

**ANUARIO DE FILOSOFÍA
DEL DERECHO**

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Editado por: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones)
y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Periodicidad: Anual

Precio del Tomo: 29 € (más gastos de envío).

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 20 97 / 87 / 84

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería del Boletín Oficial del Estado
C/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID
Tel.: 91 111 40 00
Fax: 91 111 42 60
tienda@boe.es

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

NUEVA ÉPOCA
TOMO XXXI
2015

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2015

AFD 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), que se edita desde 1953 por el servicio de publicaciones del Ministerio de Justicia. 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. Desde julio de 2014 ha obtenido el Sello de Calidad FECYT, junto a 98 revistas acreditadas que han superado el proceso de selección de entre un total de 355 solicitudes evaluadas, es un certificado de excelencia editorial y científica con una vigencia de tres años.



<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): 007-15-076-0
NIPO (M.º de Justicia): 051-15-010-1
Depósito Legal: M-11151-1958

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

PRESENTACIÓN DEL ANUARIO 2015

El volumen XXXI (Nueva Época) del Anuario de Filosofía del Derecho que se publica en el año 2015 lleva por rúbrica de su primera sección monográfica «Racionalidad en el Derecho». En esta sección se reúne una selección de las contribuciones presentadas por reconocidos expertos en el *Simposio Internacional de Filosofía del Derecho: Racionalidad en el Derecho*, Universidad de Buenos Aires y Universidad de San Petersburgo, Buenos Aires, 2014. Son diversas las posibles aproximaciones a este tópico. Unas responden a un enfoque amplio como es el caso del artículo de Jorge Rodríguez «Sistemas normativos, lagunas jurídicas y clausura lógica» o bien el de Jorge Cerdio, «Razonamiento jurídico y moral. Una breve distinción». Y otras en cambio abordan tanto la racionalidad de soluciones jurídicas más concretas como la estructura argumentativa de procedimientos orientados a la justificación de las mismas. Así, el artículo de José Juan Moreso «Sobre la determinación normativa: lagunas de reconocimiento, lagunas normativas y antinomias» y finalmente la aportación de Laura Clérico: «Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación».

La segunda de las secciones del Anuario integra, como ya es habitual, estudios de Teoría y Filosofía del Derecho y constituye una miscelánea comprensiva de trabajos sobre epistemología jurídica, justificación de las instituciones jurídicas, derechos humanos, historia del pensamiento jurídico y cuestiones propias de la filosofía política. Está integrada por trabajos de Luis Carlos Amezcua Amezcua «Derecho de evasión y humanidad penal: Notas de Francisco Suárez sobre la obligación penal y la fuga de presos»; Federico Arcos Ramírez «Positivismo jurídico, tesis de la separabilidad y valor ético del rule of law»; Alberto del Real «La dualidad amigo-enemigo en el propio contexto de Carl Schmitt»; Carlos Lema Añón «La reciprocidad indirecta y las generaciones futuras»; Raúl Susán Betrán «Inmigración y barreras en la ciudadanía. El miedo al otro y el derecho a la democracia plural» y Óscar

Vergara «Ciencia jurídica y sistemas normativos. Dos comentarios a la teoría de la ciencia jurídica de C. E. Alchourrón y E. Bulygin»

El apartado dedicado a la crítica bibliográfica ofrece una serie de reseñas sobre publicaciones que son expresión de la pluralidad de intereses de los docentes e investigadores de la filosofía jurídica. De hecho, como viene siendo práctica habitual de nuestra revista, esta sección pretende ser un referente de la producción literaria más reciente del área de conocimiento. Animamos, por ello, a contribuir en esta importante tarea de análisis crítico y también de divulgación de nuestras publicaciones.

Asimismo, el Anuario da cuenta sobre alguno de los acontecimientos importantes que han tenido lugar a lo largo del año 2015. En este caso se hace eco del Congreso «El tiempo de los derechos» que tuvo lugar en la Universidad de Cádiz del 5, al 7 junio de 2014, organizado en el marco del proyecto Consolider Ingenio HURI-AGE.

La última de las secciones del Anuario de Filosofía del Derecho quiere ser un homenaje a la memoria de aquellos profesores de filosofía del Derecho que han fallecido en 2014, como es el caso de Willem Johannes Witteveen (1952-2014).

El consejo asesor y el consejo de redacción del Anuario están comprometidos en que esta revista sea expresión, como lo ha sido tradicionalmente, de buenos trabajos de Filosofía del Derecho que además cumplan las exigencias y requisitos de las publicaciones académicas de prestigio y reconocimiento. Por ello agradecemos a todos el esfuerzo que supone adaptar las publicaciones a tales parámetros. Esto no es sino una nueva invitación a participar en este foro a cuantos compartimos la Filosofía del Derecho en particular y la Filosofía práctica, en general.

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

Directora del *Anuario de Filosofía del Derecho*

SUMARIO

	Pág.
PRESENTACIÓN: MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG (Directora del <i>Anuario</i>).	5
I. MONOGRÁFICO: «Racionalidad en el Derecho»	
1. RODRÍGUEZ, Jorge L. (Universidad Nacional de Mar del Plata): <i>Sistemas normativos, lagunas jurídicas y clausura lógica</i>	11
2. CERDIO, Jorge (Instituto Tecnológico Autónomo de México): <i>Razonamiento jurídico y moral. Una breve distinción</i>	35
3. MORESO, José Juan (Universitat Pompeu Fabra): <i>Sobre la determinación normativa: lagunas de reconocimiento, lagunas normativas y antinomias</i>	55
4. CLÉRICO, Laura (Universidad de Buenos Aires): <i>Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación</i>	73
II. ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO	
1. AMEZÚA AMEZÚA, Luis Carlos (Universidad de Valladolid): <i>Derecho de evasión y humanidad penal: Notas de Francisco Suárez sobre la obligación penal y la fuga de presos</i>	103
2. ARCOS RAMÍREZ, Federico (Universidad de Almería): <i>Positivismo jurídico, tesis de la separabilidad y valor ético del rule of law</i>	137
3. DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto (Universidad de Jaén): <i>La dualidad amigo-enemigo en el propio contexto de Carl Schmitt</i>	173
4. LEMA AÑÓN, Carlos (Universidad Carlos III de Madrid): <i>La reciprocidad indirecta y las generaciones futuras</i>	203

	Pág.
5. SUSÍN BETRÁN, Raúl (Universidad de La Rioja): <i>Inmigración y barreras en la ciudadanía. El miedo al otro y el derecho a la democracia plural</i>	227
6. VERGARA, Óscar (Universidad A Coruña): <i>Ciencia jurídica y sistemas normativos. Dos comentarios a la teoría de la ciencia jurídica de C. E. Alchourrón y E. Bulygin</i>	253
 III. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA	
1. CALVO GONZÁLEZ, José. <i>El escudo de Perseo. La cultura literaria del derecho</i> , Granada, Editorial Comares, 2012, 408 pp. (Jorge Roggero. Universidad de Buenos Aires)	281
2. CASHIN, Sheryll. <i>Place, not race: a new vision of opportunity in America</i> , Boston, Beacon Press. 2014, 176 pp. (Cristina Hermida del Llano. Universidad Rey Juan Carlos)	286
3. FALCÓN Y TELLA, María José. <i>La justicia como mérito</i> , Madrid, Marcial Pons, 2014, 214 pp. (María de los Ángeles Nogales Naharro. Universidad Católica de Ávila)	290
4. MIRAVET BERGÓN, Pablo. <i>Estado social, Empleo y Derechos. Una revisión crítica</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, 733 pp. (Raúl Susín Betrán, Universidad de la Rioja)	295
5. SOLANES CORELLA, Ángeles, y LA SPINA, Encarnación (eds.). <i>Políticas migratorias, asilo y derechos humanos: un cruce de perspectivas entre la Unión Europea y España</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, 455 pp. (Raúl Susín Betrán, Universidad de la Rioja)	303
 IV. NOTICIAS	
CUENCA GÓMEZ, Patricia (Universidad Carlos III de Madrid): Congreso Consolider Ingenio HURI-AGE. «El tiempo de los derechos» 5, 6 y 7 junio de 2014	315
 V. NECROLÓGICAS	
Willem Johannes Witteveen (1952-2014) (José Calvo González. Universidad de Málaga)	321

I

**MONOGRÁFICO:
RACIONALIDAD EN EL DERECHO**

Sistemas normativos, lagunas jurídicas y clausura lógica

Normative Systems, Legal Gaps, and Logical Closure

Por JORGE L. RODRÍGUEZ
Universidad Nacional de Mar del Plata

RESUMEN

En este trabajo se examina la relevancia de diferenciar a las normas de las proposiciones normativas y, consiguientemente, a una genuina lógica de normas de una lógica de proposiciones normativas, a efectos de estudiar las propiedades formales de los sistemas normativos. Más específicamente, se intenta demostrar que con tales herramientas es posible poner en evidencia los defectos de los argumentos empleados por teóricos como Dworkin y Raz para defender la tesis de la necesaria completitud de los sistemas jurídicos. Asimismo, se sostiene que si existen razones para justificar el carácter contingente de propiedades formales como la completitud y la consistencia de los sistemas normativos, hay razones todavía más fuertes para asignar el mismo carácter a la clausura lógica.

Palabras clave: *Sistemas normativos, propiedades formales, lagunas, consecuencias lógicas.*

ABSTRACT

This paper explores the relevance of distinguishing norms from norm-propositions and, consequently, a genuine logic of norms from a logic of norm-propositions, in order to study the formal properties of normative systems. More specifically, it shows that with the aid of such tools it is possible to expose the flaws in the arguments used by Dworkin and Raz to maintain

the thesis of the necessary completeness of legal systems. Moreover, it holds that if there are reasons to justify the contingent character of formal properties like completeness or consistency of normative systems, there are stronger reasons to assign the same character to logical closure.

Key words: *Normative systems, formal properties, legal gaps, logical consequences*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LÓGICA DEÓNTICA Y SISTEMAS NORMATIVOS.—II. DWORKIN Y RAZ SOBRE LAGUNAS EN EL DERECHO.—III. LA COMPLETITUD NORMATIVA COMO PROPIEDAD CONTINGENTE.—IV. LA CLAUSURA LÓGICA DE LOS SISTEMAS NORMATIVOS: ¿NECESARIA O CONTINGENTE?

SUMMARY: I. INTRODUCTION: DEONTIC LOGIC AND NORMATIVE SYSTEMS.—II. DWORKIN AND RAZ ON LEGAL GAPS.—III. NORMATIVE COMPLETENESS AS A CONTINGENT PROPERTY.—IV. LOGICAL CLOSURE OF NORMATIVE SYSTEMS: ¿NECESSARY OR CONTINGENT?

I. INTRODUCCIÓN: LÓGICA DEÓNTICA Y SISTEMAS NORMATIVOS

Una de las contribuciones más significativas de Alchourrón y Bulygin a la lógica y la teoría del derecho ha sido su análisis de las propiedades lógicas de los sistemas normativos, a través de una fructífera evaluación de las consecuencias que se siguen de distinguir con claridad entre normas y proposiciones acerca de normas*¹. Pese a que con diferentes nombres la distinción fue advertida por muchos autores², ella ha recibido poca atención en el análisis de la lógica del discurso normativo³.

* Este trabajo fue presentado como ponencia plenaria en el *Simposio Internacional de Filosofía del Derecho: Racionalidad en el Derecho*, Universidad de Buenos Aires y Universidad de San Petersburgo, Buenos Aires, 2014, y publicado en los anales del simposio.

¹ En numerosos trabajos pero, fundamentalmente, en ALCHOURRÓN y BULYGIN: 1971.

² Véanse BENTHAM: 1872; HEDENIUS: 1941; WEDBERG: 1951; HANSSON: 1969, entre otros.

³ Véase VON WRIGHT: 1999, 20. Y eso ha sido así, lamentablemente, incluso con posterioridad a los trabajos de Alchourrón y Bulygin.

Aunque es altamente controvertible que las normas mismas sean entidades semejantes a las proposiciones y posean valores de verdad, que las proposiciones normativas tengan tales características es algo difícilmente cuestionable. Von Wright caracteriza a las proposiciones normativas como proposiciones «*acerca de que tal y tal norma existe*»⁴. Pero como las normas usualmente existen integrando complejos sistemas normativos, la forma gramatical de los enunciados deónticos que expresan proposiciones normativas a menudo esconde una parte relevante de su contenido conceptual⁵. Así, un enunciado como «*No está permitido estacionar aquí*», entendido como una proposición normativa, a pesar de referirse aparentemente al estatus deóntico de una acción sin calificaciones, es en realidad un enunciado que informa sobre la calificación normativa de una acción *de acuerdo con un cierto sistema normativo*. Las proposiciones normativas son, pues, verdaderas o falsas dependiendo del conjunto de normas tomado como relevante. Así, la estructura de las proposiciones normativas podría representarse como $Op \in S$, donde Op es la norma *mencionada* (no *usada*) en la proposición normativa, y S es el sistema normativo al cual pertenece Op de acuerdo con lo que la proposición afirma.

Las diferencias entre las normas y las proposiciones normativas sugieren que debería existir una diferencia correspondiente entre una genuina lógica de normas y una lógica de proposiciones normativas. El sistema estándar de lógica deóntica valida los principios de consistencia normativa, esto es, que ninguna acción puede estar a la vez prohibida y permitida, y el principio de completitud, esto es, que toda acción está o bien prohibida o bien permitida. Ahora bien, ¿reconstruye este sistema en forma adecuada las relaciones lógicas entre las expresiones normativas como «obligación», «prohibición» y «permisión»? Para responder a esta pregunta es necesario tener en mente la sistemática ambigüedad de tales expresiones, que aparecen tanto en la formulación de genuinas normas como en la formulación de proposiciones normativas.

Como lo demostraron Alchourrón y Bulygin, es equivocado asumir que las relaciones lógicas entre proposiciones normativas son equivalentes a las que se verifican entre las normas mismas⁶. Una manera simple de explicar las diferencias entre una genuina lógica de normas y una lógica de proposiciones normativas consiste en considerar los diferentes modos en los que la negación afecta a las primeras y

⁴ VON WRIGHT: 1963, 106.

⁵ Refiriéndose al dominio jurídico, Hart observa que «*There is frequent occasion for lawyers to describe what they might call the «legal position» in relation to some subject without referring to the particular enactments or regulations or other sources of the relevant law, though of course it would be always understood that «the legal position» thus described is that arising under the laws of a particular system, and a more accurate formulation would make this explicit by including such words as «according to English law»*» (HART: 1983, 329).

⁶ Véase ALCHOURRÓN 1969; ALCHOURRÓN y BULYGIN: 1971.

a las segundas. Aplicada a las normas, la negación parece comportarse en analogía muy próxima al discurso descriptivo: la negación de una norma (por ejemplo, Op) es también una norma ($P\sim p$)⁷; para cada norma hay sólo una norma que constituye su negación; una norma y su negación son recíprocas (si $P\sim p$ es la negación de Op , entonces Op es la negación de $P\sim p$)⁸. Además, una norma y su negación son mutuamente excluyentes y conjuntamente exhaustivas, ya que $\sim(Op \wedge P\sim p)$ y $Op \vee P\sim p$ son fórmulas válidas en la lógica de normas.

En cambio, la negación de las proposiciones normativas es más problemática. «*En el sistema normativo S la acción p está prohibida*» es un enunciado metalingüístico complejo que afirma que una norma pertenece a cierto sistema normativo. Por consiguiente, su negación puede interpretarse como una proposición que afirma que S no contiene una norma que prohíbe p , en cuyo caso la negación opera sobre la pertenencia de la norma al sistema –se niega la proposición normativa–, o puede interpretarse como una proposición que afirma que S contiene una norma que no prohíbe p (esto es, una norma que permite p), en cuyo caso la negación afecta a la norma referida en el enunciado.

A fin de presentar con claridad esta distinción es necesario introducir dos nociones de negación para proposiciones normativas: la *negación externa* (representada como \sim) y la *negación interna* (representada como \neg). Mientras la negación externa de una proposición normativa es una operación que cambia el valor de verdad de la afirmación de que cierta norma pertenece a un sistema normativo, la negación interna de una proposición normativa es una operación que lleva a otra proposición normativa que afirma la pertenencia al sistema de la norma-negación respecto de la norma original. Por ejemplo:

$$\begin{aligned} \text{Negación externa:} & \quad \sim PH_p =_{\text{df}} PHp \notin S \\ \text{Negación interna:} & \quad \neg PH_p =_{\text{df}} \sim PHp \in S =_{\text{df}} Pp \in S \end{aligned}$$

Aquí, la negación externa de la proposición que afirma que p está prohibido en el sistema S es una proposición que niega la pertenencia de la norma que prohíbe p a S, mientras que la negación interna de tal proposición es una proposición que afirma la pertenencia a S de una norma que no prohíbe p , esto es, una norma que permite p . De acuerdo con esto, «*permisión*» es una expresión que puede aparecer en una genuina norma o en una proposición normativa. En el primer caso, esto es, bajo una interpretación prescriptiva, decir que una acción está permitida equivale a decir que no está prohibida. En cambio, cuando «*permisión*» aparece en una proposición normativa se torna ambigua ya que hay dos sentidos alternativos en los que una acción puede decirse que está permitida de acuerdo con un cierto sistema normati-

⁷ Véase ALCHOURRÓN y BULYGIN: 1988, 231.

⁸ La expresión «norma-negación» se debe a VON WRIGHT (véase VON WRIGHT: 1983, 130-209).

vo: un *sentido negativo* –no existe en el sistema una norma que la prohíbe– y un *sentido positivo* –hay una norma en el sistema que la permite–. Estas dos nociones pueden denominarse *permisión negativa* ($P^-_s p$) y *permisión positiva* ($P^+_s p$):

Permisión negativa: $P^-_s p =_{df.} PHp \notin S$
 Permisión positiva: $P^+_s p =_{df.} \sim PHp \in S =_{df.} Pp \in S$

Es fácil advertir que la permisión negativa de p es equivalente a la negación externa de la prohibición de p , mientras que la permisión positiva de p es equivalente a la negación interna de la prohibición de p . La permisión negativa se limita a indicar la ausencia de una norma; la permisión positiva, en cambio, depende de la existencia de cierta norma en el sistema. En una lógica de proposiciones normativas podemos utilizar como base el operador O (o el operador PH) y definir dos conceptos descriptivos de permisión, pero también podemos utilizar como base el operador P y definir dos conceptos descriptivos de prohibición y dos de obligación:

Base O :	Base P :
(1) $O_s p =_{df.} Op \in S$	(1'') $O^+_s p =_{df.} \sim P \sim p \in S$
(2) $PH_s p =_{df.} O \sim p \in S$	(1') $O^-_s p =_{df.} P \sim p \notin S$
(3) $P^+_s p =_{df.} \sim O \sim p \in S$	(2'') $PH^+_s p =_{df.} \sim Pp \in S$
(3') $P^-_s p =_{df.} O \sim p \notin S$	(2') $PH^-_s p =_{df.} Pp \notin S^9$

La primera presentación de las diferencias entre una genuina lógica de normas y una lógica de proposiciones normativas fue elaborada por Carlos Alchourrón, y luego desarrollada conjuntamente con Eugenio Bulygin¹⁰. Su propuesta puede delinearse axiomáticamente del siguiente modo:

Sistema de lógica de proposiciones normativas (LPN):

(LPN A₁) $O_s(\alpha \wedge \beta) \leftrightarrow (O_s \alpha \wedge O_s \beta)$

(LPN A₂) $O_s \alpha \rightarrow P^+_s \alpha$

(LPN A₃) $P^+_s(\alpha \wedge \beta) \rightarrow P^+_s \alpha$

(LPN RI₁) De $\vdash (\alpha \leftrightarrow \beta)$, se sigue $\vdash (O_s \alpha \leftrightarrow O_s \beta)$

(LPN RI₂) De $\vdash (\alpha \leftrightarrow \beta)$, se sigue $\vdash (P^+_s \alpha \leftrightarrow P^+_s \beta)$ ¹¹

⁹ Las fórmulas identificadas con números seguidos de comillas dobles son equivalentes a las fórmulas sin comillas de la presentación alternativa, mientras que las fórmulas con números seguidos de comillas simples no tienen equivalencia en la presentación alternativa.

¹⁰ Véase ALCHOURRÓN: 1969; ALCHOURRÓN y BULYGIN: 1971.

¹¹ Véase ALCHOURRÓN: 1993, 46.

Si se compara este sistema con el sistema estándar de lógica deóntica¹², puede advertirse en primer lugar que las proposiciones normativas son relativas a un cierto sistema normativo, lo cual se refleja en los suscriptos (s) de sus fórmulas. En cambio, las expresiones de la lógica de normas no se refieren a ningún sistema normativo particular, dado que representan conceptos absolutos. En segundo lugar, en el sistema de lógica de proposiciones normativas no hay nada parecido al principio $Pp \leftrightarrow \sim O\sim p$ ¹³ que se acepta como válido en la lógica deóntica. Esto es así porque, como hemos visto, hay dos diferentes formas de negar las proposiciones normativas, que dan lugar a dos conceptos descriptivos para cada uno de los operadores. Y si bien la negación externa satisface todas las propiedades que esperaríamos de la negación ordinaria, eso no acontece con la negación interna: una proposición normativa y su negación interna pueden ser ambas verdaderas –en cuyo caso el sistema será inconsistente– así como ambas falsas –en cuyo caso el sistema será incompleto¹⁴. Por eso, la equivalencia expresada en $Pp \leftrightarrow \sim O\sim p$, aunque válida en la lógica de normas (LN), no es válida en la lógica de proposiciones normativas (LPN).

A pesar de estas diferencias, puede demostrarse que bajo ciertas presuposiciones, LPN y LN son equivalentes y, consecuentemente, que la permisión positiva P^+ será equivalente a la permisión negativa P^- . Ello es así dado que un análogo al principio $Pp \leftrightarrow \sim O\sim p$ es de hecho válido en LPN bajo las condiciones de consistencia y completitud del sistema normativo tomado en consideración:

$$(4) \sim(O_s \sim p \wedge P^+ s p) \quad (\text{Cons}_s p)$$

$$(5) O_s \sim p \vee P^+ s p \quad (\text{Comp}_s p)$$

Es importante advertir que la conjunción de (4) y (5), esto es,

$$(6) \sim(O_s \sim p \wedge P^+ s p) \wedge (O_s \sim p \vee P^+ s p)$$

¹² En una posible presentación:

(SLD A₁) Todas las tautologías de la lógica proposicional.

(SLD A₂) $O(\alpha \rightarrow \beta) \rightarrow (O\alpha \rightarrow O\beta)$ (OK)

(SLD A₃) $O\alpha \rightarrow \sim O\sim\alpha$ (OD)

(SLD RI₁) Si $\vdash\alpha$ y $\vdash(\alpha \rightarrow \beta)$, entonces $\vdash\beta$ (*Modus Ponens*)

(SLD RI₂) Si $\vdash\sim\alpha$, entonces $\vdash O\alpha$ (*O-Necesariedad*).

¹³ En el sistema LPN existe también un axioma y una regla de inferencia (A₃ and RI₂) que no encontramos en los sistemas usuales de lógica deóntica. Sin embargo, ésta es una diferencia menor, dado que si fuera posible adicionar a LPN un análogo del principio $Pp \leftrightarrow \sim O\sim p$, A₃ y RI₂ resultarían superfluos porque serían derivables de los restantes axiomas y reglas de inferencia.

¹⁴ Véase BULYGIN: 1995, 135, 137.

es equivalente a:

$$(7) P^+_{\mathcal{S}}p \leftrightarrow \sim O_{\mathcal{S}}\sim p^{15}$$

y dado que de acuerdo con las definiciones precedentes $\sim O_{\mathcal{S}}\sim p$ equivale a $P^-_{\mathcal{S}}p$:

$$(8) [(Cons_{\mathcal{S}}p) \wedge (Comp_{\mathcal{S}}p)] \leftrightarrow (P^+_{\mathcal{S}}p \leftrightarrow P^-_{\mathcal{S}}p)$$

En otras palabras, bajo el supuesto de completitud y consistencia del sistema normativo tomado como punto de referencia, LPN es equivalente a LN. Podría decirse que la lógica de normas pretende reconstruir la racionalidad en la actividad de promulgar normas, la racionalidad del legislador¹⁶, por decirlo de algún modo, y un legislador racional no debería introducir contradicciones en un sistema normativo ni dejar acciones sin regulación. En cambio, la lógica de proposiciones normativas pretende reconstruir las consecuencias lógicas de un cierto sistema normativo. En consecuencia, no deberíamos asumir desde este punto de vista ni la completitud ni la consistencia del sistema normativo bajo consideración, puesto que de hecho los sistemas normativos reales pueden no coincidir con nuestros ideales, esto es, pueden no ser el producto de una actividad racional de creación normativa. Una de las consecuencias más atractivas de la distinción entre una lógica de normas y una lógica de proposiciones normativas es que la segunda ofrece las herramientas necesarias para dar cuenta de esto último. Por otra parte, la distinción muestra que algunas de las objeciones usuales que se dirigen contra el sistema estándar de lógica deóntica no son más que el producto de confundir estos dos niveles de análisis, especialmente las dudas relativas a la interdefinibilidad de la permisión con la obligación y la prohibición, que valen en el sistema estándar de lógica deóntica, así como el hecho de que éste excluye la posibilidad de conflictos normativos.

Todos los sistemas de lógica deóntica, con mayor o menor fidelidad, tratan de suministrar una reconstrucción de una genuina lógica de normas, no de una lógica de proposiciones normativas. Pero es la lógica de proposiciones normativas la que ofrece el marco teórico más adecuado para explorar las consecuencias de los sistemas normativos existentes y, en tal sentido, aquella que posee la mayor aplicación práctica.

¹⁵ Prueba: por conmutatividad de la conjunción en (4) se obtiene $\sim(P^+_{\mathcal{S}}p \wedge O_{\mathcal{S}}\sim p)$; por definición del condicional en la última expresión obtenemos $P^+_{\mathcal{S}}p \rightarrow \sim O_{\mathcal{S}}\sim p$, y ahora, por introducción del condicional de (4) hasta este último paso, se llega a $\sim(O_{\mathcal{S}}\sim p \wedge P^+_{\mathcal{S}}p) \rightarrow (P^+_{\mathcal{S}}p \rightarrow \sim O_{\mathcal{S}}\sim p)$. Por otra parte, por definición del condicional en (5) obtenemos $(\sim O_{\mathcal{S}}\sim p \rightarrow P^+_{\mathcal{S}}p)$, y ahora por introducción del condicional se llega a $(O_{\mathcal{S}}\sim p \vee P^+_{\mathcal{S}}p) \rightarrow (\sim O_{\mathcal{S}}\sim p \rightarrow P^+_{\mathcal{S}}p)$.

¹⁶ Véase VON WRIGHT: 1983, 132. De manera similar, con frecuencia se asume que la moral ideal o crítica es también completa y consistente –pese a que la existencia de sus normas no depende de las prescripciones de una autoridad.

El objetivo de este trabajo –que es parte de un trabajo más extenso elaborado en colaboración con Pablo Navarro–¹⁷ es doble. En primer lugar, trataré de mostrar que utilizando los mismos recursos empleados por Alchourrón y Bulygin para criticar la tesis kelseniana de la necesaria completitud de los sistemas jurídicos, es posible poner en evidencia los defectos de los argumentos empleados por otros teóricos –como Dworkin y Raz– para defender puntos de vista similares. Pero, en segundo lugar, y con una cierta cuota de herejía, trataré asimismo de sostener que Alchourrón y Bulygin no han advertido todas las consecuencias de sus propias ideas, dado que si existen razones para justificar el carácter contingente de propiedades como la completitud y la consistencia de los sistemas normativos, hay razones todavía más fuertes para asignar el mismo carácter a la clausura lógica.

II. DWORKIN Y RAZ SOBRE LAGUNAS EN EL DERECHO

El carácter contingente de la completitud normativa ha sido controvertido por muchos filósofos del derecho, quienes han asumido como verdad evidente que el derecho es siempre completo porque regula, ya sea explícita o implícitamente, toda posible acción. De manera que las acciones no prohibidas son consideradas como implícitamente reguladas y ordinariamente como permitidas¹⁸. De acuerdo con Raz, esta tesis sería una consecuencia que se deriva de considerar al derecho como una herramienta para la regulación de la conducta y, consiguientemente, «*decir que un acto está permitido es decir que no está guiado en un cierto sentido, que no está prohibido*»¹⁹.

El problema de las lagunas en el derecho es un tópico clásico de la filosofía jurídica analítica. Quizás la principal razón que explica la persistencia de las discusiones sobre las lagunas jurídicas está dada por la relación de esta cuestión con otros problemas filosóficos más generales, como el del valor de verdad de las proposiciones jurídicas. Para tomar un ejemplo, Dworkin ha sostenido que la tesis de las *fuentes sociales*, definitoria del positivismo jurídico, implica la consecuencia contraintuitiva de que los sistemas jurídicos son necesariamente completos. El argumento de Dworkin puede formalizarse del siguiente modo:

- (9) $p \leftrightarrow Sp$ Tesis de las fuentes sociales
- (10) $\sim p \leftrightarrow \sim Sp$ por contraposición en (9)
- (11) $\sim p \leftrightarrow S\sim p$ por sustitución de p por $\sim p$ en (9)
- (12) $\sim Sp \leftrightarrow S\sim p$ por transitividad del bicondicional en (10) y (11)²⁰.

¹⁷ NAVARRO y RODRÍGUEZ: 2014.

¹⁸ Véase KELSEN: 1979, 131-132; RAZ: 1970, 170.

¹⁹ RAZ: 1970, 171.

²⁰ Véase DWORKIN: 1985, 133; también DWORKIN: 1986, 8-9, 37-39.

Para decirlo de otro modo: si desde el punto de vista del positivismo la verdad de una proposición jurídica como «*Está prohibido matar*» es –al menos– materialmente equivalente a la existencia de una fuente social para tal proposición, esto implicaría lógicamente que la falsedad de la proposición «*Está prohibido matar*» es materialmente equivalente a la ausencia de una fuente social para tal proposición, pero también que la falsedad de la misma proposición es materialmente equivalente a la existencia de una fuente social para la proposición «*No está prohibido matar*» («*Está permitido matar*»). Por transitividad, esto permite concluir que la ausencia de una fuente social para la proposición «*Está prohibido matar*» es materialmente equivalente a la existencia de una fuente social para la proposición «*Está permitido matar*». En otras palabras, lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido.

Desde una perspectiva muy próxima, Joseph Raz sostiene que «*un sistema jurídico es completo si y sólo si suministra una respuesta completa a todas las cuestiones jurídicas sobre las cuales los tribunales tienen jurisdicción*»²¹. No obstante, Raz hace considerables esfuerzos para examinar hasta qué punto los sistemas jurídicos pueden contener lagunas. A su juicio, algunas lagunas surgen de la simple indeterminación, por ejemplo, la vaguedad de los conceptos jurídicos o de conflictos sin resolver. En tales casos, cuando «*el derecho habla con voz incierta o con muchas voces*», tanto la afirmación de que existe una razón jurídica concluyente para llevar a cabo cierta acción como su negación no son ni verdaderas ni falsas. Sin embargo, cuando «*el derecho permanece en silencio*», Raz sostiene que las reglas de clausura aseguran la ausencia de lagunas.

Para Raz hay dos posibles respuestas completas respecto del estatus jurídico concluyente de una acción²²: por una parte, el derecho concluyentemente exige p (LRp) y, por la otra, el derecho concluyentemente permite no p ($LPer\sim p$). Esta segunda alternativa sería equivalente a decir que de acuerdo con el derecho, no existe una razón concluyente que exija p ($L\sim Rp$)²³.

Raz considera que existe una respuesta jurídica completa si y sólo si la siguiente disyunción es verdadera:

$$(13) LRp \vee L\sim Rp$$

Podríamos denominar a (13) la *tesis de las respuestas jurídicas completas*. Ella establece un criterio de adecuación para cualquier definición de laguna jurídica, dado que las lagunas jurídicas surgirían si y sólo si (13) fuese negada. De acuerdo con esta restricción, Raz

²¹ RAZ: 1979, 70.

²² Véase RAZ: 1979, 71.

²³ Véase RAZ: 1979, 76. $L\sim R_c x, \emptyset$ puede leerse como «*Jurídicamente no es el caso que haya una razón concluyente para \emptyset* » (véase RAZ: 1979, 67).

resalta que hay dos formas posibles de lagunas jurídicas que resultan en los siguientes casos²⁴:

(14) LRp no es ni verdadera ni falsa, y $L\sim Rp$ no es ni verdadera ni falsa.

(15) $\sim LRp \wedge \sim L\sim Rp$

A fin de evitar ambigüedades, casos como (14) se denominarán aquí *lagunas de valores de verdad*, y casos como (15) *lagunas genuinas*. Pese a que tanto (14) como (15) parecen incompatibles con (13), Raz solo acepta la existencia de lagunas de valores de verdad, las cuales surgirían como se dijo en situaciones de indeterminación semántica o conflictos sin resolver. En lo que sigue limitaré mi atención a las lagunas genuinas y al argumento empleado por Raz para negar su misma posibilidad.

La tesis presentada en (15) es la negación clásica de (13). No obstante, Raz sostiene que constituye una verdad lógica²⁵:

(16) $\sim LRp \leftrightarrow L\sim Rp$

Denominaré en lo sucesivo a (16) *ley de Raz*. De (15) y (16) se sigue:

(17) $L\sim Rp \wedge \sim L\sim Rp$

Pero dado que (17) constituye una contradicción (16), implicaría el rechazo de (15) y, en consecuencia, el rechazo de la existencia de genuinas lagunas jurídicas.

III. LA COMPLETITUD NORMATIVA COMO PROPIEDAD CONTINGENTE

A primera vista, el rechazo del argumento de Dworkin parece forzar al positivismo jurídico a abandonar el principio de bivalencia para las proposiciones jurídicas. Permítaseme introducir la siguiente leve variante en la reconstrucción del argumento de Dworkin. En lugar de representar la verdad de una proposición jurídica simplemente como p , utilizaré la expresión Vp , donde V representa el operador «verdadero»²⁶.

(9')	$Vp \leftrightarrow Sp$	Tesis de las fuentes sociales
(10')	$\sim Vp \leftrightarrow \sim Sp$	por contraposición en (9')
(11')	$V\sim p \leftrightarrow S\sim p$	por sustitución de p por $\sim p$ en (9')

²⁴ Véase RAZ: 1979, 71.

²⁵ Véase RAZ: 1979, 76.

²⁶ Seguimos aquí a VON WRIGHT: 1984, 26-41 y 1996. Véase también MORESO, NAVARRO y REDONDO: 2001, 47-73.

Siguiendo un punto de vista tradicional, una proposición p es falsa si y sólo si su negación es verdadera. En consecuencia, $V\sim p$ representa la *falsedad* de p . La lógica clásica no sólo asume el principio de tercero excluido, esto es, que una cierta proposición es o bien verdadera o no verdadera ($Vp \vee \sim Vp$), sino también el principio de bivalencia, esto es, que o bien una cierta proposición es verdadera o bien es falsa ($Vp \vee V\sim p$). De modo que, bajo la aceptación de estos dos principios, la afirmación de que una cierta proposición no es verdadera y la afirmación de que su negación es verdadera –esto es, que la proposición es falsa– son equivalentes ($\sim Vp \leftrightarrow V\sim p$). Por supuesto, si el principio de bivalencia se rechaza esta equivalencia ya no se puede mantener.

Del rechazo del principio de bivalencia se sigue que una cierta proposición puede ser i) verdadera; ii) falsa, o iii) ni verdadera ni falsa ($Vp \vee V\sim p \vee (\sim Vp \wedge \sim V\sim p)$), y de este modo no verdadero ($\sim Vp$) no puede tomarse como equivalente a falso ($V\sim p$), dado que la primera fórmula ahora comprende no sólo los casos ii) sino también los casos iii)²⁷. Por consiguiente, si rechazamos el principio de bivalencia para las proposiciones jurídicas, el análogo del paso (12) en la reconstrucción anterior del argumento no sería admisible, y la conclusión de Dworkin podría evitarse porque los primeros términos de (10') y (11') no serían equivalentes.

Este parece ser el camino seguido por diversos teóricos, bajo la idea de que una tesis realista respecto de los enunciados jurídicos, según la cual todo enunciado jurídico es verdadero o falso de acuerdo con una cierta realidad objetiva cuya existencia y constitución es independiente de nuestro conocimiento, sería incompatible con las tesis básicas del positivismo jurídico²⁸. Desde esta perspectiva, la verdad de las proposiciones jurídicas en un enfoque positivista dependería de las condiciones para el reconocimiento de esa verdad²⁹. Si la tesis de las fuentes sociales afirma que una proposición como «*En Argentina está prohibido matar*» es verdadera si existe una convención social que respalda esa proposición, entonces el positivismo jurídico estaría comprometido a rechazar el principio de bivalencia respecto de las proposiciones jurídicas. Esto es así dado que parece evidente que o bien existe una convención en Argentina respecto de que está prohibido matar, o bien existe una convención en Argentina respecto de que matar no está prohibido, o bien no existe una convención respecto de ninguna de estas dos cosas³⁰.

²⁷ Véase VON WRIGHT: 1963, 106.

²⁸ Sobre el anti-realismo en general, véase DUMMETT: 1991, 1-19; ENGEL: 1989, 135-141. Sobre sus implicancias para la teoría del derecho, véase, por ejemplo, MARMOR: 1992, 90. No obstante, véase también MARMOR: 2001, 142-143.

²⁹ La misma idea es explícitamente defendida en MORESO: 1998, capítulo II.

³⁰ Este argumento fue sugerido por el propio Dworkin como una posible salida para el positivismo jurídico (véase DWORKIN: 1985, 133). Dworkin examina dos versiones del rechazo de la bivalencia lógica respecto de las proposiciones jurídicas. De acuerdo con la primera, dos proposiciones como «*El contrato firmado por x e y es válido*» y «*El contrato firmado por x e y no es válido*» podrían ser ambas falsas por-

Hay, no obstante, un camino alternativo para evitar la indeseable conclusión del argumento, que tiene la ventaja de resultar más respetuoso de la máxima quineana de la *mutilación mínima*³¹. De acuerdo con este punto de vista, la tesis de las fuentes sociales no sostiene que la verdad de la proposición «*En Argentina está prohibido matar*» requiere de la existencia de una convención social respecto de la verdad de dicha proposición. En lugar de ello, la tesis sostiene que la verdad de tal proposición depende de una convención social respecto de *la existencia de una norma* en Argentina que prohíbe matar o, mejor dicho, de una convención social respecto de los *criterios de identificación de una norma* que prohíbe matar como perteneciente al derecho argentino³². Así, lo que se requiere para evitar la conclusión que Dworkin atribuye al positivismo jurídico no es el rechazo del principio de bivalencia, sino saber distinguir con claridad entre las normas jurídicas y las proposiciones que a ellas se refieren, algo que resulta imposible en las reconstrucciones precedentes del argumento debido a que el símbolo *p* era allí usado ambiguamente para representar tanto a las normas como a las proposiciones normativas³³.

Tomando en serio esta distinción, y reemplazando *p* como forma de representar una proposición jurídica como «*En Argentina está prohibido matar*» por « $PHm \in SJ$ » (la norma «*Prohibido matar*» pertenece al sistema *SJ*), es posible reconstruir las premisas del argumento del siguiente modo:

- | | | |
|--------|---|--|
| (9'') | $(PHm \in SJ) \leftrightarrow S_{SJ} PHm$ | Tesis de las fuentes sociales |
| (10'') | $(PHm \notin SJ) \leftrightarrow \sim S_{SJ} PHm$ | por contraposición en (9'') |
| (11'') | $(\sim PHm \in SJ) \leftrightarrow S_{SJ} \sim PHm$ | por sustitución de <i>PHm</i> por $\sim PHm$ en (9''). |

De acuerdo con esta lectura de la tesis de las fuentes sociales, la proposición de que en el sistema jurídico *SJ* está prohibido matar es equivalente a la existencia de una fuente social en *SJ* para la norma «*Está prohibido matar*». La afirmación de que no existe una norma en *SJ* que prohíba matar es equivalente a la ausencia de una fuente social en *SJ* para la norma «*Está prohibido matar*». Y decir que existe una

que la segunda no sería la negación de la primera, dado que podría haber categorías intermedias. De acuerdo con la segunda, se asumiría que una de las dos proposiciones es la negación de la otra, pero se rechazaría que necesariamente una de ellas deba ser válida como consecuencia del rechazo del principio de bivalencia.

