvar esta deficiencia del modelo aristotélico, MacIntyre propone una lectura tomista de los textos del Estagirita: Dios es un sostén fuerte de la moral porque su justicia es infalible. Partiendo de esta convicción teológica de MacIntyre, el autor del libro dedica el capítulo 6 al estudio de las conexiones que la fundamentación del Derecho MacIntyre con la Política, la Filosofía y la Historia. Este proyecto global le sirve al pensador escocés para –de acuerdo con la interpretación de Ramis– «dar una explicación histórica al problema del Derecho natural, mostrar los problemas de la formulación política moderna, resolver desacuerdos morales, delimitar el alcance de la Filosofía y de la Teología en el debate sobre el Derecho natural y, finalmente, criticar la concepción de los «derechos humanos»<sup>6</sup>.

A lo largo de los seis capítulos que articulan su original trabajo, por ser el primer estudio de conjunto que se ha realizado en torno a la contribución de MacIntyre al pensamiento jurídico, Rafael Ramis consigue ordenar los materiales iusfilosóficos dispersos por la obra macintyreana para presentarlos con claridad y coherencia. Así pues, como el propio autor reconoce, la mayor parte del peso de su investigación recae necesariamente sobre la sistematización y la reconstrucción del pensamiento de MacIntyre. Ahora bien, aunque Ramis mantiene exquisitamente la distancia precisa y la objetividad en la ordenación de los argumentos iusfilosóficos del pensador escocés, es perfectamente consciente de que la necesaria visión externa (o, si se prefiere, independencia) que un estudio de estas características exige a su autor. Por ello, la parte más interesante del libro de Ramis se reserva para el final, precisamente cuando abandona el tono descriptivo que venía manteniendo en los seis primeros capítulos que sistematizan la filosofía jurídica y pasa a mante-

<sup>6</sup> *Vid.*, p. 301.

ner un diálogo abierto con las tesis de MacIntyre. En este diálogo de Ramis con MacIntyre, que es en realidad el resultado de una serie de entrevistas y de un intercambio epistolar entre el filósofo escocés y el investigador español, se abordan aspectos que van desde cuestiones metodológicas hasta temas tan sustanciales de la filosofía macintyreana como las claves de la evolución ideológica experimentada por el autor desde la década de los «50; la crítica al liberalismo por el vaciamiento de la justicia como virtud y su sustitución por una idea de justicia como mera virtud política; o la particular visión que tiene MacIntyre de la Filosofía del Derecho, que no es completa como la de Finnis o Hart, sino que en realidad responde a una serie de ideas sobre el Derecho natural que se deben y se subordinan a su teoría de la acción.

Pese a la incuestionable enjundia de las consideraciones realizadas por Ramis en su diálogo con MacIntyre, reflexiones hechas desde la absoluta independencia y el rigor que este autor acredita a lo largo de su libro, merece una especial consideración el último capítulo del mismo, dedicado a las conclusiones. En su balance final, tanto de la tesis del filósofo escocés sobre la falta de razones para actuar, como del análisis de su propuesta consuetudinaria e iusnaturalista, Ramis entiende que lo que en realidad plantea este pensador es una suerte de reformulación del pensamiento de Hart que se pretende combinar con algunas exigencias aristotélico-tomistas. A este respecto, advierte Ramis, la argumentación de MacIntyre adolece de un problema fundamental: que su idea de aunar a Aristóteles, Wittgenstein y Hart, es incompatible con su visión integradora de Sócrates, Tomás de Aquino y Kant. De ahí que, pese a reconocer la relevancia de MacIntyre como teorizador e historiador de los problemas éticos de la sociedad contemporánea, Ramis concluya su trabajo afirmando que su doctrina del Derecho natural tiene el valor de sugerir y suscitar interesantes críticas –MacIntyre habría merecido, sin duda, la calificación de «pensador fecundo» que Karl Jaspers reservaba a aquellas figuras de la historia del pensamiento que destacan por su especial capacidad de renovar y enriquecer la actividad filosófica con sus ideas–, aunque resulta insoslayable, como observa oportunamente Rafael Ramis, el hecho de que algunas de esas cuestiones planteadas por MacIntyre con su doctrina iusnaturalista se quedan sin respuesta, y que muchas de sus dificultades o contradicciones internas permanecen aún sin resolver.

Fernando H. LLANO ALONSO  
Universidad de Sevilla

**RÓDENAS, Ángeles: *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*, Barcelona, Marcial Pons, 2012, 128 pp.**

Hart calificaba el poder de creación de derecho por parte de los jueces de *intersticial*, dado su carácter limitado<sup>7</sup>. Así, los jueces tienen un poder de creación limitado en cuanto a la ocasión de su ejercicio, pero también en tanto está pautado. En su trabajo<sup>8</sup>, la profesora Ángeles Ródenas emplea el término «intersticial» para hacer referencia a la zona de penumbra que media entre el conjunto de estándares normativos que son reconocidos de modo inequívoco como derecho y aquellos que claramente no lo son. A partir de la reflexión acerca de los tres problemas centrales del libro, la indeterminación del derecho, la validez jurídica y la crisis del positivismo, la autora nos acerca a la nebulosa región de los intersticios del derecho. Analizar lo que ocurre en este ámbito supone enfrentarse a cuestiones controvertidas entre los teóricos del derecho, a las que subyacen problemas iusfilosóficos fundamentales, como la función de los jueces o la incidencia de las razones en la práctica jurídica. Frente a cada uno de los problemas centrales que constituyen su objeto de estudio, la autora defiende la necesidad de acudir a los valores que subyacen a las normas y los sistemas jurídicos, y enfatiza que, en muchos casos, se trata de problemas interpretativos de diversa índole, y no de una genuina creación de derecho por parte de los jueces.

El análisis de los intersticios del derecho llevado a cabo por la profesora Ródenas no sólo es exhaustivo sino rico en apreciaciones. A continuación me referiré brevemente a algunas de las interesantes distinciones y consideraciones que introduce a lo largo del trabajo, tomando como referencia los tres grupos de problemas que se abordan en el libro.

En cuanto a la indeterminación del derecho (pp. 21-51), Ródenas distingue estos problemas de los de derrotabilidad, señalando diferentes acepciones y posibles conexiones entre ellos. Suscribir uno u otro significado depende, según la autora, de la concepción del derecho que se adopte. En este sentido, hace referencia a la *indeterminación debida a defectos lógicos de los sistemas jurídicos* (casos de lagunas y antinomias), y destaca que suele presuponer una concepción del derecho como un sistema normativo orientado a la justificación de decisiones, que lo están en tanto su contenido resulte deductivamente derivable del contenido de normas generales. Desde su punto de vista, señalar en tales casos que el juez no está sujeto a restricciones en su elección, por ejemplo al resolver una laguna normativa o una antinomia que no pueda solventarse usando metarreglas, choca con la *communis opinio* de los juristas. De acuerdo con Ródenas, hay que partir de una imagen del derecho que no lo reduzca a directivas de conducta en forma de reglas, sino que integre su vertiente de protección y promoción de bienes y valores, en forma de principios. En este mismo sentido, hace referencia a la *indeterminación lingüística de las normas debida a problemas del lenguaje* (ambigüedad semántica, sintáctica y pragmática y vaguedad intensional y extensional), y

<sup>7</sup> HART, H., 1994, *The Concept of Law*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford: Oxford University Press.

<sup>8</sup> RÓDENAS, A., 2012, *Los intersticios del derecho*, Barcelona: Marcial Pons. Las referencias a esta obra en el texto de este trabajo aparecerán entre paréntesis.

destaca la relevancia del derecho implícito y de la elaboración doctrinal y teórica para resolver estos casos.