³¹ Véase QUINE: 1990, 13-17.

³² Por simplicidad, en lo que sigue asumiré la primera interpretación de la tesis de las fuentes sociales.

³³ Dworkin incurre claramente en este error cuando afirma que la estructura del positivismo como tipo de teoría jurídica puede presentarse del siguiente modo «... si '*p*' representa a una proposición jurídica, y '*L(p)*' expresa el hecho de que alguien o algún grupo ha actuado de un modo que hace verdadera (*p*), entonces el positivismo sostiene que (*p*) no puede ser verdadera a menos que *L(p)* sea verdadera» (DWORKIN: 1985, 131).

norma en *SJ* que no prohíbe (permite) matar es equivalente a afirmar la existencia de una fuente social en *SJ* para la norma «*No está prohibido matar*». Como ya se ha resaltado, cuando se distingue entre normas y proposiciones normativas es posible advertir que hay dos diferentes sentidos en los que puede decirse que una acción está permitida: un sentido meramente negativo (no hay norma que prohíba) y un sentido positivo (hay una norma permisiva). La ausencia de una convención social que permita identificar a la norma «*Está prohibido matar*» como perteneciente al sistema *SJ* [como en (10'')] no es equivalente a la existencia de una convención social que permita identificar a la norma «*Está permitido matar*» como perteneciente a *SJ* [como en (11'')]. Por consiguiente, el positivismo jurídico puede evitar la contraintuitiva consecuencia de que sus tesis básicas implican la necesaria completitud de los sistemas jurídicos sin necesidad de comprometerse con la tesis antirealista que rechaza el principio de bivalencia respecto de las condiciones de verdad de las proposiciones acerca del derecho.

Una confusión bastante similar entre normas y proposiciones normativas oscurece el enfoque de Raz sobre las lagunas jurídicas³⁴. El simbolismo empleado por Raz resulta un tanto desconcertante, y ello representa una seria dificultad para comprender acabadamente sus tesis y, consiguientemente, para una adecuada evaluación crítica de sus alcances.

Raz sostiene que los enunciados de la forma *LRp* significan lo mismo que «*Jurídicamente debe ser que p*» o «*El derecho establece que debe ser que p*»³⁵, de manera que pueden ser traducidos sin pérdida de significado como proposiciones normativas, esto es, proposiciones relativas a la existencia de normas jurídicas. No obstante, no es para nada claro qué es exactamente lo que representan *L* y *R* en una expresión como *LRp*. Deberían considerarse dos diferentes alternativas, de acuerdo con la familiar ambigüedad entre normas y proposiciones normativas. Una primera posibilidad consiste en leer *Rp* como la expresión de una genuina norma que exige hacer *p*, y *LRp* como una proposición que afirma que la norma *Rp* pertenece al sistema *L*. En tal caso, el símbolo de negación precediendo a *R* debería leerse como una negación interna, que operaría sobre la norma allí mencionada, mientras que el símbolo de negación precediendo a *L* debería leerse como una negación externa de toda la proposición jurídica. Si se acepta esto, se obtienen las siguientes definiciones:

$$\begin{aligned} LRp &= (Op \in L) \\ L\sim Rp &= (\sim Op \in L) \\ \sim LRp &= (Op \notin L) \\ \sim L\sim Rp &= (\sim Op \notin L) \end{aligned}$$

³⁴ Véase RAZ: 1979, 76. Eugenio Bulygin ha criticado la propuesta de Raz en BULYGIN: 2003, 21-28. El análisis que se ofrece en el texto, aunque compatible, es más general que la crítica de Bulygin.

³⁵ RAZ: 1979, 65.

La tesis de las respuestas jurídicas completas (13) recibe aquí la siguiente interpretación:

$$(13') LRp \vee L\sim Rp = (Op \in L \vee \sim Op \in L)$$

Esto constituye una reconstrucción plausible de la completitud de los sistemas jurídicos, porque si vale para cualquier acción p , significaría que o bien hay en el sistema L una norma que obliga a hacer p , o bien hay una norma en el sistema L que no obliga a hacer p , lo que equivale a decir que hay una norma en el sistema que deliberadamente permite $\sim p$.

La negación clásica de (13') y, por ello, la definición de lagunas genuinas, sería aquí:

$$(15') \sim LRp \wedge \sim L\sim Rp = (Op \notin L \wedge \sim Op \notin L)$$

Ahora bien, ¿permite el argumento de Raz justificar que (13') es una verdad lógica? En otras palabras, ¿es posible demostrar que la negación de (13'), esto es, (15'), lleva a contradicción? Hemos visto que Raz asume que (16) es una verdad lógica. No obstante, en esta reconstrucción (16) equivale a:

$$(16') \sim LRp \leftrightarrow L\sim Rp = (Op \notin L \leftrightarrow \sim Op \in L)$$

Pero ésta claramente *no* es una verdad lógica: el mero hecho negativo de que cierto elemento no pertenece a un conjunto no es razón suficiente para afirmar que *otro* elemento es de hecho miembro del mismo conjunto. En la sección I hemos mostrado que aceptar sin restricciones esta identidad lleva a confundir normas con proposiciones acerca de normas, y que sólo en el caso de que el sistema bajo consideración sea completo y consistente (dos propiedades contingentes) podríamos asumir la (contingente) verdad de (16'). En consecuencia, a pesar de que (15'), junto con (16'), lleve a contradicción:

$$(17') L\sim Rp \wedge \sim L\sim Rp = (\sim Op \in L \wedge \sim Op \notin L)$$

Lejos de constituir una verdad lógica (16'), es precisamente la (contingente) afirmación de la completitud de los sistemas jurídicos. Por ello, no resulta sorprendente que (16'), conjuntamente con la expresión que representa a las lagunas genuinas, lleve a contradicción. Por consiguiente, bajo esta interpretación, el argumento de Raz no demuestra la imposibilidad lógica de las lagunas jurídicas³⁶: simple-

³⁶ ¿Qué ocurre con las lagunas de valores de verdad? Dado (13') $LRp \vee L\sim Rp = (Op \in L \vee \sim Op \in L)$, y su negación clásica (15') $\sim LRp \wedge \sim L\sim Rp = (Op \notin L \wedge \sim Op \notin L)$, la posibilidad de lagunas de valores de verdad requiere del rechazo del principio de

mente demuestra que si conjuntamente aceptamos y rechazamos la completitud de los sistemas jurídicos incurrimos en contradicción.

Existe, de todos modos, una interpretación alternativa de las fórmulas de Raz. Podríamos entender que Rp representa, no la norma mencionada en una proposición jurídica, sino una proposición normativa íntegra que afirma la existencia de la norma Op en un cierto sistema normativo S :

$$Rp = Op \in S$$

Siendo ello así, ¿qué representaría L ? Una posibilidad es leer L simplemente como una mera especificación del sistema S como un sistema jurídico particular L ³⁷. Aunque no hay nada objetable en esta intelección, no parece captar la intuición subyacente en el simbolismo de Raz del uso del signo de la negación, que opera tanto sobre R como sobre L . De hecho, esto volvería $\sim L \sim Rp$ un simple caso de doble negación: $\sim(Op \notin L) = (Op \in L)$, y así resultaría indistinguible de LRp . Debido a esto, sugiero leer «*Jurídicamente debe ser el caso que p*» como «*Es jurídicamente verdadero que debe ser el caso que p*»; «*debe ser el caso que p*» (Rp) como « $Op \in L$ », y «*es jurídicamente verdadero que*» como V . Por consiguiente, tendríamos:

$$\begin{aligned} LRp &= V(Op \in L) \\ L \sim Rp &= V(Op \notin L) \\ \sim LRp &= \sim V(Op \in L) \\ \sim L \sim Rp &= \sim V(Op \notin L) \end{aligned} \quad ^{38}$$

Con estas equivalencias, la ley de Raz equivaldría a:

$$(16'') \quad L \sim Rp \leftrightarrow \sim LRp = V(Op \notin L) \leftrightarrow \sim V(Op \in L)$$

Lo cual –bajo el presupuesto de la bivalencia de las proposiciones jurídicas– es obviamente una verdad lógica, tal como lo sostiene Raz, dado que se limita a expresar que «*es verdad que cierta norma no pertenece a L*» es equivalente a «*no es verdad que esa norma pertenece*

bivalencia para las proposiciones jurídicas ($\sim Vp \rightarrow V\sim p$), y consiguientemente el asumir que cualquier proposición jurídica puede ser verdadera, falsa o ni verdadera ni falsa. De modo que el análogo aquí de (14) sería (14') ($Op \in L$) no es ni verdadera ni falsa y ($\sim Op \in L$) no es ni verdadera ni falsa: ($\sim(Op \in L) \wedge \sim(Op \notin L) \wedge \sim(\sim Op \in L) \wedge \sim(\sim Op \notin L)$). En consecuencia, las lagunas de valores de verdad, como las lagunas genuinas, serían bajo esta interpretación lógicamente posibles.

³⁷ Esta es la interpretación que se adopta en BULYGIN: 2003. Con la pequeña diferencia en la formalización que se señala en el texto, nuestras conclusiones bajo esta interpretación son equivalentes a las de Bulygin.

³⁸ En MORESO, NAVARRO y REDONDO: 2001 se presenta un análisis de las tesis de Raz utilizando como marco la lógica de la verdad desarrollada en VON WRIGHT 1984 y 1996. Sin embargo, los autores aplican el operador T directamente al simbolismo de Raz, heredando así todas las ambigüedades que se exponen aquí.

ce a L ». En esta reconstrucción, la implicación de derecha a izquierda ($\sim V(Op \in L) \rightarrow V(Op \notin L)$) es proposicionalmente equivalente a la disyunción ($V(Op \in L) \vee V(Op \notin L)$), lo que representa aquí la tesis de las respuestas jurídicas completas:

$$(13'') LRp \vee L\sim Rp = V(Op \in L) \vee V(Op \notin L)$$

Esta tesis también es una verdad lógica, porque se limita a sostener que o bien es verdad que cierta norma pertenece a L o bien es verdad que ella no pertenece a L . Y, por ende, su negación, esto es, la definición de lagunas genuinas, resultaría:

$$(15'') \sim LRp \wedge \sim L\sim Rp = \sim V(Op \in L) \wedge \sim V(Op \notin L)$$

(15''), junto con (16''), conduce otra vez a contradicción:

$$(17'') L\sim Rp \wedge \sim L\sim Rp = V(Op \notin L) \wedge \sim V(Op \notin L)$$

Pero la razón de esta conclusión es que aquí (15'') en sí misma, como negación de una verdad lógica, es una contradicción, en la medida en que sostiene que no es verdad que cierta norma pertenece a L , ni tampoco que esa misma norma no pertenece a L ³⁹. En consecuencia, bajo esta interpretación, la «demostración» de Raz de que las lagunas genuinas no son posibles es tan impecable como inútil, porque una «laguna genuina» en este sentido sería un absurdo. Desde luego, esto no dice nada sobre la posibilidad de que ni Op ni $\sim Op$ pertenezcan a un sistema jurídico, de modo que p no se encuentre regulada por el derecho. En síntesis, bajo la primera interpretación las lagunas genuinas son posibles porque la ley de Raz no es una verdad lógica, y bajo la segunda la ley de Raz es una verdad lógica, pero eso no impide la posibilidad de lagunas genuinas. Y todo el problema deriva de la falta de distinción entre normas y proposiciones normativas.

IV. LA CLAUSURA LÓGICA DE LOS SISTEMAS NORMATIVOS: ¿NECESARIA O CONTINGENTE?

La conclusión que parece seguirse de las consideraciones precedentes es que propiedades como la completitud y la consistencia

³⁹ Bajo el presupuesto de aceptación de la bivalencia, ($\sim Vp \rightarrow V\sim p$), (7'') es equivalente a: $V(Op \notin L) \wedge \sim V(Op \notin L)$, una evidente contradicción. ¿Qué ocurre con las lagunas de valores de verdad en este enfoque? Dado (13'') $LRp \vee L\sim Rp = V(Op \in L) \vee V(Op \notin L)$, la posibilidad de lagunas de valores de verdad exige el rechazo del principio de bivalencia, y así se obtiene: a) $\sim V(Op \in L)$; b) $\sim V(Op \notin L)$; c) $\sim V\sim(Op \in L)$, y d) $\sim V\sim(Op \notin L)$. Pero como c = b y d = a, la definición de lagunas de valores de verdad debería simplemente formularse: (6'') $\sim V(Op \in L) \wedge \sim V(Op \notin L)$.

resultan contingentes cuando se las predica de los sistemas normativos. Pero ellas no son las únicas. Si hay razones para justificar el carácter contingente de tales propiedades, hay razones todavía más fuertes para atribuirle el mismo carácter a la clausura lógica como propiedad de los sistemas normativos.

De acuerdo con Alchourrón y Bulygin, un sistema normativo es entendido como un sistema deductivo, esto es, como un conjunto de enunciados que comprende todas sus consecuencias lógicas y que contiene al menos una norma. Ahora bien, decir que un conjunto de enunciados A está clausurado bajo la noción de consecuencia significa:

$$(18) \text{Cn}(A) \hat{=} A$$

Esto es, que las consecuencias lógicas de A constituyen un subconjunto de A . Dado que por reflexividad de la noción de consecuencia lógica todo enunciado es una consecuencia de sí mismo, también vale que:

$$(19) A \hat{=} \text{Cn}(A)$$

Esto es, que A es un subconjunto de sus consecuencias lógicas. De (18) y (19) se sigue que:

$$(20) A = \text{Cn}(A)$$

En otras palabras, si A está clausurado bajo la noción de consecuencia, A es indistinguible de sus consecuencias⁴⁰. Pero supóngase que una autoridad normativa promulgara en un tiempo t_1 el siguiente par de normas⁴¹:

N_1 : La capital de Argentina es Buenos Aires.

N_2 : El Presidente de Argentina debe residir en la capital del Estado.

De estas dos normas se sigue, entre otras consecuencias:

N_3 : El Presidente de Argentina debe residir en Buenos Aires.

En un sistema clausurado bajo la noción de consecuencia cada elemento del sistema pertenece a él por ser consecuencia lógica de otros elementos del sistema. En nuestro ejemplo, esto significa que si N_3 es considerada parte del sistema es porque es una consecuencia lógica de N_1 y N_2 . Ahora bien, si aceptamos que N_1 es también parte del sistema, debe serlo igualmente por ser una consecuencia lógica, en este caso

⁴⁰ Véase HANSSON: 1999, 24.

⁴¹ Este ejemplo es una adaptación de otro ofrecido en HILPINEN: 1981.

una consecuencia lógica de sí misma, y lo mismo acontece con N_2 . Dado que todos los elementos del sistema pertenecen a él por ser consecuencias de otros elementos del sistema, no es posible asignar prioridad en ningún sentido a N_1 o N_2 sobre N_3 . Por supuesto, puede que sea posible *axiomatizar* este sistema, esto es, encontrar un subconjunto finito de enunciados tal que todos los restantes enunciados del sistema sean derivables de él, seleccionando por ejemplo a N_1 y N_2 como axiomas, y derivando los demás elementos de esta base axiomática. Llamemos B a esta base axiomática. Ahora bien, en nuestro ejemplo podríamos igualmente haber seleccionado como base axiomática las normas N_1 y N_3 , de las cuales podría ahora derivarse N_2 como consecuencia lógica, entre otras. Denominemos a esta nueva base axiomática C. Dado que $Cn(B) = Cn(C) = A$, ambas bases son equivalentes y determinan el mismo sistema deductivo (A).

El hecho de que el conjunto de normas expresamente promulgadas haya sido B (las normas N_1 y N_2) y no C (las normas N_1 y N_3) no puede ser captado bajo esta interpretación de los sistemas normativos como sistemas deductivos, porque como las consecuencias de ambas bases son equivalentes, generan un mismo y único sistema deductivo. No obstante, cuáles hayan sido las normas efectivamente promulgadas expresamente por el legislador es algo que posee una importancia capital para una reconstrucción adecuada de la dinámica de los sistemas jurídicos. Supóngase en nuestro ejemplo que la autoridad normativa decidiera promulgar en un tiempo t_2 la norma:

N_4 : El presidente de Argentina debe residir en Mar del Plata.

Si tomamos en consideración la base B, la incorporación consistente de N_4 producirá una indeterminación lógica respecto de cuál es el sistema resultante de este acto normativo, dado que consideradas individualmente, tanto N_1 como N_2 son cada una de ellas compatible con N_4 , aunque su conjunción permite inferir N_3 que sí está en conflicto con N_4 . Esta indeterminación se debe a que restablecer la consistencia luego de la incorporación de N_4 fuerza a eliminar algunos de los elementos del sistema que producen el conflicto, pero esto es algo que puede lograrse ya sea eliminando N_1 , ya sea eliminando N_2 , o bien eliminándolas a ambas (si bien esta última alternativa parecería excesiva)⁴². En cambio, si tomamos en cuenta la base C, el mismo acto normativo no produce indeterminación alguna, puesto que en este caso la promulgación de N_4 claramente producirá como resultado la derogación de N_3 por aplicación del principio *lex posterior derogat priori* (suponiendo que todas las normas tienen el mismo nivel jerárquico)⁴³.

⁴² Véase ALCHOURRÓN y BULYGIN: 1976; 1979.

⁴³ Véase BULYGIN: 1986.

Lo que demuestra el ejemplo es que dos bases axiomáticas independientes, en el sentido de que no contienen normas que sean consecuencias lógicas de otras normas del sistema considerado, pueden no obstante ser diferentes y esa diferencia solo advertirse cuando se centra la atención en el modo en que ambas bases reaccionan frente a un acto normativo de promulgación⁴⁴. Un mismo acto de promulgación puede producir como resultado una indeterminación lógica respecto de una base axiomática y no de otra con idénticas consecuencias lógicas. Esta diferencia no puede captarse en una reconstrucción de los sistemas normativos como la ofrecida por Alchourrón y Bulygin porque de acuerdo con ella, el sistema normativo generado por las acciones de las autoridades creadoras de normas se interpreta como un sistema deductivo, esto es, la totalidad de las consecuencias lógicas de las normas explícitamente promulgadas ($A = Cn(A) = Cn(B) = Cn(C)$)⁴⁵.

Permítaseme precisar el punto con mayor detalle. Creo que el contenido de mi trabajo deja bien en claro que no estoy en contra del análisis lógico de los sistemas normativos. Lejos de ello, pienso que la lógica constituye una herramienta de la mayor importancia para un adecuado examen de las consecuencias de los sistemas normativos en general, y del funcionamiento de los sistemas jurídicos en particular. Más aún, no tengo objeción alguna contra la reconstrucción de *ciertos* sistemas normativos como clausurados bajo la noción de consecuencia. Lo que me parece incorrecto es considerar que los sistemas jurídicos deben ser interpretados como sistemas deductivos en todos los diferentes sentidos en los cuales es posible hablar de «sistemas jurídicos» y, en términos más generales, que la aplicación de la lógica para el análisis de los sistemas normativos obligue a asumir el presupuesto de su clausura lógica como propiedad necesaria.

La clausura lógica es una propiedad contingente de un conjunto de enunciados: no hay razón alguna para suponer que todos los conjuntos de enunciados comprenden todas sus consecuencias lógicas. Pero en el caso de los sistemas normativos hay una razón adicional para rechazar la clausura lógica como propiedad necesaria. Tal como se mostrara en la sección I, un sistema normativo puede de hecho ser inconsistente o incompleto. Los conflictos entre normas y las lagunas normativas, por indeseables que sean, aparecen con frecuencia en nuestros sistemas normativos. Si los consideramos como defectos, ello es así porque suponemos que un legislador racional no debería introducir contradicciones en un sistema normativo ni dejar acciones sin regulación. En consecuencia, parece sensato considerar a la consistencia y a la completitud como *ideales racionales* para la actividad de promulgación de normas, como principios de legislación racional.

Consideremos ahora la clausura lógica. ¿Es igualmente sensato asumir la clausura lógica como un principio admisible para una *legis-*

⁴⁴ Véase BULYGIN: 1986, 201-203.

⁴⁵ Véase BELTRÁN y RODRÍGUEZ: 2011.

lación racional? De hecho, ¿qué podría significar tal cosa? Una posibilidad sería concebir esta exigencia como un reclamo al legislador para que promulgue todas las consecuencias lógicas de las normas que desea promulgar. Pero esto no tiene sentido: no es ni racional ni tan siquiera plausible exigir semejante cosa del legislador. Resultaría imposible para cualquier legislador tomar en consideración toda posible característica de los casos particulares a fin de evaluar por anticipado su relevancia o irrelevancia normativa. Los legisladores sólo pueden regular la conducta humana a través de la promulgación de normas *generales*, atribuyendo relevancia normativa a ciertas propiedades y rechazando otras como normativamente relevantes respecto de situaciones y acciones genéricas⁴⁶.

Aquí, me parece, se encuentra el grano de verdad en la idea de Kelsen presentada bajo el lema «*No imperative without imperator*». De acuerdo con Kelsen, las normas jurídicas son normas positivas: son promulgadas por las autoridades a fin de regular la conducta humana. En consecuencia, la validez de las normas jurídicas (su *existencia específica* como normas) requiere la ejecución de ciertos actos de prescribir. En la medida en que no hay *deber sin querer*, las normas individuales también deben ser establecidas mediante actos de voluntad, un acto de prescripción. Así, aunque sea verdad que todos los ladrones deben ser castigados, y que Schulze es un ladrón, la norma individual «*Schulze debe ser castigado*» no sería jurídicamente válida sin una decisión judicial al respecto⁴⁷.

Este punto de vista ha sido objeto de muchas críticas. Raz, por ejemplo, sostiene que solo una «*lógica demente*» podría exigir que actos normativos específicos justifiquen todas y cada una de las obligaciones jurídicas⁴⁸. Por supuesto, si leemos a Kelsen como si estuviera hablando sobre lógica, sus palabras suenan absurdas. Pero no es la lógica lo que parece tener en mente aquí Kelsen sino la validez: el modo específico de existencia de las normas, en sus palabras. No es desde luego mi intención defender todo lo que Kelsen ha escrito sobre lógica y derecho, pero si consideramos que Kelsen identifica aquí el derecho válido con el conjunto de aquellas normas que han sido objeto de una prescripción específica, es correcto en este sentido sostener que la norma individual «*Schulze debe ser castigado*» no constituye derecho válido antes de la decisión judicial que así lo establece.

Por estas razones, considero que la clausura lógica no puede asumirse como un ideal racional respecto de la actividad de creación normativa. Pero el derecho no concierne exclusivamente a la actividad de los órganos de creación de normas, y la expresión «sistema jurídico» no necesariamente tiene el mismo significado cuando tomamos en

⁴⁶ Para un reciente desarrollo de un punto de vista similar, véase ŽARNIČ y BAŠIĆ: 2014.

⁴⁷ Esta tesis es defendida fundamentalmente en KELSEN: 1979.

⁴⁸ Véase RAZ: 1976, 503.

cuenta las prácticas de sus diferentes operadores, en particular las de los órganos de creación y las de los órganos de aplicación de normas.

Los jueces tienen el deber de resolver todos los casos que caen dentro de su esfera de competencia justificando sus decisiones en los hechos del caso y el derecho vigente. Un modo simple de explicar el contenido de esta obligación sería identificar el sistema jurídico en un tiempo t con el conjunto de las normas promulgadas y no derogadas por los órganos creadores de normas (SJ) en t , y sostener que un juez que debe resolver un caso en t debe justificar su decisión tomando como premisas normativas un subconjunto relevante de las normas de SJ. Sin embargo, esto es demasiado simple como para ser correcto. En primer lugar, como lo demostrara Bulygin, en muchos casos los jueces deben justificar sus decisiones en un tiempo t valiéndose de normas que ya no son parte del sistema jurídico (porque han sido derogadas) o incluso de normas que nunca han sido parte del sistema (en casos de conflicto de derecho internacional privado)⁴⁹. En otras palabras, una norma puede ser *aplicable* a cierto caso en un tiempo t si otra norma del sistema impone sobre el juez el deber de utilizarla como fundamento de su decisión respecto del caso, aun cuando no sea parte del jurídico en t . Para decirlo brevemente el *sistema jurídico aplicable* no necesariamente es un subconjunto del *sistema jurídico promulgado*, entendido este último como el conjunto de las normas promulgadas por los órganos creadores de normas.

En segundo lugar, el proceso de aplicación de normas a casos particulares obliga a considerar la totalidad de las consecuencias lógicas de las normas promulgadas. En la reconstrucción ofrecida por Hansson y Makinson de dicho proceso, la aplicación de un código normativo N a un dominio de individuos D a la luz de una cierta situación S , $a(N, D, S)$ (o simplemente $a(N, S)$, con el dominio D implícito y constante), debería básicamente ser entendido como el conjunto de todas las consecuencias lógicas de la unión de las instanciaciones en el dominio D del código y la situación⁵⁰. Hansson y Makinson no postulan la clausura lógica del código normativo en su reconstrucción, pero la propia operación de aplicación se define en términos de clausura lógica⁵¹.

Esto muestra que si bien la clausura lógica no puede asumirse como un ideal racional para la actividad de promulgación de normas y, consiguientemente, que los sistemas jurídicos *simpliciter* no pueden

⁴⁹ Véase BULYGIN: 1982; MORESO y NAVARRO: 1997; NAVARRO, ORUNESU, RODRÍGUEZ y SUCAR: 2004.

⁵⁰ Véase HANSSON y MAKINSON: 1997, 316. En realidad, lo que denominan instanciación irrestricta se define como $Cn(I(N) \dot{\cup} S) \dot{\subset} A_N$, donde I es el conjunto de instanciaciones en D , y A_N el conjunto de todas las aserciones normativas sin variables, todas cuyas constantes individuales se derivan de D .

⁵¹ La aplicación (así como la revisión de los sistemas normativos) puede ser reconstruida ya sea a través de bases normativas finitas, ya sea a través de conjuntos normativos clausurados bajo la noción de consecuencia (véase HANSSON: 1999, 24 ff.).

ser interpretados como necesariamente clausuradas bajo la noción de consecuencia, sí constituye un ideal racional respecto de la actividad de aplicación de normas, de modo que los *sistemas jurídicos aplicables* pueden ser interpretados como lógicamente clausurados. El concepto de sistema jurídico presentado por Alchourrón y Bulygin en *Normative Systems* parece particularmente apto para reconstruir la idea de lo que aquí he denominado *sistema jurídico aplicable*. El modelo de análisis que ofrecen en el capítulo I de su libro representa la clase de operación que llevan a cabo los juristas y los jueces cuando desarrollan las consecuencias que se siguen de un conjunto relevante de normas respecto de un cierto caso o problema real o hipotético. Pero esta noción de sistema normativo no debería identificarse con el producto de la actividad de los órganos de creación normativa.

REFERENCIAS

- ALCHOURRÓN, C.: «Logic of Norm and Logic of Normative Propositions», *Logique et Analyse* 12, 47, 1969, pp. 242-268.
- «Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of Defeasible Conditionals», en J. Meyer y R. Wieringa (eds.), *Deontic Logic in Computer Science: Normative System Specification*, Chichester-New York-Brisbane-Toronto-Singapore, Wiley & Sons, pp. 43-84.
- ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E.: *Normative Systems*, Wein-New York, Springer Verlag, 1971.
- *Sobre el concepto de orden jurídico*, *Crítica*, Vol. VIII, N.º 23, 1976.
- *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Venezuela, Universidad de Carabobo, 1979.
- «Perils of Level Confusion in Normative Discourse», *Rechtstheorie* 19, 1988, pp. 230-237.
- BENTHAM, J.: *Of Laws in General*, 1872 (las citas corresponden a la edición de H. L. A. Hart, London, Athlone Press, 1970).
- BULYGIN, E.: «Time and Validity», en A. Martino (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, Amsterdam-New York, North Holland Publishing Company, 1982, pp. 51-63.
- «Legal Dogmatics and the Systematization of Law», en T. Eckhoff *et al.* (eds.), *Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart*, *Rechtstheorie* 10, 1986, pp. 193-210.
- «Lógica deóntica», en C. Alchourrón *et al.* (eds.), *Lógica. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, volumen 7, Madrid, Trotta, 1995, pp. 129-142.
- «On Legal Gaps», *Analisi e Diritto* 2003, pp. 21-28.
- DUMMETT, M.: *The Logical Basis of Metaphysics*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1991.
- DWORKIN, R.: *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985.
- *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986.
- ENGEL, P.: *La norme du vrai*, Paris, Gallimard, 1989 (las citas corresponden a la edición en inglés: *The Norm of Truth*, New York-London, Harvester Wheatsheaf, 1991).

- FERRER BELTRÁN, J., y RODRÍGUEZ, J. L.: *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2011.
- HANSSON, B.: «An Analysis of Some Deontic Logics», *Nous* 3, 1969, pp. 373-398.
- HANSON, S. O.: *A Textbook of Belief Dynamics. Theory Change and Database Updating*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1999.
- HANSSON, S. O., y MAKINSON, D.: «Applying Normative Rules with Restraint», en M. Dalla Chiara *et al.* (eds.) *Logic and Scientific Method*, Dordrecht, Kluwer, 1997, pp. 313-332.
- HART, H. L. A.: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983.
- HEDENIUS, I.: *Om rätt och moral*, Stockholm, Wahlström & Widstrand, 1941.
- HILPINEN, R.: «On Normative Change», en E. Morscher *et al.* (eds.), *Ethics: Foundations, Problems and Applications*, Wein, Hölder-Pichier-Tempsky, 1981, pp. 155-164.
- KELSEN, H.: *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, 1979 (las citas corresponden a la edición en inglés: *General Theory of Norms*, Oxford, Oxford University Press, 1991).
- MARMOR, A.: *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1992.
- *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- MORESO, J. J.: *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, Dordrecht, Kluwer, 1998.
- MORESO, J. J., y NAVARRO, P.: «Applicability and Effectiveness of Legal Norms», *Law and Philosophy* 16(2), 1997, pp. 201-219.
- MORESO, J. J.; NAVARRO, P., y REDONDO, M. C.: «Sobre la lógica de las lagunas en el derecho», *Crítica* 33(99), 2001, pp. 47-73.
- NAVARRO, P. y RODRÍGUEZ, J. L.: *Deontic Logic and Legal Systems*, New York, Cambridge University Press, 2014.
- NAVARRO, P.; ORUNESU, C.; RODRÍGUEZ, J. L., y SUCAR, G.: «Applicability of Legal Norms», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* XVII (2), 2004, pp. 337-359.
- QUINE, W. V. O.: *Pursuit of Truth*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1990.
- RAZ, J.: *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, Oxford, Clarendon Press, 1970 (las citas corresponden a la 2.ª edición, Oxford, Oxford University Press, 1980).
- «Kelsen's General Theory of Norms. Critical Study», *Philosophia* 6, 1976, pp. 495-504.
- *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979.
- VON WRIGHT, G. H.: *Norm and Action. A Logical Inquiry*, London, Routledge & Kegan Paul, 1963.
- *Practical Reason. Philosophical Papers*, vol. I, Oxford, Basil Blackwell, 1983.
- *Truth, Knowledge and Modality*, Oxford, Basil Blackwell, 1984.
- *Six Essays in Philosophical Logic. Acta Philosophica Fennica*, vol. 60, Helsinki, North-Holland Publishers, 1996.
- «Deontic Logic-As I See It», en P. McNamara y H. Prakken (eds.), *Norms, Logics and Information Systems*, Amsterdam-Berlin-Oxford-Tokyo-Washington, DC., IOS Press, pp. 15-25.

- WEDBERG, A.: «Some Problems in the Logical Analysis of Legal Science», *Theoria* 17, 1951, pp. 246-275.
- ŽARNIĆ, B. y BAŠIĆ, G.: «Metanormative Principles and Norm Governed Social Interaction», *Revus-Journal of Constitutional Theory & Philosophy of Law* 22, 2014.

Fecha de recepción: 30/06/2014. Fecha de aceptación: 31/10/2014.

Razonamiento jurídico y moral. Una breve distinción*

Legal and Moral Reasoning. A brief distinction

Por JORGE CERDIO HERRÁN
Instituto Tecnológico Autónomo de México

RESUMEN

El trabajo propone distinguir el razonamiento práctico moral del razonamiento jurídico a partir de dos criterios. El primero es que el razonamiento práctico moral es del dominio exclusivo de la razón práctica y que carece, así, de exigencias de la razón teórica. El segundo criterio es que el razonamiento jurídico posee un cierto grado de lo que se denomina racionalidad de método. El razonamiento práctico moral carece de esta clase de racionalidad. La tesis se argumenta a partir de la distinción entre razón teórica y razón práctica. Por un lado, el razonamiento teórico tiene relación directa con el conocimiento acerca del mundo. De otro, el razonamiento práctico se ocupa acerca de decidir el curso de acción que se ha de elegir en un caso concreto. Aunque relacionadas, las racionalidades son regidas por diferentes criterios de evaluación. Las diferentes exigencias de razón permiten advertir, también, que ciertos razonamientos jurídicos son pasibles de ciertos sentidos de racionalidad que no son aplicables al razonamiento moral.

Palabras clave: *Razonamiento jurídico, razón teórica, razón práctica, razonamiento práctico moral.*

* Una versión previa de este trabajo ha sido publicado en Revista Estudios de la Justicia, N.º 20, 2014.

ABSTRACT

The article proposes to distinguish between moral practical reasoning from legal reasoning, from two different criteria. The first criterion is that moral practical reasoning is a reasoning that belongs exclusively to the domain of practical reason and, thus, it has no requirements from the domain of theoretical reason. The second criterion is that legal reasoning possesses, to a degree, a type of rationality called method rationality. Such a rationality cannot be said to be present in moral practical reasoning, at all. The thesis is argued from the distinction between theoretical reason and practical reason. On the one hand, theoretical reasoning is directly related to gaining knowledge about the world. On the other hand, practical reasoning is concerned about deciding the best course of action in a particular situation. Although related, the two rationales are governed by different evaluation criteria. Such requirements reveal that some notions of rationality are applicable to legal reasoning but not to its moral counterpart.

Key words: Legal reasoning, theoretical reason, practical reason, moral practical reasoning.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.-2. DOS DOMINIOS DE RAZONES. 2.1 Razones distintas. 2.2 Razonamientos separados pero relacionados.-3. RAZONAMIENTO PRÁCTICO. 3.1 La estructura del razonamiento práctico. 3.2 Razonamiento práctico moral.-4. RAZONAMIENTO JURÍDICO. 4.1 Un razonamiento de dos dominios. 4.2 Razonamientos y racionalidades.-5. DIFERENCIAR RACIONALIDADES.-6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.-2. TWO DOMAINS OF REASON. 2.1 Different reasons. 2.2 Separate but related reasonings.-3 PRACTICAL REASONING. 3.1 The structure of practical reasonings. 3.2 Moral practical reasoning.-4. LEGAL REASONING. 4.1 A reasoning of two domains. 4.2 Reasonings and rationalities.-5. DIFFERENTIATING RATIONALITIES.-6. BIBLIOGRAPHY.

1. INTRODUCCIÓN

En los sistemas jurídicos modernos, los abogados y las autoridades jurídicas llevan a cabo tareas variadas: evalúan las consecuencias jurídicas de una situación particular; negocian y regatean los términos de

una transacción; diseñan instituciones jurídicas, proveen de regulación técnica a ciertas actividades económicas. Los modelos del razonamiento jurídico deben advertir las particularidades de estas diferentes tareas, el marco institucional en el que ocurren y las prácticas jurídicas en las que se realizan –sea para limitar el alcance del modelo o para tratar de dar cuenta de la mayoría de tareas. Estoy interesado en el razonamiento jurídico dentro de una tarea específica: la que tiene el juez, o grupo de jueces, cuando adjudica un caso individual, en los sistemas jurídicos modernos occidentales –sin embargo, el análisis puede ser extendido, aunque con claras diferencias, a los legisladores ordinarios, a algunos miembros del poder ejecutivo y a algunas agencias de regulación.

En este trabajo sostendré dos tesis principales, una fuerte y otra débil. La tesis fuerte es que para distinguir adecuadamente entre razonamiento jurídico y razonamiento moral, en ciertos contextos institucionales de adjudicación, se requiere diferenciar el ámbito de la razón teórica del ámbito de la razón práctica. La tesis débil es que la distinción entre las dos formas de razonamiento en ciertos contextos de adjudicación es una cuestión de grado en términos de lo que llamaré *racionalidad de método*.

Para argumentar las tesis anteriores primero distinguiré sucintamente entre razón teórica y razón práctica. Usaré esta distinción para presentar al razonamiento moral dentro del ámbito exclusivo de la razón práctica. Seguido de lo cual mostraré que el razonamiento jurídico en ciertos contextos de adjudicación es distinto del razonamiento moral porque es una combinación de las dos razones, teórica y práctica. En las partes finales del trabajo examinaré las diferentes maneras en las cuales el razonamiento moral puede ser llamado *racional* y usaré estos sentidos para presentar una *forma débil* de distinguir entre razonamiento jurídico y razonamiento moral.

2. DOS DOMINIOS DE RAZONES

La distinción entre el razonamiento jurídico en ciertos contextos de adjudicación y el razonamiento moral descansa en las relaciones entre dos dominios de la reflexión filosófica: el de la razón teórica y el de la razón práctica. La primera relación que interesa explorar es la de distinción. Razonar en términos teóricos es distinto a razonar en términos prácticos. Las características que permiten distinguir entre uno y otro dominio, así como sus conexiones conceptuales han de ser presentadas en primer término (2.1). Los criterios presentados servirán para mostrar que existen ejemplos de formas de razonamiento que pertenecen de manera exclusiva a uno u otro dominio. Pero si bien los dominios de la razón teórica y los de la razón práctica admiten un trazo nítido, también es cierto que hay razonamientos en los que con-

curren ambos dominios, razonamientos que exhiben otro tipo de relación entre los dos dominios, la relación de complementariedad –p. ej. razonamientos teóricos que pueden perseguir fines prácticos y razonamientos prácticos que incluyen justificaciones epistémicas. Se trata pues de una relación de complementariedad que permite caracterizar a esta clase de razonamientos y que habremos, también, de explorar (2.2). Una vez expuestas las relaciones de diferencia y de complementariedad entre la razón teórica y la razón práctica podremos caracterizar el razonamiento moral y, eventualmente, obtener un criterio de distinción del razonamiento jurídico de adjudicación que ocurre en ciertos contextos institucionales.

2.1 Razones distintas

Ha existido una distinción entre dos preguntas filosóficas y el razonamiento asociado con la respuesta satisfactoria a dichas preguntas: (1) ¿qué hay en el mundo y cómo conocerlo? y (2) ¿qué curso de acción tomar? –en el contexto de la toma de decisiones o cuando tenemos la intención de realizar una acción. El primer dominio ha sido llamado *razón teórica* y está asociado con el *razonamiento teórico* y el segundo es llamado *razón práctica* y está asociado con el *razonamiento práctico*¹.

Ejemplos de razonamiento teórico son: (a) determinar el ángulo interior de un triángulo dados tres ángulos adyacentes de 20, 60 y 30 grados; (b) determinar si un paciente tiene adiposis dolorosa; o (c) determinar si está lloviendo afuera en este momento. Ejemplos de razonamiento práctico son: (a) decidir cómo vestirse para una ocasión formal determinada; (b) decidir cuáles son las mejores palabras para redactar una cláusula contractual; o (c) decidir qué evidencia persuadirá mejor a nuestro socio comercial para tomar una decisión gerencial.

Ambas razones son diferentes en al menos tres aspectos.

El primer aspecto es que respuestas satisfactorias a preguntas dentro del dominio de la razón teórica no implican respuestas satisfactorias a preguntas dentro del dominio de la razón práctica. Cuando se pregunta por qué una cierta creencia está justificada –por ejemplo, la creencia acerca de la verdad de una proposición particular– la respuesta no cuenta –por sí misma– como una respuesta satisfactoria a preguntas que pertenecen al dominio de la razón práctica. Del hecho de que sepamos que algo sea el caso no se sigue que hayamos encontrado el curso de acción a escoger a partir de ese conocimiento. Así, saber que

¹ La distinción entre los dos conceptos puede encontrarse en varias familias filosóficas. La distinción ya aparece en Aristóteles, EN: VI.4; en HUME, 1953: 252-253. En KANT la razón teórica aparece como una forma de cognición especulativa, ver KANT, 1998: 585 y ss.; y de manera contemporánea la distinción aparece en WILLIAMS, 1972: 55.

dos hombres heridos llegan a la sala de emergencias al mismo tiempo y saber que ambos están en una condición crítica de salud –esto es, que sin la intervención médica morirán– no significa que el doctor deba escoger a uno antes que al otro para iniciar el tratamiento. A su vez, dar una respuesta satisfactoria a una interrogante dentro del dominio de la razón práctica no produce una respuesta satisfactoria en el dominio de la razón teórica. Por ejemplo, si alguien sufre de dolor de muelas y decide hacer una cita con el dentista, en lugar de posponer la decisión unos cuantos días más, no se sigue que conozca la causa del dolor. Respuestas satisfactorias a preguntas dentro del dominio de la razón teórica no implican respuestas satisfactorias a preguntas dentro del dominio de la razón práctica y viceversa.

El segundo aspecto en el que los dominios son diferentes es que el criterio en el que se fundamenta un dominio no es aplicable al otro dominio. En el dominio práctico, un agente podría fundamentar su curso de acción en diversos criterios, por nombrar algunos: (a) en la adhesión a preferencias pasadas (Juan decide quedarse en París en el mismo hotel en el que se ha quedado por la última década en que ha viajado); (b) en el beneficio económico (escoger una oferta de trabajo sobre otra porque involucra un salario más elevado); (c) en el cumplimiento de los acuerdos con otros (un gerente de presupuesto compra el producto A y no el producto B porque ha acordado con otros gerentes que ya no comprarían el producto B). No es posible aplicar ninguno de estos criterios a la justificación que se ofrece acerca de la creencia en la verdad de una proposición –o acerca de la conclusión de un razonamiento teórico. Una creencia no cuenta como justificada –ni un conclusión se sigue de un conjunto de premisas– porque el que la posee adhiere a preferencias pasadas o por el beneficio que aporte al agente y menos todavía por el deseo de cumplir un acuerdo. Otro tanto ocurre con los criterios que usualmente se ofrecen para justificar una creencia en la verdad de una proposición –o en la conclusión de un razonamiento teórico; ninguno de tales criterios son aplicables para justificar la elección de un curso de acción. Para fundamentar la premisa de que alguien está justificado en creer «p»², el agente puede invocar su percepción empírica directa, sus memorias pasadas que sirvan de extrapolación, una consecuencia derivada de –o coherente con– otras creencias que acepta como justificadas o invocar la confianza en otros agentes que han tenido una mejor posición epistémica con relación al fundamento veritativo de la proposición «p»³. La justi-

² O dicho con más precisión, que un agente está en posesión de «una justificación para creer que «p»». Es decir, se trata de los criterios para justificar que se posee la creencia de que «p es el caso. Lo cual no implica decir que se tiene una «creencia justificada en la verdad de «p»». Para una discusión sobre esta distinción véase FUMERTON, 2002: 206 y ss.

³ Otras fuentes del conocimiento también se suelen invocar, como la introspección o la memoria; en todo caso el argumento sigue siendo el mismo: ninguna de las fuentes del conocimiento generalmente aceptadas en la epistemología sirven, por sí

ficación del médico que atendió al policía herido y no al presunto ladrón no puede descansar, únicamente, en su percepción empírica de que ha visto al paciente en una condición grave –porque el otro paciente, también lo está–, ni en la confianza en la información reportada por otros, por ejemplo.

La última distinción que me gustaría remarcar entre los dos dominios es con relación al concepto de «verdad». Mientras que desde una versión no-deflacionaria del concepto de «verdad»⁴, las conclusiones y las premisas en un razonamiento teórico específico pueden ser susceptibles de ser verdaderas o falsa, las conclusiones de cualquier razonamiento práctico –y algunas de sus premisas– específico no son aptas para ser tratadas en términos de valores de verdad. Así resulta para cada variación de los modelos del esquema de razonamiento práctico de Aristóteles⁵, Von Wright⁶ o Anscombe⁷. En todos los casos, un enunciado acerca de una razón para actuar, una prescripción individual para hacer algo o un enunciado acerca de que un agente está obligado por una necesidad *anankástica* no son aptos de valores de verdad. Esto no quiere decir que el razonamiento práctico no sea evaluable en otros términos además del concepto de «verdad» o que no exista ninguna relación entre las premisas y la conclusión dentro de un razonamiento práctico –ha existido una gran discusión a favor y en contra de la noción de interferencias prácticas y de la validación prác-

mismas, como justificación para la elección de cursos de acción. Una presentación de tales fuentes se puede encontrar en AUDI, 2003: Cap. VI.

⁴ Es decir, una concepción de la verdad que entienda que el predicado «verdadero» no relaciona a un correlato extra lingüístico con el portador de verdad y en donde el esquema tarskiano juega un papel explicativo central. Nótese que bajo esta estipulación una concepción de la *verdad como anáfora* acepta un correlato lingüístico: existe una relación entre las oraciones que emplean el operador «verdadero» y las referencias que introducen en el discurso mediante el mecanismo de la anáfora. En cambio, una concepción de la verdad como correspondencia ubica al correlato del portador de verdad, *fuera* del lenguaje –y en algunas versiones fuertes de esta concepción se llega a sostener que existe un *isomorfismo* lógico con la realidad. Véase ARMOUR-GARB y BEALL, 2005: 6 y ss.

⁵ ARISTÓTELES, EN: 1147a25–31.

⁶ VON WRIGHT, 1972: 40-50. En este pasaje, sin embargo, notar que la estructura del razonamiento presentado es pasible de una forma de inferencia garantizada por la cláusula «a menos que» y, sin embargo, no se trata de una deducción. Al no tratarse de una deducción, entonces no se presupone que el razonamiento pueda ser interpretado en términos de *verdad*. En una versión semántica de la lógica estándar, la noción de inferencia deductiva es una relación entre enunciados que se define, en general, a partir del concepto de verdad: porque el modelo de interpretación del lenguaje lógico incluye el presupuesto de que las proposiciones son verdaderas o falsas. CHURCH, 1996: Introducción.

⁷ En el caso de Anscombe, ella argumenta en contra de una noción de una inferencia en el silogismo práctico que transmita las propiedades de las premisas creídas hacia la conclusión; a modo de una *compulsión lógica* o de una *necesidad técnica* –como sugiere Von Wright, por ejemplo. ANSCOMBE, 2006: 130.

tica⁸. Pero lo que aquí es relevante es que un razonamiento teórico tiene una relación más fuerte con el concepto de verdad que el razonamiento práctico, una relación que es directa: las premisas son evaluables en términos de verdad o de falsedad y las conclusiones admiten ser evaluadas en términos de inferencias lógicas, deductivas y, por tanto, en términos de validez.

2.2 Razonamientos separados pero relacionados

La razón práctica y la razón teórica se encuentran en dos diferentes dominios, pero se relacionan. De un lado, podría decirse que la mayoría de los razonamientos teóricos, si no es que todos, persiguen algún propósito concreto, están insertos en algún contexto práctico. Algunos razonamientos son elaborados por mero entretenimiento –como cuando se logra un jaque mate en una partida de ajedrez–, otros siguen una meta muy práctica –como calcular el peso estructural de un componente para el diseño de un puente. En estos ejemplos se hace un razonamiento teórico para alcanzar un cierto objetivo que interesa al agente.

Algo semejante sucede con algunos razonamientos prácticos para los que alcanzar un objetivo práctico puede requerir de un razonamiento teórico: un jugador de ajedrez quiere ganar la partida y sólo puede ganar si mueve el alfil, entonces decide moverlo. Para decidir el mejor movimiento, emplea un razonamiento teórico acerca de las posibles jugadas y escenarios disponibles. Otro ejemplo de la relación entre ambas razones aparece en algunos contextos de justificación. Cuando la justificación de un curso de acción incluye que el agente muestre que posee una creencia justificada: la creencia de que no hay suficiente combustible antes de decidir un amarizaje; la creencia de que el paciente tiene una cierta bacteria antes de escoger el mejor tratamiento. Podemos ver así que las dos formas de razonamiento están relacionadas en ciertos contextos.

3. RAZONAMIENTO PRÁCTICO

Dentro de cada dominio ocurren formas de razonar y de actuar en consecuencia con tales razonamientos. En el dominio de la razón teórica un ejemplo sería el extraer conclusiones a partir de aceptar cierta información –p. ej. que mañana será viernes por que hoy es jueves, que si hay ocho invitados a la mesa de cuatro lugares, hacen falta cuatro lugares. Típicamente, en el campo de las inferencias, decimos que se

⁸ Una serie de propuestas en este sentido han sido construidas sobre la noción de *condiciones de satisfacción*, ROSS, 1967 y KENNY, 1966 o de *razonar las condiciones suficientes* de un imperativo, HARE, 1971: 59.

realizan razonamientos cuyas conclusiones se siguen de las premisas y, aunque con sus variantes, poseemos algunas pruebas para evaluar la *validez* de dichas inferencias. En cambio en el dominio de la razón práctica: los agentes deciden cursos de acción sobre la base de deliberaciones, emplean información e incluso evalúan los resultados de las acciones que emprenden. Sin embargo, existen varias caracterizaciones del tipo de razonamientos que ocurren dentro del dominio de la razón práctica y a cada caracterización le corresponde una noción de inferencia distinta. Aquí interesa explorar una caracterización del razonamiento práctico que permite explorar su conexión con el dominio de la razón teórica y en particular, con el concepto de verdad (3.1). Una vez presentada esta caracterización será posible extenderla hacia los razonamientos prácticos morales y, entonces, concluir que éstos pertenecen exclusivamente al dominio de la razón práctica (3.2).

3.1 La estructura del razonamiento práctico

El razonamiento práctico es el razonamiento que ocurre en un cierto contexto, donde un agente persigue un cierto objetivo e incluye un compromiso hacia un juicio acerca de lo que debe o no debe hacer para alcanzar el fin que desea. Suponiendo que el agente es capaz y libre de obstáculos, actuará de acuerdo con su razonamiento. Para nuestros propósitos, nos centraremos en razonamientos prácticos que son puestos al servicio de una necesidad de decidir un curso de acción. No interesa, por tanto, lo que Anscombe llamaba *silogismo práctico inactivo*⁹, un razonamiento acerca de una situación sin intención real de alcanzar una acción.

Un razonamiento práctico tiene como conclusión una acción cuyo punto es mostrado por las premisas, las cuales están en servicio activo, por decirlo de algún modo. El razonamiento práctico puede parecer el comienzo de un propósito práctico, para alcanzar un fin en concreto y normalmente sobre la marcha¹⁰. No todas las acciones son el resultado de un razonamiento práctico, pero cuando se hace un razonamiento práctico se realiza una acción –suponiendo claro, que el agente tiene la ocasión, la capacidad y carece de impedimentos.

Para el propósito de este trabajo, debemos distinguir entre dos modos de presentar un razonamiento práctico: *deliberación práctica* y *esquemización práctica*. El primer modo consiste en analizar lo que el agente considera previo a emprender un cierto curso de acción. En este sentido todo razonamiento práctico es deliberativo¹¹, porque en cada ejemplo de razonamiento práctico el agente delibera acerca de los objetivos que desea alcanzar, los medios para alcanzarlos y sobre

⁹ ANSCOMBE, 1963: § 33.

¹⁰ ANSCOMBE, 2006: 96.

¹¹ NUSSBAUM, 1978: 174-175.

el contexto en cual la acción alcanzada en la conclusión puede ser, de hecho, realizada. La deliberación puede contener un razonamiento complejo: comparar y excluir fines; las consecuencias previsibles de escoger uno de esos fines sobre los demás; sobre qué tan apropiados son los medios (qué se requiere conceptualmente y qué se requiere causalmente para realizar un fin) y si en algún caso la ejecución de la acción puede incluir estrategias en el tiempo y con planeación detallada. Sea simple o complejo, todo razonamiento práctico requiere deliberación acerca de fines, medios y acerca de la acción requerida para llevar a cabo el fin deseado. Una vez que la deliberación está concluida, si el agente es capaz y está libre de impedimentos, se espera que realice la acción que concluyó del proceso de deliberación. Este es un primer modo en el que se puede analizar el razonamiento práctico. Existe un segundo modo.

Frecuentemente, cuando terceros evalúan, describen, justifican o explican acciones, reconstruyen el razonamiento práctico de manera esquemática; por lo tanto, el segundo modo en el cual un razonamiento práctico puede ser analizado es como esquematización práctica –a veces llamado *silogismo práctico*. La forma general de esta esquematización contiene tres enunciados:

- (1) Un enunciado que menciona un cierto fin deseado.
- (2) Un enunciado que menciona algunos medios para alcanzar el fin.
- (3) Un enunciado que menciona que si cierta acción es realizada entonces contará como medio para alcanzar el fin.

Un asunto que ha sido ampliamente discutido en la bibliografía es la estructura de estas tres premisas en el llamado *silogismo práctico*, especialmente la discusión acerca de la relación necesaria entre medios y fines, por un lado, y acerca de la naturaleza de la conclusión práctica, por el otro –ya sea que se conciba a la conclusión del silogismo práctico como una acción, el nombre de una acción, una prescripción o una proposición¹². Para el propósito de este ensayo, no es necesario detenerse mucho en este asunto, ciertamente interesante e importante. Lo que es necesario rescatar es que la esquematización del silogismo práctico está conectada con el modo deliberativo del razonamiento práctico: la esquematización es una representación parcial de la deliberación llevada a cabo por el agente. Más importante aún resulta que la conclusión de la esquematización, el curso de la acción elegida por el agente es, inexorablemente, producto del proceso deliberativo.

¹² La relevancia de la estructura del silogismo práctico reside en que determinada estructura determina los patrones de inferencia que se aceptan para la inferencia práctica –si es que, claro, se acepta la posibilidad de algo así como una noción de inferencia para los razonamientos prácticos; lo cual también está implícito en defender uno u otro patrón de inferencia. Algunas de las propuestas se pueden consultar en MILLGRAM, 2001.

3.2 Razonamiento práctico moral

El razonamiento práctico moral –es decir, el razonamiento dentro del contexto en el que un agente que busca realizar lo que la moral demanda– contiene también un modo de presentación deliberativo y otro modo de esquematización. La consecuencia inmediata de la naturaleza deliberativa del razonamiento práctico moral es que no hay una determinación *ex ante* de la deliberación acerca de lo que el agente debe hacer. La decisión práctica es siempre el producto de la deliberación acerca de los fines, medios y de la situación actual. Los ingredientes para una deliberación práctica variarán de un agente a otro en términos de su concepto del dominio moral –por ejemplo, un conjunto de reglas, virtudes, principios, intuiciones básicas, hechos morales, preferencias, prescripciones universales; en términos de la posición epistémica que enfrente –qué información está disponible y con qué grado de fiabilidad; los rasgos psicológicos –si el agente presenta debilidad de la voluntad, tendencia a contravenir reglas morales o placer en sentir culpa– entre otros factores más. Dado que en cada razonamiento práctico el agente decide deliberativamente qué curso de acción tomar, cada razonamiento práctico moral es *particularista*. En el sentido de que cada situación que requiere la toma de decisiones es abordada como un caso deliberativo nuevo –esto es así incluso si la decisión pasada es tomada en consideración o si existe un compromiso de seguir una prescripción general o un principio moral que ha formado parte de una decisión pasada. En cada situación nueva el agente iniciará un proceso deliberativo en el que se esforzará en encontrar el curso de acción adecuado¹³. No trataré de manera más profunda este sentido de *particularismo* aplicado al razonamiento práctico pero me gustaría señalar que aunque esta concepción de razonamiento práctico implica la existencia de un estándar moral, en tanto insumo de la deliberación, el

¹³ Aquí conviene trazar una semejanza entre la idea de que todo balance de razones generado en la etapa de deliberación es sujeto a revisión –y eventual modificación, rechazo o confirmación– y una tesis de alguna versión del particularismo moral. A saber, la tesis de que no se pueden identificar propiedades moralmente relevantes, cuya relevancia sea invariable para todos los contextos prácticos. Es decir, que la identificación de una propiedad moral, con relevancia para perseguir el fin genérico de hacer lo moralmente debido –y evitar lo moralmente indebido–, no se puede dar ex ante a la deliberación frente al caso particular ni se puede clausurar el juicio sobre su relevancia *ex post*, una vez terminada la deliberación (el balance de razones) para cualquier contexto futuro. Lo que se podría hacer, en todo caso, en una nueva situación, es confirmar la relevancia de la propiedad que se juzgó en un caso pasado –p. ej. mentir es moralmente relevante–, lo cual supone aceptar que la relevancia no fue aceptada ex ante sino a partir de la deliberación de la nueva situación. La comparación entre el carácter revisable del balance de razones y esta tesis atribuible a alguna versión del particularismo se inspira en la discusión que presenta Shafer-Landau acerca del papel que cumplen las reglas morales en la identificación de propiedades moralmente relevantes –p. ej. la regla que dice que «Mentir es moralmente indebido» identifica la propiedad mentir –o la mentira– como moralmente relevante. SHAFER-LANDAU, 1997.

conocimiento del agente del estándar moral o incluso su interiorización, no determina de manera *ex ante* la deliberación del curso de acción que el agente está obligado (moralmente) a elegir¹⁴.

Para la esquematización del razonamiento práctico moral, existe una premisa general implícita que lo distingue del esquema general del razonamiento práctico: el enunciado de que el agente desea hacer lo que es moralmente requerido de él en un contexto relevante. La premisa general implícita expresa una intención secundaria conectada con la primera premisa de manera conceptual. Un agente moral desea hacer lo que es moralmente requerido de él, por lo tanto, en cada situación relevante para este propósito, deliberará acerca de la adecuación de los medios y de los fines. Obtener placer de la tortura animal puede ser considerado, bajo algún sistema de moralidad, como un fin ilegítimo para alcanzar. Lo mismo vale para la selección de cierto medio para alcanzar fines moralmente legítimos: secuestrar transeúntes inocentes para obtener sus riñones y procurar la salud de un infante en vez de anotarse en la lista de espera del hospital local puede ser considerado como un medio moralmente prohibido para alcanzar un fin legítimo. La determinación de qué medios y fines son pertinentes para lograr un comportamiento moralmente correcto es siempre una cuestión abierta que el agente debe sopesar.

Ambos modos del razonamiento práctico moral pertenecen exclusivamente al dominio de la razón práctica. El principal sentido en el cual todo razonamiento práctico moral pertenece exclusivamente al dominio de la razón práctica es porque el razonamiento moral sincero tiene como su objetivo principal el decidir la mejor manera de conducirse conforme lo requiere la moral en una *situación particular*. Decidir el mejor curso de acción es un ejemplo paradigmático de razonamiento práctico, por lo tanto el razonamiento moral es un asunto exclusivo de la razón práctica.

Otro sentido en el cual el razonamiento práctico moral pertenece exclusivamente al dominio de la razón práctica es porque no existe una necesidad conceptual, causal o técnica para que el agente utilice el razonamiento teórico como parte de su proceso de elección del curso de acción adecuado requerido por la moral. No obstante, podría existir como una cuestión de hecho contingente. Nada acerca del conocimiento del mundo ni acerca de lo que el agente está justificado en creer está implicado en su conclusión del razonamiento práctico. Como está señalado anteriormente, desde luego existe una interacción entre creencias y deliberación práctica. Por ejemplo, supóngase que Juan adhiere a una concepción de moralidad en la cual se ve al dominio de lo moral como un conjunto de principios; uno de los cuales es «nunca dañes al otro intencionalmente»; y que Juan se encuentra en

¹⁴ La postura contraria, que podemos denominar *determinismo normativo*, se puede encontrar en algunas concepciones de la razón práctica moral. Ver, por ejemplo, KORSGAARD, 1997: 248.

una situación en la que su amigo Pedro necesita una traqueotomía, justo en el medio de una carretera desierta. Ahora asúmase, además, que los siguientes enunciados son verdaderos: (1) que Juan sabe que Pedro está en peligro, (2) que Juan sabe que hay una gran probabilidad de que una traqueotomía podría salvar la vida de Pedro y (3) que Juan sabe que existe una probabilidad bastante remota de que un doctor llegue a tiempo para practicar la traqueotomía. Estos tres enunciados no implican que Juan debería (o al menos que lo hará) realizar la traqueotomía. Esto es así porque bajo el supuesto de que Juan es capaz y libre de impedimentos, de que acepta que la traqueotomía es un medio adecuado para un fin, que es salvar la vida de Pedro; todavía hace falta un elemento adicional: Juan necesita tener el deseo de realizar el procedimiento. Más importante aún, la información que Juan posee no resuelve la cuestión de si realizar el procedimiento es *moralmente permisible* de acuerdo a su concepción de la moralidad. En otras palabras, la verdad de ninguno de los enunciados anteriores resuelve la cuestión de si el realizar la traqueotomía es un fin moralmente legítimo de perseguir o si cuenta como un ejemplo de causar daño a otros injustificadamente, por ejemplo. ¿Qué justifica en última instancia la decisión de Juan acerca de si su acción iba en contra de su deseo de satisfacer su concepción de la moral, es decir, si realizar el procedimiento era inmoral? Para resumir, de que todo razonamiento moral busque satisfacer lo que la moral requiere de los agentes y de que el agente tenga algún conocimiento sobre la situación fáctica que enfrenta, no se sigue que él escogerá el camino adecuado de acción: el razonamiento práctico moral pertenece exclusivamente al dominio de la razón práctica.

4. RAZONAMIENTO JURÍDICO

Una vez caracterizado el razonamiento práctico moral como exclusivo del dominio de la razón práctica, estamos en posibilidad de distinguirlo del razonamiento jurídico de adjudicación. La distinción debe tomar en cuenta el rol que juega la razón teórica y la razón práctica en un doble sentido. De un lado, en el sentido de presentar una caracterización que se corresponda con el quehacer de los jueces y los órganos de adjudicación –típicamente de primera instancia–, es decir, que las actividades de inferencia y de justificación que exhiben tales operadores jurídicos sea mejor entendida dentro del dominio de la razón teórica. Del otro lado, en el sentido de conciliar las anteriores actividades con la idea de que los jueces y los órganos de adjudicación *eligen* cursos de acción dentro del proceso y, de este modo, realizan un razonamiento práctico. Se trata pues de emplear las diferencias y conexiones antes presentadas entre los dos dominios de la razón para construir una caracterización adecuada del razonamiento jurídico de

adjudicación (4.1). Que el razonamiento jurídico de adjudicación sea adecuadamente caracterizado en términos de actividades de la razón teórica y de la razón práctica implica un criterio de distinción con el razonamiento práctico moral en un sentido fuerte. Pero, como veremos, esta distinción descansa en que los diseños institucionales de los sistemas jurídicos modernos contengan reglas que exijan tanto un razonamiento que incluya justificaciones teóricas, como prácticas. La distinción es, de este modo, contingente. En la medida en que un determinado marco institucional exima a los juzgadores de las exigencias de justificar su conocimiento de normas y de hechos cuando resuelvan casos, en esa medida el razonamiento jurídico perderá su pertenencia al dominio de la razón teórica. La pérdida de este rasgo implica que el razonamiento jurídico de adjudicación, para esos marcos institucionales, adolezca, también, de cierto tipo de *racionalidad*. Es desde los distintos sentidos de *racionalidad* que es posible trazar una diferencia adicional entre el razonamiento jurídico de adjudicación y el razonamiento práctico moral, aunque se trate, empero, de una diferencia *de grado* (4.2).

4.1 Un razonamiento de dos dominios

Un juez o un panel de jueces que adjudican un caso jurídico determinado, dentro del contexto de la mayoría de los estados democráticos modernos, tendrá el deber jurídico de ofrecer razones acerca de la solución decidida. Esas razones son razones que pertenecen al dominio de la razón teórica.

En efecto, de un lado, el juez está obligado a mostrar que posee una creencia justificada en el sistema jurídico (conocimiento de las normas). Es una configuración institucional común encontrar reglas que impongan al juez el deber de incluir en su justificación del caso una demostración del derecho aplicable. Esta tarea es de tipo epistémico en el sentido de que el agente debe justificar su creencia en la existencia de ciertos hechos institucionales.

Estos hechos serán incluidos en las sentencia para mostrar qué textos legales son aplicables al caso jurídico –por ejemplo, las disposiciones acerca del homicidio o la calumnia– y el procedimiento que rige el asunto –que las más de las veces incluirá reglas de prueba, alegatos y audiencias. Esta tarea puede volverse indeterminada porque es necesario atribuir significado a los textos jurídicos. La indeterminación crecerá, entre otras razones, cuando exista una controversia acerca de las fuentes relevantes; su significado convencional, cuando aparezcan problemas de vaguedad, ambigüedad, inconsistencias o lagunas en el sistema jurídico. Dejando estos problemas de lado, el punto importante a resaltar es la exigencia al juez, en la democracia moderna, de razonar acerca de la existencia y la aplicabilidad del derecho cuando se decide un caso. Esta exigencia epistémica no tiene

una contrapartida en el contexto de los razonamientos morales. No existe una exigencia impuesta a los agentes morales de razonar teóricamente acerca de sus creencias justificadas en estándares morales, no sólo porque pueden haber concepciones del dominio moral para las que los estándares morales sean irrelevantes, sino porque es el propósito del razonamiento práctico moral decidir qué es correcto hacer en el caso concreto y no así decidir que está justificado en creer el agente acerca del mundo.

Existe una segunda y más notoria diferencia entre el razonamiento jurídico y el moral: la demanda de saber y de conocer enunciados acerca de hechos. Cuando los jueces juzgan asuntos son usualmente obligados a ofrecer razones acerca de qué enunciados aceptan como probados dentro de un caso jurídico. En algunos sistemas jurídicos, los juzgadores pueden estar restringidos a pronunciarse únicamente acerca de un conjunto muy limitado de hechos determinados por la *litis* –pero sería contra intuitivo decir que un agente moral no debería considerar el mayor número de cuestiones antes de tomar una decisión, no existe en este sentido una limitación acerca del universo de datos a considerar. La mayor parte del tiempo las reglas del procedimiento y las de la prueba también restringen la información que es llevada al juicio, qué tipos de pruebas son admitidas y bajo qué formato han de ser presentadas –ciertamente en el razonamiento práctico moral no existe una restricción acerca de los medios que el agente moral usó para adquirir información. En los sistemas jurídicos suele existir también un requerimiento hacia el juez para presentar un razonamiento acerca de las proposiciones que acepta como probadas así como acerca de la información adicional que ha integrado como parte de su razonamiento probatorio. Ninguna de estas restricciones ni regulaciones está presente en el razonamiento práctico moral. Pero lo que es más central todavía: el razonamiento práctico moral no tiene como objetivo mostrar qué está justificado en creer (o aceptar) como verdadero el agente en un caso.

Debido a las exigencias institucionales que suelen estar presentes en los sistemas jurídicos actuales sobre la justificación del juez acerca del conocimiento del derecho aplicable y acerca de los enunciados fácticos controvertidos en el juicio, una adecuada reconstrucción del razonamiento jurídico –en el contexto de la adjudicación– requiere de la noción de razón teórica. Y dado que el razonamiento moral pertenece en exclusiva al dominio de la razón práctica, se sigue que ambas formas de razonamientos son distinguibles conceptualmente. En tanto que el razonamiento jurídico tiene exigencias de la razón teórica, este rasgo lo hace distinguible del razonamiento práctico moral. Sin embargo, el razonamiento jurídico es bifronte, porque no solamente incluye exigencias de la razón teórica sino también de la razón práctica. Esto es así, porque el juez también realiza un razonamiento práctico dentro de la tarea de adjudicar un caso.

La exigencia de razón teórica acerca de la justificación epistémica de que el juez tiene conocimiento de normas y conocimiento de hechos no afecta el hecho de que el juez realiza, también, una deliberación práctica, un balance de razones para justificar la elección de alternativas posibles –incluso si son alternativas acotadas por reglas institucionales–, y realiza una inferencia práctica. Es decir, el razonamiento jurídico se compone, también, de un razonamiento práctico.

Como todo razonamiento práctico, el juez hará una de deliberación, un balance de razones cuya justificación es una relación entre un dominio de razones y un conjunto de acciones. Frente a alternativas de fuentes de derecho debe justificar cuál elige, lo mismo frente a posibles sentidos del texto normativo –o sentidos previamente atribuidos por otros órganos–, la concurrencia de más de un estándar normativo –regla, principio o directriz– lo obliga a justificar el arreglo y la forma en que los estándares concurren en el caso –sea que los armonice, jerarquice o pondere y, también, debe decidir la descripción que hará del caso individual para presentarlo como regulado por los estándares que ha elegido. Otro tanto sucede con las operaciones de valoración de las pruebas: determinar qué datos de entre los aportados por las partes ha de elegir, la narración que hará de los hechos del caso, la relevancia de las pruebas para la discusión de los hechos del caso, el peso, las consecuencias que se extraen, justificar la afirmación de que el supuesto normativo está probado –o desaprobado–, decidir en qué grado las consecuencias que se siguen de los enunciados que asume como probados alcanzan para satisfacer el estándar de la prueba.

4.2 Razonamientos y racionalidades

El razonamiento jurídico ha de ser reconstruido a partir de reconocer su doble carácter, con exigencias tanto de razón teórica como de razón práctica. En esto se distingue del razonamiento práctico moral. Hay, sin embargo, otro criterio de distinción entre ellos, y consiste en notar que hay sentido de la *racionalidad* que sólo son aplicables al razonamiento jurídico –producto, en buena medida, de que posee un pie en el dominio de la razón teórica.

Por lo que hace al razonamiento práctico moral es posible defender criterios de corrección, racionales para evaluar el discurso de justificación del balance de razones, es decir, en su modo de presentación deliberativo. La racionalidad de una discusión acerca de la etapa de deliberación en el razonamiento práctico y los resultados a los que se arriban –elección de fines y medios– requiere aclarar el sentido en que una discusión –o una revisión– de tal naturaleza puede ser racional.

En un primer sentido, la etapa de deliberación del razonamiento práctico es racional porque el agente se conduce tratando de dilucidar qué le exige la moral en la situación práctica. En este modo de proceder, la palabra racional podría querer decir, en primer lugar, que la

pregunta por los cursos de acción correctos tiene sentido de ser formulada y en consecuencia, también tiene sentido buscar una respuesta con relación a ella. La idea de una reflexión racional es analítica a la concepción del razonamiento práctico aquí presentada. Cada vez que un agente realiza la etapa de reflexión en un razonamiento práctico está siendo racional.

Una reflexión moral podría ser racional, en segundo lugar, cuando el agente conduce el discurso de reflexión sin inconsistencia:¹⁵ identifica los fines que regulan la justificación de sus objetivos prácticos y acomoda las incompatibilidades –o advierte los dilemas irresolubles– entre los fines, identifica y determina la compatibilidad y factibilidad de los medios. En este segundo sentido la etapa de deliberación es racional en tanto es conducida bajo el ideal de la consistencia.

La coherencia como ideal también puede, por otro lado, servir para dar sentido a una tercera noción de racional que se relaciona con el proceder que es consecuente con el final de la etapa de deliberación. Que el agente sea consecuente con la etapa previa de deliberación, a su vez, puede ocurrir en relación con el curso de acción que, de hecho, adopta, o bien, con la inferencia práctica que realiza. A este último respecto, cabe recordar que la finalización de la etapa de deliberación produce la identificación de fines, medios y la elección de un curso de acción. Se espera del agente que sea consecuente con la deliberación efectuada de la situación y que emplee el proceso de deliberación como insumo para la inferencia práctica: las premisas del silogismo práctico¹⁶.

Al menos dos sentidos adicionales de racional pueden ser predicados de la etapa de deliberación en el razonamiento práctico moral.

El primero está dado por el aspecto informativo y de verificación de las creencias. «Racional» es partir de información relevante, verdadera, respecto de la situación que pretende establecer si está justificada moralmente o no –p. ej. que compruebe la identidad del sujeto activo de la conducta que reprochará o que verifique si la proposición de que ha ocurrido cierto evento es verdadera.

Finalmente, existe un sentido muy general de racional, por el que la deliberación es racional cuando se ofrecen razones: enunciados usados por el hablante para justificar los pasos y resultados del proceso de deliberación –frente a sí o frente a terceros.

¹⁵ Una versión más débil sería exigir que el agente proceda en forma paraconsistente, es decir, aceptando principios y razones y fines contradictorios en forma provisoria para después extraer todos los caminos posibles de justificación. A final de lo cual rechazará las razones, principios o fines inconsistentes con aquellos que haya elegido privilegiar. SERBENA, 2005.

¹⁶ Lo que, por cierto, no implica que siempre que se realiza una deliberación se produce un discurso bajo la forma de una inferencia práctica. Puede ocurrir, en contextos muy simples o poco interesantes para el agente, que una vez concluida la deliberación simplemente actúe y que únicamente presente un silogismo práctico si se le pide justificación de su actuar.

En síntesis, puede predicarse racionalidad de la etapa de deliberación del razonamiento práctico moral a partir de: (1) que el agente se conduzca tratando de dilucidar qué le exige la moral en la situación práctica; (2) el modo de proceder con la deliberación en forma consistente; (3) la consecución del curso de acción que adopta o bien, con la inferencia práctica que realiza; (4) el acopio de la información pertinente y la verificación de sus creencias acerca del mundo y (5) el ofrecimiento de razones. Estos cinco sentidos sirven para evaluar los discursos de justificación en la etapa de deliberación de un razonamiento práctico moral.

Quedan excluidos de la visión del razonamiento práctico moral aquí defendida otros sentidos de *racional*. De entrada, el sentido que apela a la presencia de criterios compartidos de decisión o de procedimientos dotados de altos consensos para extraer conclusiones. Es decir, el sentido de racionalidad en tanto método compartido por una comunidad para identificar problemas y determinar qué cuenta como una solución. Se trata de las bases metodológicas comunes a los agentes morales que permitan la demostración, la verificación o el saber –en tanto creencia justificada en la verdad de enunciados.

Algunas de tales bases metodológicas inexistentes en los razonamientos prácticos morales incluyen, entre otras: (1) la existencia de criterios comunes para identificar las propiedades relevantes en cada situación –el universo de propiedades relevantes–, (2) la semántica común entre los participantes de la discusión que determine la intensidad de las propiedades relevantes –el sentido de los términos morales–, (3) el criterio para asignar la misma calificación moral a cada propiedad relevante –la valencia moral de la situación genérica–, (4) la existencia de criterios para determinar qué propiedades relevantes con su correlativa calificación moral –p. ej. «Mentir es moralmente indebido»– deben ser suscritas como fines que justifican la conducta de los agentes y, finalmente, lo más sobresaliente, (5) el método para decidir qué cuenta como un argumento concluyente a favor o en contra de cada una de las cuestiones antes enumeradas, en los escenarios de desacuerdo genuino. Sin la satisfacción de las bases metodológicas anteriores, la discusión acerca de la etapa de deliberación del razonamiento práctico moral carece de lo que podríamos llamar racionalidad de método¹⁷. En ausencia de la cual la evaluación del razonamiento práctico en forma pública, intersubjetiva y conspicua no está disponible. La consecuencia es un rasgo palpable del discurso moral: los desacuerdos parecen infranqueables y los acuerdos sobre un razonamiento concreto se reducen o bien a la convergencia fáctica de preferencias

¹⁷ Una idea semejante se puede extraer acerca del papel normativo que tiene el método en las ciencias naturales. Laudan, 1990. También se puede encontrar esta misma idea en el papel que Guibourg le asigna al método en la elección de una *ontología*. GUIBOURG, 2004.

entre hablantes o bien a los mecanismos de persuasión (y disuasión) que se logran propinar entre sí los participantes.

Desde luego, que los participantes de la discusión pueden intercambiar opiniones, los juicios de justificación que adoptan, la apreciación de coherencia entre los medios aceptados y los fines morales de los que parten, la compatibilidad de medios y su disponibilidad o costo. Pero el despliegue de este intercambio de opiniones no equivale a la saldar las bases metodológicas comunes enunciadas anteriormente, ni implica la presencia de una racionalidad de método en el discurso moral.

5. DIFERENCIAR RACIONALIDADES

Recapitulando, el carácter abierto y relativo al contexto del razonamiento práctico moral en su etapa de deliberación es compatible con cinco sentidos de racionalidad, que sirven para dotar de criterios de valoración acerca del balance de razones. El discurso de justificación moral carece, sin embargo, de la *racionalidad de método*.

Reconocer que el razonamiento jurídico tiene exigencias de razón teórica es un supuesto necesario para entender su naturaleza y para distinguirlo del razonamiento moral. No ya solamente porque en el razonamiento moral no hay conexión con la razón teórica sino porque la conexión entre razón teórica y razonamiento jurídico provoca que podamos predicar de éste algún grado mayor de *racionalidad de método*.

La racionalidad de método se predica *en algún grado* del razonamiento jurídico porque la comunidad jurídica no es una comunidad de método en el sentido de que posee consensos fuertes acerca de las operaciones de razonamiento, pruebas y justificación. Las prácticas jurídicas son diferentes a las prácticas de los ingenieros, los navegantes, los controladores aéreos, los biólogos, médicos o farmacéuticos. Sin embargo, ello no quiere decir que el razonamiento jurídico carezca de racionalidad de método, como es el caso del razonamiento moral.

El razonamiento jurídico, debido a su componente de razón teórica, exhibe algún grado de racionalidad de método por oposición al razonamiento moral que no exhibe ningún grado de tal racionalidad. Ello es así porque, en general, los juristas encuentran en los actos legislativos y de tribunales fuentes comunes para identificar las propiedades relevantes generales –los supuestos jurídicos. También sucede que la actividad de la dogmática genera un vocabulario técnico, muchas veces tomado por el legislador o los jueces que, en algunos casos, provee de una semántica convencional para dotar de sentido a las propiedades relevantes –sin perjuicio de los amplios debates de la dogmática acerca de las características que definen los términos. Por otro lado, el estatus de las conductas es conocido por la práctica jurí-

dica en los casos que regularmente son tratados como simples –sin perjuicio de que un caso simple siempre puede ser controvertido y de que existen casos que generan grandes desacuerdos acerca del estatus jurídico de una conducta. Estos rasgos de las prácticas jurídicas hacen que el razonamiento jurídico tenga un mayor grado de racionalidad de método, para algunos casos de la práctica. Con todo, sin embargo, se adolece de un método para decidir qué cuenta como un argumento concluyente a favor o en contra de cada una de las cuestiones antes enumeradas, en los escenarios de desacuerdo: la identificación de las fuentes, la atribución de sentido de los textos, la semántica de los conceptos, el modo de solucionar los casos. No existe un consenso acerca de los criterios para decidir –y demostrar– las disputas argumentativas en el derecho. Y, a pesar de ello, el razonamiento jurídico puede ser sujeto a escrutinio y evaluación.

La evaluación del razonamiento jurídico admite cuatro dimensiones. La primera dimensión está dada por los criterios con los que juzgamos la formación de creencias y la justificación del conocimiento. Se evalúa si el juez cumplió con la exigencia institucional de tener el conocimiento jurídico y el conocimiento fáctico que se le exige por el derecho para el caso (razón teórica). De otro lado, en tanto razonamiento práctico, está la dimensión del criterio de formal que evalúa si la conclusión se sigue de las premisas, en tanto inferencia. La tercera dimensión es la evaluación material de las premisas del razonamiento, relativas a la corrección de los fines y medio, y el material que descansa en los cinco criterios de racionalidad que se tienen para la etapa de reflexión: (1) que el juez se conduzca tratando de dilucidar qué le exige el derecho en la situación práctica; (2) que el juez proceda en forma coherente con sus consideraciones para el caso; (3) que el resultado de sus consideraciones se vea reflejado en las premisas y en la conclusión de la *inferencia práctica* que realiza; (4) que muestre que tuvo toda la información pertinente y fiable para resolver el caso y (5) que ofrezca argumentos, *razones*.