En su trabajo, la derrotabilidad ocupa un lugar destacado (pp. 33 y ss.). En un muy sugerente análisis del problema, la autora se plantea cuándo está justificado dejar de lado como razón para la acción una regla aplicable, así como la forma de los argumentos en los que se fundamentaría tal apartamiento. Distingue, en primer lugar, la *derrotabilidad en el nivel de las prescripciones contenidas en las formulaciones de las reglas* y la *derrotabilidad en el nivel de las justificaciones subyacentes a las reglas*. Pensemos en el caso de una regla que prohíbe fumar en los centros de trabajo. Asumamos que lo que se pretende con tal regla es proteger el derecho a la salud de los no fumadores. De acuerdo con Ródenas, la derrotabilidad en el nivel de las prescripciones puede deberse, bien a que las razones que respaldan la regla no son aplicables al caso (por ejemplo, en el caso de un empleado que fuma mientras atiende consultas telefónicas fuera del horario de oficina de los demás trabajadores), o bien a que, aun cuando sean de aplicación algunas de las principales razones a favor de la regla, hay otras razones presentes que no han sido consideradas en el balance de razones que la regla contempla (sería el caso de un ensayo clínico que se lleva a cabo en un hospital, destinado a mostrar la cantidad de humo que inhala un no fumador que comparte un espacio cerrado con fumadores). Si el primer grupo de casos puede considerarse como fuera del alcance de la regla, el segundo constituye una excepción a la misma. En estos casos, la derrotabilidad se predica de la prescripción contenida en la formulación normativa mediante la cual se expresa la regla, pero no del balance de razones subyacentes a la misma, puesto que puede apreciarse la extralimitación de la prescripción contenida en la formulación de la regla sin reabrir el balance de razones subyacentes<sup>9</sup>.

En cuanto a la derrotabilidad en el nivel de las justificaciones subyacentes a las reglas, de acuerdo con la autora se trata de casos en que a la luz de otros juicios de prevalencia entre razones, implícitos o explícitos en otras normas jerárquica o axiológicamente superiores del sistema jurídico, se aprecia un error en el propio compromiso entre razones de primer orden que opera como justificación subyacente de la regla. Piénsese, por ejemplo, en un sistema jurídico que consagra como principio constitucional fundamental la laicidad del Estado y en el que se introduce una regla que establece la obligatoriedad de la enseñanza religiosa católica. En estos supuestos la regla fracasa, tanto en el caso particular como en casos sucesivos, como razón para guiar la deliberación. Así, se rechaza como erróneo el propio juicio de prevalencia que opera como justificación de la regla, por lo que habría que asumir que ésta no debe jugar ningún papel en la toma de decisiones futuras<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Ello puede ser cuestionable con respecto al segundo grupo de casos. No obstante, Ródenas señala que quien no sanciona al hospital no vuelve a realizar un balance con todas las razones de primer orden aplicables al caso. Así, no pone en cuestión que el compromiso que refleja la regla que prohíbe fumar en los centros de trabajo —el derecho a la salud de los no fumadores prevalece frente a la libertad de los fumadores de consumir tabaco— es plenamente válido.

<sup>10</sup> De este modo, si bien en los casos de derrotabilidad en el nivel de las prescripciones podemos decir que la norma queda desplazada, puesto que lo único que se sigue es la no aplicabilidad de la prescripción al caso concreto y a otros casos futuros semejantes, en el segundo grupo de casos, el de las justificaciones subyacentes, hablamos de nulidad.

Ninguno de los dos casos de derrotabilidad anteriores supondría regular *ex novo*, sino llevar a cabo una actividad interpretativa encaminada a la transformación del derecho preexistente. Ello es así puesto que, según Ródenas, en el primer grupo de casos de derrotabilidad el juez tiene que demostrar que, a la luz del sistema de principios que dotan de sentido a la institución o sector normativo en cuestión, el caso en discusión constituye efectivamente una excepción o está excluido del alcance de la regla. En cuanto al segundo grupo, el juez no puede rechazar por erróneo el compromiso entre razones contenido en una norma jurídica aplicable basándose en razones hasta el momento no reconocidas por el ordenamiento jurídico (puesto que ello competiría al legislador), sino en juicios de prevalencia previstos en el propio sistema. En este sentido, el juez no es libre de componer, con las razones de primer orden contenidas en las reglas, el balance que estime oportuno y sólo puede dejar de lado las reglas oponiendo la prevalencia de otros compromisos que ya figuran expresa o tácitamente en el sistema. En definitiva, en ambos casos el juez debe basarse en el sistema de principios que dan coherencia a la institución o sector normativo de que se trate.

En tercer lugar, la autora hace referencia, siguiendo a Bayón<sup>11</sup>, a la *derrotabilidad radical* (pp. 44 y ss.), que se produce cuando concurren razones para basar la respuesta a un problema en criterios extrajurídicos, ajenos a lo que el propio derecho establece<sup>12</sup>. El derecho estaría entonces indeterminado en lo que concierne a los casos subsumibles en los supuestos de hecho y habría una decisión discrecional, no una interpretación, por parte del aplicador<sup>13</sup>.

Pues bien, de acuerdo con Ródenas la actividad interpretativa está orientada a resolver la indeterminación del derecho asociada a los problemas anteriores, con la salvedad de la derrotabilidad radical. Así, salvo en el supuesto de derrotabilidad radical, se hace necesario recurrir a las convenciones, que incluirían no sólo reglas de tipo semántico, sino también reglas interpretativas. En este sentido, desde su punto de vista las convenciones interpretativas tienen un papel mucho más amplio que el que generalmente se les atribuye.

En la segunda parte del trabajo, la profesora Ángeles Ródenas distingue diversos modos en que se emplea la noción de validez jurídica (pp. 53-85). La autora ordena las diferentes nociones, destacando relaciones de complementariedad y oposición entre ellas, y muestra cómo la adopción de diferentes puntos de vista sobre la naturaleza del derecho y su halo intersticial condiciona el tipo de concepción de validez que puede adoptarse. Ródenas traza tres distinciones: la diferencia entre existencia y validez normativa, entre validez regulativa y constitutiva, y entre validez formal y material. La validez regulativa y constitutiva son, de acuerdo con la autora, dos concreciones de la validez normativa, y los conceptos de validez formal y material son las dos dimensiones fundamentales de la validez regulativa. La profesora Ródenas

<sup>11</sup> BAYÓN, J.C., 2000, «Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico», *Isonomía*, 13: pp. 87-117.

<sup>12</sup> Según BAYÓN, se trata de un hipotético resultado al que sería posible llegar cuando se completa el proceso de identificación del derecho que se desarrolla tomando en cuenta no sólo las convenciones semánticas imperantes, sino también las interpretativas, y la idea central sería la de una convención que se autoanula, al remitir a criterios extrajurídicos.

<sup>13</sup> De acuerdo con RÓDENAS, las dos primeras acepciones resultan más útiles si tenemos en cuenta el modo en que operan los aplicadores del derecho cuando resuelven las disputas, así como la actividad que desarrolla la dogmática jurídica (p. 48).

analiza los problemas de delimitación entre las nociones, lo que nos conducirá al área intersticial del derecho.

Las nociones de *existencia* y *validez normativa* constituyen los conceptos más abstractos y están presupuestos en las otras nociones. Esta distinción nos remite a las dimensiones fáctica y normativa del derecho. Así, entendemos que son jurídicas ciertas entidades cuya existencia depende de hechos convencionales, pero también otras entidades que pertenecen al sistema de acuerdo con las exigencias contenidas en las normas sobre producción de resultados institucionales. La distinción es relevante dado que puede haber desajustes entre ambas dimensiones, lo que Ródenas llama «situaciones de esquizofrenia jurídica» (como es el caso de una ley que no satisface determinados requisitos pero es considerada válida, o de una ley que sí los satisface pero es considerada inválida). De acuerdo con Ródenas, el examen de estas situaciones nos lleva a realizar una nueva incursión en los intersticios del derecho<sup>14</sup>.

En cuanto a la *validez regulativa y constitutiva*, Ródenas señala casos en que, debido a razones institucionales ligadas a la eficacia del derecho (en tanto que mecanismo para la consecución de determinados fines) el ordenamiento presume la validez normativa de entidades que, pese a no cumplir con todas las exigencias fijadas en las reglas que confieren poder, presentan una apariencia mínima de adecuación. La validez regulativa se predicaría de aquellos resultados normativos que se adecuan plenamente a las reglas de producción normativa, mientras que la constitutiva sería aplicable a aquellos resultados normativos que, pese a ser irregulares, presentan una mínima apariencia de adecuación. En este caso, y a diferencia de los juicios de existencia puramente convencionales, las normas que son válidas a nivel constitutivo pueden servir como base para un juicio crítico fundado en el derecho. Así, la obediencia a las normas irregulares pero constitutivamente válidas constituye una exigencia fundada en derecho y el incumplimiento de las mismas supone la vulneración de un deber jurídico. Ello, de nuevo, nos remite al área intersticial del derecho.