Finalmente, existe un último sentido en el que la diferencia aquí trazada entre el razonamiento jurídico y el razonamiento moral se debilita. Como se puede anticipar, aquí se sostiene una distinción de grado entre el razonamiento jurídico y el razonamiento moral. De un lado, porque hemos acotado la extensión de «razonamiento jurídico» al que realiza el juez que pone fin a una controversia, típicamente un juez de primera instancia. Del otro lado, porque el grado de razón teórica que presente un razonamiento jurídico está regulado institucionalmente. Así, se puede advertir que una regla institucional que no le exija al juez a justificar su conocimiento de normas y de hechos produciría un razonamiento jurídico muy semejante a un razonamiento moral, en su estructura y modo de evaluación (p.ej. el razonamiento que puede exhibir un tribunal constitucional o un arbitraje de conciliación y paz internacional). Es decir, es posible que las reglas institucionales disminuyan el grado de exigencia en la justificación acerca de

las creencias sobre normas y hechos del juzgador. Por lo que la distinción aquí propuesta es, inevitablemente, una de grado, también en este sentido contingente.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANSCOMBE, G. E. M., *Intention*, (2.^a ed.), Massachusetts, Harvard University Press, 1963.
- *Human life, Action and Ethics: Essays by G. E. M. Anscombe*, Mary Geach y Luke Gormally (eds.), Reino Unido, Imprint Academic, 2006.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicomaco*.
- AUDI, R., *Epistemology. A Contemporary Introduction to the Theory of Knowledge*, 3.^a ed., Nueva York-Londres, Routledge, 2003.
- BRADLEY P., ARMOUR-GARB y J. C. BEALL (eds.), *Deflationary Truth*, Illinois, Open Court, 2005.
- CHURCH, A., *Introduction to Mathematical Logic*, Princeton, Princeton University Press, 1996.
- FUMERTON, R., «Theories of Justification», en Paul K. Moser (ed.), *The Oxford Handbook of Epistemology*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- GUIBOURG, R., *La construcción del pensamiento: decisiones metodológicas*, Buenos Aires, Colihue, 2004.
- HARE, R. M., *Practical Inferences*, Reino Unido, Macmillan, 1971.
- HUME, D., *Political Essays*, Charles W. Hendel (ed.), Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1953.
- KANT, E., *Critique of Pure Reason*, Paul Guyer y Allen W. Wood (trads. y eds.), Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1998.
- KENNY, A. J., «Practical Inference», *Analysis*, 26 (3): 65-75, 1966.
- KORSGAARD, C., «The Normativity of Instrumental Reason» en *Ethics and Practical Reason*, Garrett Culitty y Berys Gaut (eds.), Oxford, Oxford University Press, 1997.
- LAUDAN, L., *Science and Relativism: some key controversies in the philosophy of science*, Chicago, University of Chicago Press, 1990.
- MILLGRAM, E. (ed.), *Varieties of Practical Reasoning*, Massachusetts, Bradford Books, 2001.
- NUSSBAUM, M. C., *Aristotle's De Motu Animalium*, Princeton, Princeton University Press, 1978.
- ROSS, A., *Directives and Norms*, Nueva York, Humanities Press, 1967.
- SERBENA, C. A., «Colisiones de principios y lógica paraconsistente anotada», en *Ideas y Derecho*, Buenos Aires, AAFD, 2005.
- SHAFER-LANDAU, R., «Moral Rules», *Ethics*, Vol. 107, n.º 4, Chicago, University of Chicago Press, 1997.
- VON WRIGHT, G. H., «On So-Called Practical Inference», *Acta Sociológica*, 15/1, 1972.
- WILLIAMS, B., *Morality: An introduction to ethics*, Cambridge University Press, Reino Unido, 1972.

Fecha de recepción: 30/06/2014. Fecha de aceptación: 31/10/2014.

Sobre la determinación normativa: lagunas de reconocimiento, lagunas normativas y antinomias¹

On Normative Determination: Gaps, Holes and Leaks

Por J. J. MORESO
Universitat Pompeu Fabra

Now you're telling me
You're not nostalgic
Then give me another word for it
You who are so good with words
And at keeping things vague
Because I need some of that vagueness now
It's all come back too clearly
Yes I loved you dearly
And if you're offering me diamonds and rust
I've already paid.

JOAN BAEZ, *Diamond and Rust*, 1975²

¹ Una primera versión, en inglés: *On Normative Determination: Gaps, Holes and Leaks*, de este trabajo fue presentada en la International Volkswagen Foundation Conference «Dealing Reasonably with Blurred Boundaries», gracias a la amable invitación de sus organizadores, los profesores Geert Keil y Ralf Poscher, en *Tagungszentrum Schloss Herrenhausen*, Hannover, 25-27 de abril de 2013. La versión que aquí se publica es fundamentalmente la presentada en el Congreso internacional «Racionalidad en el Derecho», organizado por los profesores Eugenio Bulygin, Elena Lisanyuk y Ricardo Guibourg, y coordinado por el Dr. Juan Pablo Alonso, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 5-7 de mayo de 2014 –y que está en vías de publicación como Juan Pablo Alonso (ed.), *Racionalidad en el Derecho* (Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires)– a los que también quedo, como a todos los participantes en ambos foros, especialmente agradecido.

² Estos son los famosos y emotivos versos que escribió Joan Baez en recuerdo de su historia de amor con Bob Dylan. La cita no es original, puede encontrarse en Stewart SHAPIRO, *Vagueness in Context* (Oxford: Oxford University Press, 2006), p. xi.

RESUMEN

Este trabajo tiene dos propósitos: Por una parte, presento esquemáticamente el enfoque supervaluacionista y el modo en que este enfoque da cuenta de las proposiciones que carecen de valores de verdad, a la vez que se preservan todas las verdades de la lógica clásica. Obviamente, los predicados jurídicos contenidos en las normas pueden estar, y a menudo lo están, indeterminados y tienen casos marginales de aplicación. Usaré el término lagunas de reconocimiento para delimitar un caso marginal de aplicación de un predicado jurídico.

Por otra parte, las lagunas de reconocimiento no son la única fuente de indeterminación jurídica. Hay casos en los cuales, las normas no suministran ninguna solución para una cuestión jurídica, son los casos de lagunas normativas. También es posible que las normas suministren soluciones incompatibles para los mismos hechos de un caso, las denominadas antinomias. Trataré de aplicar el enfoque de las supervaluaciones para dar cuenta de ambas situaciones y, de este modo, articular los elementos principales para construir una teoría supervaluacionista del derecho.

Palabras clave: Sistemas normativos, supervaluaciones, determinación normativa, consistencia normativa, compleción normativa.

ABSTRACT

My aim in this paper is twofold: On the one hand, I aim to summarily present the supervaluationist account and the way that this approach allows us to deal with propositions which lack truth-values, preserving all truths of classical logic. Obviously, legal predicates contained in legal provisions can be, and often are, indeterminate, and they have borderline cases of application. I shall use the term gap to define a borderline case of application of a legal predicate.

On the other hand, gaps are not the only source of legal indeterminacy. There are also cases in which, legal provisions provide no solution to a legal problem; there are cases of lacuna. I shall call a case of this kind hole. It is also possible that two different legal provisions provide incompatible solutions to the same facts of the case, I shall call this situation leak. I shall try to apply the supervaluationist account to holes and leaks and, in this way, to articulate the main elements to build a supervaluationist legal theory.

Key words: Normative systems, supervaluations, normative determination, normative consistency, normative completeness.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.-2. SUPERVALUACIONES.-3. UN SISTEMA NORMATIVO DOMESTICO.-4. LAGUNAS DE RECONOCIMIENTO.-5. LAGUNAS NORMATIVAS.-6. ANTINOMIAS.-7. CONCLUSIONES.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.-2. SUPERVALUATIONS.-3. A DOMESTIC NORMATIVE SYSTEM.-4. GAPS.-5. HOLES.-6. LEAKS.-7. CONCLUSIONS.

I. INTRODUCCIÓN

Una rama importante de la tradición filosófica considera que las entidades susceptibles de verdad y falsedad son las *proposiciones*. Es habitual asociar a esta noción semántica de *proposición* el principio lógico de *bivalencia*: toda proposición es o bien verdadera o bien falsa.

Sin embargo, también parte de la tradición filosófica sostiene la idea de que existen enunciados que aparentemente son candidatos perfectos a expresar proposiciones en tanto que son oraciones correctamente formuladas en un lenguaje, pero a las que no se puede atribuir verdad o falsedad. Lo ejemplificaré en los siguientes tres enunciados:

a) En primer lugar, encontramos enunciados que contienen términos singulares sin referente, como

[1] El actual Rey de Francia es sabio,

Como es bien conocido, P. F. Strawson consideró que las proposiciones expresadas con enunciados como [1] carecen de valor de verdad³.

b) En segundo lugar, hay enunciados que atribuyen una propiedad a un objeto en la penumbra de tal propiedad, enunciados que contienen predicados *vagos*, como en el siguiente enunciado que se refiere a una persona X cuya altura es de 1,78 m.

[2] X es alta.

En ocasiones, como veremos a continuación, se ha apuntado que tales enunciados expresan proposiciones carentes de valor de verdad. Esta es una de las formas de eludir las paradoja sorites, que siempre amenaza los predicados vagos⁴.

³ Peter F. STRAWSON, «On Referring», *Mind*, 59 (1950), 320-344.

⁴ Sabemos que los argumentos sorites funcionan así:

1. Pau Gasol es alto.
2. Si n, que mide x m., es alto; n', que mide x m. menos un milímetro, es también alto.

La aplicación reiterada de la premisa 2 lleva a conclusiones como:

(c) Pulgarcito es alto.

Ver Timothy WILLIAMSON, *Vagueness* (London: Routledge, 1994), R. M. SAINSBURY, *Paradoxes*, ch. 2 (Cambridge: Cambridge University Press, 1995), Rosanna KEEFE, *Theories of Vagueness* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), Roy SORENSEN, «Vagueness», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2012 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL <http://plato.stanford.edu/archives/sum2012/entries/vagueness/>; Dominique HYDE, «Sorites Paradox», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2011 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL <http://plato.stanford.edu/archives/win2011/entries/sorites-paradox/>.

c) Por último tenemos enunciados que se refieren a futuros contingentes como:

[3] Mañana habrá una batalla naval

La discusión de Aristóteles en el capítulo 9 de *De Interpretatione* constituye uno de los textos filosóficos más debatidos en la historia de la filosofía. Sin la intención de participar en este debate, merece la pena destacar que en ocasiones se sostiene que las proposiciones sobre futuros contingentes carecen de valor de verdad y, por esta razón, tales proposiciones proporcionan otro argumento para rechazar el principio de bivalencia⁵.

Por otra parte, puede mostrarse con facilidad que el rechazo a la bivalencia y la conservación de las nociones aristotélicas-tarskianas de verdad y falsedad, según las cuales,

(V) «p» es verdadero sí y solo sí, p;

y

(F) «p» es falso sí y solo sí, no p;

implica el rechazo del tercero excluido:

(LTE) «p v ¬p»

De (V), (F) y (TE) se deriva el principio de bivalencia:

(PB) O «p» es verdadero o «p» es falso.

Esto es, rechazar la bivalencia y conservar (V) y (F) implica rechazar el tercero excluido⁶.

Esta implicación sustenta la interpretación más clásica del texto de Aristóteles: es necesario abandonar no solo el principio de bivalencia sino también la ley del tercero excluido.

Precisamente el problema del valor de verdad de las proposiciones de futuro llevó a Jan Łukasiewicz a postular una lógica con múltiples valores, en la cual ni la bivalencia ni el tercero excluido son válidos

⁵ A favor de este argumento, Georg Henrik VON WRIGHT, «Determinism and Knowledge of the Future», en G. H. VON WRIGHT, *Truth, Knowledge and Modality. Philosophical Papers III*, pp. 25-33 (Oxford: Basil Blackwell, 1984). En contra John MACFARLANE, «Future Contingents and Relative Truth», *Philosophical Quarterly*, 53 (2003): 321-336.

⁶ Este argumento también en Carlos E. ALCHOURRÓN, «El compromiso ontológico de las proposiciones acerca del futuro», en C. E. ALCHOURRÓN, Eugenio BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho*, p. 569 (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991), 567-590.

A veces se ha defendido que negar la bivalencia produce una contradicción si se acepta la noción de verdad aristotélica-tarskiana y que, por lo tanto, no existen proposiciones sin valor de verdad. Paul HORWICH, *Truth*, pp. 80-87 (Oxford: Basil Blackwell, 1990) y Timothy WILLIAMSON, *Vagueness*, nota 5, pp. 187-190.

lógicamente⁷. Más recientemente, se produjeron interesantes avances en la(s) Lógica(s) de la Verdad por Georg Henrik von Wright⁸.

Esta postura supone que una proposición puede ser verdadera (V), falsa (F) o indeterminada, indefinida (I). Así, rechazar el Tercero Excluido implica sostener que enunciados como:

[3'] Mañana o bien habrá una batalla naval o bien no habrá una batalla naval,

tienen un valor de verdad indeterminado; no son verdaderas ni falsas. Y tampoco son ni verdaderas ni falsas:

[2'] O bien X es alta o bien X no es alta

y

[1'] O bien el actual Rey de Francia es sabio o bien el actual Rey de Francia no es sabio.

Si las proposiciones [1'], [2'] y [3'] fueran o verdaderas o falsas, serían entonces tautologías, esto es, verdades lógicas. Por otra parte, existe una intuición sólida de que la verdad lógica depende solo de la forma lógica de las proposiciones y no de su contenido. Por ello [1'], [2'] y [3'] deberían ser verdades lógicas sin perjuicio de sus contenidos (i.e. «Mañana habrá una batalla naval») y no carecer de valor de verdad. Esta es la interpretación dada por William y Martha Kneale al controvertido pasaje de Aristóteles: «*In other words, Aristotle is trying to assert the Law of Excluded Middle while denying the Principle of Bivalence*»⁹. No obstante, William y Martha Kneale consideran esta postura incompatible con la propia noción aristotélica de verdad, de manera que esta posición no era accesible al propio Aristóteles¹⁰.

En todo caso, si contáramos con un modo de mantener el tercero excluido (y con él las verdades lógicas) sin asumir la bivalencia, tendríamos un modo de afrontar las proposiciones indeterminadas sin renunciar a las verdades lógicas clásicas. Éste es precisamente la intención del enfoque de la *supervaluación*¹¹.

⁷ Por ejemplo, Timothy WILLIAMSON, nota 5, pp. 102-103.

⁸ Georg Henrik VON WRIGHT, «Truth-Logic», en G. H. VON WRIGHT, *Truth, Knowledge, and Modality. Philosophical Papers*. Vol. III, nota 5, pp. 26-41, y Georg Henrik VON WRIGHT, «Truth-Logics», en *Six Essays in Philosophical Logic*, pp. 71-91 (Helsinki: Acta Philosophica Fennica, 1996).

⁹ William y Martha KNEALE, *The Development of Logic*, p. 48 (Oxford: Oxford University Press, 1962).

¹⁰ También Carlos E. ALCHOURRÓN, «El compromiso ontológico de las proposiciones acerca del futuro», nota 7, pp. 568-569, y Bas C. VAN FRAASSEN, «Singular Terms, Truth-Value Gaps, and Free Logic», *The Journal of Philosophy*, 63 (1966), pp. 493-494.

¹¹ Parece que esta teoría fue formulada por primera vez por H. MEHLBERG, *The Reach of Science* (Toronto: Toronto University Press, 1958). También Bas C. VAN FRAASSEN, «Singular Terms, Truth-Value Gaps and Free Logic», nota 11, pp. 136-152;

Mi intención en este artículo es doble:

(i) Por un lado, pretendo exponer someramente la concepción supervaluacionista actual y el modo en que este enfoque nos permite tratar proposiciones que carecen de valores de verdad, conservando las verdades de la lógica clásica.

Obviamente, los predicados legales contenidos en disposiciones jurídicas pueden ser -y lo son frecuentemente- indeterminadas, y tienen casos de aplicación difícil. Por ejemplo, la octava enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América establece «*Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted*». Pero, ni *excessive bail and fines* (fianzas y multas excesivas) ni *cruel and unusual punishments inflicted* (penas crueles e inusuales) son precisos en el sentido de evitar casos limítrofes. Por el contrario, la imprecisión de este tipo de enunciados ha dado lugar a un rico y controvertido debate incluso en el seno del Tribunal Supremo de los EE. UU.

Emplearé el concepto de laguna de reconocimiento para definir un caso difícil de aplicación de un predicado jurídico.

(ii) Por otro lado, las lagunas de reconocimiento no son la única fuente de indeterminación jurídica. También existen casos en los que las disposiciones jurídicas no ofrecen solución a un problema normativo; son casos de ausencia de norma. Llamaré laguna normativa a los casos de este tipo. También es posible que dos disposiciones jurídicas diferentes establezcan soluciones incompatibles para el mismo caso genérico. Llamaré antinomia a esta situación¹².

Kit FINE, «Vagueness, Truth and Logic», *Synthese*, 30 (1975): 265-300; Hans KAMP, «Two Theories about Adjectives», en E. Keenan (ed.), *Formal Semantics and Natural Language*, pp. 123-155 (Cambridge: Cambridge University Press, 1975); Michael DUMMETT, *Truth and Other Enigmas*, pp. 340-342 (London: Duckworth, 1978); Marian PRZELECKI, «The Semantics of Open Concepts», en J. Pelc (ed.), *Semantics in Poland*, pp. 284-317 (Dordrecht: Reidel, 1979); David LEWIS, «General Semantics», en D. LEWIS, *Philosophical Papers*. Vol. III, pp. 189-232 (Oxford: Oxford University Press, 1983); Ermanno BENCIVENGA, Karel LAMBERT y Bas C. VAN FRAASSEN, *Logic, Bivalence and Denotation*, pp. 40-47 (Atascadero, California: Ridgeview, 1986); Timothy WILLIAMSON, *Vagueness*, nota 5, cap. 5; Rosanna KEEFE, Peter SMITH, «Introduction: Theories of Vagueness», en *Vagueness: A Reader*. Eds. R. Keefe y P. Smith, 1-57 (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996); Rosanna KEEFE, *Theories of Vagueness* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000).

¹² De hecho, según la muy influyente postura de Joseph Raz («Legal Reasons, Sources, and Gaps», en J. RAZ, *The Authority of Law: Essays in Law and Morality* (Oxford: Oxford University Press, 1979, cap. 4.), la indeterminación jurídica surge sólo en caso de lagunas de reconocimiento y antinomias según mi terminología, cuando en palabras de Raz «law speaks with an uncertain voice (simple indeterminacy) and when law speaks with many voices (unresolved conflicts)» (p. 77). En caso de lagunas normativas y en ausencia de norma no hay indeterminación para Raz. Una crítica a esta posición en José Juan MORESO, Pablo E. NAVARRO, M. Cristina REDONDO, *Theoria. A Swedish Journal of Philosophy*, 68 (2002): 52-66, y Eugenio BULYGIN, «On Legal Gaps», *Analisi e Diritto* (2002-2003): 21-28. Una propuesta incipiente de aplicación de las posturas supervaluacionistas a la doctrina jurídica en José Juan MORESO, *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, traducida por R. Zimmerling, (Dordrecht: Kluwer, 1997), cap. 2, José Juan MORESO, «Superevaluaciones y determinación normativa», en J. J. MORESO, P. E. NAVARRO, M. C. REDONDO, *Conocimiento jurídico y deter-*

Trataré de aplicar el enfoque supervaluacionista a las lagunas normativas y antinomias y, en este sentido, a articular sus elementos principales para construir una teoría jurídica supervaluacionista.

II. SUPERVALUACIONES

Es práctica habitual articular las nociones básicas de la semántica con la ayuda de la idea de los *mundos posibles*. Así, una verdad lógica, una tautología, puede ser caracterizada como una proposición verdadera en todos los mundos posibles. Una contradicción es una proposición falsa en todos los mundos posibles. Las restantes proposiciones son contingentes, verdaderas solamente en algunos mundos posibles. Normalmente los mundos posibles se imaginan completos, en el sentido de que por cada hecho F , o es el caso de que F o es el caso de que no F .

En este sentido, E. Bencivenga, K. Lambert y B. C. van Fraassen¹³ nos invitan a considerar el hecho de que Pegaso sea blanco. Este hecho no puede ser determinado. Los hechos indeterminados sugieren que los mundos pueden ser también incompletos. Y el reconocimiento de mundos incompletos equivale a asignar valores de verdad parciales a ciertas proposiciones. De este modo, una valuación parcial es la asignación de valores de verdad (verdadero –V, falso –F e Indefinido –I) a las proposiciones atómicas de un lenguaje L . Las proposiciones moleculares de L obtienen valores de verdad de la manera clásica, de los valores definidos (V y F) de sus proposiciones atómicas.

Una valuación v de las proposiciones de un lenguaje L es *adecuada* si y solo si es *apropiada* y *estable*.

Una valuación v en las proposiciones de un lenguaje L es *apropiada* si y solo si atribuye a las proposiciones de L los valores de verdad de acuerdo con los significados intuitivos de los componentes no lógicos de las proposiciones de L .

Una valuación v en las proposiciones de un lenguaje L es *estable* si y solo si cualquier *extensión* en la atribución de los valores de verdad a las proposiciones de L mantiene la atribución previa de valores de verdad definidos. Y una valuación u extiende otra t si la atribución de valor de verdad de u a las proposiciones atómicas de L convierte en definido al menos el valor de verdad de una sentencia que era indefinida según con la atribución de valores de verdad de t . En tal caso, usando las palabras de Fine en la exposición de este método, «*the Stability Condition states that if a sentence has a definite truth-value under a specification*

minación normativa (México: Fontamara. 2002), cap. 3, y José Juan MORESO, «Legal Positivism and Legal Disagreements», *Ratio Juris* 22 (2009): 262-273.

¹³ Ermanno BENCIVENGA, Karel LAMBERT y Bas C. VAN FRAASSEN, *Logic, Bivalence and Denotation*, en nota 12, pp. 41-42.

t it enjoys the same definite truth-value under any specification u that extends t; definite truth-values are preserved under extension»¹⁴.

Y una valuación v es completa si y solo si asigna solo los valores de verdad definidos Verdadero (V) y Falso (F) a las proposiciones de L.

Así, podemos decir que una valuación v es *admisibile* si y solo si es *adecuada y completa*. Esta noción de valuación admisible nos permite introducir la noción de *supervaluación*¹⁵.

Una *valuación* s es una *supervaluación* en un lenguaje L si y sólo si existe un conjunto no vacío K de valuaciones de L tal que para alguna proposición A de L:

$s(A) = V$ si y solo si $v(A) = V$ para todo v perteneciente a K.
 $s(A) = F$ si y solo si $v(A) = F$ para todo v perteneciente a K.
 $s(A) = I$ (Indefinido), en el resto de casos.

Informalmente, una *supervaluación* s es una valuación que asigna el valor (V) a las proposiciones que son verdaderas en todas sus especificaciones admisibles, esto es, adecuadas y completas. De este modo, la proposición «Pau Gasol es alto» es cierta en todas las valuaciones admisibles o concreciones del predicado «alto», cuando la condición de estabilidad evita la atribución de valor de verdad (F) en sus extensiones; es *superverdadero*. Por el contrario, «Pulgarcito es alto» es falso en toda valuación admisible o *concreción*, es *superfalso*. Pero ¿cual es el valor de verdad de la proposición

[2] X (cuya altura es 1,78) es alta,

a la que me refería al comienzo? Tal vez se podría argumentar que [2] es verdadera en algunas valoraciones admisibles y falsa en otras, de manera que en esta postura dicha proposición carecería de valor de verdad. Así, se ha sugerido que la perplejidad causada por nuestros conceptos vagos puede surgir «*not in the realm of how things are in the object; rather, we are in the realm of how we choose to speak of the objects*»¹⁶. Si tenemos dudas sobre si una persona que mide 1,78 metros es alta o no, nos veremos inclinados a aceptar el llamado *principio de tolerancia* (i.e., si una persona cuya altura es n milímetros es alta, otra cuya altura sea $n-1$ milímetros es alta también)¹⁷. Sin embargo, esta conclusión puede evitarse si reconocemos que en la penumbra de «alto» tenemos libertad para asignar el valor de verdad (V) y el valor de verdad (F), y por lo tanto podemos clasificar los casos limítrofes tanto en el predicado alto como en su opuesto. Cada elección constituye la base para una

¹⁴ Kit FINE, «Vagueness, Truth and Logic», en nota 12, p. 268.

¹⁵ Bas C. VAN FRAASSEN, *Formal Semantics and Logic* (New York: The MacMillan Company, 1971), p. 95.

¹⁶ R. M. SAINSBURY, *Paradoxes*, nota 5, p. 34.

¹⁷ Crispin WRIGHT, «On the Coherence of Vague Predicates», *Synthese*, 30 (1975): 325-356.

posible valuación que contiene el predicado «alto» y tal valuación será admisible si la línea divisoria se dibuja en la penumbra del concepto, si es adecuado, apropiado y estable, y si es completo.

Una estrategia similar se puede seguir en enunciados como

[1] El actual Rey de Francia es sabio

y

[3] Mañana habrá una batalla naval.

En [1], puesto que, entre las valuaciones admisibles de nuestro lenguaje, las que extienden el mundo actual a los mundos posibles en los que existe la monarquía en Francia, en algunos de ellos el rey de Francia es sabio y en otros no, así que [1] no es ni superverdadero ni superfalso; [1] carece de valor de verdad. Es importante resaltar aquí la relevancia de la condición de estabilidad. Un enunciado como

[4] El actual rey de España es alto,

es superverdadero. Y la exigencia de estabilidad para las extensiones admisibles constituye precisamente el modo de mantenerlo verdadero para todas sus extensiones. La extensión que atribuya el valor (F) a [4] no será una valoración admisible en nuestro lenguaje¹⁸.

De forma parecida con [3], dado que entre las alternativas admisibles en nuestro mundo actual existen algunas en las cuales mañana habrá una batalla naval y otras en las que no la habrá, [3] tiene un valor de verdad indefinido. Esta es la postura mantenida por los defensores de la indeterminación sobre el futuro. Por ejemplo, se encuentra en armonía con la afirmación de Carlos E. Alchourrón¹⁹:

Partiendo de esta noción de determinación, se sigue que para la verdad hoy de una proposición en la forma «mañana habrá p», es necesario que «p» sea verdadero en todas las alternativas de mañana admisibles en relación con el mundo hoy.

Para que hoy sea verdadera una proposición sobre el futuro, es necesario que sea hoy superverdadera, que la satisfagan todos los mundos futuros accesibles al mundo de hoy.

¹⁸ En casos como la proposición [1], la condición de estabilidad se conserva porque [1] no implica que existe un x tal que es el rey de Francia. En la postura supervalacionista un enunciado lógico como

$$Pa \rightarrow \exists x (Px)$$

No es universalmente verdad. Ver Ermanno BENCIVENGA, Karel LAMBERT y Bas C. VAN FRAASSEN, *Logic, Bivalence and Denotation*, nota 12, pp. 91-110.

¹⁹ Carlos E. ALCHOURRÓN, «El compromiso ontológico de las proposiciones acerca del futuro», en nota 7, p. 571.

En la postura supervaluacionista, sostener que existen proposiciones sin valor de verdad es perfectamente compatible con la conservación de la Ley del Tercero Excluido y otras leyes de la lógica clásica. Sin embargo, el precio a pagar es una desviación –ciertamente heterodoxa en la asignación de valor de verdad a las proposiciones moleculares. Es posible que proposiciones moleculares compuestas por proposiciones atómicas que carecen de valor de verdad tengan valor de verdad definido.

Tal es el caso con

[1'] O el actual Rey de Francia es sabio o el actual Rey de Francia no es sabio.

[2'] O X es alta o X no es alta

y

[3'] Mañana o habrá una batalla naval o no habrá una batalla naval,

[1'], [2'] y [3'] son verdaderas en toda concreción admisible y, por lo tanto, *superverdaderas*. De similar forma, las negaciones de [1'], [2'] y [3'] son falsas en toda concreción admisible y, por lo tanto, *superfalsas*²⁰. No obstante, no todas las proposiciones moleculares tienen valores de verdad, por ejemplo

[5] O el actual Rey de Francia es sabio o mañana habrá una batalla naval

carece de valor de verdad, en tanto que es verdadera en ciertas concreciones admisibles y falsa en otras.

Se conserva la noción clásica de verdad lógica. Por el contrario, las lógicas trivalentes no pueden admitir esta noción clásica. Para estas lógicas, si «X es alta» carece de valor de verdad, «O X es alto o X no es alto» carece también de valor de verdad, como sucede con «X es alta y X no es alta». Para el supervaluacionismo, no obstante, «O X es alto o X no es alto» es superverdadero y «X es alto y X no es alto» es superfalso.

Puede que una tabla de verdad muestre claramente este comportamiento lógico en el supervaluacionismo. Supongamos que tenemos un lenguaje con las tres proposiciones siguientes.

p: Pau Gasol es alto.

q: Pulgarcito es alto

r: Julia Roberts es alta (supongamos que es un caso difícil)

²⁰ De nuevo conforme con las observaciones sobre las proposiciones acerca del futuro de Carlos E. ALCHOURRÓN, «El compromiso ontológico de las proposiciones acerca del futuro», nota 7, p. 572.

Supongamos adicionalmente que solamente hay dos valuaciones posibles: v_1 y v_2 , p es verdadero en las dos concreciones, q es falso en ambas y r es verdadero en la primera pero falso en la segunda. Es preciso añadir dos enunciados moleculares para mostrar el comportamiento lógico clásico de tautologías y contradicciones en esta concepción: « $r \vee \neg r$ » y « $r \dot{\cup} \neg r$ »

	v_1	v_2	s
p	V	V	V
$\neg p$	F	F	F
q	F	F	F
$\neg q$	V	V	V
r	V	F	I
$\neg r$	F	V	I
$r \vee \neg r$	V	V	V
$r \wedge \neg r$	F	F	F

En todo caso, los enfoques supervaluacionistas no están libres de objeciones. En primer lugar, se plantea que estas concepciones no pueden proporcionar una noción clásica de consecuencia porque no logran conservar ciertas reglas de inferencia²¹. En segundo lugar, como sabemos, la definición de superverdad no puede ser Tarskiana (« p » es verdadero si y sólo si p) porque no permite conservar el tercero excluido y la bivalencia, es necesario rechazar la bivalencia²². Finalmente, el supervaluacionismo tiene problemas con la llamada vaguedad de orden superior: a) puesto que la propia noción de concreción admisible es vaga, no sólo existirían casos limítrofes, sino casos limítrofes de casos limítrofes a su vez, y así sucesivamente²³ y b) la introducción del operador de determinación («D»: «Verdadero en todas las concreciones admisibles») conduce a una contradicción si asumimos un comportamiento semántico normal de los predicados vagos²⁴.

²¹ Ver K. F. MACHINA, «Truth, Belief, and Vagueness», *Journal of Philosophical Logic*, 5 (1976): 47-78 y Timothy WILLIAMSON, *Vagueness*, nota 5, cap. 4.

²² Timothy WILLIAMSON, *Vagueness*, nota 5, cap. 4.

²³ Linda BURNS, *Vagueness. An Investigation into Natural Languages and the Sorites Paradox* (Dordrecht: Kluwer, 1991), R. M. SAINSBURY, *Paradoxes*, note a, cap 2; Timothy WILLIAMSON, *Vagueness*, nota 5, cap. 4. Timothy ENDICOTT, *Vagueness in Law* (Oxford: Oxford University Press, 2000), cap. 5.

²⁴ Crispin WRIGHT, «Further Reflections on the Sorites Paradox», *Philosophical Topics*, 15 (1987): 227-290; D. G. FARA, «Gap Principles, Penumbral Consequence, and Infinite Higher-Order Vagueness», en J. C. Bell (ed.), *Liars and Heaps: New Essays on the Semantics of Paradox* (Oxford: Oxford University Press, 2003), 195-234.

Incluso aunque no es mi intención responder a estas serias objeciones, merece la pena dejar constancia de que en la literatura existen diferentes estrategias para superar tales objeciones²⁵. Querría resaltar sólo dos aspectos: a) Incluso si no se puede mantener la noción tarskiana de verdad, una versión más débil podría ser suficiente (de *p* podemos inferir «*p*» es verdadero, y viceversa)²⁶ y b) la comprensión clara que la teoría supervaluacionista alcanza nos proporciona una visión de la vaguedad como un fenómeno *modal* y es necesario, en las posturas modales, distinguir entre varias nociones de verdad, no solamente superverdad²⁷.

III. UN SISTEMA NORMATIVO DOMÉSTICO²⁸

Supongamos un conjunto de normas muy simple, DSN. Dos órdenes impartidas en una familia por los padres a sus hijos²⁹.

N1: Los hijos tienen prohibido ver la TV si no hacen sus deberes.

N2: Los hijos pueden ver la TV cuando es el cumpleaños de alguno de ellos.

En DSN las equivalencias son las siguientes:

Ph: Prohibido

P: Permitido

h: Hacer los deberes

a: Ser el cumpleaños de alguno de los hijos

w: Ver la TV

Con esta representación podemos interpretar estas normas y seleccionar dos propiedades *relevantes*, hacer los deberes y ser el cumplea-

²⁵ Por ejemplo, Rosanna KEEFE, *Theories of Vagueness*, nota 5, caps. 7 y 8, Achille C. VARZI, «Supervaluationism and Its Logics», *Mind*, 116 (2007): 633-675, y Nicholas ASCHER, Josh DEVER y Chris PAPPAS, «Supervaluations Debugged», *Mind* 118 (2009): 901-933.

²⁶ Una idea que puede encontrarse en Bas C. VAN FRAASSEN, «Singular Terms, Truth-Value Gaps, and Free Logic», *supra* nota 11, p. 494: «To say that these are valid simply means that they preserve truth: when the premise is true, so is the conclusion. This says nothing whatsoever about the truth-value of the conclusion when the premise is not true (that is, when the premise is false or when the premise neither true nor false)».

²⁷ Nicholas ASCHER, Josh DEVER, y Chris PAPPAS, «Supervaluations Debugged», nota 26, 931-932.

²⁸ Todas las nociones para reconstruir un conjunto de normas como sistema normativo proceden de Carlos E. ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, *Normative Systems*, (Wien-New York: Springer, 1971).

²⁹ Inspirado vagamente en Thomas CORNIDES, «Der Widerruf von Befehlen», *Studium Generale* 22 (1969): 1215-1263, y Risto HILPINEN, «On Normative Change», E. Morscher, R. Stranzinger (eds.), *Ethics: Foundations, Problems and Applications* (Wien: Holder-Pichler-Tempsky, 1981), 155-164.

ños de alguno de los hijos, y la combinación de ambas propiedades y sus negaciones resulta en cuatro *casos genéricos*:

1. Hacer los deberes y ser el cumpleaños de alguno de los hijos:
 $h \wedge a$
2. No hacer los deberes y ser el cumpleaños de alguno de los hijos:
 $\neg h \wedge a$
3. Hacer los deberes y no ser el cumpleaños de ninguno de los hijos:
 $h \wedge \neg a$
4. No hacer los deberes y no ser el cumpleaños de ninguno de los hijos:
 $\neg h \wedge \neg a$

Estos casos genéricos se correlacionan con el único componente de nuestras soluciones normativas, ver la TV, en las normas N1 y N2, en DSN

N1: Ph w/ $\neg h$
 N2: Pw/ a,

de la manera siguiente:

Casos genéricos	Normas	
	N1	N2
1. $h \wedge a$		Pw
2. $\neg h \wedge a$	Phw	Pw
3. $h \wedge \neg a$		
4. $\neg h \wedge \neg a$	Phw	

Ahora, comprobamos que en el caso genérico 2 tenemos dos soluciones incompatibles, una antinomia porque son, por así decirlo, formas de escapar a la determinación del sistema. En el caso 3, por el otro lado, existe una laguna, no existe solución para el caso, una laguna normativa por la que desaparece la determinación del sistema. Los casos 1 y 4 están determinados normativamente, pero pueden ser problemáticos por otra razón: los casos individuales subsumibles en el genérico pueden ser casos limítrofes, casos de laguna de reconocimiento. ¿Resolver ejercicios pero no leer los textos sugeridos computa como hacer los deberes? ¿Leer los subtítulos para sordos es ver la TV? ¿El 28 de febrero cuenta como cumpleaños, en años no bisieles, para un hijo nacido el 29 de febrero?

En los siguientes tres apartados presentaré una propuesta de versión supervaluacionista para las lagunas de reconocimiento, lagunas normativas y antinomias.

IV. LAGUNAS DE RECONOCIMIENTO

Existe una laguna de reconocimiento si y sólo si un caso individual es un caso de difícil subsunción en un caso genérico de un sistema normativo dado.

Supongamos que los deberes de un día consisten en ubicar un número suficiente de ciudades en un mapamundi. Se podría generar un argumento sorites con este caso genérico:

1. Situar una ciudad en el mapamundi no cuenta como hacer los deberes.
2. Si situar n ciudades en el mapamundi no cuenta como hacer los deberes, entonces situar $n+1$ tampoco computa

Por lo tanto, situar 200 ciudades en el mapamundi no cuenta como hacer los deberes.

¿Cuántas ciudades tendrían que ser situadas para contar como deberes? ¿195, 194 o 193 serían suficientes? En realidad, de acuerdo con el enfoque supervaluacionista, existen diferentes maneras de hacer que el predicado «hacer los deberes» sea preciso y cada una de ellas suministra una manera diferente de concretar el sistema normativo. Ubicar 200 ciudades en el mapamundi cuenta como hacer deberes en todas las concreciones admisibles (y 201, 202, pero tal vez también 199, 198). Situar 20 no cuenta como hacer los deberes en ninguna concreción admisible. Situar, supongamos, 102, cuenta como hacer los deberes en algunas concreciones admisibles pero no cuenta en otras.

Por lo tanto, DSN no es un sistema normativo único, es un sistema no unívoco que expresa un espectro de sistemas normativos. Todos los sistemas son capaces de precisar los predicados vagos que definen los casos genéricos (y la solución normativa, pero podemos dejar de lado este aspecto por el momento). En este sentido, la vaguedad puede considerarse «ambiguity in a grand and systematic scale»³⁰.

Este modo de conectar vaguedad con indeterminación es compatible en gran medida con la postura clásica sobre la vaguedad en el lenguaje jurídico en la obra de H. L. A. Hart³¹.

³⁰ Kit FINE, «Vagueness, Truth and Logic», nota 11, p. 282. Ver también David LEWIS, «General Semantics», supra en nota 12.

³¹ H. L. A. HART, *The Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1961), ch. VII.

V. LAGUNAS NORMATIVAS

Tenemos una laguna normativa si y solo si un caso genérico no se correlaciona con ninguna solución normativa en un determinado sistema normativo.

En nuestro sistema DSN, el caso genérico 3 no se correlaciona con ninguna solución normativa. No obstante, muchos grandes filósofos del Derecho con distintas concepciones sostienen que no existen lagunas normativas porque si una acción no está jurídicamente prohibida, en este sentido está permitida. El Derecho contiene una norma de clausura, que es una verdad analítica o conceptual³².

A veces esta conclusión se obtiene sin distinguir entre permisión en sentido fuerte y débil. Una acción está permitida en sentido débil si y sólo si no existe norma que la prohíba. Una acción está permitida en sentido fuerte si y sólo si existe una norma que la permita explícitamente. Esto genera dos versiones de la norma de clausura: a) Si una acción está jurídicamente no prohibida, no existe ninguna norma que la prohíba, b) Si una acción está jurídicamente no prohibida, existe una norma que la permite explícitamente. Sólo la primera versión es una verdad analítica, pero esta versión no evita lagunas normativas. La segunda versión colma las lagunas normativas, pero su verdad depende de la existencia contingente de este tipo de norma en nuestro sistema jurídico³³.

En todo caso, la norma de clausura puede interpretarse de otro modo. Podríamos aceptar la existencia de lagunas normativas en nuestro sistema jurídico, pero podríamos tomar esta circunstancia como una invitación para colmar dichas lagunas. Existen diferentes formas para colmar lagunas. En nuestro caso en DNS, podríamos considerar que cuando los hijos han hecho sus deberes pueden ver la TV. Pero podríamos también considerar, por ejemplo, la conveniencia de afinar nuestro sistema y no solo exigir que hagan sus deberes sino también que cenén para permitirles ver la TV. Existen, como en el enfoque supervaluacionista de la vaguedad, diferentes formas de concretar el sistema. Pero en todas ellas es verdadero que si una acción no está prohibida, entonces está permitida. La norma de clausura se convierte en una limitación de la admisibilidad de nuestras concreciones. DNS

³² Por ejemplo, Hans Kelsen, *Reine RECHTSLEHRE*, 2 ed. (Wien: Franz Deuticke, 1960), V.35 g; Ronald Dworkin, «Is There Really no Right Answer in Hard Cases», en R. Dworkin, *A Matter of Principle* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985), 119-145, y «La complétude du droit», en P. Amselek, C. Grzegowski (eds.), *Controverses autour de l'ontologie du droit* (Paris: Presses Universitaires de France, 1989), 127-134; Joseph Raz, «Legal Reasons, Sources, and Gaps», nota 13.