En cuanto a la *validez formal y material*, la primera se predicaría del acto que da lugar al resultado normativo, y la segunda del contenido de tal resultado. En principio, la consecuencia de los vicios formales es la inexistencia de los actos, y de los materiales la nulidad, pero ello es cuestionado por Ródenas, quien entiende que, según los casos, el incumplimiento de un requisito formal puede dar lugar a la inexistencia del resultado o simplemente a la irregularidad del mismo. La diferencia no puede ser tampoco que la validez formal no tenga que ver con valores. De acuerdo con la autora, en algunos casos la determinación de la concurrencia de vicios formales puede requerir la atribución de significado al contenido del acto normativo, pero con ciertas peculiaridades en relación a qué valores son relevantes, ya que la actividad interpretativa desplegada no valora la adecuación entre el contenido de los enunciados y otras normas jerárquicamente superiores del sistema. En esto se diferenciaría de los juicios de validez material, que se dirigen o bien a determinar la compatibilidad entre el contenido proposicional de las disposiciones (a detectar antinomias o contradicciones) o bien a establecer la compatibili-

---

<sup>14</sup> No obstante, señala, superado el límite que la tensión entre la existencia convencional y la validez normativa puede soportar, sobrepasamos el halo intersticial y desaparecen las condiciones mínimas para seguir hablando de derecho.

dad entre el balance que subyace a la disposición y otros balances del sistema. El análisis de la validez formal y material, pese a sus diferencias, nos lleva en todo caso al halo intersticial del derecho, y a tomar en consideración tanto la dimensión del derecho como guía de la conducta, como su dimensión en tanto instrumento de protección de un conjunto de valores<sup>15</sup>.

En la última parte del libro, la profesora Ródenas cuestiona la capacidad del positivismo jurídico (pp. 87-122) para dar cuenta del razonamiento de los jueces en la zona intersticial del derecho, a la que ha hecho referencia de manera recurrente a lo largo del trabajo. De acuerdo con la autora, si se acepta la versión fuerte de las fuentes sociales —es decir, que puede identificarse aquello que el derecho es con independencia de lo que debe ser— las consideraciones basadas en juicios de valor no intervienen en la determinación del derecho de una comunidad. En su opinión, ello no reconstruye adecuadamente ni la tarea desempeñada típicamente por los jueces del *common law*, ni lo que ocurre en nuestros sistemas jurídicos como consecuencia de la incidencia de las constituciones. Pero no sólo estos casos son problemáticos. De acuerdo con la autora, hay ocasiones en que hacer depender la identificación del derecho de juicios de valor no sólo no contraviene lo que el derecho requiere de los jueces, sino que viene exigido por éste. Conforme a lo señalado por la profesora Ródenas, los juicios de valor operan haciendo, por un lado, que normas que, de acuerdo con los criterios autoritativos fijados en el sistema de fuentes no serían identificados como derecho, resulten aplicables y, por otro lado, que normas autoritativamente identificadas como derecho resulten inaplicables.

En cuanto a lo primero, señala que en muchos casos es el propio legislador el que prevé una remisión a criterios extrajurídicos, basados en valores. Además, si atendemos a la práctica interpretativa, en ocasiones se da una remisión a las convenciones interpretativas vigentes en un determinado grupo social, o se admite la entrada de la moral en el derecho. Por otro lado, existen fenómenos como la analogía *legis* o la interpretación extensiva, que también conducen a rechazar que sólo son relevantes las normas autoritativas. Según Ródenas, de acuerdo con la doctrina lo que el derecho requiere del juez no es una aplicación mecánica de la norma, sino que tiene que realizar un juicio fundado en consideraciones valorativas que le permita extender las razones subyacentes a la norma a otras situaciones.

En cuanto a lo segundo, entiende la autora que ningún sistema puede operar consistentemente utilizando sólo reglas de mandato, por lo que se prevén mecanismos, basados en criterios valorativos, que permiten excluir normas aplicables, bien introduciendo excepciones en el derecho basado en fuentes, bien incluso invalidándolo. Se excepcionan normas permisivas, por ejemplo, en el caso del abuso de derecho, el fraude a la ley, o la desviación de poder, y también hay mecanismos correctores para las reglas que establecen prohibiciones, por ejemplo las causas de justificación o la objeción de conciencia. Además, en el nivel de nuestras prácticas jurídicas, la doctrina defiende en ocasiones la llamada interpretación restrictiva. A ello se le suman las previ-

---

<sup>15</sup> En el caso de los juicios acerca de la validez formal, los juicios sobre la competencia material ocupan un importante lugar en el análisis de RÓDENAS. En tales casos, las razones se hallan más circunscritas que en los juicios de validez material, siendo sólo pertinentes aquellas razones que contribuyan a dotar de sentido a la institución cuya competencia se cuestiona.

siones características del constitucionalismo moderno que permiten a los tribunales ordinarios o constitucionales invalidar normas cuyo contenido vulnere los valores fundamentales de la constitución.

La autora critica entonces las posibles respuestas a estos problemas desde el positivismo. Por un lado, critica a quienes reconstruyen estos casos como errores o imperfecciones de los sistemas jurídicos reales. De acuerdo con Ródenas, estas posiciones supondrían una mala reconstrucción que no da cuenta de rasgos centrales de la práctica jurídica. Pero su crítica fundamental se dirige contra el positivismo excluyente e incluyente. En la lectura que la profesora Ródenas lleva a cabo de estas concepciones, no podría admitirse la referencia a los valores puesto que la idea de autoridad del derecho se desvanecería. Ello es así dado que, de acuerdo con la autora, tanto el positivismo incluyente como el excluyente defienden que, en tales casos, el juez tiene discreción a la hora de actuar. Desde su punto de vista, en cambio, si los jueces tuvieran discrecionalidad para apartarse de las fuentes prescritas en las circunstancias y en la dirección que estimen más acorde con la moral crítica, la propia idea de autoridad del derecho, destacada por los positivistas, se desvanecería.

Finalmente, la autora defiende una forma de positivismo incluyente que sea inmune a los problemas anteriores. De acuerdo con su posición, el derecho remitiría a criterios convencionales de racionalidad que señalan límites en el proceso deliberativo del intérprete. De esta manera, si se toma en cuenta una concepción que no sólo adopte como elemento central las reglas, sino que incorpore también valores, el derecho todavía tiene mucho que decir en todos los supuestos que resultarían problemáticos conforme a la versión fuerte de la tesis de las fuentes sociales. La profesora Ródenas sienta entonces las bases de un proyecto metodológico alternativo, que permita a los juristas enfrentar los retos que plantean los intersticios del derecho. Concretamente, sostiene que hay que tomar en consideración las razones que el derecho incorpora y, para ello, es esencial distinguir entre las prescripciones contenidas en las formulaciones de las reglas, los principios jurídicos y los juicios de prevalencia entre principios previstos por el propio sistema. Sostiene además que sólo podemos situarnos en el buen camino si acudimos a las convenciones interpretativas compartidas por la comunidad jurídica, no sólo las expresas sino también las profundas, y si empleamos una metodología coherente que dé entrada a los principios jurídicos y a los juicios de prevalencia entre principios previstos por el propio sistema.

Una vez expuestos los aspectos que considero fundamentales del excelente trabajo de Ródenas, repleto de distinciones interesantes y que nos llama la atención sobre un ámbito frecuentemente olvidado por los teóricos como es el de los intersticios del derecho, llevaré a cabo un breve análisis crítico de algunos de los puntos anteriores. Como he señalado, en las dos primeras partes de su trabajo la autora pone de manifiesto los numerosos grupos de casos que plantean problemas desde una concepción radical de la tesis de las fuentes sociales. Esos supuestos, de acuerdo con la profesora Ródenas, muestran la incapacidad del positivismo jurídico para reconstruir adecuadamente lo que ocurre en nuestras prácticas jurídicas. La sugerente propuesta final del libro, que enfatiza la relevancia de los valores que subyacen al propio sistema, y de nuestras convenciones profundas que remitirían a los mismos, permitiría en cambio una reconstrucción plausible de tales supuestos, acorde con la percepción de los propios juristas, en que la coherencia del sistema jurídico resulta fundamental. Destacaré a continuación algunas dudas con

respecto a este planteamiento general, que no hacen más que poner de manifiesto el gran interés que el libro suscita en el lector:

1. La reconstrucción que la autora introduce del positivismo jurídico incluyente y excluyente podría ser controvertida. Así, creo que tanto el positivismo incluyente como el excluyente pueden ofrecer caracterizaciones de lo que ocurre en el área intersticial del derecho, a la que hace referencia Ródenas, sin comprometerse con que el juez goza de total libertad para resolver los casos. Ninguna de las posiciones niega que los textos y la práctica hagan referencia a consideraciones en apariencia morales. La cuestión es cómo reconstruir ese hecho prominente de la práctica. Ya sea que se entienda que en determinados casos el sistema remite a estándares extrajurídicos, o que los incorpora, el positivismo en sus diversas versiones puede sostener que la actividad judicial es intersticial en el sentido expuesto al inicio del trabajo, en tanto limitada por su ocasión y el modo en que se la ejerce. Sólo cuando nuestras convenciones hagan referencia de un modo u otro a valores, estos serán relevantes. Y, ya se entienda que estos pertenecen o no al sistema jurídico, ello no conlleva una total libertad por parte de los jueces<sup>1</sup>.

2. Ródenas hace referencia a la crítica de Dworkin, que destaca la relevancia de los principios jurídicos, y que dio lugar al debate entre positivistas incluyentes y excluyentes. Sin embargo, no creo que la discusión interna al positivismo ofrezca una respuesta al verdadero desafío de Dworkin: que el positivismo es incapaz de reconstruir adecuadamente lo que ocurre cuando un caso es controvertido. Este desafío quedará más claramente plasmado en su crítica posterior de los desacuerdos teóricos. En este sentido, el debate entre positivistas incluyentes y excluyentes, si bien gira en torno a cómo entender las referencias no controvertidas a la moral en el derecho, no ofrece una respuesta satisfactoria para aquellos casos en que la remisión o incorporación de la moral es controvertida. Pues bien, precisamente en estos casos, en que hay diferentes opciones que se controvierten, las concepciones que destacan la relevancia de las convenciones, profundas o no, resultan problemáticas. Ello es así puesto que, si nos interesa ofrecer una reconstrucción de la práctica, que refleje el modo en que se ven los juristas, no puede obviarse que en muchos casos sus discusiones acerca del derecho no parecen agotarse en un intento por dar cuenta de las convenciones. Si el positivismo puede o no ofrecer una reconstrucción adecuada de tales casos es algo muy debatido<sup>2</sup>.

3. Más allá de la problemática que suponen los desacuerdos jurídicos para el convencionalismo, me parece importante señalar que, conforme al positivismo, lo que ocurre en casos como los descritos por la autora (indeterminación, derrotabilidad, reglas irregulares, etcétera) es del todo contingente. De esta manera, si bien la profesora Ródenas sostiene que en tales supuestos hay que tomar en consideración nuestras convenciones profundas, adoptando una metodología coherentista que atienda a los valores subyacentes, ello dependerá de las prácticas interpretativas que contingentemente se desarro-

<sup>1</sup> Véase, en este sentido, el postscriptum de HART (Hart, H., 1994: *The Concept of Law*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford: Oxford University Press) o la reconstrucción de Shapiro (Shapiro, S., 2011: *Legality*, Cambridge-Mass: The Belknap Press of Harvard University Press) de este tipo de casos.

<sup>2</sup> Véase en este sentido, por ejemplo, RAMÍREZ LUDEÑA, L., 2013: «Los desacuerdos en el derecho», *Doxa*: 125-155.

llen en cada sistema jurídico. Bien podría ocurrir que en un determinado sistema no se acepte la derrotabilidad en el nivel de las prescripciones, o que se admita que en tales casos, por entenderse como igualmente aceptables diversos instrumentos interpretativos, tanto lo establecido en la regla, como una interpretación que apele al propósito subyacente a la regla, son igualmente admisibles. Asimismo, puede ocurrir que se considere que en determinados supuestos, en atención al rol institucional que se entiende que tienen los jueces, estos deben concretar el derecho puesto que éste no prevé una única respuesta para un determinado grupo de casos. Finalmente, también puede ocurrir que, contingentemente, los jueces tengan deferencia a las interpretaciones dogmáticas en un determinado sector, por lo que sólo se reconozca como correcta una determinada interpretación, que puede ser más o menos restrictiva con respecto a los valores subyacentes. Es decir, las convenciones interpretativas, dependientes de las normas del sistema pero también de las prácticas interpretativas contingentes, y que son determinantes tanto para la identificación de un grupo de casos problemáticos como a la hora de resolverlos, pueden conducirnos a situaciones de muy diversa índole, y no siempre a la adopción de una metodología coherentista que atienda a los valores subyacentes.

4. En conexión con el punto anterior, cabría plantearse si la propuesta final del trabajo es una propuesta que supone una mejor reconstrucción de la práctica jurídica, atendiendo a cómo los juristas conciben la práctica, o si se trata de una propuesta normativa que señala la relevancia de la coherencia de nuestros sistemas jurídicos. En este punto, me parece importante enfatizar que nuestras prácticas pueden reconocer como relevantes los valores subyacentes a las normas, o pueden no hacerlo, y que las propias convenciones profundas pueden resultar inconsistentes entre sí.

Lorena RAMÍREZ LUDEÑA  
Universitat Pompeu Fabra

**ZEROLO DURÁN, Armando: *Génesis del Estado Minotauro. El pensamiento político de Bertrand de Jouvenel*, Madrid, Sequitur, 2013, 245 pp.**

Bertrand de Jouvenel no es un autor demasiado leído ni citado en España. Pertenece a una estirpe de pensadores liberales y católicos que ha ido menguando, y que sólo parece resistir débilmente en Francia (con figuras como Pierre Manent y su malogrado discípulo Émile Perreau-Saussine). El maridaje del liberalismo con otras formas políticas —como por ejemplo el utilitarismo o alguna versión desleída del socialismo— ha tenido, sin embargo, mayor fortuna.

Tal vez por esta razón, Jouvenel es actualmente un autor poco conocido en nuestros pagos, muy dados en los últimos tiempos al cultivo de lo mayoritario y de lo bienpensante. Tampoco lo es en Francia, donde se le considera un pensador raro y de segunda fila, aunque sí en los Estados Unidos. Sin duda, Jouvenel fue traducido ya en vida al español y el interés por su obra ha sido siempre constante, aunque marginal. Por fortuna, no todos siguen las modas y hay algunos profesores que se inclinan por introducir en el debate hispano algunos autores «extravagantes».

Faltaba, tal vez, una monografía en español que ayudara a comprender mejor su pensamiento. Para colmar esta necesidad, se ha publicado este libro del Dr. Armando Zerolo Durán (profesor de Filosofía del Derecho en el CEU de Madrid), fruto de su tesis doctoral dirigida por el Prof. Dalmacio Negro Pavón, autor asimismo del prólogo al libro. Del complejo pensamiento de Jouvenel, el autor de este estudio trata exclusivamente de la génesis del «Estado minotauro», una de las ideas clave del escritor francés.

Fue Jouvenel un intelectual extraño en su época. Su formación académica resultó poco sistemática y no es de extrañar un cierto desdén por parte de las élites universitarias ante una persona que, fuera del día al día de las aulas, presencié como periodista algunos de los principales acontecimientos de la primera mitad del siglo xx. Su acceso a la universidad fue tardío y la estructura de su pensamiento puede considerarse más intuitiva que sólida. El camino de Jouvenel fue el del periodista que quiso entender el por qué de la política y, para hallar la respuesta, se puso a bucear en los libros.

La carencia de un *habitus* universitario permitió que pusiera la experiencia política como base de su reflexión. Su itinerario fue el tránsito desde la presentación de los hechos políticos hasta su comprensión más profunda. Empezó siendo un relator de la praxis y acabó siendo un «filósofo» que quiso preguntarse por la esencia de la política (el Estado, la soberanía y, en definitiva, el manejo del poder). Decía Diderot que a la filosofía se llegaba por tres vías: por la ciencia, por la política o por la religión. Jouvenel arribó al puerto de la filosofía tras una travesía por las aguas de la política; unas aguas a menudo agitadas y turbulentas, que empaparon al joven periodista.

Junto con la política, en sus trabajos como «pensador», se encuentra también una gran influencia de la religión. Sería muy fácil despachar la obra de este ilustre parisino si siguiésemos los hilos de quienes quieren desautorizar implícitamente su mensaje, en el que se dan la mano la política y la religión: sus entrevistas a dictadores, su convulsa experiencia política, el paralelismo con Tocqueville, su acendrada religiosidad desde una época madura, su vindicación de la Edad Media... le sitúan, ciertamente, en una situación incómoda para un determinado público. Y es que Jouvenel, aunque comparte buena

parte del ideario liberal-conservador, es un autor inclasificable, sorprendente. Repasando tanto sus escritos como esta monografía de Armando Zerolo, el lector puede pensar a menudo en Arendt, Voeglin, Strauss, MacIntyre, Taylor... y valorar los matices de su pensamiento, menos unilateral de lo que parece a primera vista.