³³ Esta crítica en Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Normative Systems*, nota 29, pp. 125-126.

no es un sistema único, es un elenco de sistemas ideales admisibles. Podemos encontrar la misma idea en Allan Gibbard³⁴:

A person who accepts only an incomplete system of norms is, in effect, undecided among complete systems of norms that are compatible with it. He is undecided on how to extend or sharpen his incomplete system of norms to make it complete. We might, then, represent an incomplete system of norms by the ways it could be sharpened without change of mind. Speak, then, of the various possible *completions* of the incomplete system *N* of norms an observer accepts. A *completion* of an incomplete system *N* of norms will be a complete system of norms that preserves everything which *N* definitely settles. With this terminology, we can say things like this: Let *N* be an incomplete system of norms and let *X* be an act or attitude. Then *X* is *N-permitted* if and only if for every completion *N** of *N*, *X* is *N*-permitted*.

VI. ANTINOMIAS

Por último, podemos decir que hay una antinomia en un sistema normativo si y sólo si un caso genérico se correlaciona con al menos dos soluciones normativas incompatibles.

En DNS, ésta es la situación del caso 2, cuando los hijos no han hecho aún sus deberes pero es el cumpleaños de alguno de ellos. En tal caso, está prohibido y permitido ver la TV. Podemos tratar las contradicciones de forma similar a las lagunas. Podríamos considerar como precisiones o concreciones todas las que consigan eliminar al menos una de las soluciones contradictorias. En tanto que existe una pluralidad de posibles precisiones que satisfacen este requisito, estas proposiciones se encuentran indeterminadas: en algunos contextos de atribución de valor son verdaderas y en otros son falsas. La consistencia es, de hecho, otra limitación a la admisibilidad de sistemas jurídicos ideales.

Mediante la conservación de la consistencia podemos conservar la accesibilidad de nuestro sistema jurídico. No hay ningún mundo posible en el que los hijos puedan actuar de acuerdo con la permisón y cumplir la prohibición. Los sistemas normativos inconsistentes vulneran el principio kantiano que implica que *(Ad impossibilia nemo tenetur)*, por lo que el principio es una limitación de la admisibilidad de los sistemas ideales.

Esta idea es completamente acorde con la siguiente reflexión de Georg Henrik von Wright sobre el principio kantiano³⁵:

The principle that Ought entails Can, as I understand it, does not affirm a relation of entailment between a *norm* and a *proposition*.

³⁴ Allan GIBBARD, *Apt Feelings, Wise Choices* (Oxford: Oxford University Press, 1990), p. 88.

³⁵ Georg Henrik VON WRIGHT, *Norm and Action* (London: Routledge & Kegan Paul, 1963), pp. 109-110. También Bruno CELANO, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume* (Torino: Giappichelli, 1994), 457-481.

The entailment is between (true or false) norm-propositions, on the one hand, and propositions about human ability, on the other hand. The antecedent (premise) is to the effect that there is a norm of such and such character and content. The consequent (conclusion) is to the effect that the enjoined or permitted thing, which is the content of the norm, can be done. On this interpretation, the Kantian principle that Ought entails Can is in no conflict with the Humean idea of the logical independence of Ought and Is. [...]

Considering what has been said about logical priority, it would seem more to the point to replace the words «(logically) entails» in our formulation of the principle under discussion by «logically presupposes». Ability to act is a *presupposition* of norms. Norms cannot exist, or better: cannot come into existence, unless certain conditions about human ability are (already) satisfied.

VII. CONCLUSIONES

(i) Hay un modo de aceptar proposiciones que no son ni verdaderas ni falsas, rechazando la bivalencia y conservando la ley del tercero excluido: es el enfoque supervaluacionista.

(ii) El supervaluacionismo nos permite tratar la vaguedad de nuestros predicados, como fenómeno semántico, con una *mínima mutilación* de la lógica clásica.

(iii) La idea de hacer preciso o concretar los predicados indeterminados podría extenderse a la concepción acerca de los casos limítrofes. Una laguna de reconocimiento podría ser concretada mediante un elenco de posibilidades admisibles. Las lagunas normativas y las antinomias pueden tratarse de forma similar.

(iv) Un sistema normativo ideal permite resolver todos los casos individuales de una forma única. No obstante, nuestros sistemas normativos reales son sólo una híbrida resonancia de los sistemas normativos admisibles que lo componen³⁶. La precisión de los predicados, la completitud –ausencia de casos genéricos sin solución normativa–, y consistencia –ausencia de casos genéricos con soluciones incompatibles– son limitaciones a la admisibilidad de sistemas normativos ideales.

(v) La mejor concepción del enfoque supervaluacionista es tratarlo como un fenómeno modal. La mejor concepción del comportamiento lógico de los conceptos deónticos es también como un fenómeno modal. Sin embargo, el modo en que se entreveran estas dos dimensiones de la modalidad *es otra historia y debe ser contada en otra ocasión*.

Fecha de recepción: 30/06/2014. Fecha de aceptación 31/10/2014.

³⁶ Esta idea aplicada a la comprensión de nuestro lenguaje real en David LEWIS, *Convention* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1969), p. 201.

Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación*

Proportionality Test and the Objection of Indeterminacy

Por LAURA CLÉRICO**
Universidad de Buenos Aires

RESUMEN

La racionalidad de la proporcionalidad fue atacada desde diversos lugares. Este trabajo trata sobre la objeción de indeterminación. En tanto la ponderación implica una estructura de argumentación no suministra criterios anteriores a la ponderación en concreto que determinen en forma total o parcial la solución al conflicto entre derechos. Mi respuesta a la objeción de indeterminación pasa por la estrategia del deslinde en tres tiempos. El examen de proporcionalidad no es incompatible con un modelo de solución de conflictos de derechos por medio de reglas resultados de la ponderación o casos paradigmáticos, con lo que no todo es ponderar (deslinde 1). El examen de proporcionalidad incluye dos (sub)tests (idoneidad y medios

* Agradezco por las preguntas, los comentarios y las críticas a Federico De Fazio, Martín Aldao, Jan Sieckmann, Mary Beloff, Nancy Cardinaux, Leticia Vita, Liliana Ronconi, Guillermo Treacy y a los participantes del Simposio «Racionalidad en el Derecho» –organizado por la Universidad de Buenos Aires y la Universidad Estatal de San Petersburgo el 5 de mayo de 2014–, en especial, a Elena Lysaniuk; Eugenio Bulygin; Juan José Moreso; Ricardo Guibourg; Juan Pablo Alonso; Pablo López Ruf; Eduardo Barbarosh.

** Profesora de Derecho Constitucional (UBA); Profesora Visitante DAAD en la Universidad de Erlangen-Nürnberg; Investigadora del CONICET.

alternativos) que examinan si pudo haber sido evitada la restricción al derecho y que no se relacionan con juicios de ponderación (deslinde 2). Incluso en la proporcionalidad en sentido estricto sólo uno de los pasos argumentativos tiene que ver con juicios de ponderación en el caso concreto (deslinde 3). Sostengo que la objeción de indeterminación contra la ponderación no puede responderse en forma suficiente a través de la formalización de la ponderación (Alexy y su fórmula del peso). Argumento que se logra una respuesta más convincente si se trabaja en forma reconstructiva en un registro más concreto de las prácticas constitucionales a través de la reconstrucción de reglas de la ponderación que orientan –en forma independiente a las circunstancias del caso concreto– la determinación del peso abstracto y de la intensidad de restricción de los derechos en conflicto. Propongo recuperar lo local de la ponderación que quedó opacado por la fascinación de lo «universal».

Palabras clave: *Proporcionalidad, Objeciones, Indeterminación, Funciones de la red de reglas resultado de la ponderación, Casos paradigmáticos.*

ABSTRACT

Many objections of various sorts have been raised against the rationality of proportionality. I will address the indeterminacy objection. Since proportionality consists of an argumentative structure, it does not provide a material solution to a conflict of rights. My answer to the objection of indeterminacy is based on a demarcation strategy. I argue that the proportionality test is compatible with a model of conflict of rights' resolution by means of rules resulting from balancing or paradigmatic cases. This is an argument to sustain therefore that not everything involves weighing and balancing (first demarcation). The proportionality test includes two (sub) tests (suitability and necessity) that examine whether the restriction of the right could have been avoided, unrelated to weighing procedures (second demarcation). My answer is that even on the proportionality in a narrow sense only one step is related to balancing in the concrete case (third demarcation). I argue that the indeterminacy objection against balancing cannot be answered sufficiently only by formalizing balancing (Alexy and the weight formula). I propose that a more compelling response is achieved by reconstructing a concrete record of constitutional practice. That is, through the reconstruction of the rules that guide –independently of the circumstances of the case– the determination of the abstract weight and the intensity of the interference of rights. Thus my proposal is to recover the local side of the balancing which was overshadowed by the fascination of the «universal» side.

Key words: *Proportionality, Objections, Indeterminacy, Functions of the net of rules resulting from balancing, Paradigmatic cases.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS OBJECIONES A LA RACIONALIDAD DEL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD: EL PROBLEMA DE LA INDETERMINACIÓN: a) *La estrategia del deslinde. Primer tiempo: la vinculación a reglas-resultados de anteriores ponderaciones o sobre los casos paradigmáticos.* b) *La estrategia del deslinde. Segundo tiempo: uno de tres.* c) *Las objeciones al examen de proporcionalidad en sentido estricto. El deslinde 3 y el modelo de la ponderación orientado por reglas.* c.1. La respuesta formal. c.2. La insuficiencia de la respuesta formal. La respuesta intermedia.—III. CONSIDERACIONES FINALES.

SUMMARY: I. INTRODUCTION.—II. OBJECTIONS TO THE RATIONALITY OF THE PROPORTIONALITY TEST: THE PROBLEM OF INDETERMINACY. a) *Demarcation Strategy. First moment: rule resulting from prior balancing or paradigmatic cases.* b) *Demarcation Strategy. Second moment: one out of three.* c) *Objections to the proportionality test in the narrow sense. Demarcation strategy: third moment and the balancing model oriented by rules.* c.1. The formal answer. c.2. Insufficiency of the formal answer: The intermediate answer.—III. FINAL REMARKS.

I. INTRODUCCIÓN

Existen diversas formas de acercarse al tema «racionalidad en el Derecho». Una forma de acercamiento responde a un tratamiento *micro*. Trata la racionalidad de las soluciones jurídicas en los casos de conflictos entre derechos. En este trabajo realizo una propuesta de reconstrucción de la estructura argumentativa de una forma de resolución de conflictos entre derechos en el derecho constitucional: el examen de proporcionalidad. Este es un procedimiento de justificación¹ que permite explicar *parte* de la práctica de cómo se solucionan los conflictos entre derechos en los estados constitucionales de derecho.

Los conflictos entre derechos² adquieren relevancia cuando la promoción de un derecho (el derecho a la salud de los niños) por medio de una acción (por ejemplo, una medida estatal sobre vacunación obligatoria de los niños) es interpretada, a su vez, como una restricción a un derecho (el derecho de los padres a determinar cómo cuidar la

¹ AGUILÓ REGLA (2000: 129): «... todo se ve más claro si uno se aproxima al método jurídico no como un método para hallar o descubrir soluciones, sino más bien como un método para justificar soluciones; ... el llamado en términos teóricos “problema del método jurídico” no es otro que el de la racionalidad de las soluciones jurídicas».

² Hablo de colisiones, conflictos, sin ahondar aquí en distinciones, v. ZUCCA, ÁLVAREZ, LARIGUET, MARTÍNEZ ZORRILLA, 2011.

salud de sus hijos). Una de las formas de verificación de la justificación de la solución a los conflictos de derechos es a través del examen de proporcionalidad. En la primera etapa se examina si las medidas adoptadas por el Estado son idóneas para fomentar el fin estatal legítimo (test de idoneidad). En la segunda etapa se pregunta si la restricción pudo haber sido evitada; es decir, si se pudo haber logrado el mismo estado de cosas perseguido pero por medios menos restrictivos a los derechos en cuestión (test de necesidad o de medios alternativos). Finalmente, en la tercera etapa se examina la relación entre la intensidad a la restricción al derecho y la importancia de la satisfacción de los derechos que el Estado persigue a través de la medida que fue atacada por falta de justificación (test de proporcionalidad en sentido estricto)³. Estos tres (sub)exámenes permiten establecer si una restricción a un derecho está o no justificada en forma suficiente a la luz del derecho vigente.

Este trabajo está estructurado de la siguiente manera. En la parte II me encargo de la objeción de la indeterminación muchas veces emparentada con la objeción de la hiperinflación de la ponderación. Mi respuesta pasa por la *estrategia del deslinde en tres tiempos*. El examen de proporcionalidad no es incompatible con un modelo de solución de conflictos de derechos por medio de reglas resultados de la ponderación o casos paradigmáticos, con lo que no todo es ponderar (*deslinde 1*). El examen de proporcionalidad incluye dos (sub)tests que examinan si pudo haber sido evitada la restricción al derecho y que no se relacionan con juicios de ponderación (*deslinde 2*). Esto me permite re-interpretar la objeción de indeterminación que sólo estaría encaminada a la ponderación propiamente dicha como parte del tercer examen de proporcionalidad. Mi respuesta es que incluso en esta etapa del examen sólo uno de los pasos argumentativos tiene que ver con juicios de ponderación en el caso concreto (*deslinde 3*). Por lo demás, sostengo que esa «indeterminación» es controlada desde el punto de vista procedimental. El juicio de ponderación *en el contexto de una práctica constitucional* está orientado por reglas (y no es algo *ad-hoc*). Por fin, el trabajo con la objeción de indeterminación me permitirá, la reconstrucción del examen de proporcionalidad y, sostener la racionalidad del examen de proporcionalidad como una «doctrina constitucional» que requiere, sin embargo, seguir siendo desarrollada –prestando mayor atención a lo que ocurre en las prácticas constitucionales y de derechos humanos en concreto.

³ S. el examen de proporcionalidad (*Untermassverbot*) cuando la restricción al derecho se produce por omisión o insuficiencia: ARANGO, 2001; CLÉRICO, 2007; 2011; FLORIÁN 2013.

II. LAS OBJECIONES A LA RACIONALIDAD DEL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD: EL PROBLEMA DE LA INDETERMINACIÓN

La racionalidad de la proporcionalidad como forma de evaluación de la justificación a soluciones jurídicas fue atacada desde diversas esquinas⁴. No me puedo dedicar aquí al tratamiento de todas. Me detengo en la objeción de su indeterminación (Leisner; Ossenhuhl; Martínez Zorrilla). En tanto implica una estructura de argumentación formal, no determina la solución material del conflicto entre los derechos, con lo que no podría limitar la discrecionalidad. No suministra *criterios anteriores* a la ponderación en concreto que determinen en forma total o parcial la solución al conflicto entre derechos. Habilita así la «subjetividad» del evaluador y, en su caso, la arbitrariedad (Habermas, 1992: 259; Tsakyrakis, 2010: 468). Esta objeción sumada a la objeción de la inflación de la proporcionalidad⁵, que dice que por todos lados se estaría ponderando (Leisner, 1997), agrava las consecuencias prácticas de la indeterminación de la ponderación.

a) **La estrategia del deslinde. Primer tiempo: la vinculación a reglas-resultados de anteriores ponderaciones o sobre los casos paradigmáticos**

Una reconstrucción de las formas de resolución de los conflictos entre derechos en la práctica constitucional, no sería plausible, si no reconociera que algunos de esos conflictos se resuelven por medio de precedentes. Incluso cuando los conflictos se resuelven por medio de la proporcionalidad, el examen culmina con la construcción de una regla resultado de la ponderación, que eleva la pretensión de resolver casos semejantes.

La resolución de un conflicto entre derechos requiere como *primer paso* la determinación con precisión de la colisión entre, por lo menos, dos enunciados normativos. Uno de esos enunciados es el que justifica el fomento del derecho promovido por la medida estatal, el otro es el que se refiere al derecho fundamental afectado por la promoción del primero, que no pueden ser realizados al mismo tiempo y bajo las mismas circunstancias de forma completa. Un avance en la realización de uno depende de la disminución de la realización del otro (es

⁴ V. una clasificación de las objeciones en: ALEXY, 2010a; BERNAL PULIDO, 2006; CLÉRICO, 2001; KLATT/MEISTER, 2012.

⁵ Esta objeción fue debilitada en otro lugar (JANSEN 1997; CLÉRICO, 2001). El derecho contiene no sólo principios sino también reglas. Las reglas se aplican a través del método de la subsunción y, para ello, basta con observar la práctica de buena parte de la aplicación del derecho penal o del derecho civil. Por ello, en tanto en el derecho «existan» reglas, no se puede sostener que «por todas partes» se pondera.

decir, de su restricción), y a la inversa⁶. Este primer paso implica determinar el problema que debe ser resuelto. Hasta aquí es un problema más definicional que ponderativo o comparativo.

El *segundo paso* para la resolución del conflicto de derechos se refiere a la búsqueda exhaustiva de *reglas-resultados de la ponderación vinculantes prima-facie* para la *solución de la colisión sin ponderación*⁷. Estas reglas surgen de resultados de anteriores ponderaciones, que fueron reformulados en una regla (*regla-resultado de la ponderación*, Clérico 2001, Pou 2014) según la siguiente fórmula contenida ya en la Teoría de los Derechos Fundamentales de Alexy: «Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente» (Alexy, 1994: 79, 83; Ruiz Manero, 2012: 823). La consideración de las *reglas-resultados de la ponderación* conforma un supuesto de la aplicación de precedentes. La referida aplicación resuelve la colisión sin ponderación⁸.

⁶ Así, los derechos fundamentales, en la parte que tienen carácter de principios, son realizables en forma gradual. Si el derecho fundamental es una regla, entonces se aplica el procedimiento de la subsunción.

⁷ En este sentido v. RUIZ MANERO 2012: 823: «Las reglas que resultan de operaciones de ponderación o balance entre principios no son, por tanto, como no lo es ninguna regla, absolutamente estables, pues siempre es posible que la regla aparezca, frente a casos que presentan combinaciones no previstas de propiedades, como *supraincluyente* o, lo que es lo mismo, que esos mismos casos constituyan otros tantos supuestos de laguna axiológica. Pero esas mismas reglas son, a su vez, relativamente estables, pues valen, como se ha dicho, en tanto que un caso individual no presente una propiedad no contemplada en la regla cuya relevancia exija una operación de *distinguishing*. Y en tal caso el resultado es, como también se ha dicho, una nueva regla más fina. Que será, a su vez, relativamente estable en el sentido recién precisado. Las reglas que resultan de operaciones de ponderación o balance entre principios no son, por tanto, como no lo es ninguna regla, *absolutamente estables*, pues siempre es posible que la regla aparezca, frente a casos que presentan combinaciones no previstas de propiedades, como *supraincluyente* o, lo que es lo mismo, que esos mismos casos constituyan otros tantos supuestos de laguna axiológica. Pero esas mismas reglas son, a su vez, *relativamente estables*, pues valen, como se ha dicho, en tanto que un caso individual no presente una propiedad no contemplada en la regla cuya relevancia exija una operación de *distinguishing*. Y en tal caso el resultado es, como también se ha dicho, una nueva regla *más fina*. Que será, a su vez, relativamente estable en el sentido recién precisado.»

⁸ Este sería el punto central, según interpreto (CLÉRICO, 2012) de la teoría de Moreso, que se vale de casos paradigmáticos reales o hipotéticos para la aplicación de los derechos como principios. Los cinco pasos de la propuesta de Moreso son: «a) la delimitación del problema normativo que presenta el caso, b) la identificación de las pautas *prima facie* aplicables al ámbito de acciones que quedó delimitado en a), c) la consideración de determinados “casos paradigmáticos”, reales o hipotéticos, del ámbito normativo seleccionado en la etapa a), que tendrían como función la de delimitar y restringir el ámbito de reconstrucciones admisibles, d) la determinación de las propiedades relevantes del problema normativo y e) la formulación de las reglas que resuelven de un modo unívoco todos los casos del universo del discurso». Moreso apunta a que del hecho de que un principio sea muy vago o abstracto, no se deriva que no tenga un núcleo de significado, esto sería lo que nos permite reconstruir los casos paradigmáticos hipotéticos o reales (incluso aunque no existan «precedentes» en tér-

Esta posibilidad no es descartada por la reconstrucción que aquí sostengo (Clérico, 2001; 2012). Algunas colisiones de derechos se resuelven por comparación con casos (jurisprudenciales o hipotéticos) resueltos en el pasado; y, luego por la subsunción bajo la regla que se reconstruye a partir del precedente o del caso paradigmático⁹. En este punto todas las propuestas que trabajan que, las formas de determinación de las propiedades relevantes del problema normativo y la formulación de reglas que elevan la pretensión de resolver «de un modo unívoco todos los casos del universo del discurso», enriquecen el modelo de la ponderación orientado por reglas en tanto tienen, como afirma Moreso, la función de delimitar y restringir el ámbito de reconstrucciones admisibles de los conflictos entre derechos y, ocurren, agregan, sin ponderación propiamente dicha (Moreso; Clérico; De Fazio; Pou).

Sin embargo, existen algunos supuestos en donde los casos relevantes (paradigmáticos), que nos ayudarían a resolver la colisión de derechos sin ponderación, no existen o cuya construcción es incipiente porque existen fuertes dudas acerca de la fuerza de los argumentos que sustentan esa solución. A su vez, la estrategia del deslinde oculta el acto de ponderar que implica la creación de la primera regla que habilita luego el uso de ésta como caso paradigmático. Este es el «punto ciego» (De Fazio, 2014) que no está explicado —o la falta de argumentación que no se explicita (Clérico, 2001; 2012; *cfr.* Orenes, 2012:92)— en las teorías que reconstruyen las resoluciones de conflictos entre derechos (sólo) por medio de casos paradigmáticos (Moreso, 2006, 2010).

En suma: hay formas de resolver conflictos de derechos que no requieren ponderación; estas formas de resolución integran las formas de aplicación de normas de derechos aunque no logren evitar la proporcionalidad en todos los supuestos de resolución de conflictos entre derechos. Se avanza un paso en debilitar la objeción de falta de racionalidad del modelo de la proporcionalidad. Sin embargo, esta objeción sigue repicando para los casos de conflictos de derechos que no pueden ser resueltos por medio de la comparación con casos paradigmáticos y subsunción.

b) La estrategia del deslinde. Segundo tiempo: uno de tres

En estos últimos casos de conflictos entre derechos echar mano a la proporcionalidad parece —por ahora— inevitable. Con esto volvería a cobrar, *en parte*, vigencia la objeción de la indeterminación contra la

minos técnicos). En este sentido DE FAZIO (2014) interpreta que Moreso se inscribe en la línea de H. Hart.

⁹ A los efectos de este trabajo me basta con suponer que la subsunción, la ponderación y la comparación son importantes formas de aplicación de los derechos constitucionales, no es necesario que discuta si son las únicas.

proporcionalidad y con ella la objeción de probabilidad de dependencia a la arbitrariedad de la decisión del evaluador. La contra-argumentación pasa por la *estrategia del deslinde 2*. En el examen de proporcionalidad en sentido amplio no todo es ponderación propiamente dicha. Para evaluar si la solución jurídica está suficientemente justificada se trata, por un lado, de argumentación empírica (idoneidad y medios alternativos); y por el otro lado, de operaciones de definición, de aplicación de casos como precedentes aunque con un uso diferente al anterior reconstruido en la estrategia del deslinde 1. En este último caso, el precedente no ofrece la solución material del caso, sino que orienta para la determinación del peso abstracto de los derechos en conflicto.

Como adelantamos en la introducción el examen de proporcionalidad en sentido amplio está compuesto por tres etapas, de las cuales *sólo una parte argumentativa de la última etapa* queda reservada para la ponderación propiamente dicha. Las otras se mueven en otro tipo de argumentación que no es el de la ponderación. Si esto es así nuevamente se redujo el ámbito de la ponderación y con ello la objeción de la indeterminación. Veamos las etapas y los pasos argumentativos libres de ponderación tomando como ejemplo el caso referido a la negativa de los padres de someter a su bebé a campañas estatales de vacunación obligatoria. Este caso fue resuelto recientemente por la Corte Suprema de la Nación argentina¹⁰.

El *primer paso* preparatorio del examen es determinar con precisión el problema que debe ser resuelto. Este paso incluye los siguientes elementos preparatorios del examen de proporcionalidad en cualquiera de todas sus variantes:

a) La *determinación de la restricción al derecho*, en el caso en cuestión, los padres del niño, en adelante V., interpretaban, adoptando una perspectiva desde el modelo homeopático y ayurvédico (sobre la base del principio constitucional de autonomía aplicado a la vida familiar), que la vacunación obligatoria implicaba una violación al derecho a determinar el plan de vida para la respectiva familia (P1).

b) El *acto u omisión que provoca la restricción al derecho*, en el caso surge por la implementación de una acción estatal, la vacunación obligatoria. Este es el medio estatal (M).

c) El *derecho que se busca promover*. El Estado a través de la vacunación obligatoria (M) busca promover el derecho a la salud de los niños, (P2) («la no vacunación del menor lo expone al riesgo de contraer enfermedades, muchas de las cuales podrían prevenirse mediante el cumplimiento del plan nacional de vacunación»), con lo que también busca promover un bien público, la salud colectiva

¹⁰ CSJN, 12/06/2012, «N. N. o U., V. s/ Protección y guarda de personas».

(«reducir y/o erradicar los contagios en la población»). Ese derecho suele ser identificado también como fin legítimo¹¹.

Para establecer si ese accionar está justificado se somete la justificación a un examen de proporcionalidad, que incluye el de idoneidad, el de medios alternativos menos lesivos y el de proporcionalidad en sentido estricto. El examen de idoneidad vuelve la mirada sobre la relación entre la medida estatal y el derecho o fin que éste busca promover. Este examen viene exigido por el derecho que se siente afectado (P1). Así, desde el punto de vista del derecho limitado se plantean varios interrogantes. Si el afectado tiene que soportar una restricción a su derecho (P1), por lo menos, se espera que el medio (la vacunación obligatoria) pueda *fomentar* el logro del fin o de los derechos promovidos (evitar enfermedades prevenibles para los niños) (P2). De lo contrario las razones que tratan de justificar esa restricción se desvanecen desde el *punto de vista empírico*.

El principal punto de este examen es la pregunta sobre la comprobación de la relación de fomento entre la vacunación obligatoria (medio, M) y el fin estatal (derecho a la salud de los niños y la población P2). Esa relación puede ser considerada tomando como relevantes diversos *aspectos*: uno *cuantitativo*, otro *cualitativo* y otro *probabilístico* (Yi, Zoonil, 1998; Clérico, 2001: 36; Bernal Pulido, 2003: 718; Bergmann Ávila, 2007). El afectado había intentado desafiar la relación de promoción de la vacunación obligatoria en general y en el caso particular. En el caso particular de su hijo, alegaba que se presume que se generan ciertos peligros para V. y para terceros, en caso de no vacunárselo conforme a la normativa nacional. Sostiene que estas suposiciones no conectan directamente con la situación concreta de su hijo, en general, ni con ninguna situación de emergencia sanitaria o epidemiológica nacional. Agrega que la situación de salud de su hijo es óptima. Esta argumentación reclama un examen de idoneidad en concreto e intensivo. Por el contrario, la Corte parece contentarse con la posibilidad abstracta del fomento del fin para dar por no derribada la idoneidad del medio seleccionado por el legislador. Para ello sostiene la plausibilidad de la relación entre la vacunación y la prevención y erradicación de enfermedades. Se basa en un informe reciente de la

¹¹ Es decir, un fin que no esté prohibido por la Constitución de forma definitiva. La pregunta acerca de la «legitimidad» del fin o del medio alberga diversos problemas. Sin embargo, cuando se la trabaja como pregunta previa del examen de proporcionalidad, sólo logra adquirir la calidad de un examen del límite a la limitación de los derechos independiente en los casos «claros». *En estos casos, se logra una decisión sin ponderación. Este punto conforma otro eslabón de la estrategia del deslinde, que analicé en otro trabajo.* La determinación de cuáles fines se encuentran prohibidos en forma definitiva requiere una interpretación cuidadosa de la norma de derecho fundamental que se encuentra afectada para establecer si ésta prevé causales de restricción definitivamente excluidas. V. CLÉRICO (2001: excursus cap. 1); además, BERNAL PULIDO (2003: 688-700); CIANCIARDO (2004); MÖLLER (2012:712); KLATT, M.; MEISTER, M., (2012: 690-691).

Organización Mundial de la Salud sobre «vacunas e inmunización»: «A excepción del agua limpia, ningún otro factor, ni siquiera los antibióticos, ha ejercido un efecto tan importante en la reducción de la mortalidad...»¹². En suma, la vacunación es tenida por idónea para promover los derechos alegados por el Estado. Se podrá discutir sobre el resultado de este examen en concreto. Esta discusión girará en torno a la relación empírica de fomento entre la vacunación y la promoción de la salud de los niños. Estas discusiones no implican ponderación.

El segundo (sub)test del examen de proporcionalidad, el test de necesidad, examina la restricción del derecho a través de un examen de medios alternativos¹³. Se examina si la justificación a la restricción al derecho afectado es *excesiva* si a) pudo haberse evitado o b) restringido en menor medida, a través de un medio alternativo menos lesivo. Se trata también –en forma predominante– de un análisis de la relación empírica entre la medida estatal y el derecho restringido. La diferencia con el de idoneidad, es que esa relación empírica es comparada con otras alternativas. La estructura del examen del medio alternativo menos lesivo presenta así, por lo menos, tres elementos y dos comparaciones: supone, como el examen de idoneidad, (a) una relación de la medida estatal y el derecho o fin promovido, aunque más compleja ya que indica: más de un medio idóneo –sin comparación de medios no puede llevarse a cabo el examen. (b) La comparación es doble: los medios alternativos se comparan con la medida estatal implementada en relación con el fomento del fin estatal (examen de medios alternativos respecto de la idoneidad), y –en relación con la intensidad de la afectación del derecho (examen de medios alternativos que menos limitan al derecho).

Respecto de la idoneidad de los medios alternativos basta con que sean tan idóneos como la medida estatal implementada. No se requiere que los alternativos sean los más idóneos entre los posibles. Se trata de una *versión de la idoneidad con una pauta de comparación fija* que se exige como mínimo. Los medios alternativos deben fomentar el fin en los sentidos relevantes (según el caso, cuantitativo, cualitativo, probabilístico) en que fue examinado el medio establecido en el examen de idoneidad y respecto del fin o los fines perseguidos por el legislador. Como resultado de la comparación, puede comprobarse, que el medio alternativo en comparación con el establecido no es igualmente idóneo, es igualmente idóneo o más idóneo. A su vez, el medio alternativo debe *evitar* la restricción o implicar una *menor* restricción para

¹² «N. N. o U., V. s/ Protección y guarda de personas», CSJN, 12/06/2012, considerando 13) del caso.

¹³ Un análisis de los trabajos sobre el examen de proporcionalidad devela que los exámenes de idoneidad y de medios alternativos menos lesivo o examen de necesidad han sido explorados en menor medida que el de proporcionalidad en sentido estricto; sin embargo, v. HIRSCHBERG, 1981; DECHSLING 1989; CLÉRICO, 2001; BERNAL PULIDO, 2003; BILCHITZ, 2014).

los derechos afectados y posibilitar así un fomento mayor o mejor de su realización desde el punto de vista empírico (evitando o disminuyendo la restricción) (Clérico, 2001: cap. 2). Respecto de la menor afectación del derecho restringido, esta puede ser: a) total, cuando un medio alternativo fomenta el fin perseguido por el Estado pero no restringe al derecho afectado. Por ejemplo, en el caso, el medio alternativo menos lesivo sería el que alegaban los padres del niño: la no-vacunación (en adelante, M4); sin embargo, M4 no parece ser tan idóneo como el seleccionado por el Estado, la vacunación obligatoria (M1). Habrá sido por ello que la Corte no consideró a M4 expresamente como un medio alternativo. b) Parcial: cuando un medio restringe al derecho afectado aunque lo hace en menor medida que el medio seleccionado por el Estado, por ejemplo, un plan de vacunación que contenga menor cantidad de vacunas (M2) a las del plan atacado (M1).

Este tipo de estrategia argumentativa puede en el caso concreto ser aún más pormenorizada. Por ejemplo, en relación con el caso bajo estudio, el análisis de medio alternativo menos lesivo se puede realizar distinguiendo cada una de las vacunas que conforman el plan obligatorio¹⁴. Así, esta estrategia argumentativa pudo haber desafiado la justificación alegada por el Estado. Por el contrario ni el afectado ni la Corte Suprema transitaron este camino argumentativo pormenorizado. La Corte presenta la conclusión de un examen de medios alternativos menos lesivos en tanto sostiene que ninguno de los posibles alternativos derriban la justificación de la restricción al derecho del afectado, porque ninguno de ellos es tan idóneo como el plan de vacunación obligatoria: «... en conclusión, de lo que se trata en el caso es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface el interés superior del niño, lo que sin duda se traduce en *optar por la mejor alternativa posible* con el fin de asegurar al menor un presente cierto y contenedor que disminuya daños futuros irreversibles en lo que respecta a su salud. En este sentido, la no vacunación del menor lo expone al riesgo de contraer enfermedades, muchas de las cuales podrían prevenirse mediante el cumplimiento del plan nacional de vacunación. Asimismo, la circunstancia de que el resto de las personas sea vacunado reduce las posibilidades del niño de contraer enfermedades. Justamente, la sumatoria de vacunas en todas ellas es la que previene las graves enfermedades que podrían contraer-

¹⁴ El plan obligatorio (M1) estaría conformado por nueve vacunas que buscan evitar enfermedades prevenibles, Toller/Fernández Santander/D'Elía (2012) proponen examinar la necesidad de cada una de ellas en relación con los fines de la ley (la probabilidad del contagio y la gravedad de la enfermedad que se trata de prevenir). Aún las estrategias argumentativas más pormenorizadas del examen de medios alternativos, demuestran que priman los argumentos sobre la relación empírica entre el fomento del derecho promovido y la posibilidad de evitar la restricción al derecho por medios alternativos.

se si todos imitaran la actitud de los actores.»¹⁵ Esta conclusión habla de comparación con alternativas, la Corte nos debe sin embargo, el sustento empírico de esta conclusión, por más plausible que suene. Sin embargo, a los efectos de la *estrategia del deslinde 2* para responder a la objeción de la falta de racionalidad de la proporcionalidad, nos dice que hay dos etapas de este examen (idoneidad y medios alternativos) que implican juicios sobre la relación empírica entre la afectación al derecho y la promoción del fin estatal (derecho que se busca promover). Con lo que podemos concluir que no todo es ponderación en el examen de proporcionalidad.

Los objetores de la indeterminación de la proporcionalidad podrían conceder este punto. Sin embargo, seguirían sosteniendo que la objeción queda en pie aunque reducida en cuanto a su extensión. La objeción entra de lleno a la tercera etapa de la proporcionalidad, la ponderación.

c) Las objeciones al examen de proporcionalidad en sentido estricto. El deslinde 3 y el modelo de la ponderación orientado por reglas

Cuando se llega a esta tercera etapa del examen de la justificación de la restricción al derecho, queda comprobado que el conflicto entre derechos no pudo ser evitado por una medida estatal alternativa menos lesiva. El punto central del examen de proporcionalidad en sentido estricto es examinar la justificación acerca de cuál de los derechos en conflicto debe cargar con la restricción en concreto. Esta idea puede ser resumida en la ley de la ponderación propuesta por Alexy: «Cuant mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro» (Alexy, 1994:146). Contra esta propuesta se han realizado diversas objeciones. Entre otras, se le ha objetado que la ponderación es una estructura formal que nada dice sobre cómo determinar la intensidad a la restricción de los derechos y su peso (Schlink, 1976; 2001; Ossenbühl, 1995; Martínez Zorrilla, 2007).

A los efectos de debilitar la objeción de la indeterminación de la ponderación propiamente dicha se han transitado varios caminos. Sin embargo, no me voy a dedicar a todos ellos, sino que presentaré tres intentos y discutiré solo dos de ellos. Dos de los intentos se encuentran en las antípodas, el tercero se ubica como una estrategia intermedia. El primero de ellos es formal y es el ensayado por Alexy a través de la fórmula del peso. El tercero es material (Möller, 2012) le critica a la ponderación que sea solo una estructura formal pero intenta salvarla a través de la propuesta de una fundamentación del examen de

¹⁵ CSJN, 12/06/2012, «N. N. o U., V. s/ Protección y guarda de personas», considerando 22, cursiva agregada.

proporcionalidad con una teoría moral de los derechos basada en la autonomía. *El segundo intento, que es el que defiendo* (Clérico, 2001), *es intermedio y toma a la proporcionalidad y a la ponderación como una metodología de aplicación de los derechos que como tal requiere ser precisada constantemente porque trabaja a caballo entre el discurso jurisprudencial y el de la dogmática constitucional utilizando como herramientas los avances que se dan en la teoría del derecho*. Este camino se apoya nuevamente en la estrategia del deslinde. Sigue alegando que incluso en el examen de proporcionalidad en sentido estricto no todo es ponderación propiamente dicha. Por lo demás sostiene que la argumentación en la ponderación propiamente dicha puede ser orientada a través de reglas (Clérico, 2001; Bernal 2003; Ronconi, 2012; De Fazio, 2013; Pou, 2014).

c.1. LA RESPUESTA FORMAL

Alexy sostiene que es posible realizar juicios racionales sobre los tres componentes de la ley de la ponderación, es decir: sobre la intensidad de restricción a los derechos, sobre la importancia de satisfacción del derecho opuesto y sobre la relación entre ambos. Para ello desarrolla la fórmula del peso. En su versión más sencilla¹⁶ esta fórmula contiene la intensidad de la interferencia en el principio restringido, la importancia de la satisfacción del principio en colisión; finalmente, el peso concreto del principio, cuya violación es objeto de examen (Alexy, 2003: 783-791). La clave pasa por las escalas de restricción a los derechos. Este punto es fuertemente reconstructivo, es común leer en las sentencias que se habla de interferencias o restricciones a los derechos, leves, medias o muy graves. Así de la observación de los juicios sobre restricción a los derechos surge una escala con los grados «leve», «medio» y «grave». La escala sirve para *ayudar a determinar* la intensidad de la interferencia. Otro tanto ensaya respecto de las razones en competencia sobre la importancia de satisfacer el derecho que el Estado busca promover. Por ejemplo, fumar implica importantes riesgos para la salud; por ello, el peso de las razones que justifican la interferencia (obligación de imprimir advertencias sobre los riesgos de fumar para la salud en los atados de cigarrillos) es alto. El resultado del examen de proporcionalidad es claro,

¹⁶ Dejo aparte la cuestión sobre la certeza (como confiabilidad) de las premisas empíricas y normativas que aparecen en la fórmula del peso ampliada (ALEXY 2002, 2007b; KLATT/SCHMIDT, 2010). Esta cuestión era tratada anteriormente en forma separada (como una pregunta de segundo orden), para determinar, por ejemplo, qué tan intensivo debía ser el control de la ponderación realizada por el legislador legítimo democráticamente. La inclusión de la certeza de las premisas confunde, entre otras cosas, dos niveles de la argumentación, v. SIECKMANN (2009; 2011; 2014:138): «la ponderación de primer nivel entre principios en conflicto con las ponderaciones de segundo nivel acerca de conflictos entre diversas posiciones respecto de los resultados de las ponderaciones.»

según Alexy, la obligación de las indicaciones no viola la libertad de acción de los industriales¹⁷.

La conformación de una escala triádica es sólo un paso en la respuesta de la objeción de racionalidad. El segundo paso es bien formal. Trata de demostrar que las clasificaciones sobre intensidades de restricción de un derecho pueden ser insertadas en un sistema inferencial. Esta es la prueba de fuego que para Alexy le viene marcada de lo que se ha logrado con la formalización del método subsuntivo: en el caso de la subsunción bajo una regla, el sistema inferencial puede expresarse a través del esquema deductivo, conocido como el esquema de la «justificación interna», construido con ayuda de la lógica proposicional, de predicados y deóntica. Esta prueba de fuego para la ponderación se supera, según Alexy, a través del esquema de la fórmula del peso. Ésta es la contrapartida al esquema deductivo (Alexy 2003b: 448).