En *Génesis del Estado Minotauro* se traza una historia de las formas políticas desde la Edad Media hasta la actualidad. En realidad, Jouvenel hizo el camino inverso. Empezó a plantearse los problemas del Estado al contraponer el liberalismo con algunas formas de socialismo (nazi y comunista) y también con el modelo proteccionista del bienestar posterior a la Segunda Guerra Mundial. Para buscar los orígenes de la hipertrofia del Estado en nuestros días, el pensador francés acudió a la historia política de Europa y constató que lo que él denominó el «Estado minotauro» era el último eslabón de una forma política que estaba a punto de disolverse. Podría decirse, resumiendo mucho, que Jouvenel narra la historia del nacimiento y desarrollo del Estado moderno que fue concebido para dar seguridad a los ciudadanos y, cual monstruo, acabó necesitando de tantos recursos para su propia supervivencia, que terminó devorando a los que tenía que proteger.

Para buscar la génesis de sus ideas, Jouvenel tuvo que llegar hasta la Edad Media, momento en el que existía un cierto equilibrio de fidelidades y las atribuciones propias del Estado moderno resultaban imposibles, entre otros motivos, por el dualismo entre el poder civil y el poder religioso. El poder civil imitó al Papa en el fortalecimiento de su autoridad frente a los obispos, de suerte que los reyes a la sazón intentaron robustecer su postura frente a los nobles. Durante la Baja Edad Media, el rey tenía una posición de *primus inter pares* y su función recaudatoria no era permanente, sino que tenía que reunir a las Cortes en asamblea para pedir dinero a cambio de contraprestaciones. En cambio, el Parlamento, según Jouvenel, «tiene el carácter de un soberano que cobra impuestos a su gusto» (p. 98).

Lo cierto es que el tránsito a la Modernidad se realizó a través del incremento de atribuciones del monarca y por la concentración de la autoridad. Las guerras bajomedievales eran breves y limitadas porque los poderes también lo eran (p. 104): no se podían reclutar grandes ejércitos, pues un señor feudal no los podía costear. En cambio, cuando los monarcas –a través de las conquistas– lograron incrementar su poder, devinieron una seria amenaza no sólo para la nobleza, sino también para los otros Estados. Jouvenel pone el caso de España, que (gracias a la Conquista de América y a su vinculación con el Sacro Imperio) resultó una potencia hegemónica en el siglo XVI y ello obligó a que el pueblo inglés y el francés tuvieran que sufrir un desmesurado aumento del poder de sus monarquías para hacer frente a la supremacía hispánica (p. 106).

Los nobles en aquel momento pasaron a servir al rey en la Corte. Al abandonar el feudalismo (y, sin embargo, al exigir sus beneficios) se granjearon el odio del pueblo. El rey debía de mantener un ejército permanente que avasallaba a todo el que se oponía a las directrices del soberano. Empezaba la época en la que el derecho era una creación, no algo meramente dado por la tradición (p. 117).

Con Hobbes –dice Armando Zerolo, glosando las ideas de Jouvenel– se acerca el momento de mayor perfección de la soberanía moderna, en la que la estructura social se reducía a dos polos (el individuo y el Estado) y empezaba a destruir las relaciones intermedias que habían existido hasta entonces (p. 119). Daba comienzo aquí una época caracterizada también por el olvido

de Dios y por la sustitución de Éste por el Estado. Con todo, la transición a la Modernidad era un itinerario que, ciertamente, cristalizaba con autores como Hobbes, pero que sólo se manifestaba definitivamente con la Revolución francesa y con las ideas morales de Rousseau. El ginebrino «eliminó la distinción artificial hobbesiana de Estado y Sociedad y los fundió en el Estado Moral» (p. 127).

Con la Revolución Francesa se produjo la atomización social y de todos los vínculos entre los hombres, que no fueron tenidos en cuenta más que por su servicio al Estado (p. 142). La burguesía fue la gran beneficiaria de este Estado moderno, cada vez más voraz. Jouvanel habla de *pactum subjectionis* para referirse al momento en el que el ciudadano devuelve al Estado sus derechos individuales, para recibir los derechos sociales (p. 160). El Estado minotauro, según Zerolo, «surgió so pretexto de completar los grades avances en materia de Derechos Humanos proclamados en el siglo XVIII. Pero en realidad, lo que hizo al proclamar una nueva generación de derechos, fue contradecir y derogar los anteriores» (p. 162).

El Estado minotauro fue convirtiéndose en una bestia que devoraba a sus súbditos bajo el pretexto de la seguridad y del bienestar. Los pactos políticos anteriores a la Primera Guerra Mundial, establecidos entre miembros de Estados que eran –entre sí– familiares en diferentes grados, no querían humillar a los otros, sino establecer medidas para una paz duradera que permitiese que, con el tiempo, los vencidos pudiesen prosperar (p. 185). A partir del Tratado de Versalles, los Estados vencedores impusieron a los perdedores unas condiciones tan duras que, a la postre, coadyuvaron al estallido de la Segunda Guerra Mundial.

Con la configuración del Estado totalitario se dibujó un escenario de aumento exponencial de las competencias del gran Leviatán, transformado en un monstruo horrendo capaz de devorar a sus componentes. El Estado totalitario tenía una línea de mando claro y un poder muy bien definido y jerárquico. Después de la Segunda Guerra Mundial surgió definitivamente el Estado minotauro, que gestiona la vida de los ciudadanos desde la cuna hasta la tumba, protegiéndolos de toda desviación. Se trata de un gobierno burocrático sin cabeza visible (p. 211), en el que la omnipotencia del Estado avanza desmesuradamente a partir de la tecnología y de las nuevas formas de dominación que pueden establecerse a partir de ella.

El Estado minotauro gestiona la seguridad de las personas que viven en él, a costa de que éstas pierdan todas las libertades individuales. Para garantizar la seguridad, el Estado devora todas las libertades y ata con las cadenas de la opresión las vidas de las personas: la sociedad está cada vez más atomizada y la dicotomía Estado/Individuo se desarrolla plenamente. Todas las fidelidades intermedias, todas las asociaciones y las costumbres dejan de tener peso, frente a la voracidad del Estado.

Jouvanel vaticinó implícitamente la desaparición del Estado, porque acabaría desintegrando a las personas y convirtiéndose en un ente ingobernable y nihilista. No sería ya el Estado tal y como lo conocemos, sino una forma extraña a toda la tradición política anterior. Es difícil de interpretar este último mensaje del pensador francés, sobre todo, al mediar varias décadas desde su plasmación hasta nuestros días.

Realmente, el Estado no ha dejado de ampliar sus zonas de control y de dominio, aunque ahora la empresa ha acabado coartando notablemente su papel. Estamos, tal vez, más cerca del «Soberano supraestatal difuso» defendido por Juan-Ramón Capella, aunque los dos diagnósticos no son tan leja-

nos como pueda parecer *a priori*. Lo cierto es que un Estado cada vez más hipertrofiado, voraz en su autoabastecimiento, y cicatero en sus contraprestaciones, comparte con las multinacionales el poder en una lucha en la que los ciudadanos son los más perjudicados. Desde antes de muerte de Jouvenel, los derechos garantizados por el Estado empezaron a menguar, aunque no lo hizo el dominio sutil de éste sobre las conciencias y ni el menos sutil sobre los bolsillos de los contribuyentes.

Jouvenel contribuye a elaborar un panorama crítico y sombrío del Estado contemporáneo. Cabe imaginar que si viviera en nuestros días, pintaría el escenario todavía con más nubarrones. Por su radicalidad, el intelectual francés puede recoger la simpatía de no pocos pensadores liberales, pero también de algún que otro disidente de la izquierda. Por el hecho de explicar su pensamiento con una claridad y una vehemencia infrecuente en los académicos, Jouvenel tiene un inconfundible encanto, aunque también es cierto que los partidarios del socialismo (e incluso del comunitarismo) encontrarán en él –y con razón– argumentos muy capciosos, demasiado *ad hoc*.

Cabe terminar recordando que el libro es una parte de la tesis doctoral de Armando Zerolo. Como toda tesis de autor, acaba siendo más taxonómica e informativa que dialéctica: el autor no rebate nunca a Jouvenel, sino que respalda su pensamiento confrontándolo con algunos autores afines (Ullmann, Elias...) y con el de su maestro, Dalmacio Negro. Es cierto que el profesor Zerolo hace un encomiable esfuerzo de contextualización y de síntesis de muchos siglos de historia y que, a menudo, esa labor exige –por sí misma– una selección y una serie de renunciaciones, como por ejemplo, al debate. Sin duda, ya habrá ocasión.

Hay que alabar los méritos de la obra, que ayudará a entrar en la mentalidad de Jouvenel a los reticentes desconocedores de sus escritos, al tiempo que podrá contribuir a perfilar la posición del filósofo francés quienes hayan leído *El Poder*, o cualquiera de sus obras. Es, en fin, un libro de lectura grata y muy bien articulado, que –sin duda– hará pensar al que recorra sus páginas.

Rafael RAMIS BARCELÓ  
Universitat de les Illes Balears



**IV**

**NOTICIAS**



## Crónica de las XXIV Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política

Organizadas por el Área de Filosofía del Derecho de la Universidad de Cantabria, tuvieron lugar en Santander, en la Facultad de Derecho, las XXIV Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social, durante los días 14 y 15 de marzo de 2013. El Comité Organizador lo componían los Profesores Jesús Ignacio Martínez García, Ángel Pelayo González-Torre, María Olga Sánchez Martínez y José Ignacio Solar Cayón. El tema propuesto fue «Tiempos de crisis: nuevos escenarios del pensamiento jurídico».

Las Jornadas se desarrollaron en tres sesiones, con dos ponencias en cada sesión, seguidas de debate. Se presentaron 45 comunicaciones, que fueron expuestas en tres grupos, por afinidad temática. Hubo más de cien participantes, provenientes de 43 universidades.

La inauguración corrió a cargo del Rector de la Universidad de Cantabria, Profesor José Carlos Gómez Sal, juntamente con el Decano de la Facultad de Derecho, Profesor Juan Baró Pazos, el Presidente de la Sociedad, Profesor Francisco Javier Ansuátegui Roig, y, en representación del Comité Organizador, el Profesor Jesús Ignacio Martínez García.

La primera sesión se dedicó a «Desafíos de una sociedad pluralista». Actuó como Presentadora-Moderadora la Profesora Milagros Otero Parga, de la Universidad de Santiago de Compostela. Intervino la Profesora Ana Garriga Domínguez, de la Universidad de Vigo, que analizó «El conflicto entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos en las sociedades multiculturales». La Profesora María Elósegui Itxaso, de la Universidad de Zaragoza, trató de «La jurisprudencia del TEDH y el miedo al acomodamiento jurídico de la diversidad en tiempos de crisis».

La segunda sesión, con el título «Perplejidad y convicciones», tuvo como Presidente-Moderador al Profesor Jorge Malem Seña, de la Universidad Pompeu Fabra. Contó con las aportaciones de la Profesora Ana Rubio Castro, de la Universidad de Granada, sobre «La responsabilidad por la igualdad: el derecho antidiscriminatorio en España», y del Profesor Eusebio Fernández García, de la Universidad Carlos III de Madrid, sobre «Orden natural y derecho suprallegal. Iusnaturalismo y derechos humanos».

En la tercera sesión, con el tema «Encrucijadas del Derecho», actuó como Presidente-Moderador el Profesor Benito de Castro Cid, de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Intervino el Profesor Juan Ruiz Manero, de la Universidad de Alicante, con una ponencia titulada «Sobre los límites de la ponderación», y el Profesor Miguel Ángel Rodilla González, de la Universidad de Salamanca, que habló sobre «El principio de soberanía popular en el Estado constitucional».

Con motivo de su fallecimiento, se dedicó un homenaje a los Profesores Gregorio Peces-Barba Martínez y Nicolás López Calera, que fueron Presidentes de la Sociedad. Intervinieron los Profesores Rafael de Asís Roig, de la Universidad Carlos III de Madrid, Pedro Mercado Pacheco, de la Universidad de Granada, y José Delgado Pinto, de la Universidad de Salamanca.

Finalmente tuvo lugar la Asamblea General, en la que se entregó una placa conmemorativa al anterior Presidente, Profesor Carlos Alarcón Cabrera, y se presentó la nueva página Web de la Sociedad (<http://www.filosofia-delderecho.org/>). Se acordó que las XXV Jornadas se celebrarán en 2015 en la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Jesús Ignacio MARTÍNEZ GARCÍA  
Universidad de Cantabria

V

**NECROLÓGICAS**



## Ronald Dworkin

Ronald Myles Dworkin (1931-2013) puede ser considerado, por la amplitud y calidad de su obra, como uno de los pensadores más importantes que ha dado los Estados Unidos en el siglo xx. Entendió la filosofía como una empresa que debía estar al servicio de las argumentaciones sobre problemas prácticos, como un traje hecho a la medida de esos problemas y no como una construcción ideal con la que forzar la interpretación de la realidad. Esta actitud le granjeó la antipatía de muchos filósofos del derecho profesionales, que lo consideraban un gran polemista cuyas teorías no estaban a la altura de sus afiladas críticas. Su falta de precisión en el uso de ciertas categorías lo hicieron difícil de clasificar y aumentaron el recelo entre algunos de sus compañeros de gremio. Por ello fue una de las figuras más destacadas de la filosofía jurídica anglosajona pero también una de las más polémicas.

Estudió derecho en Harvard Law School y, tras graduarse, trabajó como asistente del juez Learned Hand entre 1957 y 1958. Ejerció la abogacía como miembro de la firma Sullivan y Cromwell de la ciudad de Nueva York desde 1958 hasta 1962. Ese año comenzó su carrera académica como profesor de Derecho en Yale Law School, que lo llevaría a obtener la cátedra Wesley N. Hohfeld en 1968 y la cátedra de teoría jurídica en Oxford en 1969 (tomando el relevo de Herbert Hart, quien la ostentaba desde 1952). En 1975 fue nombrado profesor en la Escuela de Derecho y en el Departamento de Filosofía de la Universidad de Nueva York. Desarrolló labores docentes durante diferentes lapsos de tiempo en las universidades de Harvard, Cornell y Princeton. Desde 1984 se desempeñó como profesor visitante en la Universidad de Londres. Fue miembro de la Academia Británica y de la Academia Americana de Artes y Ciencias.

Su primeros trabajos fueron artículos publicados en diferentes revistas y posteriormente agrupados en dos compilaciones *Taking Rights Seriously* (1977) y *A Matter of Principle* (1985). Esa primera etapa de su pensamiento estuvo marcada por una profunda crítica al positivismo jurídico representado por Hart y al desarrollo de una teoría de los derechos individuales como derechos pre jurídicos. En una segunda etapa planteó una alternativa teórica al positivismo basada en una concepción interpretativa de la teoría jurídica, la que expuso de forma sistemática en *Law's Empire* (1986). En el campo de la filosofía política, Dworkin defendió una concepción igualitaria del liberalismo, que desarrolló principalmente en una serie de cuatro artícu-

los dedicados a la noción de igualdad (1981-1987) recopilados posteriormente –junto a otros trabajos– en *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality* (2000). Propuso una fundamentación del liberalismo mediante una estrategia que no requiriera aislar la política de la concepción de la buena vida, tal como ocurre en la obra de otros pensadores liberales contemporáneos como John Rawls. En su última y ambiciosa obra, *Justice for Hedgehogs* (2011), ofreció una concepción unificada del dominio normativo de conocimiento para defender sus posiciones sobre la objetividad y la verdad en el campo del derecho y la moral.

La principal preocupación teórica de Dworkin fue que los «derechos fueran tomados en serio». Esto significa preservar los derechos individuales frente a cualquier intento de avasallamiento por parte del Estado. Sus posiciones jurídicas más conocidas, como la teoría del razonamiento judicial y la tesis de la respuesta correcta, fueron desarrolladas para defender esa concepción liberal del derecho. La tesis central, en torno a la que se articula todo su pensamiento, es la llamada «tesis de los derechos» o «tesis del derecho a una decisión». Sólo se puede afirmar que los sujetos tienen derechos si los jueces, al decidir los litigios que surgen en relación con su existencia o alcance, deben tomar sus decisiones sobre la base de la existencia previa de esos derechos. Decir que un individuo tiene un derecho jurídico significa afirmar que tiene el derecho a una decisión jurídica favorable en caso de controversia.