La fórmula del peso pone de manifiesto que el peso concreto de un principio es un peso relativo. Esto lo hace, en tanto ella define el peso concreto como un cociente de la intensidad de la interferencia en el principio restringido y la importancia concreta del principio en colisión. La inclusión de cocientes implica el uso de números. Desde una perspectiva preocupada por la práctica del derecho constitucional, se le ha objetado que los números no se utilizan en las ponderaciones y que además haría su aplicación impracticable. Para responder a la objeción práctica, Alexy advierte que el uso de números no está dirigido al operador jurídico que realiza una ponderación. Este puede obviar el uso de cantidades numéricas para determinar la intensidad a la restricción a un derecho. La respuesta a esta objeción habla a las claras de que la estrategia de Alexy es formal: intenta desarrollar una formalización de la ponderación. Por lo demás, para seguir contra-argumentando utiliza como metáfora a la subsunción: «las formas lógicas utilizadas para expresar la estructura de la subsunción no se usan en la argumentación jurídica, sin embargo, esto no cambia que éstas sean el mejor medio para hacer explícita la estructura inferencial de la aplicación de reglas. Esto mismo es aplicable, para representar la estructura inferencial de la aplicación de los principios con la ayuda de números, utilizados para las variables de la fórmula del peso.» Lo mismo puede ser predicado de las formas lógicas utilizadas para expresar la estructura de la ponderación. Hasta aquí la formalización.

El tercer y último paso de su respuesta a la objeción de la irracionalidad, lo devuelve a un plano menos formal. Conecta fuertemente con la teoría de la argumentación jurídica. Un esquema inferencial depende, esencialmente, de la pregunta de si conecta premisas que, a su vez, puedan ser justificadas. Las premisas presentes en la fórmula del peso se representan a través de cantidades numéricas. Estas son

¹⁷ BVerfGE 95, 173 (187). V. críticas, SIECKMANN (2009; 2014); GUIBOURG (2010), entre otros.

plausibles si se apoyan en juicios. Un juicio tal es la afirmación de que la advertencia en los atados de cigarrillos sobre las consecuencias para la salud supone una violación leve del derecho a la libertad de acción de los industriales. Con esta afirmación se eleva una pretensión de corrección que puede ser justificada en un discurso. Así en el caso el Tribunal Constitucional justifica su catalogación en que hoy en día existe evidencia de que fumar implica graves riesgos para la salud. Lo importante es la posibilidad de adjudicar la argumentación sobre restricción a los derechos en conflicto en alguno de los casilleros de la escala¹⁸. Esta tarea puede implicar una larga cadena de argumentos, reconoce Alexy. Admite que se puede discutir sobre las catalogaciones como ocurre en la práctica del derecho constitucional. Sin embargo, la discusión no implica irracionalidad; de lo contrario no sólo la ponderación sino también la argumentación jurídica como tal sería irracional en su mayor parte. La discusión en el marco de la catalogación de intensidades implica afirmaciones y su justificabilidad, este es un tipo de racionalidad, aunque no sea equiparable a demostrabilidad, concluye Alexy.

En suma, Alexy (2010a:123) presenta a la ponderación como una forma de argumentación (como una estructura formal que no contiene sustancia alguna)¹⁹, como una forma de poner en claro lo que debe ser

¹⁸ A su vez, para responder a la objeción de la incommensurabilidad, sostiene que la catalogación a ambos lados de la ponderación está asegurada *si el discurso* se lleva a cabo desde un punto de vista común: el punto de vista de la constitución (ALEXY, 2010a; ÁLVAREZ, 2011). Nuevamente, se puede discutir sobre esa adjudicación. El hecho que se discuta sobre si una restricción es leve o media, demuestra que se está usando como patrón común de discusión la escala (DA SILVA, 2011:276; cfr. SARTOR, 2012; BOROWSKI, 2013). Así la escala es la medida común que permite discutir sobre el peso de los principios. La escala no determina el «valor de cada variable» sino desde qué lugar común puede ser discutido.

¹⁹ El atractivo de su teoría radicaría en que permitiría discutir sobre restricciones a los derechos aunque los disputantes tengan diferentes concepciones materiales de los derechos (ALEXY, 2010a). Juan Pablo Alonso sostiene que esta propuesta no resultaría en los hechos tan formal como pretende, en tanto los derechos pueden ser objeto de ponderaciones y así relativizados. Al respecto, por ejemplo, advierte sobre el caso de las leyes que habilitan a derribar aviones para evitar atentados para la protección de la seguridad de la población que el avión tiene como objetivo pero en desmedro de la dignidad y de la vida de todas y cada una de las personas que se encuentran en el avión. La crítica de Alonso es acertada para aquellas propuestas en donde todos los contenidos de los derechos son objeto de ponderación. Sin embargo, no parece alcanzar de lleno a la propuesta de Alexy. En relación con el derecho a la dignidad, se puede sostener que Alexy habla del doble carácter del derecho: parte de su contenido se aplica como regla; es decir sin ponderación; la otra parte como principio; sin embargo, sobre un desarrollo reciente referida al tema, v. ALEXY, R., *Menschenwürde und Verhältnismässigkeit*, ponencia presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Erlangen, 6/11/2014. Así, interpreto, en el ejemplo de Alonso la acción de derribar aviones estaría definitivamente prohibida a la luz del contenido del derecho a la dignidad interpretado como regla; ALEXY 1994: 95 ss., 322; CLÉRICO 2011. Por lo demás, sobre la disputa Alexy-Dworkin que se relaciona con la objeción planteada, v. BEADE, 2011.

justificado (Barak 2012; Borowski; Stone Sweet/Matthews 2008:39; Klatt/Meister, 2012: 687-708). En la justificación de la catalogación se pueden usar todo tipo de argumentos con lo que reitera la conexión de la ponderación con la teoría del discurso jurídico racional. Aquí termina la estrategia argumentativa de Alexy para refutar la objeción de irracionalidad formulada en especial contra la ponderación.

c.2. LA INSUFICIENCIA DE LA RESPUESTA FORMAL. LA RESPUESTA INTERMEDIA

Ahora bien, si la propuesta del examen de proporcionalidad es reconstructiva, entonces interpreto que desde un plano más concreto, que se acerque aun más a la práctica constitucional, la propuesta de Alexy no logra debilitar *suficientemente* la objeción de la indeterminación. Es decir, no nos dice por qué la afirmación «la restricción al derecho a la salud» debe ser «considerada como grave»; no nos dice por qué adjudicarle en el casillero de grave. Alexy se planta en que la respuesta es que esta es una afirmación que requiere de justificación. Insisto, se queda corto. Por cierto, la clasificación de una restricción de un derecho en algún casillero de la escala debe ser justificada por argumentos. Sin embargo, ese ámbito de argumentación y deliberación no es libre, en el plano concreto de la argumentación constitucional está orientada. Insisto, si la propuesta es reconstructiva, entonces no puede explicar cuando el Tribunal Constitucional alemán sostiene, por ejemplo, en relación con una ponderación entre la libertad de expresión de una opinión en el ámbito público y la protección del honor: «El resultado de la ponderación no se puede anticipar de forma general y abstracta a causa de su conexión con el caso. *Sin embargo, han sido desarrollados en la jurisprudencia una serie de puntos de vistas que suministran criterios para la ponderación concreta*»²⁰. Esto parece querer decir algo más que para justificar una restricción a un derecho, por ejemplo, como grave, se trata solo de alegar argumentos y conectar con la teoría de la argumentación jurídica.

Por eso mi propuesta considera que todavía hay tela para responder a la objeción de indeterminación contra la proporcionalidad. En este punto mi *estrategia es de doble entrada*. Por un lado, sigo sosteniendo *la tesis del deslinda (tiempo 3)*, incluso en el tercer paso del examen de proporcionalidad, la proporcionalidad en sentido estricto, no todo es ponderación propiamente dicha. Como mostraré inmediatamente hay varios pasos argumentativos en esta etapa que no tienen que ver con sopesar en sentido estricto. Por el otro lado, incluso el paso que hace al centro de la ponderación propiamente dicha, la com-

²⁰ BVerfGE 93, 266 (293), sentencia «Los soldados son asesinos», cursiva agregada.

paración entre intensidades de restricción/satisfacción de los derechos en conflicto, está orientada por reglas.

Esta re-interpretación de la ponderación implica un modelo de la ponderación orientado por reglas (Clérico, 2001). Esta propuesta es reconstructiva de la práctica argumentativa en el derecho constitucional. Requiere de una dogmática crítica de la intensidad de restricciones a los derechos y de importancia de satisfacción de los derechos, del peso abstracto y concreto (Sieckmann, 1995a; Clérico, 2001). Esta tesis conecta con la tesis reciente que sostiene la proporcionalidad como doctrina constitucional (Kyritsis, 2014; Stone Sweet/Matthews, 2008). Implica varias cosas. Por un lado, requiere que la doctrina constitucional se interese por la *metodología* de aplicación de los derechos. Esto implica que trabaje, por lo menos, con tres elementos: a) el discurso jurisprudencial concreto sobre resolución de conflictos de derechos, b) la dogmática constitucional sobre teoría de los derechos, c) las herramientas argumentativas que surgen de los avances que se dan en la teoría del derecho. El juego de estos tres elementos permite reconstruir (críticamente) las reglas que orientan a la ponderación. El uso de estas reglas inyectan previsibilidad procedimental a la práctica argumentativa de la ponderación y, a su vez, coherencia procedimental (Clérico, 2001; Stone/Sweet, 2008).

Por otro lado, implica echar una nueva mirada al trabajo sobre la red de resultados de la ponderación (Clérico, 2001; Bernal Pulido, 2003; Teifke, 2011) o la red de casos paradigmáticos en el sentido de Moreso. Aunque un caso no sea aplicable para la resolución de un conflicto entre derechos, sin embargo, es posible afirmar que a pesar de todo, la red no es inútil en estos supuestos. Sirve para la determinación de la importancia de la realización, de la intensidad de la restricción y del peso de los derechos fundamentales (segundo pilar del modelo de la ponderación orientado por reglas, Clérico, 2001). Estos criterios son independientes de la ponderación que se hace en el caso concreto; no se originan con la ponderación o con posterioridad a la ponderación, por lo que no se podría predicar que son meras construcciones *ad-hoc* del que pondera. Estos criterios pre-existentes a la ponderación en concreto pretenden determinar y, en este sentido, limitar la ponderación en el marco de una práctica constitucional relativamente estable. A través de las ponderaciones y las reconstrucciones críticas se constituye con el correr del tiempo una *red de puntos de vista concretos y reglas* para la aplicación del respectivo derecho fundamental.

En un trabajo pionero sobre criterios para los juicios ponderativos, Sieckmann (1995a; 1995b), concluyó que la *determinación del peso abstracto del derecho afectado* está orientada por argumentaciones que no proceden del caso concreto y se puede determinar por: (i) la justificación mediante la fuerza de los intereses, (ii) la justificación del peso del principio mediante la conexión con otros principios, (iii) la justificación mediante sentencias anteriores. Mi propuesta encaja

en un registro más concreto de las prácticas constitucionales, dice que la conformación de los juicios sobre intensidad de restricción y peso de los derechos están orientados por reglas de la ponderación. Esas orientaciones surgen a través de la sistematización crítica de un material aparentemente desordenado: la jurisprudencia y la doctrina sobre estos derechos, utilizando las herramientas argumentativas y analíticas provenientes de la teoría del derecho. Entonces si bien se sirve de trabajos como lo de Sieckmann, Jansen, entre otros, interpreta que para reducir la objeción de indeterminación formulada a la ponderación, se requiere trabajar la conexión que otorga un peso abstracto a un principio en el marco de una determinada práctica constitucional y/o práctica regional de protección de los derechos humanos. Así, por ejemplo, en otro trabajo realicé una reconstrucción crítica de la dogmática y la jurisprudencia de la libertad artística que arroja una red de «mandatos de consideración» (Clérico, 2001) para la determinación de su peso e intensidad de restricción por criterios que no dependen de la ponderación concreta²¹. La libertad artística suele colisionar con el derecho a la personalidad. Los juicios sobre intensidad de la restricción a la libertad artística por medio de la aplicación de una sanción para promover el derecho a la personalidad del afectado están orientados por la regla que dice: si se trata de determinar la restricción del derecho general a la personalidad, entonces, ésta no puede ser interpretada como grave, cuando la expresión artística, que ocasiona la restricción, (a) no ha sido interpretada en el marco de la visión total (de la obra) o, (b) cuando de las varias posibilidades de interpretación, sólo se consideran como relevantes aquellas que son susceptibles de

²¹ Quien controla si las razones que se dan para justificar una restricción aprueba el examen de proporcionalidad en sentido estricto, debe considerar si se tuvo en cuenta respecto de la intensidad de la restricción que: (IB) Cuando el titular del derecho a la libertad artística es condenado en sede penal a causa de una expresión artística, entonces, se trata, en principio, de una intensiva restricción a la libertad artística. (IB⁺) Una decisión (civil) referida a una expresión artística puede causar una intensiva restricción. Si este es el caso, depende de las consecuencias que la restricción tenga para el afectado, y las consecuencias generales, que puede provocar para el ejercicio de la libertad artística en el futuro; es decir, cuando puede amedrentar «en casos futuros la disponibilidad... a hacer uso del derecho afectado», BVerfGE 43, 130 (135 sgts.); 67, 213 (222); 75, 369 (376); 77, 240 (250 sgts.). Además, cuanto más cerca impacte la limitación a la libertad artística en el ámbito de creación de la obra, tanto más intensiva resulta la restricción a ese derecho y tanto menos deben ser permitidas las «restricciones estatales». La estructura de esta presunción se explica a través de una interpretación progresiva de la ley de la ponderación. Además, una restricción en la esfera de la difusión artística puede adquirir mayor intensidad de acuerdo con el tipo de género de la obra de arte. Sin perjuicio de lo cual, para la determinación de la intensidad de la restricción a la libertad de arte se consideran tanto en las que caen en la «esfera de la obra» como en la «esfera de la acción»: las circunstancias del caso, el grado de efectos externos y la fuerza de la conexión con el arte. Por lo demás, puntos de vista, como el «reconocimiento, que la obra encuentra en el público» y la «repercusión y la apreciación, que encuentra en la crítica y la ciencia» se aplican, sin embargo y sólo, con precaución.

ser punibles (penalmente)²². Esto marca una diferencia con la propuesta de Alexy. Los criterios (a) y (b) determinan qué tan grave puede ser una restricción a la libertad artística. Así quien quiera sostener que una restricción al derecho a la protección de la personalidad encaja en el casillero de grave de la escala, debe justificar que se han tenido en cuenta los criterios (a) y (b)²³. No es lo mismo que decir que para justificar una restricción en el casillero de grave, valen todos los argu-

²² Esta regla contiene un mandato de consideración negativo, «está prohibido aislar partes singulares de la obra de arte de su contexto e investigarlas por separadas (para determinar), si deben ser juzgadas como delitos», aplicado en el caso «*anachronistischer Zug '80*», BVerfGE 67, 213 (229) (CLÉRICO, 2001).

²³ «Cuándo se da una restricción de importancia del derecho de la personalidad que guarde proporción con la intensidad de la restricción a la libertad de arte? El Tribunal Constitucional Federal interpreta que la protección del honor adquiriría tanta mayor fuerza e importancia, cuanto más se relacione el derecho de la personalidad de forma relevante con otros principios y, en especial, con el de la dignidad humana (art. 11 LF). Así, en el caso «*Karikatur*» sostiene que: «(empero) en cuanto el derecho de la personalidad general, sea resultado directo de la dignidad humana, actúa como límite absoluto sin la posibilidad de una compensación de bienes» [BVerfGE 75, 369 (380)]. El caso trata sobre la siguiente pregunta: ¿es una condena penal por la publicación de varias caricaturas referidas al entonces ministro-presidente del estado *Baviera*, Strauss, que lo representaban como a un «cerdo en estado de copulación activa» y al poder judicial como receptor de esos actos una limitación excesiva a la libertad artística? La decisión judicial penal condenatoria fue interpretada por el Tribunal Constitucional Federal como una restricción intensiva a la libertad artística. Sin embargo, cuando controla el resultado y la justificación de la ponderación realizada, entre la intensidad de la restricción al derecho de la personalidad y las razones justificatorias provenientes de la realización de la libertad de arte, por el Tribunal Superior (de Hamburgo) que entendió previamente en la causa, confirma la prioridad condicionada en el caso de la protección del honor por sobre la libertad de arte. El tribunal preopinante consideró que las exageraciones son una característica estructural de la caricatura, que Strauß era una persona con vida pública y, por eso, más expuesto como un blanco para la crítica pública, también en forma de crítica satírica. Sin embargo, interpretó que esas representaciones artísticas sobrepasaron el límite de lo «soportable», pues perseguían «un ataque notorio a la dignidad personal del caricaturizado» e intentaban mostrar *al espectador, al lector*, que el caricaturizado poseía «declarada, típica, pronunciada naturaleza animal» y que se comportaba como tal. Y, además, que *esa representación de un comportamiento sexual, que debe ser atribuido al núcleo de su vida íntima, despoja al caricaturizado como humano*. El control de la ponderación realizada por el Tribunal Constitucional Federal debe ser criticada, justamente por no haber tenido en cuenta las *varias posibilidades de interpretación* de la expresión artística. De acuerdo con la aplicación de la regla que surge de lo resuelto en el caso «*anachronistischer Zug*», se da una violación de la libertad de arte –art. 5 III LF–, cuando de las varias posibilidades de interpretación de la obra, sólo se consideran como relevantes aquellas que son susceptibles de ser punibles (penalmente). No se encuentra en parte alguna de la sentencia en el caso «*Karikatur*» una consideración de la referida regla. Si la hubiera aplicado, habría tenido que concluir que las caricaturas admiten varias interpretaciones; aún más, que para muchos lectores las caricaturas bajo cuestión no trataban de ridiculizar la vida íntima del caricaturizado, ni de poner de relieve «*su declarada naturaleza animal*». Por el contrario, la intención del artista era problematizar las relaciones entre la justicia y el entonces candidato a canceller. Por lo menos, el Tribunal Federal Constitucional debió haberse podido imaginar unas tales interpretaciones, si es que tenía intención de aplicar los criterios que el mismo construyó referidos a la interpretación de las expresiones artísticas y de acuer-

mentos. Esto implica un avance en la reducción de la alegada indeterminación de la ponderación.

La consideración del peso y de la intensidad de restricción de los derechos en abstracto pretende determinar el tipo de razones que se exigen en concreto para dar por justificada o no la limitación al derecho. Así, por ejemplo, si se considera el peso abstracto alto de la libertad artística no basta con una restricción leve o con la mera posibilidad de una restricción de peso del derecho de la personalidad para justificar una restricción intensiva a la libertad de arte. En estos casos, la libertad de arte tiene una prioridad condicionada *prima facie* frente al derecho de la personalidad (en el sentido de protección del honor). Sólo razones de mucho peso podrían revertir la prioridad condicionada *prima facie* que habla a favor de la libertad de arte y frente al derecho de la personalidad (Clérico, 2001)²⁴. Nuevamente, esto implica un avance en la reducción de la alegada indeterminación de la ponderación.

Por cierto estas reglas orientadoras no determinan en todos los casos y en forma definitiva el resultado material del conflicto entre derechos en la etapa de la ponderación propiamente dicha, aunque en algunos casos sí lo hagan. Así en los casos en que se establecen precedencias *prima facie*, no sólo se reduce la indeterminación en términos procedimentales al determinar la carga y la fuerza de la argumentación, sino que además otorga una resolución definitiva en caso de empate —en este supuesto la previsibilidad es algo más que procedimental²⁵. En los otros casos, otorgan indicaciones a quienes quieren justificar una solución a un conflicto entre derechos. Están advertidos con anterioridad a la ponderación en concreto, que esos serán los marcos de discusión. Estas reglas orientadoras de la ponderación propia-

do con el peso abstracto alto que le atribuyó a la protección de la libertad artística en otras sentencias.

²⁴ Sobre la necesidad de reglas para estructurar el examen de proporcionalidad en sentido estricto, v. últimamente SCHAUER 2014: Por ejemplo, en relación con la colisión de la libertad de expresión y el derecho a la honra: «even recognizing that the losses on one side of the equation (or, if you must, balance) must be treated as more serious than the losses on the other, it may be useful to recognize, as a conceptual matter, the need for a rule (or, perhaps, principle) of weight to structure the inquiry» (p. 183, cursiva agregada). «One way of understanding proportionality analysis in the narrower sense I have just described is thus as imposing “rule of weight” on the process of evaluating competing interests. Of course, we evaluate competing obligations, duties, goals, interests, factors, and facts in numerous aspects of our decision making lives. And typically we do so by giving each relevant obligation, duty, goal, interest, factors, and fact the weight we think it deserves under the circumstances. But in some decision-making environments, various second-order rules prescribe the weight that these and other first-order considerations should receive. These are “rules of weight” and their use is relatively common, and even more so in the past, in the law of evidence in common law jurisdictions» (178).

²⁵ Agradezco a Federico De Fazio el haberme advertido sobre este punto.

mente dicha inyectan *previsibilidad*²⁶ a los lugares por donde pasará el proceso de justificación (Stone Sweet/Mathews, 2008; Clérico, 2001).

Por último, alguien podría preguntar, en qué medida esta propuesta sigue sosteniendo la ponderación propiamente dicha, por donde permean los argumentos que devienen de las circunstancias del conflicto de derechos en concreto. La orientación de la ponderación a reglas no evade el desafío argumentativo. Lo que viene dado argumentativamente (mandatos de consideración que hablan del peso abstracto y de la intensidad en abstracto de la restricción, satisfacción) es desafiado por las nuevas circunstancias del caso (peso concreto e intensidad de restricción en concreto). Al final del día no queda otra que argumentar. Por cierto, esto conecta con la tesis de Alexy sobre la teoría de la argumentación jurídica. La diferencia radica, sin embargo, en que sostengo que la discusión sobre la catalogación en los grados de intensidades de restricción/satisfacción de los derechos en las prácticas constitucionales está orientada por reglas. No se trata simplemente de dar piedra libre a la argumentación jurídica. Se gana en determinación si se pone el foco en la reconstrucción crítica de estas reglas que surgen de la práctica de resolución de conflictos de derechos (Clérico, 2001; cfr. López S., 2008:225)²⁷.

²⁶ La objeción de la imprevisibilidad supone la de indeterminación. Sostiene que en tanto la proporcionalidad no permite adelantar el resultado de los conflictos entre derechos inyecta inseguridad jurídica al sistema. Considero que las respuestas aquí ensayadas para debilitar la objeción de indeterminación conforman un pilar para responder a la de imprevisibilidad. No pretendí responder en este trabajo a la objeción de imprevisibilidad. Advierto, sin embargo, que es necesario discutir desde qué lugar se está realizando la objeción. Este trabajo implicaría desarrollar la siguiente hipótesis: Quién sostiene una prioridad definitiva del principio de mera previsibilidad, supone un paradigma del derecho muy cercano al Paradigma del Estado liberal-burgués (v. esta advertencia en, HELLER, 1983: 252, 254, 256, 291; HABERMAS, 1992) o al modelo de justicia 1 de B. de SOUSA SANTOS (2009), el juez como «mero aplicador» de normas fruto del desarrollo legislativo de la Constitución. Sin embargo, los Estados constitucionales de Derecho mediante el reconocimiento robusto de derechos, el reconocimiento del control de constitucionalidad (CARBONELL/GARCÍA JARAMILLO, 2010), entre otros, suponen lo que de Sousa Santos llama modelo 2 de justicia. En este modelo el juez actúa en los casos como controlador de la brecha (por acción u omisión) entre el derecho común y el derecho constitucional. El principio de la previsibilidad convive así con otros principios estructurantes del Estado Constitucional de Derecho, entre otros, el de igualdad material, el de autonomía. La mera previsibilidad es tensionada por el principio de exigibilidad judicial de los derechos reconocidos en las constituciones en forma robusta. Si la previsibilidad se interpreta en el sentido de una «seguridad jurídica dependiente de un procedimiento» (HABERMAS, 1992: 270; ATIENZA, 2001: 181,183), el examen de proporcionalidad puede facilitar un procedimiento de justificación, como se demostró en este trabajo, que en cuanto a su estructura puede determinarse con anterioridad y facilitar posibles resultados de las colisiones.

²⁷ En un trabajo reciente SCHAUER (2014: 184) sostiene: «But if *proportionality review* is, like the common law itself, to become more refined, detailed, and *rule-based as time progresses*, then the development of those structuring and discipline rules is only to be expected. Not all of those rules will be rules of weight, but rules of weight, with their compatriots burdens of proof and presumptions, can be expected to occupy pride of place» (cursiva agregada).

III. CONSIDERACIONES FINALES

1) La objeción de la indeterminación se logró debilitar por una doble entrada. Por un lado, la estrategia del deslinde en tres tiempos. Por el otro lado, por medio de la orientación de la ponderación por reglas. La estrategia de los tres tiempos demostró que no todo es ponderación en el examen de proporcionalidad. Recuperó los exámenes de idoneidad y necesidad que prefiguran la ponderación. Por lo demás, la estrategia tiene como clave a la reconstrucción de una red de reglas de la ponderación.

Alguien podría objetar la utilidad práctica de la reconstrucción de una *red de reglas-resultados de la ponderación* estructurada a través de las cadenas de relaciones de prioridad condicionadas, en tanto su reconstrucción es muy trabajosa y la fuerza de validez *prima facie* de estas cadenas es acotada. Y, en este sentido, no habría por qué esperar más de un orden de relaciones de prioridad en términos de *reglas-resultados de la ponderación* condicionadas. Justamente ahí radica su atractivo. Facilita información y argumentación acerca de la *historia del peso de un principio bajo determinadas condiciones y frente a principios colisionantes* (Clérico, 2001; Contiades/Fontiadou, 2012). En caso de que se den condiciones similares y su aplicación sea justificable, entonces ofrece una solución para la colisión. Y, en caso, de apartamiento de aplicación, muestra en qué sentido se debe justificar. Por ello, no sólo contribuye a reconstruir la historia de prioridad (o en su caso de preteridad) condicionada de los derechos, sino también contribuye a exigir publicidad en la justificación del peso concreto de los principios. Asimismo, en ambos sentidos, pre-estructura la argumentación en la ponderación en sentido estricto. Esta historia de prioridades y preteridades condicionadas no depende de las «circunstancias del caso concreto». Limita el acto de ponderar del operador jurídico porque le advierte –desde el comienzo de la argumentación– que hay criterios de relevancia que deben ser considerados. Con el tiempo se conforma una red de *reglas-resultados de las ponderaciones* que cumpla no sólo con una función de previsibilidad sino también de «descarga». ¿Por qué realizar una ponderación si la misma es justificadamente redundante? Y, lo es, si las circunstancias del *caso* que alberga una colisión, pueden ser subsumidas bajo el antecedente de una *regla-resultado de la ponderación* existente. Pero, aún más, la función de la descarga contribuye en el sentido advertido por K. Hesse (1995:127): se puede evitar el recurrir a los «valores» a través de la aplicación de un grupo estable de «puntos de vistas y reglas». Y, a su vez, esto se logra a través de una jurisprudencia constitucional relativamente continua. En este sentido, no es novedosa la posición de Schauer (2005:68) en cuanto sostiene –con cierta ironía– que la aplicación de los derechos por medio de la ponderación es una cuestión de inmadurez de la jurisprudencia europea. Cuando maduren, es decir,

cuando resuelven mayor cantidad de casos sobre conflictos entre derechos, obtendrán un mayor caudal de reglas. Así se acercarán a un sistema de aplicación de derechos estructurado por reglas como el sistema norteamericano. Schauer tiene en parte razón, respecto de las reglas que surgen como resultados de la ponderación y resuelven los conflictos de derecho sin ponderación²⁸. La diferencia es que el sistema de ponderación a la continental admite que hay casos no previstos, casos difíciles, que requieren ser resueltos por el examen de proporcionalidad por más «maduro» que sea el sistema.

2) Por fin, he tratado de sostener que la objeción de indeterminación contra la ponderación no puede responderse en forma suficiente a través de la formalización de la ponderación. Argumento que se logra una respuesta más convincente si se trabaja en forma reconstructiva en un registro más concreto de las prácticas constitucionales. Es decir, a través de la reconstrucción de reglas de la ponderación que orientan –en forma independiente a las circunstancias del caso concreto– la determinación del peso abstracto y de la intensidad de restricción de los derechos en conflicto. De esta forma mi propuesta es un *plaidoyer* por recuperar lo local de la ponderación que quedó opacado por la fascinación de lo «universal» de la ponderación que despierta a quienes trabajan en un registro más abstracto la ponderación desde la Teoría del Derecho o, incluso, desde el derecho comparado utilizando como método –en forma expresa o implícita– el funcionalismo equivalente con el afán de forzar similitudes sin percatarse en la riqueza de las diferencias²⁹.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ REGLA, J. (2000), *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel.
- ALCHOURRÓN y BULYGIN (1975), *Introducción a la metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires, Astrea.
- ALDAO, M. (2011), «La ponderación en el contexto del estado democrático de derecho: Del conflicto de intereses a la verificación de la vigencia de los derechos fundamentales», en Gustavo Beade y Laura Clérico (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Univ. Externado, pp. 467-484.
- ALEXY, R. (1978) *Theorie der juristischen Argumentation*, 3.^a ed., Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1991.
- (1994) *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1994.

²⁸ Cfr. SCHAUER 2014:184; y nota al pie 26 en este trabajo.

²⁹ BOMHOFF, J. (2008), quien explora los trabajos sobre proporcionalidad en el derecho comparado con la preocupación puesta en la falta de consideraciones sobre la pregunta sobre el método que se utiliza para realizar la comparación.

- (2003a), «Die Gewichtsformel», en Jickeli, J.; Kreutz, P.; Reuter, D., (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlin, de Gruyter, 771-792.
- (2003b), «On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison», en *Ratio Juris* 16, 433-449.
- (2010a), *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ad hoc.
- (2010b) «Two or Three?», en *ARSP*, n.º 119, pp. 9-18.
- (2011), «Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad (DFPP)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91 (2011), 11-29.
- ALEXY, R./BULYGIN, E. (2001), *La pretensión de corrección del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- ÁLVAREZ, Silvina, «Dilemas constitucionales, conflictos morales y soluciones jurídicas», en Zucca, Alvarez, Lariguet, Martínez Zorrilla (ed.), *Dilemas constitucionales. Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*, Marcial Pons, 2011.
- ARANGO, R. (2001), *Der Begriff der sozialen Grundrechte*, Baden-Baden: Nomos [en cast.: (2005), *El concepto de los derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis-Universidad Nacional de Colombia].
- ATIENZA, M. (2001), *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel.
- BARACK, A. (2012), *Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge. Cambridge University Press.
- BENVINDO, J. Z. (2010), *On The Limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism*. Heidelberg-New York, Springer.
- BEADE, G. (2011), «El carácter deontológico de la ponderación. Un análisis de las posiciones de Alexy y Dworkin en el caso de la Ley de Seguridad Aérea alemana», en Beade/Clérico, *Desafíos a la ponderación*, Bogotá.
- BERGMANN AVILA, H. (2007), *Theory of Legal Principles*, Berlin, Springer.
- BERNAL PULIDO, C. (2003), *El principio de la proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEC.
- (2006), «The Rationality of Balancing», en *ARSP* 92, 195-208.
- BERNAL y BUSTAMANTE (eds.) (2012), *On the Philosophy of Precedent*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2012, pp. 51-58.
- BILCHITZ, D. (2014), «Necessity and Proportionality: Towards a Balanced Approach», en Lazarus, McCrudden, Bowles, *Reasoning Rights. Comparative Judicial Engagement*, Oxford, Hart P., pp. 41-62.
- BOMHOFF, J. (2008), «Balancing, the Global and the Local: Judicial Balancing as a Problematic Topic in Comparative (Constitutional) Law», *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 31, n.º 2, 2008; y en TICOM Working Paper on Comparative and Transnational Law n.º 2008/5.
- BOROWSKI, M. (2013), «On Apples and Oranges», en *German Law Journal* 13.
- BUSTAMANTE, T. (2010) «Principles, Precedents and their Interplay in Legal Argumentation: How to Justify Analogies Between Cases», en *ARSP* 119, 2010, pp. 63-77.
- BULYGIN, E., (1993), «Alexy und das Richtigkeitsargument», en *Festschrift F. W. Krawietz*, 1993, 19-24.
- (2000), «Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality», *Ratio Juris* 13, 133-142.

- CARBONELL, M.; GARCÍA JARAMILLO, L. (2010) (ed.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta.
- CIANCIARDO, J. (2004), *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 1.ª ed., Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma.
- CLÉRICO, L., (2001) *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden, Nomos (CLÉRICO, L., 2009, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba,).
- (2007) «Verhältnismäßigkeitsgebot und Untermaßverbot», en Sieckmann (ed.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden, Alemania, Nomos. 2007. pp. 151-178 [CLÉRICO, L., «El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto», en Sieckmann, J. (ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales*. Colección Filosofía y Derecho. Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 169-205.]
- (2009), «Das Untermaßverbot und die Alternativitätsthese: einige Überlegungen aus der Perspektive des Gesundheitsrechts», en Clérico/Sieckmann (ed.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation. Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden, Alemania, Nomos, pp. 151-164 [CLÉRICO, L., «Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad», en Clérico, Sieckmann, Oliver Lalana (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Ed. Comares, 2011, pp. 177-198.]
- (2011), «Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Revista de Estado Constitucional*, 2011, n.º 3, Lima, Perú. y en CAPALDO/SIECKMANN/CLÉRICO, *Internacionalización del Derecho Constitucional; Constitucionalización del Derecho Internacional*, EUDEBA, Buenos Aires, 2012.
- (2012) «Sobre casos y ponderación. Los modelos de Alexy y Moreso, ¿más similitudes que diferencias?», *Isonomía*; México, 2012, pp. 113-146.
- CONTIADES, X./ FOTIADOU, A. (2012), «Social rights in the age of proportionality: Global economic crisis and constitutional litigation», *Int J Constitutional Law*. 2012; 10:660-686.
- DECHSLING, R. (1989), *Das Verhältnismäßigkeitsgebot: eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns*, Munich.
- DE FAZIO, F., (2014), «Sistemas Normativos y conflictos constitucionales: ¿es posible aplicar derechos fundamentales sin ponderar?», *Isonomía*: ITAM, n.º 40, abril 2014, México D. F.
- DE SILVA, V. (2011) «Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing, and Rational Decision», 31, *Oxford Journal of Legal Studies*, p. 276.
- DE SOUSA SANTOS, B. (2009), *Sociología crítica de la justicia*.
- FLORIAN, F. J. L. (2013), «La eficacia de los derechos sociales entre particulares. Fundamento y posibilidades», en *Pensamiento Constitucional* n.º 18, 2013, pp. 403-428.
- GAIDO, P., (2011), *Las pretensiones normativas del derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- GUIBOURG, R. (2010), «On Alexy's Weighing Formula», en J. Sieckmann (ed.), «Legal Reasoning: The Methods of Balancing», *ARSP*. 124, 145-159.
- HABERMAS, J. (1992), *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, (Habermas, J., 1998, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta.).

- HELLER, H. (1983) *Staatslehre*, Tübingen.
- HESSE, K. (1995) *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1995, p. 127.
- JANSEN, N. (1997), «Die Abwägung von Grundrechten», en *Der Staat* 36, 27-54.
- HIRSCHBERG, L. (1981), *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Göttingen.
- KLATT, M./SCHMIDT J. (2010), *Spielräume im öffentlichen Recht*, Tübingen, Mohr, 2010.
- KLATT M./ MEISTER M. (2012), «Proportionality-a benefit to human rights? Remarks on the I-CON controversy», *Int J Constitutional Law*. 2012; 10:687-708.
- KYRITSIS, D. (2014), «Whatever Works: Proportionality as a Constitutional Doctrine», *Oxford J Legal Studies January* 13.
- LOPERA MESA, G. (2006), *Principio de proporcionalidad*, Madrid, CEC.
- LÓPEZ S., H. (2008), «Ponderación y sus límites: algunas consideraciones sistémicas», en Montealegre (coord.), *La ponderación en el derecho*, Bogotá, Ed. Univ. del Extern., pp. 205-227
- MARTÍNEZ ZORRILLA (2007), *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Barcelona, Marcial Pons.
- MÖLLER, K. (2007), «Balancing and the structure of constitutional rights», *I-CON*, 5, 3, 2007, 453-468 (versión en español en BEADE/CLÉRICO, *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011).
- (2012), *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- MORESO, J. (2012), «Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights», *Ratio Juris*, 25, 2012, pp. 31-46.
- (2010), «Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos», en *ARBOR, Ciencia, Pensamiento y Cultura*, septiembre-octubre, 2010, pp. 821-832.
- (2006), «Dos concepciones de la aplicación de las normas fundamentales», en *Revista Direito GV*, jul.-dic. 2006, pp. 13-30, 18.
- OLIVER LALANA, D. (2006), «Argumentación parlamentaria y legitimidad de las leyes», en Cardinaux, Clérico, D'Auria (coords.), *Las razones de la producción del derecho: argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de jueces*, Facultad de Derecho, UBA, pp. 139-166
- ORENESU, C. (2012), *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Madrid, Marcial Pons.
- OSSENBÜHL, FRITZ (1995), «Abwägung im Verfassungsrecht», *Deutsche Verwaltungsblatt*, 1995, 905.
- PONOMARENKO, I. (2013), «Proper Proportions of Law: Justifying Democratic Credentials of Proportionality Analysis in Constitutional Adjudication.» Vancouver, en <http://hdl.handle.net/2429/45345>
- POU GIMÉNEZ, F. (2014), «Libertad de expresión y discurso homofóbico en México: ¿es correcta la teoría constitucional de la Suprema Corte?», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 140, pp. 585-616.
- RONCONI, L. (2012), «Derecho a la salud: un modelo para la determinación de los contenidos mínimos y periféricos». *Salud colectiva*. 2012, vol. 8, n.º 2.
- RUIZ MANERO, J. (2012) «A propósito de un último texto de Luigi Ferrajoli. Una nota sobre reglas, principios, “soluciones en abstracto” y “ponderaciones equitativas”», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35 pp. 819-832.

- SARTOR, G. (2012) «Defeasibility in legal reasoning», en Jordi Ferrer Beltrán & Giovanni Battista Ratti (eds.), *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*. Oxford University Press, 2012.
- SCHAUER, F. (2014), «Proportionality and the Question of Weight», en HUSCROFT; MILLER, WEBBER, *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 173-185.
- (2009), «Balancing, Subsumption and the Constraining Role of Legal Text», en Matthias Klatt, ed., *Rights, Law, and Morality: Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press.
- (2005) «Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture», en Nolte Georg (ed.), *European and US Constitutionalism*, 49, 2005, p. 68.
- SCHLINK, B. (1976), *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlín.
- (2001), «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», en P. Badura/H. Dreier (ed.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, t. 2, Tübinga, Mohr.
- SIECKMANN, J.-R., (1995a), «Zur Struktur und Begründung von Abwägungsurteilen», en *Rechtstheorie* 26, 45-69 (trad. cast. en *El modelo de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- (1997), «Richtigkeit und Objektivität im Prinzipienmodell», en *ARSP* 83, 14-37 (trad. cast. en *El modelo de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- (2002), «Grundrechtliche Abwägung als Rechtsanwendung», en *Der Staat* 41, 385-405.
- (2006), *El modelo de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- (2010), «Balancing, Optimisation, and Alexy's "Weight Formula"», en J. Sieckmann (ed.), «Legal Reasoning: The Methods of Balancing», *ARSP*, Beih. 124, 103-119.
- (2014), *La Teoría del Derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- STONE SWEET, A.; MATHEWS, J. (2008), «Proportionality Balancing and Global Constitutionalism», en *Columbia Journal of Transnational Law* 47, 2008, pp. 72-164.
- STÜCK, H. (1998), «Subsumtion und Abwägung», *ARSP* 84, pp. 405-419.
- TEIFKE, N. (2011), *Das Prinzip Menschenwürde*, Tübingen, Mohr Siebeck.
- TOLLER; FERNÁNDEZ SANTANDER; D'ELÍA (2012), «Enfrentar o conjugar. Las metodologías de análisis de la Corte Suprema y una nueva visita al problema de la vacunación obligatoria», *Jurisprudencia Argentina*, 2012/08/01-67.
- TSAKYRAKIS, S. (2010), «Proportionality: An assault on human rights?» 7:3 *Int J Constitutional Law* 468, 469.
- URBINA, F. J. (2014), «Is it Really That Easy? A Critique of Proportionality and "Balancing as Reasoning"», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. XXVII, n.º 1, pp. 167-192.
- YI, Z., (1998), *Das Gebot der Verhältnismäßigkeit in der grundrechtlichen Argumentation*, Frankfurt/Main.
- ZUCCA, ÁLVAREZ, LARIGUET, MARTÍNEZ ZORRILLA (ed.) (2011), *Dilemas constitucionales. Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*, Marcial Pons.