De ella se deriva la necesidad de defender la llamada «tesis de la respuesta correcta». Sostener que un sujeto tiene el derecho a una decisión judicial favorable en ciertos casos, y al mismo tiempo decir que es la existencia de ese derecho la que debe servir de base para dicha decisión, exige que el material normativo ofrezca una respuesta correcta en los casos controvertidos. Para que los jueces puedan hallar esas «respuestas correctas» se les deben otorgar herramientas más flexibles para construir los razonamientos que les permitan justificar jurídicamente esas decisiones. Los principios jurídicos son los instrumentos que permiten explicar cómo los jueces pueden hallar una respuesta correcta en todos los casos, aun en los llamados casos difíciles. Pero la defensa de los derechos individuales exige que esos principios sean entendidos de forma restrictiva, excluyendo aquellas pautas que establecen metas consideradas valiosas para la comunidad. Por ello Dworkin considera que los únicos fundamentos aceptables para las respuestas judiciales correctas en cuestiones jurídicas controvertidas son los principios jurídicos y no las directrices políticas, ya que estas pueden ser satisfechas de diversas maneras, lo que no permitiría fundar la «tesis de la respuesta correcta».

Estas son las razones que lo llevan a rechazar la distinción tradicional entre derecho y moral. La labor de Hércules, el juez ideal que utiliza en su exposición, es hallar la teoría que mejor explique y justifique el derecho establecido. Esa teoría consiste en el conjunto de principios de moralidad subyacentes en el material normativo que mejor se adecúe a sus rasgos visibles. Con ayuda de esta teoría no resulta difícil hallar respuesta para aquellas cuestiones no resueltas explícitamente por el derecho establecido. La labor de Hércules consiste en encontrar la mejor justificación moral para los materiales jurídicos y, al hacerlo, debe él mismo formular juicios morales sustantivos. Su labor no se puede limitar a describir la moralidad convencional, aquella que surge de ciertas reglas sociales ampliamente aceptadas.

Dworkin sostiene que la teoría jurídica no es más que la parte general de toda decisión judicial. La tarea de Hércules representa la consecución del programa ideal de dicha teoría, en la que conviven elementos descriptivos y

valorativos. En textos posteriores esta combinación se justifica a partir de la concepción de la interpretación constructiva, en la que la metáfora del juez Hércules da paso a la de la novela en cadena –aquella en la que cada uno de los autores debe escribir un capítulo teniendo en cuenta lo realizado por sus predecesores y procurando que su aporte constituya un paso hacia la mejor obra colectiva posible–. Los jueces se encuentran en una posición similar en lo que denominó la «concepción del derecho como integridad». Es esta mezcla de aspectos descriptivos y normativos en su teoría la que ha generado dificultades a la hora de clasificarla. Frente a la dicotomía tradicional entre teorías conceptuales o descriptivas del derecho (positivistas) y teorías prescriptivas (iusnaturalistas), la propuesta de Dworkin combina elementos de ambas. Esto ha llevado a algunos autores a considerarla un tercer tipo de teoría jurídica, y a otros a considerarla una variante sofisticada de positivismo o de iusnaturalismo.

Dworkin protagonizó una gran cantidad de debates sobre las más diversas cuestiones. Pero el más famoso y relevante para la teoría jurídica fue el que mantuvo durante más de veinte años con Hart. La discusión se desarrolló en una serie de trabajos publicados en revistas especializadas desde finales de los sesenta. La última intervención de Hart fue publicada póstumamente como un *Postscript* a la segunda edición de *The Concept of Law* (1994). Dworkin dedicó un largo artículo a analizar esa réplica, que fue incluido junto a la respuesta que dio a las críticas que le formularon otros seguidores de Hart en la compilación *Justice in Robes* (2006).

La crítica que Dworkin formuló a la teoría de Hart en sus primeros trabajos produjo una división en las filas del positivismo anglosajón. Dworkin sostuvo que en los casos difíciles los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas apelando a principios. El positivismo jurídico debía ser rechazado porque resultaba incapaz de explicar esa característica del razonamiento judicial sin renunciar a una de sus tesis básicas: que el derecho podía ser identificado a partir de ciertos rasgos formales sin necesidad de considerar el contenido moral de sus disposiciones. Dworkin llamaba a esta tesis la «prueba de pedigrí», que en la teoría de Hart era proveída por su concepción de la Regla de Reconocimiento. Las posiciones que asumieron los positivistas respecto a la incorporación de los principios de moralidad como condición de validez jurídicas se pueden dividir en dos grandes familias:

1. El positivismo jurídico excluyente (también llamado «no-incorporacionista» o «duro»), cuyo principal representante es Joseph Raz, respondió al desafío de Dworkin afirmando que se puede explicar como los principios jurídicos adquieren su validez jurídica de la misma forma que se hace con las reglas, esto es a través de los criterios que establece la Regla de Reconocimiento. En pocas palabras, esta vertiente del positivismo no se compromete con un modelo de reglas, pero para ello no cree necesario abandonar la doctrina de la Regla de Reconocimiento ni la separación estricta entre derecho y moral.

2. El positivismo jurídico incluyente (denominado en ocasiones «incorporacionista» o «blando»), en el que militan Coleman, Schauer y Waluchow –entre otros– y en el que se podría incorporar al propio Hart a tenor de lo que afirma en el *Postscript*, acepta que la Regla de Reconocimiento puede incluir principios de la misma manera que reglas. Sin embargo, difieren en la forma en la que entienden el impacto de esta inclusión. Las condiciones de validez

de un sistema jurídico quedarían establecidas de dos maneras: algunas pautas pertenecerían al sistema por su origen y otras por sus contenidos morales.

Esta presentación sumamente esquemática alcanza para mostrar la gran influencia que ha ejercido la crítica de Dworkin en el pensamiento iusfilosófico anglosajón. Dworkin respondió a esta reacción positivista, en sus dos vertientes, en el artículo «Thirty Years On...» (*Harvard Law Review*, 115 (6), 2001, pp. 1655-1687).

Dworkin participó en las principales controversias generadas por los problemas morales y políticos de su tiempo. Gran parte de esos trabajos se encuentran recogidos en la compilación titulada *Freedom's Law* (1996), junto con aquellos en los que defiende su teoría de la interpretación en el ámbito constitucional. Las cuestiones relacionadas con la pornografía y la libertad de expresión, por ejemplo, lo preocuparon desde la primera mitad de los años sesenta. Pero la causa a la que dedicó más esfuerzos fue la defensa de la regulación constitucional norteamericana sobre del aborto, establecida en la década del setenta en el famoso fallo *Roe v. Wade*. Sus escritos sobre el tema dieron lugar al libro *Life's Dominion* (1993), en el que afrontó otras cuestiones relacionadas con el valor de la vida como la eutanasia.

Para Dworkin la razón que lleva a ver la controversia en torno al aborto como irresoluble es malinterpretar el objeto de la discusión. El desacuerdo respecto del aborto debería ser entendido como el reflejo de un desacuerdo más profundo, de carácter espiritual, entre las distintas concepciones que cada uno de los contendientes posee respecto del valor de la vida humana. Dworkin aborda el problema del aborto en ese libro en tres planos diferentes (aunque relacionados entre sí): filosófico, jurídico y político. En el primero defiende una forma particular de interpretar el debate moral en torno del aborto. En el segundo, estrictamente jurídico, aboga por una respuesta determinada al problema constitucional en la práctica jurídica norteamericana. Y finalmente, en el plano político, Dworkin argumenta de manera general en defensa de la solución que cree aplicable a otras democracias occidentales.

La argumentación de Dworkin respecto del aborto en *Life's Dominion* puede reconstruirse de la siguiente manera:

1. Interpretar el debate sobre el aborto como una controversia sobre los intereses y derechos del feto constituye un error que nos conduce a considerar irresoluble el problema.
2. Si prestamos atención a las razones profundas que mueven a los contendientes en el debate, veremos que casi todos los involucrados aceptan la idea de que la vida humana es sagrada (intrínsecamente valiosa o inviolable). Las distintas concepciones que defienden sobre esta noción son las que los lleva a discrepar respecto del aborto.
3. Esto significa reconocer que el desacuerdo frente al aborto es el producto de un desacuerdo de tipo espiritual, entre las distintas concepciones que cada uno de los contendientes posee respecto del sentido o valor de la vida humana.
4. La mujer tiene un derecho a la autonomía procreativa según la mejor interpretación de la Constitución Norteamericana. En consecuencia resulta inconstitucional en ese país prohibir el aborto antes del sexto mes de gestación. Solo se pueden establecer aquellas medidas que garanticen que la mujer tome la decisión por sí misma y con la seriedad que el asunto requiere.
5. Es característico de las democracias occidentales la creencia en la dignidad humana individual, en el deber de proteger la libertad de los indi-

viduos para que puedan decidir por sí mismos las cuestiones espirituales. En consecuencia, el principio de autonomía procreativa de la mujer, con el alcance dado en la premisa anterior, forma parte de la cultura política occidental.

Dworkin afirma que para tomar posición en la controversia respecto de la eutanasia se puede apelar al mismo principio como fundamentación. El orden jurídico debe permitir tomar las decisiones relacionadas con el final de la vida a los directamente afectados por sus consecuencias.

La introducción de su pensamiento en el mundo de habla hispana se produjo a partir de la traducción de algunos de sus primeros artículos en la serie *Cuadernos de Filosofía*, publicados por la Universidad Nacional Autónoma de México. Pero es con la publicación de su primera compilación de artículos con el título *Los Derechos en Serio* (Barcelona, Ariel, 1984), cuando sus ideas adquirieron mayor difusión. Desde entonces se ha traducido al castellano gran parte de su obra: *El imperio de la justicia* (Barcelona, Gedisa, 1986), *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual* (Barcelona, Ariel, 1994), *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad* (Barcelona, Paidós, 2003), *La justicia con toga* (Madrid, Marcial Pons, 2007), *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político* (Barcelona, Paidós, 2008) y *Una cuestión de principios* (Buenos Aires, Siglo XXI, 2012).

Tras la apariencia de cambio permanente que ofrecían sus escritos se escondía una posición sobre el derecho que no se vio alterada a lo largo de los años, como lo demuestra el final del artículo que no llegó a terminar de revisar sobre la naturaleza del «derecho internacional»:

«If law is understood as a special part of political morality, and if it serves its community well, its doctrines will crystallize over time. Its roots in political morality will grow less prominent—though will be available when needed—in ordinary legal argument. That progress from principle to doctrine will signal its success. But a rigid separation between legal and moral argument in the development of international law would be premature now and would accelerate its practical irrelevance. We must free the subject from the torpor of legal positivism. We need, now, to nourish the roots, not the twigs, of international law» («A New Philosophy for International Law». *Philosophy & Public Affairs*, número 41 (1), 2013, pp. 2-30).

Continuó defendiendo hasta el final la necesidad de apartarse del positivismo jurídico, adoptando una concepción interpretativa del derecho capaz de mostrarlo como un dominio al mismo tiempo dependiente e independiente de la moralidad política. Fue, sin lugar a dudas, uno de los erizos más brillantes de la filosofía contemporánea.

Pablo Raúl BONORINO RAMÍREZ  
Universidad de Vigo



## 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 sobre la filosofía política y jurídica u otros aspectos básicos del Derecho transversales a toda la comunidad científica y profesional de cualquier disciplina jurídica interesada en sus contenidos.

### INSTRUCCIONES 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 mínima 20 páginas y máxima 25 páginas DIN A4, a espacio y medio. Como criterio orientativo, se recomienda no exceder de los 50.000 caracteres, en general. El tipo de letra será «times 12» para el texto principal y en su caso «times 10» para las notas al pie. Tanto el texto principal como las notas al pie tendrán interlineado simple.

Todos los artículos deberán ir acompañados de un resumen y *abstract* de máximo de diez líneas en castellano y en inglés, así como de cinco o seis palabras clave o *key words* en castellano y en inglés. Asimismo, deberán incluir al comienzo el título en castellano y en inglés así como un sumario con los epígrafes en los que se estructura el texto tanto en castellano como en inglés.

Los originales de la sección «Crítica bibliográfica» no deberán superar las ocho páginas ni tener una extensión inferior a seis páginas DIN A4, a espacio y medio. Aproximadamente, no han de superar los 18.000 caracteres ni tener una extensión inferior a 15.000 caracteres.

Los artículos y reseñas han de enviarse por correo electrónico exclusivamente a la dirección del Anuario de Filosofía del Derecho (Anuario.Fil.Derecho@uv.es). En el documento es imprescindible incluir los datos del

autor así como el título del trabajo, 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 cargo académico o actividad profesional (por ejemplo, en el caso de ser profesor universitario, la universidad en la que ejerce su labor habitualmente).

## 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 la referencia bibliográfica como en el elenco bibliográfico 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. En caso de repetir de forma inmediata la misma referencia a autor o documento, se indicará con *ibidem.* y el número de página. Las abreviaciones de las locuciones de *ídem*, *ibídem*, *infra*, *supra*, *apud* o *pássim*, *vide*, cuando así lo exija la investigación serán preferentemente (*id.*, *ib.*, *infr.*, *supr.*, *ap.*, *páss. vid.*). Las palabras extranjeras deben ir en cursiva. En las notas a pie y texto, la palabra página se abreviará p. o pp., según proceda, siguientes será ss.; para especificar conferir se utilizará su abreviación ( *CFR.*), si no se trata de cita literal; la abreviatura de artículo será art. y sólo se empleará cuando vaya entre paréntesis, en los demás casos deberá ir con todas las letras. Las siglas, abreviaturas y acrónimos irán en mayúsculas sin espacio (pegadas) y sin puntos, salvo la primera vez que se mencionen que deberá constar, entre paréntesis el significado de éstas.

Por último, en la primera cita de textos legales figurará el rango normativo, el número, fecha, nombre del fundamento legal y, entre paréntesis, el Boletín oficial en el que se publicó con referencia de número y fecha. Las citas iniciales de jurisprudencia y otras resoluciones contendrán: las siglas de la resolución y tribunal u órgano, sala y fecha, referencia de repertorio en que se publicó o consultó el original y nombre y apellidos del magistrado ponente.

### 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, capítulo del libro, etc. Ejemplos:

1. Libro/monografía:

GONZÁLEZ VICÉN, F.; *El Positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1950, 96 pp.

2. Artículo de revista:

GONZÁLEZ VICÉN, F.; «La Filosofía del Derecho como concepto histórico», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1969, pp. 15-65

3. Trabajo o capítulo del 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. Proceso de evaluación, admisión y revisión de manuscritos:

Los trabajos enviados a la Redacción del Anuario de Filosofía del Derecho deben ser inéditos y serán evaluados mediante el sistema de «doble *referee*» manteniendo el anonimato en la revisión de los trabajos. El autor que remita un trabajo de investigación ya publicado pero que haya sido objeto de una revisión y actualización sustantiva deberá acreditar fehacientemente la calidad de inédito de su trabajo conforme a las directrices de la Cátedra Unesco para que en última instancia el Consejo de Redacción o Asesor pueda considerar su posible evaluación. El evaluador externo será decidido por el Consejo Asesor o el Consejo de Redacción del Anuario de Filosofía del Derecho, en su caso. La deliberación «por pares» de los trabajos presentados se realizará entre los meses de abril y junio y la aceptación o rechazo de los originales, así como las posibles sugerencias de modificación de los *referees* a los autores, serán comunicadas entre los meses de septiembre y octubre.

Tras el proceso de evaluación, los autores de los trabajos recibirán una comunicación motivada de la decisión editorial que incluya las razones para la aceptación, revisión o rechazo del artículo así como los correspondientes informes emitidos por los expertos independientes.

Los evaluadores externos justificarán el dictamen emitido atendiendo a los siguientes criterios orientativos de evaluación de la Revista:

1. Idoneidad de la temática propuesta.
2. Originalidad o aportaciones novedosas.
3. Bibliografía y aspectos metodológicos.
4. Correcciones, recomendaciones y sugerencias de modificación.

Para ser publicados los trabajos, deberán obtener dos *referees* positivos de evaluadores externos. Los evaluadores podrán hacer constar los aspectos a corregir o sugerencias de modificación, así como comentarios adicionales que consideren oportunos para mejorar la calidad del trabajo. En el caso de que uno de los informes sea negativo o positivo con modificaciones, se estará a lo que decida el Consejo Asesor o el Consejo de Redacción, pudiendo ser enviado el trabajo a un tercer evaluador externo, cuya decisión será vinculante. En cualquier caso, si la evaluación es positiva pero se indican recomendaciones de modificación sustantivas, el Consejo de Redacción y en su caso al Consejo Asesor, concederá un período de tiempo suficiente para que los autores obligatoriamente le remitan la versión definitiva del texto con un informe razonado y detallado de la revisión realizada de acuerdo a los *referees*. En tal supuesto, la decisión sobre 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.
6. Cualquier otra circunstancia que el Consejo de Redacción considere no adecuada a las instrucciones de la Revista.

Los autores de los trabajos aceptados recibirán a través de correo electrónico, una vez decidida la admisión definitiva del trabajo y hechas las oportunas modificaciones señaladas por los *referees*, una certificación escrita de la publicación de su trabajo en el número correspondiente.

Los autores de los trabajos rechazados recibirán por correo electrónico una comunicación 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*.