Fecha de recepción: 30/06/2014. Fecha de aceptación: 31/10/2014.

II

ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

Derecho de evasión y principio de humanidad:
Notas de Francisco Suárez sobre la obligación
penal y la fuga de presos

*Right to Escape and Principle of Humanity:
Francisco Suárez on Obligation in Penal Law
and the Escape from Prison*

Por LUIS CARLOS AMEZÚA AMEZÚA
Universidad de Valladolid

RESUMEN

A comienzos de la Edad Moderna, el teólogo Francisco Suárez admite la legitimidad de la fuga en el supuesto de durísimas condenas o si la cárcel fuese demasiado insalubre, porque el privilegio de la vida es máximo. Las leyes que castigan el quebrantamiento de condena son leyes puramente penales. La doctrina de las leyes pura o meramente penales no solo fue la versión embrionaria del tratamiento jurídico de la conciencia sino una manera de consolidar al poder soberano porque se está justificando que la legitimidad del mismo no depende en todos los casos de la efectividad de sus normas.

Palabras clave: Suárez, leyes meramente penales, castigo, derecho de fuga, principio de humanidad, derechos humanos, estado de necesidad.

ABSTRACT

In the Early Modern Age the theologian Francisco Suárez admits the legitimacy of the escape from prison when the penalties are very harsh or if the prison was too unhealthy, for the privilege of living is highest. The laws that punish evasion are purely penal laws. The doctrine of purely penal laws was not only the embryonic version of the legal treatment of conscience but a way to consolidate the sovereign power because it is justifying the legitimacy of that not in all cases depends on the effectiveness of its rules.

Key words: Suárez, purely penal laws, punishment, right to escape, principle of humanity, human rights, defense of necessity.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.-2. EL DERECHO PENAL DE LA EDAD MODERNA.-3. SUÁREZ, LAS LEYES Y LAS PENAS. 3.1 *Penas muy graves: la pena de muerte.* 3.2. *Penas de destierro, cárcel y flagelación.* 3.3 *La pena de galeras.* 3.4 *Una valoración retrospectiva.*-4. LEYES «PURAMENTE PENALES».-5. CONCLUSIÓN: NATURALEZA HUMANA, PERMISOS Y ESTADOS DE NECESIDAD.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.-2. CRIMINAL LAW IN THE EARLY MODERN PERIOD.-3. SUÁREZ, LAWS AND PENALTIES. 3.1 *Very severe punishment: the death-penalty.* 3.2 *Banishment, imprisonment, and flogging.* 3.3 *Sentence to Galley.* 3.4 *A retrospective Evaluation.*-4. PURELY PENAL LAWS.-5. CONCLUSION: HUMAN NATURE, PERMISSIONS, AND DEFENSE.

1. INTRODUCCIÓN

Por una vía extraña para nuestras mentalidades actuales se abre paso en los siglos modernos lo que parece ser el reconocimiento excepcional del criterio de humanidad en la ejecución penal.

Queremos indagar sobre la posible anticipación del reconocimiento del principio de humanidad en el pensamiento de Francisco Suárez, como paradigma de una versión ontologista del derecho. Este objetivo se hace necesario porque los juristas de la edad moderna, sobre todo los canonistas y aún más los teólogos reconocían a los prisioneros un derecho natural de escaparse, un *ius fugiendi*, cuando su vida estuviese en peligro. Ese pretendido derecho de fuga era consecuencia del reconocimiento de la vida como un don divino indisponible y de la

tendencia innata de todos los seres creados a conservar la existencia. Sin embargo Suárez califica a las leyes que sancionan las fugas de la cárcel como leyes puramente penales, lo cual suponía en apariencia rebajar la importancia de la evasión porque esa conducta del preso que incumple la condena no era considerada por el teólogo como una conducta pecaminosa y, por lo tanto, en el foro de la conciencia no habría pecado ni culpa.

Suárez admite el derecho de fuga cuando la vida del preso esté en peligro, ya sea porque hubiera sido condenado a la pena de muerte o porque las condiciones de cumplimiento de otras penas corporales fueran tan incómodas que sobrepasaran el máximo de lo tolerable desde la perspectiva de una pena justa. La colisión entre el deber de cumplir la pena y el derecho de fuga plantea la cuestión de congruencia que intenta solucionar el autor incorporando lo que llama el beneficio o privilegio de la vida. Esto hace posible interpretar ese supuesto derecho natural de fuga en clave suareciana como un permiso que incorpora estados de necesidad justificantes en la dimensión moral y que podrían también tener repercusiones jurídicas. A pesar de la proximidad terminológica con algunas categorías jurídicas posteriores y de que Suárez contribuyera en gran medida a la futura difusión del sentido del derecho como facultad o intensificase la fundamentación contractualista del poder político, es innecesario presentarlo como precursor de los derechos humanos individuales ni del reconocimiento embrionario del principio de humanidad penal en sentido estricto. Suárez carecía de la herramienta normativa de los derechos humanos, no argumentaba con ellos ni siquiera los necesitaba para solucionar problemas de justicia material. Para él la finalidad primordial de la comunidad política y del derecho es mantener el contexto moral y social adecuado para fomentar el bien común; solo de manera indirecta, en cuanto el orden político y las leyes cumplan su función, obtienen beneficio también los individuos¹.

Promovemos la comprensión de aspectos fundamentales de una tradición clásica de pensamiento iusnaturalista a partir del análisis de institutos peculiares que pueden aproximarlos a otras preocupaciones más

¹ En este sentido, algunos modernos suaristas como John Patrick Doyle han destacado la contribución de Suárez a la «infraestructura» de los derechos humanos, pero esto no ha de entenderse en sentido liberal pues lo mezclan con la existencia de los derechos de las repúblicas o estados (derecho y obligación de existir, derecho a la autodefensa, a defender su honor, su territorio, derecho a defender a personas inocentes). *Vid.* DOYLE, J. P., «Suárez on Human Rights», en *id.*, *Collected Studies on Francisco Suárez, S. J. (1548-1617)*, editados por Víctor M. Salas, Leuven, Leuven University Press, 2010, pp. 333-356, en pp. 346-347. Steven J. Brust interpreta los derechos humanos conforme a la tradición católica de la ley natural, precisamente como había intentado Suárez, para quien los derechos son secundarios respecto de la verdad. *Vid.* BRUST, S. J., «Retrieving a catholic tradition of subjective natural rights from the late scholastic Francisco Suárez, S. J.», *Ave Maria Law Review*, vol. 10/2, 2012, pp. 343-363.

actuales, en esta ocasión al reconocimiento de la dignidad de las personas y el respeto de los derechos de los presos a un trato humano.

Para ello comenzaremos por comparar brevemente las características del sistema jurídico penal ilustrado con el modelo del Antiguo Régimen, mostrando la diferencia profunda entre ambos, aun cuando aparezcan rasgos esporádicos de legalidad penal también en la primera edad moderna y con anterioridad. A continuación centramos el análisis de la obligación moral de cumplimiento de las leyes penales en la doctrina de Francisco Suárez, siguiendo algunas de sus reflexiones sobre modalidades penales especialmente graves. Al hilo de los comentarios de Suárez aparece el reconocimiento del *ius fugiendi* o derecho de fuga de los presos cuando la pena que les haya sido justamente impuesta, sin embargo, se ejecuta en condiciones inhumanas que hacen presumir que el preso va a perder la vida. Por nuestra parte, interpretamos ese pretendido derecho natural de fuga utilizando la propia terminología suareciana como un permiso o tolerancia que no es en rigor un derecho sino que quiere recoger las circunstancias excepcionales que eximen de culpa en el foro interno de la conciencia, aunque no eximen del castigo por la evasión. Concluimos señalando alguna constante antropológica que ha de tenerse en cuenta también en nuestros días, en los que reaparecen modalidades punitivas que parecían superadas y que reciben demasiado soporte social. Lo cual refleja la desazón y los miedos que amenazan con apoderarse de nuestro mundo hipermoderno, donde jamás deberíamos perder el respeto por la débil condición de las personas, sea cual sea su procedencia geográfica o cultural y su condición social.

2. EL DERECHO PENAL DE LA EDAD MODERNA

Está casi por completo asumido que la humanización de las penas se desarrolla sistemáticamente a raíz de la publicación por Cesare Beccaria en 1764 de su tratado *Dei delitti e delle pene*, iniciador de las bases para desarrollar una política criminal humanista. Aunque ello no se entiende sin la profunda aportación previa del pensamiento cristiano y del impulso del humanismo renacentista, siendo rigurosos tendríamos que considerar que hasta ese momento no habría existido una transformación ideológica que abogara por la incorporación a los sistemas jurídicos europeos de los principios de legalidad en sentido estricto ni los de culpabilidad, proporcionalidad y humanidad. Todos ellos están vinculados a la afirmación central de la dignidad de la persona, una de cuyas materializaciones será el principio de humanidad en Derecho penal. Es difícil considerar su existencia antes de que se reivindicquen la proscripción de la tortura y cualesquiera tratos crueles, inhumanos y degradantes, la abolición de la pena de muerte y de las penas corporales. El desarrollo del mismo supone ahondar en las fun-

ciones rehabilitadoras de la pena y, todavía avanzando más en el tiempo, prestar atención a las víctimas².

Esto no se concreta antes de la difusión de las ideas ilustradas y la construcción institucional del Estado de Derecho. Sin embargo, para reconocer hitos potenciales del pensamiento filosófico jurídico a través del curso histórico tenemos que explorar elementos que podrían asemejarse a un cierto principio de legalidad penal, entendido con laxitud; para ello hemos de analizar sin prejuicio contextos pretéritos con sus particulares esquemas argumentativos y terminologías que, si respondían a problemas permanentes de la sociedad humana, quizás hayan subsistido en mayor medida de lo que suponemos, aunque hayan sido en apariencia reformulados utilizando la gramática de la dignidad y los derechos humanos³.

Durante el Antiguo Régimen se fueron incorporando en las diversas fuentes normativas enunciados de hechos considerados como infracciones o delitos, una manera de reconocer una cierta tipicidad penal embrionaria; ahora bien, por entonces aún había una descripción fragmentada de los tipos penales y cabía la discrecionalidad ejemplarizante para el caso de delitos atroces⁴. Como indica Prieto Sanchís, en la Ilustración la innovación determinante se centra en pos-

² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «El principio de humanidad en Derecho Penal», *Eguzkilore*, núm. 23, 2009, pp. 209-225; id., «The Principle of Humanity in Penal Law», *Revue Internationale de Droit Penal*, vol. 82, 2011, pp. 457-476; ROXIN, C., «Sentido y límites de la pena estatal», en *Problemas básicos del Derecho Penal*, trad. D.-M. Luzón Peña, Madrid, Reus, 1976, pp. 11-36; TORÍO LÓPEZ, A., «La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes», *Poder Judicial*, 4, 1986, pp. 69-82; ZAFFARONI, E. R., «Humanitas en el derecho penal», *Cahiers de defense sociale. Pour une Politique Criminelle Humaniste*, n.º 37, 2011-2012, pp. 7-24; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Fundamentos de Derecho penal*, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, pp. 254 ss.

³ Esto supone retroceder algo más allá de la Ilustración, de donde parte por ejemplo Joachim Hruschka, a quien parafraseo en esta ocasión, para mostrar algunas raíces de «nuestro propio lenguaje y la perspectiva teórica a él vinculada» que están en deuda con la filosofía práctica de aquel periodo. Cfr. HRUSCHKA, J., «Causas de justificación y causas de exculpación: la tabla de Carnéades en Gentz y en Kant», *Anuario de Derecho Penal*, T. 57, 2004, pp. 5-17, la cita en la conclusión al final.

⁴ ALONSO ROMERO, M. P., *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982, pp. 302-309 (sobre delitos atroces); ÁLVAREZ CORA, E., «Tipicidad y fragmentariedad criminal en la España moderna», *Cuadernos de Historia del Derecho*, núm. 20, 2013, pp. 207-233; DE LAS HERAS SANTOS, J. L., *La justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1991; HESPANHA, A. M., «De iustitia a disciplina», en íd., *La gracia del Derecho. Economía de la cultura en la edad moderna*, trad. A. Cañellas Haurie, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 203-273; RAMOS VÁZQUEZ, I., «La represión de los delitos atroces en el Derecho castellano de la edad moderna», *Revista de Estudios Histórico-jurídicos*, núm. 26, 2004, pp. 255-299; THÉRY, J., «Atrocités/enormités. Pour une histoire de la catégorie de “crime énorme” du Moyen Age à l’époque moderne», *Clio@Themis. Revue électronique d’histoire du droit*, n. 4, 2011, pp. 1-76 “halshs-00656685”; TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid, Tecnos, 1969; VILLALBA PÉREZ, E., *La administración de la justicia penal en Castilla y en la Corte a*

tular una estricta legalidad que no meramente impone al juzgador el deber inexcusable de someterse a la ley para determinar la existencia de comportamientos punibles sino que «*implica un requerimiento al propio legislador a fin de que las prescripciones penales sean precisas, claras y dotadas de una denotación empírica taxativa*»⁵.

Es verdad que desde siglos atrás había pretensiones de suprimir la pluralidad de autoridades normativas y que teóricamente al menos desde Bodino se construye el poder supremo circunscribiendo la potestad penal a la autoridad pública. El *ius puniendi* es una marca de la soberanía, que suprime la autotutela y la venganza privada, con la salvedad de los supuestos de legítima defensa y estados de necesidad. Los castigos se aplican por una autoridad pública, en efecto, pero no sólo perviven de manera residual las excusas doctrinales comprensivas con los duelos sino que todavía se deja la resolución de los conflictos y la gestión de la disciplina social a otras instancias, como la familia, las comunidades locales o a la intervención de los clérigos.

Durante la larga etapa de predominio del *ius commune* fue produciéndose también una cierta solidificación del principio de culpabilidad en cuanto que la pena estricta requiere acreditar la responsabilidad individual; sin embargo, se admite una extensión de las consecuencias penales a otros sujetos inculpables por una causa justificada. Esto suponía extender a los familiares del condenado un castigo que sufrían sin haber tenido participación en el delito: confiscación de bienes, la tacha de infamia, restricción del acceso a oficios y beneficios públicos. Se consideraba que ellos no sufrían una pena como tal sino simples perjuicios o incomodidades. Esta imposición de castigos desprendidos de la culpabilidad personal supone, en realidad, complementar una visión retribucionista de la penalidad (en la cual es ineludible la conexión de la pena con la culpabilidad personal) con algunos aspectos que consideran su funcionalidad ejemplarizadora y muestra los peligros para la libertad personal de fundamentar la represión penal en criterios utilitaristas⁶.

Se reiteraba también durante los siglos XVI y XVII la necesidad de que el juez se atuviera a las leyes (el juez no puede conmutar las penas ni imponerlas a su arbitrio), pero en la práctica el juez tenía gran dis-

comienzos del siglo XVII, Madrid, Actas, 1993; WEISSER, M. R., *Crime and punishment in early modern Europe*, 2.^a ed., Brighton, Harvester Press, 1982.

⁵ PRIETO SANCHÍS, L., «La filosofía penal de la Ilustración española», en Arroyo Zapatero, L. y Berdugo Gómez de la Torre, I. (Dirs.), *Homenaje al Doctor Marino Barbero Santos in memoriam*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, Universidad de Salamanca, 2001, p. 493.

⁶ El carácter consecuencialista del utilitarismo ha dado lugar a fuertes ataques desde enfoques deontológicos y a correlativas estrategias de defensa, como señala con brevedad BETEGÓN, J., «Confianza y justicia penal», en Betegón, J. y De Parámo, J. R. (Coordinadores), *Derecho, confianza y democracia*, Albacete, Bomarzo, 2013, pp. 86-87; BELLOSO MARTÍN, N., «Filosofía de la pena: entre el Derecho y la moral», *Persona y Derecho*, vol. 41, 1999, pp. 527-578, esp. pp. 561 ss.

crecionalidad⁷. No hay estricta separación de poderes pues el soberano se entromete en todos los ámbitos de la acción política, acaparando las esferas de gobierno, legislación y jurisdicción⁸. Se admiten las penas arbitrarias y enormes en los casos de delitos atroces, para que sirvan de escarmiento y amedrenten a la población; no se cuestiona la justificación del tormento ni por su crueldad ni como un medio de alcanzar la verdad procesal, ni se cuestiona seriamente la ineficacia del sistema punitivo, ni la frecuente desproporción entre los delitos y las penas⁹.

Por lo tanto, no podemos avizorar nuevos tiempos para el sistema jurídico penal hasta que Beccaria recogiera el espíritu de esas ideas racionalistas, filantrópicas y secularizadoras en su célebre panfleto, que señala el momento inicial para la demolición del derecho penal del Antiguo Régimen y el advenimiento de proyectos de reforma ilustrados:

«Para que toda pena no sea violencia de uno, o de muchos, contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser pública, pronta,

⁷ CASTILLO DE BOBADILLA, J., *Política para corregidores* (1597), lib. 2, cap. 10, n. 9-33 (Madrid, Joaquín Ibarra, 1759, tomo 1, pp. 368-375). En este capítulo décimo, sobre el juicio de albedrío, describe los graves inconvenientes de la fuerte discrecionalidad judicial. El autor lo conocía muy bien por su condición de jurista práctico, como fiscal de la Chancillería de Valladolid que escribió este importante tratado para solucionar los problemas prácticos a partir de su propia experiencia. Para acoger una perspectiva más amplia sobre el arbitrio moderador del rigor, *vid.* SCHNAPPER, B., «Les peines arbitraires du XIIIe au XVIIIe siècle (Doctrines savantes et usages français)», *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, vol. 41/2, 1973, pp. 237-277 y vol. 42/1, 1974, pp. 81-112; ORTEGO GIL, P., «Notas sobre el arbitrio judicial *usque ad mortem* en el Antiguo Régimen», *Cuadernos de Historia del derecho*, Vol. Extr., 2004, pp. 211-233, matizando que el arbitrio estaba sometido a principios esenciales de larga tradición jurídica y proyectaba la equidad a cada hecho delictivo individualizado.

⁸ En cambio, existen desde hace tiempo intentos serios de mostrar las raíces históricas del estado de derecho y que en el Estado moderno existió una administración que actuó regladamente. Véanse, por ejemplo: ARIÑO ORTIZ, G., «Derechos del Rey, Derechos del Pueblo (Apuntes para la configuración histórica del principio de materias reservadas)», en *Actas del II Symposium. Historia de la Administración*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1971, pp. 37-93; GALLEGO ANABITARTE, A., *Administración y jueces: gubernativo y contencioso*, Madrid, IEA, 1971; NIETO, A., «El Derecho como límite del poder en la Edad Media», *Revista de Administración Pública*, núm. 91, 1980, pp. 7-73; VILLAPALOS, G., «Los recursos en materia administrativa en Indias en los siglos XVI y XVII (notas para su estudio)», *AHDE*, núm. 46, 1976, pp. 5-76.

⁹ Hay una excelente exposición de las características de la penalidad en el Antiguo Régimen en los artículos de PRIETO SANCHÍS, L., *op. cit.*, pp. 489-510; Peces-Barba Martínez, G., y Fernández García, E. (Dir.), *Historia de los Derechos Fundamentales. tomo I: Tránsito a la modernidad. Siglos XVI y XVII*, Madrid, Dykinson, 1998, cap. 4: «La humanización del Derecho penal y procesal en los siglos XVI y XVII», elaborados por SEGURA ORTEGA, M., «La situación del Derecho penal y procesal en los siglos XVI y XVII» (*ibid.*, pp. 457-483) y BETEGÓN CARRILLO, J., «Los precedentes intelectuales de la humanización del Derecho penal y procesal en los siglos XVI y XVII» (*ibid.*, pp. 483-502); PELAYO, A., «La humanización del Derecho penal y procesal. Razón y sensibilidad», *Derechos y libertades*, núm. 7, 1999, pp. 253-280.

necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos, dictada por las Leyes»¹⁰.

Así que las equiparaciones entre periodos históricos deben hacerse con cautela y evitar homologías improcedentes tanto como antagonismos infundados. Hay que intentar no confundirse con el hecho de que hubiera también importantes desarrollos doctrinales del principio de legalidad en la tradición jurídica del derecho común y en la filosofía pre-ilustrada.

Entre los filósofos destacaron los llamados teólogos-juristas de la Segunda Escolástica o clásicos hispanos de la filosofía del Derecho¹¹, denominación más comprensiva que la de «Escuela de Salamanca» en cuanto evita polémicas sobre la delimitación de los componentes y alcance de esa escuela¹². Están en general identificados con el tomismo a través de la enseñanza de Francisco de Vitoria o de sus discípulos y se caracterizan por la orientación práctica de su esfuerzo intelectual y el ejercicio de la racionalidad discursiva¹³. Se ocuparon con el bagaje de la teología y del derecho de problemas acuciantes en la época: la libertad de arbitrio, la influencia de la gracia divina en la libertad humana, el probabilismo en asuntos morales y políticos, la potestad de la Iglesia frente al poder secular, la justificación de la ocupación del Nuevo Mundo, las relaciones entre pueblos a través del derecho de gentes. El derecho y la justicia son objeto de conocimiento para los teólogos¹⁴.

¹⁰ BECCARIA, *Tratado de los delitos y de las penas*, trad. Juan Antonio de las Casas, 1774. Edición facsimilar, Madrid, Ministerio de Justicia y Ministerio de Cultura, 1993, p. 255.

¹¹ OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, A., «La escuela española del derecho natural. Introducción a su estudio», en *XIV Jornadas de Filosofía Jurídica y Social. Problemática actual de la Historia de la Filosofía del Derecho española*, vol. 2, Universidad de Santiago de Compostela, 1994, pp. 127-138; PÉREZ LUÑO, A. E., «Los clásicos iusnaturalistas españoles», en Peces-Barba Martínez, G., y Fernández García, E. (Dir.), *op. cit.*, pp. 505-569.

¹² ANXO PENA, M. A., *La Escuela de Salamanca*, Madrid, BAC, 2009; BARRIENTOS GARCÍA, J., «La Escuela de Salamanca: desarrollo y caracteres», *La Ciudad de Dios*, vol. 208, núm. 2-3, 1995, pp. 1041-79; BELDA PLANS, J., *La Escuela de Salamanca y la renovación de la teología en el siglo XVI*, Madrid, BAC, 2000, pp. 147 ss.; RODRÍGUEZ MOLINERO, M., «Legitimación del derecho, emanado del poder, según los Maestros de la Escuela de Salamanca», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 16, 1976, pp. 111-128; ZORROZA, M. I., «Hacia una delimitación de la Escuela de Salamanca», *Revista Empresa y humanismo*, vol. 16, 2013, pp. 53-72.

¹³ PÉREZ LUÑO, A.-E., «Los clásicos españoles del Derecho natural y la rehabilitación de la Razón práctica», *Doxa*, núm. 12, 1992, pp. 313-323; SPECHT, R., «Derecho natural español. Clasicismo y modernidad», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 7, 1990, pp. 343-354; DECOCK, W., «From Law to Paradise: Confessional Catholicism and Legal Scholarship», *Rechtsgeschichte*, núm. 18, 2011, pp. 12-34.

¹⁴ VITORIA, F., *Sobre el poder civil*, introducción (edición de L. Frayle Delgado, Madrid, Tecnos, 1998, p. 5): «El oficio del teólogo y su campo de investigación es tan vasto que ningún tema, ninguna discusión, ningún asunto parecen ser ajenos a su profesión ni a su estudio». Lo mismo escribirá Francisco Suárez en el Prólogo del tratado sobre las leyes (SUÁREZ, F., *De legibus I. De natura legis*, edición crítica bilingüe por L. Pereña y otros Madrid, CSIC, 1971; CHP vol. 11, p. 3): «Pues bien, toda

Entre ellos figuran Alfonso de Castro, Diego de Covarrubias, Martín de Azpilcueta, Domingo de Soto, Luis de Molina, Francisco Suárez, por solo mentar unos pocos entre el conjunto de maestros que reflexionaron sobre las leyes penales.

Aunque no ha sido frecuente ocuparse de las doctrinas jurídico penales de los escolásticos hispanos, tenemos algunos estudios relativamente cercanos que muestran lo provechoso que puede resultar para la ciencia jurídica este tipo de enfoques de historia de las ideas¹⁵. El esfuerzo de aproximación supera la pretensión de erudición porque algún investigador conecta la actual extensión de la responsabilidad penal a las personas jurídicas con la aplicación en épocas pasadas de sanciones a individuos inocentes por causa de una responsabilidad colectiva basada en la causa de utilidad pública y no en la culpa¹⁶.

vez que este camino de salvación radica en las acciones libres y en la rectitud de las costumbres, rectitud moral que depende en gran medida de la ley como regla de la conducta humana, de ahí que el estudio de las leyes afecte a gran parte de la teología y que, al ocuparse ésta de las leyes, no haga otra cosa que contemplar a Dios mismo como legislador».

¹⁵ CRUZ CRUZ, J. (ed.), *Delito y pena en el Siglo de Oro*, Pamplona, Eunsa, 2010 (recoge una decena de colaboraciones acerca del sentido de la pena en Vitoria, Soto, Fray Luis, Alfonso de Castro, Gabriel Vázquez, Suárez, Tomás de Mercado y Bartolomé de Albornoz); GRUNERT, F., «Theologien der Strafe. Zur Straftheorie von Thomas von Aquin und ihrer Rezeption in der spanischen Spätscholastik: das Beispiel Francisco de Vitoria», en Schlosser, H. und Wiloweit, D. (Hrsgs.), *Neue Wege strafrechtsgeschichtlicher Forschung*, Köln, Böhlau, 1999, pp. 313-332; Id., «Punienda ergo sunt maleficia. Zur Kompetenz des öffentlichen Strafens in der Spanischen Spätscholastik», en Grunert, F. und Seelmann, K. (Hrsgs.), *Die Ordnung der Praxis. Neue Studien zur Spanischen Spätscholastik*, Tübingen, Niemeyer, 2001, pp. 313-332; id., «Die Unterscheidung zwischen delictum publicum und delictum privatum in der spanischen Spätscholastik», en Schlosser, H./ Sprandel, R./ Willoweit, D. (Eds.), *Herrschaftliches Strafen seit dem Hochmittelalter. Formen und Entwicklungsstufen*, Köln, Böhlau, 2002, pp. 421-438; id., «Strafe als Pflicht. Zur Straflehre von Francisco Suárez (DL V)», en Bach, O./Brieskorn, N./Stiening, G. (Editores), «*Auctoritas omnium legum*». Francisco Suárez' *De legibus zwischen Theologie, Philosophie und Jurisprudenz*, Stuttgart-Bad Cannstatt, Frommann-Holzboog, 2013, pp. 255-266; HÖPFL, H., *Jesuit Political Thought: the Society of Jesus and the State, c. 1540-1630*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 217-223 (sobre la fundamentación del castigo y la pena de muerte); HÜNING, D., «Die Begründung des ius puniendi in der Naturrechtslehre des 17. Jahrhunderts», en Kesper-Biermann, S. und Klieppel, D. (Hrsg. v.), *Kriminalität in Mittelalter und Früher Neuzeit*, Wiesbaden, Harrassowitz, 2007, pp. 77 ss.; IGLESIAS RÍO, M. A., *Perspectiva histórico-cultural y comparada de la legítima defensa*, Burgos, Universidad de Burgos, 1999, pp. 39-116 *passim*; MAIHOLD, H., *Strafe für fremde Schuld? Die Systematisierung des Strafbegriffs in der Spanischen Spätscholastik und Naturrechtslehre*, Köln, Böhlau, 2005; MARTÍNEZ GARAY, L., «Aproximación histórica al surgimiento del concepto de imputabilidad subjetiva en la doctrina penal alemana», *Revista de Derecho Penal y criminología*, núm. 8, 2001, pp. 34-126.

¹⁶ Es lo que hace Harald Maihold en la monografía antes citada (*Strafe für fremde Schuld?*), quien lo destaca además en «El castigo del pecado y la reprobación ética. La evolución del Derecho penal moderno en la doctrina española del Derecho natural», en Cruz Cruz, J. (Ed.), *Razón práctica y derecho. Cuestiones filosófico-jurídicas en el Siglo de Oro español*, Pamplona, Eunsa, 2011, pp. 125-136.

Vamos a guiarnos en esta ocasión por los comentarios de Francisco Suárez, uno de los más destacados teólogos de la época, quien también hiciera algunas consideraciones relevantes en el ámbito jurídico penal desde su propia perspectiva fundamental.

3. SUÁREZ, LAS LEYES Y LAS PENAS

Francisco Suárez (1548-1617) desempeñó a lo largo de su vida una intensa actividad intelectual en su condición de teólogo perteneciente a la Compañía de Jesús. Extraordinario metafísico y teólogo dogmático ha tenido una dilatada influencia desde Descartes a Wolff. Ese despliegue intelectual no le impidió atender otros requerimientos cuando estaban afectados los privilegios y la autonomía de la Santa Sede, como sucedió al ser reclamado por el Papa para defender a la Iglesia contra las inmunidades de Venecia o para desacreditar la intromisión del rey inglés Jacobo o James I que exigía a los súbditos un juramento de fidelidad sin reserva de conciencia. Ello dio como resultado en 1613 su extenso tratado político titulado *Defensio fidei catholicae et apostolicae, adversus Anglicanae sectae errores*. También fue consultado en tantas ocasiones que hubo de emitir un considerable número de pareceres, recopilados modernamente y editados entre 1948 y 1952 por la Universidad de Coimbra. En esta misma Universidad, mientras enseñaba en la cátedra de *prima* de Teología, perfiló el estudio sobre el derecho y la justicia que había iniciado una década antes en el Colegio jesuita de Roma, dando a la prensa en 1612 su magno tratado sobre las leyes, titulado con precisión *De legibus ac Deo legislatore*¹⁷.

Suárez representa dentro del iusnaturalismo el intento de conciliación entre el voluntarismo occamista y el racionalismo extremo de su compañero Gabriel Vázquez. De ahí una concepción de la ley natural

¹⁷ Sobre la biografía vital y literaria de Suárez sigue siendo imprescindible SCORRAILLE, R., *El P. Francisco Suárez de la Compañía de Jesús* [1912], dos volúmenes, trad. Pablo Hernández, Barcelona, Subirana, 1917 (reproducción facsimilar en Pamplona, Analecta, 2005). Una estupenda introducción la proporciona LARRAINZAR, C., *Una introducción a Francisco Suárez*, Pamplona, Eunsa, 1977. Síntesis apropiadas: BELDA PLANS, J., «Suárez, Francisco (1548-1617) Filósofo y teólogo jesuita. "Doctor eximius"», en *íd.*, *Grandes personajes del Siglo de Oro español*, Madrid, Palabra, 2013, pp. 349-360; Domingo, R. (Ed.), *Juristas Universales*. Vol. 2: *Juristas modernos. Siglos XVI al XVIII: de Zasius a Savigny*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 279-284 (C. LARRAINZAR, s. v. «Francisco Suárez»); Aldea Vaquero, Q./Marín Martínez, T./Vives Gatell, J. (Dir.), *Diccionario de Historia Eclesiástica de España*, vol. 4, Madrid, CSIC, 1975, pp. 2511-2513 (E. ELORDUY, «Suárez, Francisco, S. I.»); *Biographisch-Bibliographisches Kirchenlexikon*, vol. 11, Herzberg, Verlag Traugott Bautz, 1996, pp. 154-163 (K. KIENZLER: «Suárez, Francisco de»); O'Neill, Ch./Domínguez, J. M. (Dir.), *Diccionario histórico de la Compañía de Jesús*, vol. 4, Madrid, Roma, Universidad Pontificia Comillas, 2001, pp. 3654-6 (E. ELORDUY: «Suárez, Francisco»); DOYLE, J. P., «Suárez, Francisco (1548-1617)», en Craig, E. (Ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, London-New York, Routledge, 1998, pp. 189-196.

que reconoce el carácter bueno o malo de las acciones por su misma naturaleza como indicativo de su corrección o incorrección, pero que todavía necesita el añadido de un mandato de la voluntad para convertirse en leyes. Este esfuerzo de sincretismo hace de Suárez un voluntarista moderado, aunque las interpretaciones acerca de la adecuada calificación de su planteamiento siguen siendo controvertidas¹⁸.

Al definir la ley como precepto común, justo, estable y promulgado, se aleja de la noción tomista de ley como regla y medida de los actos humanos orientada a la consecución de la justicia. En Suárez la acción justa es aquella que reconoce las facultades que cada uno tiene sobre las cosas que son suyas o que le son debidas, lo cual supone desplazar la noción de derecho como objeto de la virtud de la justicia hacia la correlación entre ley y facultad. Con ello impulsa un giro subjetivista en el concepto de derecho¹⁹.

Otras aportaciones meritorias fueron la reelaboración del derecho de gentes como un derecho de origen consuetudinario con validez cuasi-universal que organiza las relaciones entre pueblos y naciones. Con

¹⁸ Como la literatura especializada es amplísima, me limito a indicar unas buenas referencias de conjunto y recientes: CARPINTERO, F., *Justicia y ley natural. Tomás de Aquino y los otros escolásticos*, Madrid, Universidad Complutense, 2004, pp. 318-348; COURTINE, J.-F., «Vitoria, Suárez et la naissance du droit naturel moderne», en *id.*, *Nature et empire de la loi. Études suarézziennes*, París, Vrin, 1999, pp. 115-161; FRANKE, B. y JÄCKEL, M., «Die Rechtsethik des Francisco Suárez», *Rechtstheorie*, núm. 41, 2010, pp. 87-108; SHIELDS, C. and SCHWARTZ, D., «Francisco Suárez», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL <http://plato.stanford.edu/archives/fall2014/entries/suarez/>. En breve aparecerá otro libro recopilatorio a modo de enciclopedia suareciana: Salas, V. M. y Fastiggi, R. L. (eds.), *A Companion to Francisco Suárez*, Leiden, Brill, 2015 (catorce capítulos, de los cuales hay dos más relacionados con el pensamiento jurídico político –por J. P. Coujou– y con la ley natural –por Paul Pace–). Es una muestra de lo que sucede con esta revitalización de Suárez en el ámbito anglosajón, que predomina la metafísica, la filosofía y la teoría de la acción moral; tenemos un comentario al respecto por SCHLOESSER, S., «Recent Works in Jesuit Philosophy», *Journal of Jesuit Studies*, 1, 2014, pp. 105-126. Para tener acceso a una bibliografía ingente, son muy recomendables en la actualidad: COUJOU, J. P., «Bibliografía suareciana» (*Cuadernos de Pensamiento Español* 41), Pamplona, Eunsa, 2010; y las páginas en línea de Sidney Penner (por ahora la mejor): <http://www.sydneypenner.ca/suarez.shtml>; el sitio Scholasticon, ahora un tanto descuidado (2014): http://scholasticon.ish-lyon.cnrs.fr/Databse/Scholastiques_fr.php?ID=1212; http://scholasticon.ish-lyon.cnrs.fr/Information/Suarez_fr.php; y la encomiable «Biblioteca Virtual de la Escuela de Salamanca» realizada en la Fundación Larramendi: http://www.larramendi.es/i18n/cms/elemento.cmd?id=estaticos/paginas/Biblioteca_Virtual_Escuela_de_Salam.html.

¹⁹ Vid. CARPINTERO, F. y otros, *El derecho subjetivo en su historia*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2003; FOLGADO, A., *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI* (Escorialensium Utriusque Studiorum Excerpta), San Lorenzo de El Escorial, Pax Juris, 1960; GUZMÁN BRITO, A., *El derecho como facultad en la neoescolástica española del siglo XVI*, Madrid, Iustel, 2009; SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., «Derecho subjetivo y deber jurídico, en la escuela de Suárez», *Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra*, núm. 65, 1989, pp. 145-170; VILLEY, M., «Remarque sur la notion de droit chez Suárez», *Archives de Philosophie*, tomo 42, 1979, pp. 219-227.

ello avanza hacia un derecho secularizado que permite el pluralismo cultural, apartando definitivamente esta clase de reglas de una visión religiosa excluyente, sin perder por ello la cercanía con el derecho natural pero tan distinto de él que incluso podemos decir que este nuevo y positivo *ius gentium* es creado como una práctica social que se sostiene en la medida (y en tanto) que sea percibida como buena por sus resultados para la convivencia pacífica internacional²⁰.

Acudimos a Suárez por la importancia de su obra jurídica, en la cual tramó la primera sistematización del Derecho en un sentido muy cercano al que prevalecería posteriormente, estructurando todo el sistema jurídico a partir de una jerarquía de las causas eficientes²¹. Incluso se ha considerado la semejanza entre el modelo suarista de validez con el modelo de validez de Kelsen (según opina Garzón Valdés)²², pues ambos sitúan el fundamento de la validez de las normas y del sistema jurídico no en hechos sino en normas extrapositivas; equiparación entre estos autores tan distantes, salvando la circunstancia de que en Kelsen la norma fundamental es concebida como hipótesis lógico-trascendental mientras que en Suárez pertenece al dominio de la teología, en cuanto todo el entramado normativo está organizado jerárquicamente, culminando en la ley eterna y en Dios legislador. Por si no fuera pequeña la diferencia, para la validez de las normas Suárez exige además un contenido justo densamente conformado, del cual se prescinde en el modelo kelseniano²³. En otras cuestiones, como las concernientes a la interpretación de la ley y la función de la epiqueya se aproximan de algún modo las soluciones anticipadas por Suárez a la de nuestros contemporáneos²⁴.

Respecto del cumplimiento de las leyes, Suárez ha venido insistiendo reiteradamente en la necesidad de que todas ellas sean de posi-

²⁰ Me he ocupado de ello en AMEZÚA AMEZÚA, L. C., «Orden internacional y derecho cosmopolita: el *ius gentium* de Suárez», en Beloso Martín, N. y De Julios-Campuzano (Coords.), *¿Hacia un paradigma cosmopolita del Derecho?*, Madrid, Dykinson, 2008, pp. 23-48.

²¹ BASTIT, M., *Naissance de la loi moderne. La pensée de la loi de saint Thomas à Suarez*, Paris, Presses Universitaires de France, 1990, pp. 322-326.

²² GARZÓN VALDÉS, E., «Algunos modelos de validez normativa», en *ídem*, *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 73-115. Indica lo que tienen en común Kelsen y Suárez (*ibidem*, pp. 80-82): a) no recurren a hechos sino a normas extrapositivas para fundamentar la validez de las normas y del sistema jurídico, lo cual implica que la naturaleza de la norma fundamental es diferente de la naturaleza de las normas fundamentadas; b) equiparan existencia y validez, de manera que ley válida equivale a ley justa y a ley existente; c) equiparan validez con deber de obediencia. La diferencia estriba en que Kelsen no añade un contenido justo como exigencia de validez (*ibidem*, pp. 78 y 104).

²³ Lo que ha permitido a Pierluigi Chiassoni cuestionar la equiparación que había hecho Ernesto Garzón. Véase CHIASSONI, P., «Entre formalismo y *theological reading*: Garzón Valdés, Francisco Suárez y la interpretación de la ley», *Doxa*, núm. 30, 2007, pp. 79-87.

²⁴ También GARZÓN VALDÉS, E., «Las palabras de la ley y su interpretación: algunas tesis de Francisco Suárez», en *ídem*, *op. cit.*, pp. 122-123.

ble cumplimiento para la generalidad de la población, sin que exijan a las personas condiciones extraordinarias o un esfuerzo tal que lo dificulte o incluso lo haga imposible²⁵. Una ley que estableciera un deber desmesurado sería nula, entre otras razones porque la exigencia de justicia para la validez de las normas requiere no solo un contenido recto sino lo que llama Suárez una forma justa y razonable²⁶. Por consiguiente, no es justa la ley que imponga a los súbditos deberes muy difíciles de cumplir, teniendo en cuenta los rasgos humanos corrientes, no idealizados. Esa misma atención a la condición humana realmente encarnada, que ha venido prestando Suárez al ocuparse de la ley en general, la encontramos repetida en el tratamiento concreto de las penas²⁷. El marco de reflexión del teólogo granadino se desenvuel-

²⁵ SUÁREZ, F., *De legibus*, lib. 3, cap. 12, n. 11 y 12: la ley civil no puede prohibir todos los vicios ni los contrarios a todas las virtudes pues debe ser moderada y versar sobre materia de posible cumplimiento para la mayor parte de toda la comunidad. Incluso en algunas ocasiones se permiten actos gravemente malos (*De legibus*, lib. 1, cap. 15, n. 6) para evitar males mayores (*De legibus*, lib. 3, cap. 12, n. 6). Tampoco se mandan todas las cosas excelentes o que superan las fuerzas humanas (*De statu perfectionis et religionis*, cap. 7, n. 1-5); ni se mandan ni se prohíben, porque son obras tan perfectas que son difíciles para la generalidad de los hombres (*De legibus*, lib. 1, cap. 15, n. 6-11; lib. 1, cap. 16, n. 8; lib. 3, cap. 12, n. 11); por eso cuando la ley aconseja algo, esto no lo hace formalmente como ley, sino por añadidura, lo cual se materializa en un permiso (*De legibus*, lib. 1, cap. 14, n. 11 en relación con lib. 1, cap. 15, n. 6).

²⁶ Las referencias están en SUÁREZ, F., *De legibus*, lib. 6, cap. 9, n. 2 y 3 en relación con *De legibus*, lib. 1, cap. 9, n. 18-19. La justicia de la ley requiere un contenido recto y además atenerse a una forma justa y razonable (*De legibus*, lib. 1, cap. 9, n. 12); pero la forma aquí no tiene que ver con el modo de actuar o motivación del legislador sino con el propio acto de legislar: finalidad del bien común, competencia de la autoridad normativa y proporcionalidad en la distribución (*De legibus*, lib. 1, cap. 9, n. 13). Este tercer aspecto de la forma de la ley, el que se refiere a la justicia distributiva, consiste en la posibilidad de cumplimiento de la ley humana, esto es, en su adecuación a la naturaleza «habida cuenta de la fragilidad y condición natural», su conformidad a la costumbre del país, y la oportunidad de tiempo y de lugar (*De legibus*, lib. 1, cap. 9, n. 19). Si el objeto de la ley cambia de manera que su observancia resulta «imposible o por lo menos tan difícil y arduo que moralmente se le juzga imposible respecto de toda la comunidad; o finalmente si resulta completamente inútil y vana respecto del bien común» (*De legibus*, lib. 6, cap. 9, n. 2), entonces «la ley cesa ipso facto, ya que por ello mismo comienza a no ser justa» (*De legibus*, lib. 6, cap. 9, n. 3). Puede consultarse la síntesis de MACIÁ MANSO, R., «Cambios sociales y Derecho en F. Suárez», en *Problemas de la Ciencia Jurídica. Estudios en Homenaje al Prof. F. Puy Muñoz*, tomo 2, Universidad de Santiago de Compostela, 1991, pp. 20-21 y 23: la justicia de la ley requiere dos condiciones objetivas y una subjetiva; la justicia objetiva de los preceptos exige que las leyes humanas no contravengan la ley moral natural y que estén objetivamente adecuadas al logro del fin de esta ley moral; el aspecto subjetivo de la justicia consiste en la adecuación de los actos mandados o prohibidos a sus destinatarios, que no sean excesivamente difíciles de realizar a la generalidad de las personas. Si los actos ordenados por la norma se convierten en muy difíciles de realizar, la ley cesa por sí misma porque se ha convertido en injusta.

²⁷ El libro V del Tratado sobre las leyes se ocupa de las leyes odiosas, que son las leyes penales, las leyes tributarias y las leyes invalidantes. Para las referencias al libro V, utilizo esta edición: SUÁREZ, *Tractatus de legibus ac Deo legislatore. Liber V: De varietate legum humanarum et praesertim de odiosis*. Edición crítica bilingüe por C.

ve en torno a la cuestión de si el condenado está obligado en conciencia a cumplir por sí mismo la pena.

Aparte de otras disquisiciones en las que ahora no podemos detenernos, Suárez vuelca su atención sobre diferentes clases de penas que eran aplicadas de conformidad con la legalidad vigente. Por consiguiente, está considerando penas que se califican de justas, adecuadas al delito e impuestas en audiencia judicial y por la autoridad legítimamente competente. No se trata en absoluto de otras controversias posibles sobre el cuestionamiento de la justicia de la pena, la conexión causal entre la sanción y la culpabilidad del reo, ni error en el hecho, ni en el sujeto ni en la cuantía proporcional. El problema es otro.

Aquí el problema de la obediencia o de la obligación moral de cumplimiento concierne a penas justas pero muy rigurosas. Penas de este cariz eran las penas corporales que afectaban a la vida, a la integridad física o que inferían grave dolor e ignominia; por ejemplo, las penas de mutilación, latigazos, galeras, pena capital o condena a dejarse morir de hambre. También podían llegar a plantear dificultad por su rigor otras penas que se aplicaban en el cuerpo o por medio de él, pero *sine crudelitate*, como sucedía con las condenas de destierro, la retención en casa, la pena de cárcel o una flagelación pública moderada²⁸. Por supuesto que Suárez se refiere al elenco de penas característico de su tiempo, que son justas en la época y además consideradas como tales por la población, de ahí que no podamos con facilidad aplicar estándares actuales sobre lo que consideramos castigos crueles o extraordinarios para penetrar en aquella mentalidad²⁹.

3.1 Penas muy graves: la pena de muerte

La pena de muerte era generalmente aceptada como un remedio extremo para preservar a la comunidad de los delincuentes más peligrosos que ponían en riesgo el sistema de valores reconocido. Al respecto ha escrito con rotundidad Bartolomé Clavero que entonces se mataba mucho, haciéndonos ver hoy que nuestro actual sistema de valores no comprende el sistema premoderno, dirigido a proteger bienes jurídicos distintos, preocupado por la salvación del alma y que si acaso cuidaba de la vida era más la vida del alma que la del cuerpo³⁰.

Baciero, A. M. Barrero, J. M. García Añoveros y J. M. Soto. Madrid, CSIC, 2010. Me referiré a ella como: CHP-2.^a Serie, vol. 16.

²⁸ SUÁREZ, F., *De legibus*, lib. 5, cap. 10, n. 11 y siguientes (edición CHP-2.^a Serie, vol. 16, pp. 217 ss.).

²⁹ Señalan estas cautelas Albrecht Classen y Connie Scarborough en la «Introducción» del libro que coeditan, *Crime and Punishment in the Middle Age and Early Modern Age: Mental-Historical Investigations of Basic Human Problems and Social Responses*, Berlin-Boston, Walter de Gruyter, 2012, pp. 1-28, en pp. 3-6.

³⁰ CLAVERO, B., «Delito y pecado. Noción y escala de transgresiones», en VV. AA., *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Alianza, 1990, pp. 57-89. Los

En este marco hemos de situar todas las menciones que recoge Suárez. Él empieza por reconocer que la pena de muerte es gravísima y por ello exige individualización de la culpabilidad. Ésta supone una intervención directa en los hechos con conocimiento y voluntad consciente. No puede extenderse a los parientes o herederos, a quienes afectan, en cambio, otras medidas civiles, como la incapacitación, la confiscación de bienes o la privación de sus expectativas hereditarias. Por ejemplo, los descendientes de los condenados por herejía perdían los posibles derechos a heredar al condenado. Se justificaba esta última sanción impuesta sin culpa porque era concebida menos como una pena en sentido estricto que como una incomodidad o desventaja, equivalente a otras penas espirituales, como las de irregularidad, excomunión, o las censuras, que son penas medicinales y no vindicativas³¹.

La dimensión teológica y moral de la sanción conducía a todos los moralistas a distinguir qué tipo de acciones podía hacer el condenado a muerte para que ellas no supusieran una colaboración directa con su propia muerte. Hemos de entender que, mientras los agentes públicos están legitimados por el soberano para acabar con una vida humana, el ser humano individual pecaría contra Dios si cooperase en su propia muerte. Por eso los teólogos elaboraron distinciones para preservar la conciencia de los reos y calificaron como actos no inmorales aquel tipo de actos que no tendían por su propia naturaleza de inmediato a ocasionar la muerte, como subir al cadalso, extender el cuello, ofrecer la mano al verdugo o permanecer en prisión. Era un artificio que les permitía conciliar el acatamiento de la sentencia con la obediencia a la divinidad. De ahí la reflexión de Suárez, en absoluto extemporánea, de que un reo condenado a muerte no está obligado a cooperar en aquellas acciones que los ministros de la justicia pueden fácilmente realizar³². No se entendía por cooperación con la pro-

actos de homicidio se castigaban, pero por distintos valores que los actuales. Recoge expresiones coetáneas que indicaban la diferencia: «cuatro son los lesionados por el homicidio: primero, Dios; segundo la propia víctima, hecha a imagen de Dios; tercero, sus parientes; cuarto, la República y el Príncipe» (*ibid.*, p. 87).

³¹ SUÁREZ, F., *De legibus*, lib. 5, cap. 3, n. 2 (CHP-2.^a Serie, vol. 16, p. 49): «las penas espirituales son medicinales y su objetivo principal es la curación del alma y la corrección de la culpa»; *ibid.*, n. 7 (p. 59): «aunque la pena en cierto sentido riguroso diga relación a la culpa, sin embargo, tomada en un sentido más amplio, como un cierto suplicio, daño o perjuicio, se puede imponer equitativamente por una causa justa sin que exista culpa». En relación con *De fide* (disp. 22, sect. 1-6 y disp. 24, sect. 3), en donde explicará las medidas que repercuten en los hijos y familiares de los condenados por herejía. Información general en SANTOS DÍEZ, I. L., «Fin medicinal de la censura hasta Suárez», *Revista Española de Derecho Canónico*, vol. 6, 1951, pp. 571-650.

³² SUÁREZ, F., *De legibus*, lib. 5, cap. 10, n. 14. Como otro ejemplo, el benedictino Gregorio Sayro (1560-1602) indicaba la diferencia entre actos directa e inmediatamente dirigidos a la propia muerte (arrojarse al vacío, ingerir veneno, abrirse las venas, mutilarse uno mismo) y otros conciliables con el respeto de la vida, porque no

pia muerte cualquier actuación de los reos y a explicarlo dedicaban mucha atención los teólogos y moralistas, lo cual nos indica el ámbito de reflexión en que se mueven porque responde a una concepción finalista del ser humano orientado a alcanzar el bien mejor de la felicidad eterna.

Este mismo intento de vincular la pena capital a la culpabilidad individualizada se reconocía también en el conjunto normativo del derecho bélico (en el ámbito del *ius post bellum*), que construyeron los escolásticos hispanos para limitar de alguna manera el alcance de las represalias que el vencedor imponía a los vencidos. Decía Suárez en la disputa XIII y última sobre la guerra, del tercer tratado sobre las virtudes teologales:

«Una vez alcanzada la victoria únicamente es lícito condenar a muerte a los que consta que son culpables»³³.

3.2 Penas de destierro, cárcel y flagelación

Respecto de estas otras penas, una vez impuesta la sentencia coactivamente por ministerio del juez, el deber del condenado es permanecer en el destierro o en prisión. En cuanto a las penas de flagelación (moderada, no bochornosa ni infame), indica Suárez que no eran impuestas con habitualidad en la esfera civil, sino que eran más frecuentes en el ámbito de los miembros de órdenes religiosas. Hay obligación de acatarlas, aunque fuese resignándose a la compulsión, porque lo relevante es que el condenado asuma internamente que el castigo es consecuencia debida para restaurar la injuria previa y que es merecido por la culpa. Aun así esta exigencia moral con respecto de penas graves se expresa solo cuando la ejecución de la pena impuesta «*no envuelva injusticia, crueldad o cosa semejante*»³⁴.

La pena de cárcel exige permanecer en el recinto, lo cual tendría que significar que moralmente el preso tiene el deber de omitir cualquier acción que contribuyera a la fuga o a preparar una oportunidad de escapar. Sin embargo, esto no se puede sostener ante la diversidad de matices entre los autores de la época, que más bien defienden lo contrario, a saber, que no existe tal deber en la dimensión interna de la conciencia. Incluso Francisco de Vitoria, sin extenderse en aclaraciones, mantuvo que el condenado a la última pena tenía la obligación moral de escaparse cuando pudiera y que pecaría si desaprovechaba la

tendían de inmediato a la muerte. Cfr. SAYR, G., *Clavis regia sacerdotum casuum conscientiae*, lib. 12, cap. 18, n. 14 (Venetiis, Baretium, 1615, p. 1076).

³³ SUÁREZ, F., *De charitate*, disp. 13, sec. 7, n. 16 (*Opera omnia*, París, L. Vivès, 1858, tomo 12, p. 756).

³⁴ SUÁREZ, F., *De legibus*, lib. 5, cap. 10, n. 15 (CHP-2.^a Serie, vol. 16, p. 221).

oportunidad³⁵. Esta última conclusión no era sostenida por la mayoría de teólogos y moralistas, porque entendían que el preso que ha sido condenado justamente, si permanece en la cárcel en vez de escapar, no estaría cooperando directamente a su muerte, lo cual equivalía a cometer suicidio, un atentado contra la caridad y ofensa contra Dios. Ello no era impedimento para que obrase correctamente tanto si huía como si no lo hacía. Una cosa es acatar la condena justa y otra que en determinadas circunstancias huir de prisión tampoco suponga pecar, aunque esa acción provoque una infracción legal.

En el planteamiento concreto de Francisco Suárez creo que hemos de añadir un elemento que replantea lo que quiere expresar, porque corrige en parte el alcance de la obligación al mantenerla solamente cuando el cumplimiento de la condena sea humanamente tolerable. Y esto sucede, tal como escribe, cuando el lugar sea más espacioso y expuesto a menos molestias:

«Una es la prisión en la cárcel o en un determinado lugar autorizado, pena que no necesita de una ejecución positiva, sino solamente de privación de alguna acción, como es, por ejemplo, no escapar o no fugarse de la cárcel. Por esta explicación aparece claro que se puede mandar eso fácilmente; y así, ejecutar la acción contraria sería hacer resistencia al juez que fuerza justamente, lo cual nunca es lícito. Finalmente, tal pena puede cumplirse sin pecado. Luego debe cumplirse.

Dirás que esta razón no es concluyente, porque, como dijimos, hay que tener en cuenta no sólo si es lícito, sino también si la pena así impuesta es humanamente tolerable; pues, una obligación a la pena puede ser cruel no solamente cuando implica acción sino también cuando implica amarga suspensión de acción, como es la obligación de no comer o de no huir, aunque amenace la muerte.

Hay que decir, empero, que esa razón es válida, hablando con propiedad y según lo que el tema permite; así, en efecto, la permanencia en un determinado lugar o en la cárcel no es cosa tan dura que no pueda imponerse bajo obligación, y será tanto más soportable cuanto más amplio sea el lugar y esté menos expuesto a incomodidades»³⁶.

Solo cuando la ley imponga deberes de realizar o de omitir acciones que cualquier persona normal podría aceptar como tolerables, entonces y solo entonces habría obligación moral de atenerse a lo prescrito. Lo escribe en 1612. Por consiguiente, cabría deducir, sin temor a desviarnos demasiado, que el encarcelamiento dejaría alguna

³⁵ VITORIA, F., *De homicidio*, n. 29 (*Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones teológicas*, edición por T. Urdánoz, Madrid, BAC, 1960, p. 1123): «Debe huir porque no es una parte de la pena impuesta por el juez el que permanezca en la cárcel. Por lo menos afirmo que lo mismo se debe juzgar del que está preso que del que está libre; y que si el ladrón peca presentándose voluntariamente al juez o en la cárcel, peca también si puede huir y no huye».

³⁶ SUÁREZ, F., *De legibus*, lib. 5, cap. 10, n. 16 (CHP-2.ª Serie, vol. 16, p. 223).

vez de ser penalidad dura y grave si hubiese un sustancial mejoramiento tanto de las condiciones de habitabilidad del recinto como de las atenciones y cuidados de los presos. Esta fue una reivindicación que en España iniciaron en la segunda mitad del siglo xvi los pioneros de la ciencia penitenciaria, Cristóbal de Chaves, Bernardino de Sandoval y Tomás Cerdán de Tallada³⁷, pero que no cuajará en la doctrina hasta que Beccaria y, sobre todo, John Howard después, lo desarrollen; y que normativamente tendrá su plasmación en el primer Código penal francés revolucionario de 1791.

Pero ya en el siglo xvi importaba que las condiciones de cumplimiento de la condena fueran tales que no añadieran mal al mal de la pena. Hasta ahora no se ha destacado lo suficiente que también desde la teología, o si queremos decir desde la filosofía jurídica escolástica, se tienen en consideración las condiciones sociales reales, a pesar de que esa preocupación penitenciaria esté oscurecida por el hecho de que la argumentación de los teólogos es muy abstracta y la de Suárez en particular responde a preocupaciones de clarificación conceptual y no criminológicas. Al respecto, Francisco Suárez escribe unas pocas letras, pero es tajante:

«Otra cosa sería si la cárcel fuera excesivamente penosa, triste e insalubre; pues entonces sería duro obligar al reo así condenado a no huir aunque pudiera. Y ello será mucho más duro si alguien no sólo es detenido sino incluso es maltratado con excesiva dureza, de modo que paso a paso vaya camino de la muerte o por lo menos sea obligado a llevar una vida llena de dolores y disgustos. Entonces no estará obligado en conciencia a permanecer allí voluntariamente»³⁸.

Este texto responde a la situación de una cárcel que fuera demasiado penosa, triste e insalubre. Que lo fuese «en exceso». Lo decisivo se encuentra en la locución adverbial (*nimis*, en latín), porque es normal que las penas de prisión sean un daño para los reos, pero la

³⁷ Bernardino de SANDOVAL, *Tratado del cuidado que se debe tener con los presos pobres* (Toledo, 1564); Cristóbal de CHAVES, *Relación de la cárcel de Sevilla* (Sevilla, 1588); Tomás CERDÁN DE TALLADA, *Visita de la cárcel y de los presos* (Valencia, 1574). Cfr. CUELLO CALÓN, E., *La moderna penología*, tomo I, Barcelona, Bosch, 1958, pp. 357 ss.; DORADO MONTERO, P., «Ideas de algunos escritores españoles sobre la prevención de los delitos», en *El Derecho protector de los criminales*, tomo I, Madrid, Librería Victoriano Suárez, 1916 (edición facsímil en Pamplona, Analecta, 1999, pp. 487-512); GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de ciencia penitenciaria*, Madrid, Edersa, 1983, pp. 104-109; JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, tomo I. *Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, Historia y Legislación Penal comparada*, 4.ª edición, Buenos Aires, Losada, 1964, pp. 833-847; MONTES, J., *Precursores de la ciencia penal en España. Estudios sobre el delincuente y las causas y remedios del delito*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1911 (edición facsímil en Pamplona, Analecta, 2003, pp. 662 ss.); SALILLAS, R., *Evolución penitenciaria en España*, tomo 1, Madrid, Imprenta Clásica Española, 1918 (edición facsímil en Pamplona, Analecta, 1999, pp. 23-28).

³⁸ SUÁREZ, F., *De legibus*, lib. 5, cap. 10, n. 16 (CHP-2.ª Serie, vol. 16, p. 223).

condena tiene que ejecutarse en condiciones apropiadas sin exceder el mal fijado.

Podríamos interpretar este texto como el rechazo a las penas de la época que castigaban con gran severidad la evasión y a los guardianes descuidados³⁹. Pero ello no sería correcto, pues el autor no lo discute, ni rechaza las penas establecidas. Tampoco cabe la hipótesis de que tuviera un sentimiento peculiar que lo apartase del común. Su sensibilidad es perfectamente sincrónica con la escala coercitiva de su época histórica hasta el punto de que él mismo admite que pueda juzgarse, condenarse y ejecutarse al instante al reo cuando hubiera cometido un delito atroz en día festivo con gran escándalo público. Según dice, esas ejecuciones públicas casi sumarias, aunque no se producían normalmente, eran consideradas –también por él– como algo necesario y convenientes por su función ejemplarizante, porque en ciertas fechas destacadas «*puede haber mayor concurrencia de gente, que es muy necesaria para causar terror al pueblo e instruirlo*»⁴⁰.

Hay ocasiones, pues, en que era aceptable la ejecución de un criminal sin demora y para escarmiento general estaba permitido ahorcarlo al día siguiente:

«[M]e acuerdo bien hace años de haber visto ahorcar a un hombre en Granada en Viernes Santo, aunque fue *ad terrorem*, por haber hecho el delito el día antes con irreverencia del mismo tiempo y con escándalo público, y así creo yo que ordinariamente no conviene hacerse tal castigo en aquellos días, pero no me atrevería a decir que es prohibido con rigor *sub praecepto*, especialmente cuando ya no es necesario estrépito judicial, sino sola la ejecución y cuando por razón común de bien público se hiciese no lo extrañaría»⁴¹.

Estas consideraciones hacen desconcertante el aparente reconocimiento, aunque sea negativamente, de un derecho natural a la fuga. Si fuera eso, vendría a ser lo mismo que admitir algo así como un derecho de fuga, en el sentido de que los intentos de escapar serían legítimos y la condena inicial por el delito cometido no debería incrementarse con

³⁹ ÁLVAREZ CORA, E., *La tipicidad de los delitos en la España moderna*, Madrid, Dykinson, 2012. Recoge las penas del evadido y de los guardianes por evasión y quebrantamiento de cárcel, en pp. 117 (Castilla), p. 195 (Aragón), p. 223 (Cataluña) y p. 273 (Valencia). Como muestra, en la *Séptima Partida*, título 29, ley 13 se regula la pena para los presos que quebrantan la cárcel: si huyen todos o la mayor parte, cuando sean capturados se les ejecutará a todos; si huyen unos pocos, tendrán después más fuertes prisiones y recibirán pena según albedrío judicial. En la ley 12 se castiga al guardador con la pena del preso si este huyó por gran culpa o engaño del guardador; si el guardador mata al preso recibirá la pena de muerte; si fue negligente o el preso se suicida, el guardián perderá el oficio y recibirá pena de heridas en el cuerpo; si liberó al preso por piedad o parentesco, perderá el oficio y recibirá pena corporal arbitraria.

⁴⁰ SUÁREZ, F., *Opera omnia*, París, L. Vivès, 1859, tomo 13, p. 370.

⁴¹ SUÁREZ, F., *Conselhos e pareceres*, tomo 1, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1948, p. 353 (escrito original en castellano).

el quebrantamiento de cárcel. Porque la situación realmente existente de las prisiones impedía que la obligación moral de sufrir las penas pudiera cumplirse conforme a los requerimientos materiales y espirituales mínimamente exigibles por naturaleza. Aquí opera ese aspecto subjetivo de la justicia formal que exige la adecuación de las leyes y del castigo a la fragilidad constitutiva de los seres humanos⁴².

En aquella época la prisión en el Derecho secular funcionaba como instrumento de custodia para retener a los detenidos hasta el momento en que fueran juzgados e impuesta la sentencia⁴³. A diferencia del Derecho canónico, que concebía la retención temporal y la perpetua como medios de lograr la purificación espiritual del pecador, su arrepentimiento y conversión y, en tal sentido, esta función medicinal o curativa de la pena-penitencia se asemejaba funcionalmente a los métodos de oración, con la peculiaridad de que la penitencia ahora se impondría forzosamente⁴⁴. En el ámbito secular paulatinamente se fue abriendo camino la convicción de que el Derecho penal no es solamente retributivo sino preventivo y rehabilitador.

La pena máxima era la muerte, pero las necesidades de mano de obra hicieron a la Corona instruir a los jueces para que impusieran sanciones de traslado forzoso de los criminales a las minas de Almadén o a los presidios norteafricanos de Orán o La Goleta, así como al servicio de galeras⁴⁵.

⁴² He aportado en nota 26 *supra* los textos básicos de Suárez, correspondientes a *De legibus*, lib. 1, cap. 9, n. 18-19 y lib. 6, cap. 9, n. 2-3.

⁴³ GARRIDO GUZMÁN, L., *op. cit.*, pp. 147-159, una breve síntesis del desarrollo histórico legislativo de las penas privativas de libertad en España. Además de la bibliografía citada en nota 37, tenemos información en GARCÍA VALDÉS, C. (Dir.), *Historia de la prisión. Teorías economicistas. Crítica*, Madrid, Edisofer, 1997; LÓPEZ MELERO, M., «Evolución de los sistemas penitenciarios y de la ejecución penal», *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, núm. 5, 2012, pp. 401-448; ORTEGO GIL, P., «La Literatura jurídica en la aplicación práctica de la Ley Penal», en Puy, F. y Rus, S. (Eds.), *La Historia de la Filosofía Jurídica Española*, Santiago de Compostela, Fundación Alfredo Brañas, 1998, pp. 75-108; SÁNCHEZ, C., «La aparición y evolución de los sistemas penitenciarios», *Anales de Derecho*, núm. 31, 2013, pp. 139-179; y sobre todo muy reciente en RAMOS VÁZQUEZ, I., *La reforma penitenciaria en la historia contemporánea española*, Madrid, Dykinson, 2013 (con amplia bibliografía pertinente).

⁴⁴ En la línea abierta por Michel Foucault en *Surveiller et punir*, afirma el historiador del derecho Jean-Marie Carbasse que las penas canónicas son en el fondo simples transposiciones de técnicas voluntarias de satisfacción y penitencia. *Vid.* CARBASSE, J.-M., *Introduction historique au droit pénal*, París, Presses Universitaires de France, 1998, p. 208.

⁴⁵ Una excelente información sobre los orígenes de los presidios nos la proporciona CERDÁN DE TALLADA, T., *Visita de la Cárcel y de los presos*, Valencia, Apud Ioannem Chrysostomum Garriz, 1604, pp. 334-336. Hay edición actual de esa obra (Madrid, UNED, 2005); al respecto, PÉREZ MARCOS, R. M., «Tomás Cerdán de Tallada, el primer tratadista de derecho penitenciario», *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo 75, 2005, pp. 754-801. Son muy útiles por su completud y rigor: PIKE, R., *Penal Servitude in Early Modern Spain*, Madison, University of Wisconsin Press, 1983 (versión electrónica: <http://libro.uca.edu/pservitude/pservitude.htm>).

3.3 La pena de galeras

La pena de galeras llegó a convertirse en la pena por antonomasia del sistema sancionador⁴⁶. Se ejercía en condiciones tan terribles que conducía prontamente a la muerte. Solía imponerse en los casos de robo, falsificación de moneda y violencia contra las personas, pero acabó por extenderse a los delitos de perjurio, bandidaje, falsificación, asesinatos y crímenes sexuales.

También se pronuncia acremente Suárez al respecto, mostrando su desagrado contra el notable canonista Azpilcueta, y lo hace inmediatamente después de haber admitido que en cárceles duras, tristes e insalubres, que serían casi todas, lo esperable es que los penados se quieran escapar:

«Por eso no me cabe en la cabeza lo que dice Martín de Azpilcueta, que los condenados a galeras están obligados en conciencia a no huir aunque puedan, porque esto es crueldad excesiva, y es a los ministros de la justicia a quienes atañe vigilarlos»⁴⁷.

No hay obligación moral (de permanecer en la cárcel) en estos casos atroces, a no ser que el condenado haya prometido y jurado que no se escaparía.

3.4 Una valoración retrospectiva

A través de esta indagación acerca de si el reo tiene o no deber en conciencia de cumplir la pena podríamos pensar que se está introduciendo una condición esencial de la penalidad que consiste, a mi juicio, en la proporcionalidad en la ejecución, y que se traduce en una apelación al legislador para que imponga penas adecuadas a la ofensa y eficaces, que puedan ser adecuadamente cumplidas. En este segundo momento, la adecuación en el modo de ejecución penal tiene que ver con aspectos que hoy reconocemos integrantes de la dignidad de la persona. Si hay menoscabo de la salud física o mental, incluso riesgo de ello por causa de la permanencia en el lugar, la pena es algo

Acceso: 28/02/2014); RAMOS VÁZQUEZ, I., *La reforma penitenciaria en la historia contemporánea española*, cit., cap. 1, pp. 25-82.

⁴⁶ DE LAS HERAS SANTOS, J. L., «Los galeotes de los Austrias. La penalidad al servicio de la Armada», *Historia Social*, núm. 6, 1990, pp. 127-140. Calcula que a finales del siglo XVI, el índice de mortalidad anual de los forzados era el 13 por ciento (*ibid.*, p. 132).

⁴⁷ SUÁREZ, F., *De legibus*, lib. 5, cap. 10, n. 16 (CHP-2.ª Serie, vol. 16, p. 223). La referencia del Doctor Navarro, a quien Suárez nombra sin especificar la cita, se encuentra en AZPILCUETA, M., *Commentarius Quartus de regularibus (in cap. statutus. 19. q. 3)*, n. 64.

menos que justa. La realidad histórica era esa⁴⁸. Ahora bien, no es seguro que las palabras de Suárez acerca del *ius fugiendi* puedan interpretarse correctamente como precedente del principio de humanización de las penas.

No puede decir Suárez que en esos casos tan duros la pena impuesta es injusta porque hubo restauración del primer desequilibrio contra la justicia conmutativa, o mejor dicho, contra la justicia legal, porque hubo ofensa contra la comunidad: una infracción del derecho origina un débito que hay que equilibrar. En el planteamiento suareciano el castigo corresponde a lo que denomina, acudiendo al clásico lenguaje de las virtudes, justicia vindicativa; pero ésta no es una clase de justicia distinta de las otras tres que se realizan en la aplicación de las sanciones. En el castigo se abre camino la justicia en sus tres manifestaciones, según entendían los escolásticos, con las matizaciones peculiares de cada autor⁴⁹. En primer lugar está implicada la justicia conmutativa porque impone al juez el deber de aplicar las leyes sin exceder los límites del castigo; en segundo lugar está afectada la justicia distributiva porque atribuye al responsable la sanción que le corresponde en proporción a la gravedad del delito cometido; en tercer lugar, interviene —y en Suárez lo hace de modo fundamental— la justicia legal porque el

⁴⁸ Escribió el jurisperito setabense Tomás Cerdán de Tallada, quien fuera visitador de presos, que «en esta ciudad y Reino de Valencia, donde hay las más crueles cárceles que se tiene noticia haberlas en estos Reinos, porque se sabe por relación de cautivos cristianos, que los baños de Argel, no son con mucho tan ásperos como la cárcel común de esta ciudad, habiendo de ser muy al revés, como se dirá abajo» (CERDÁN DE TALLADA, T., *op. cit.*, p. 340). Sobre las condiciones de vida en la Cárcel Real de Sevilla, vid. HERRERA PUGA, P., *Sociedad y delincuencia en el Siglo de Oro*, Madrid, BAC, 1974, pp. 77 ss.; GACTO FERNÁNDEZ, E., «La vida en las cárceles españolas de la época de los Austrias», *Historia 16*, número extra, octubre 1978, pp. 14-46, que se basa fundamentalmente en la *Relación de la cárcel de Sevilla*, de Cristóbal de Chaves y en el *Compendio de algunas experiencias en los ministerios de que usa la Compañía de Jesús*, del P. Pedro León; VILLALBA PÉREZ, E., «Algunas notas acerca de la gestión de las cárceles madrileñas a comienzos del siglo XVII», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, n.º 3, 1993, pp. 311-328.

⁴⁹ John Finnis ha entendido que la justicia general (o legal), tal como fue concebida por Tomás de Aquino, es la noción fundamental de la justicia que exige una orientación hacia el bien común y que fue la interpretación errónea de Tomás de Vío (= Cayetano) la que provocó la distinción tripartita entre una justicia legal (convertida en una simple lealtad de los ciudadanos con el Estado) y dos variantes de justicia particular, la justicia conmutativa (igualdad entre particulares) y la distributiva (reparto de beneficios de la comunidad a sus miembros). La escuela española del siglo XVI es continuadora de la interpretación de Cayetano y tergiversaría la noción tomista. Vid. FINNIS, J., *Natural law and natural rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, pp. 184-186; id., *Aquinas. Moral, political, and legal theory*, Oxford University Press, 2004, pp. 210-217 (compensación y castigo, junto a las notas sobre la «inestable» clasificación de la justicia de Aquino). El castigo remueve la desigualdad, o sea la ventaja que ha obtenido el infractor en términos de beneficio o libertad de las restricciones externas para elegir y actuar. Finnis interpreta que la igualdad de la justicia se repara por medio del castigo suprimiendo la voluntad del infractor (su libertad o autonomía) que tomó lo que no debía. En este punto, los ofendidos son no sólo las víctimas sino la comunidad.

buen funcionamiento de la administración pública castigando (o premiando, cuando corresponda) las malas acciones corresponde a la necesaria buena gobernación del Estado⁵⁰.

«[L]a pena no es debida al delincuente por exigencia de la justicia conmutativa, sino que es debida sobre todo a la república, de la cual es deudor el mismo reo; por consiguiente, cuando el juez quiere imponer una determinada pena, no ejerce un acto de justicia conmutativa positivamente (por así decir), sino más bien negativamente, en cuanto el juez quiere no excederse en la debida cuantía de la pena. Digo, en cambio, de suyo y con respecto a la persona del delincuente, ya que respecto de la república sí sucede que el juez humano está obligado por deber de justicia conmutativa a castigar los delitos con penas justas y legales»⁵¹.

Pero teniendo en cuenta que las obligaciones derivadas de la justicia imponen obligación en conciencia, cuando Suárez admite que el preso justamente condenado, sin embargo no tiene obligación (moral, por lo tanto) de no huir (esto es, de permanecer en prisión y cumplir la condena) en estos casos de cárceles duras y galeras, para no tener que concluir su razonamiento calificando como injusto el modo de cumplimiento de la pena tiene que admitir implícitamente que hay al menos un «permiso» para no cumplirla.

Reconoce que el reo está obligado a cumplir la pena, pero no con esas incomodidades, en cuya ocasión el mismo Derecho natural le permite suspender su cumplimiento ejerciendo su derecho de fuga. El Derecho natural reconocería solo entonces un *ius fugiendi*. Ese *ius* no sería un derecho (subjetivo) riguroso sino un permiso, licencia o tolerancia que está reconocido por un precepto natural, el cual obliga a terceros, en este caso a los jueces y a la administración penitenciaria, a no sancionarle por realizar lo que le está permitido.

Por eso nos llama más la atención que Azpilcueta sostuviese el deber de los galeotes, precisamente cuando el egregio canonista niega la obligación moral no sólo del condenado injustamente sino además cuando la pena ha sido impuesta justamente pero su ejecución es injusta⁵². Con ello distingue, pues, entre la justificación de la sanción

⁵⁰ SUÁREZ, F., *De iustitia Dei*, sec. 5, n. 5-9. Podemos admitir que Suárez acentúa la función pública del castigo (implicando a la justicia legal) frente a sus inmediatos predecesores, Cayetano o Domingo de Soto (que enfatizaron la justicia conmutativa que resarce la ofensa privada), conforme a la interpretación de GIERS, J., *Die Gerechtigkeitslehre des jungen Suárez*, Freiburg im Breisgau, Herder, 1958, pp. 181-186 y 230-231. Para Suárez el castigo al delincuente es un acto de justicia legal mientras que la justicia conmutativa interviene para exigir al juez el cumplimiento de su deber con el Estado al que sirve y que le paga.

⁵¹ SUÁREZ, F., *De iustitia Dei*, sec. 5, n. 9 (*Opera omnia*, París, L. Vivès, 1858, tomo 11, pp. 572-573).

⁵² AZPILCUETA, M., *Opera omnia*, Venetiis, Apud Ioannem Guerilium, 1599, tomo 1, p. 128: «En séptimo lugar (...) una pena injusta no ha de seguirse, en el foro de la conciencia (...), a no ser que esto ocasione grave escándalo (...) En octavo lugar,

penal y el cumplimiento, lo mismo que hace Suárez, y por eso no alcanzamos a comprender el sentido del reproche.

4. LEYES «PURAMENTE PENALES»

Sobre las fugas había discrepancias entre los escritores. Si nos fijamos de la autoridad de Quintiliano Saldaña, el Consejo Supremo de la Inquisición se había pronunciado rotundamente a favor del derecho natural de evasión⁵³. El jurista toledano Baltasar Gómez de Amescua recapituló las opiniones en tres tendencias, a saber⁵⁴: la que rechaza totalmente que pueda huir sin consecuencias quien haya sido encarcelado justamente, la cual sería sostenida casi unánimemente por los juristas; una segunda, más aperturista, que defendían Silvestre Prietas o Diego de Covarrubias, admite la fuga del que está encarcelado justamente, o condenado a muerte o a mutilación de algún miembro, con tal que para huir no cause ningún daño a las personas o a las cosas; la postura más permisiva estaría representada por aquellos como Domingo de Soto o los agustinos Pedro de Aragón y Miguel Bartolomé Salón, quienes admitían que pudiera el justamente encarcelado huir de la cárcel y para ello romper las cadenas, forzar la cár-

hay que afirmar lo mismo cuando la pena es justa pero su ejecución sea injusta. Esto sucede cuando alguien ha sido justamente condenado a prisión perpetua, o temporal, pero el guardador de la cárcel por su propio impulso, o por mandato de otro, le priva injustamente de alimento, de vestimenta, o del fuego o del espacio necesario para mantener su vida; como ha sucedido hace poco, que a un religioso regular le mantenían solo con escasas porciones de pan y agua en días muy excepcionales. También pasa cuando estando en medio del invierno en un lugar muy frío solo se permite al condenado tener una túnica; o se le niega día y noche el fuego para calentarse; o cuando se ve forzado a dormir en el suelo en un sótano muy húmedo y sin cubierta. O cuando con otros actos similares obran muy cruelmente, de un modo poco religioso y cristiano, de manera que quienes sufren estos actos creen con probabilidad que obtendrán la muerte. Los que aconsejan y mandan esos actos no solo cometen pecado mortal e incurrir en irregularidad si llegara a suceder la muerte (...), sino que ellos mismos se hacen inclementes y crueles, según explica Santo Tomás (*Suma de teología*, 2-2, cuestión 157 y cuestión 159)».

⁵³ SALDAÑA, Q., «Adiciones de Historia del Derecho Penal en España», a VON LISZT, F., *Tratado de Derecho penal*, traducido de la 18.ª edición alemana y adicionado, Madrid, Hijos de Reus Editores, tomo primero, 1914, p. 344: «La pena de azotes, aplicada por los tribunales civiles a los delitos de escalonamiento, robos, lesiones, etc., fue abolida por la Inquisición en cuanto a las mujeres, y limitada a los bígamos y a los que se fugaban de las cárceles; pero declarado por el Supremo Consejo que la evasión era un acto de derecho natural la pena de azotes quedó completamente abolida, cuando seguía por mucho tiempo usándose entre los laicos».

⁵⁴ AZCÁRRAGA, J., «Balthasar Gómez de Amescua: Tractatus de potestate in se ipsum», en Grossi, P. (Ed.), *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milán, Giuffrè, 1973, pp. 452-453. Amescua fue un jurista toledano, que publicó en Palermo en 1604 este tratado sobre los derechos de la personalidad, del cual hubo en 1609 otra edición posterior en Milán.

cel, descerrar las puertas o perforar paredes, siempre que no se cause daño a los guardianes.

Por su parte, Francisco Suárez ha afirmado resueltamente que las leyes que imponen pena a quien huye de la cárcel son *leges pure poenales*, «leyes puramente penales»⁵⁵.

La doctrina de las leyes pura o meramente penales funcionaba en el pasado como epicentro de la cuestión acerca de la obligatoriedad moral de obediencia al Derecho. Como ha sintetizado el profesor Liborio Hierro, la doctrina «merepenalista» servía para mantener un compromiso moral genérico con el ordenamiento jurídico vigente a la vez que se permitían ciertas desviaciones instrumentales por motivos de autointerés⁵⁶. No solo tenía esa función, pues sus partidarios pretendían ante todo restringir la opinión vulgar –muy extendida en aquellos tiempos– consistente en negar el deber moral de obediencia a las leyes reforzadas mediante penas o multas. La finalidad de la teoría era restringir el grado de inobservancia de las leyes, enseñando a los súbditos que también las leyes penales obligaban en conciencia, que debían ser obedecidas y por ello acatarlas consistía en cumplir la conducta (activa o pasiva) en la que consistía el deber enunciado en ellas sin que hubiera la alternativa de conformarse moralmente con la excusa de que no había desobediencia cuando el enunciado lingüístico de la ley contuviera una sanción, fuera pena, multa o medida coercitiva⁵⁷.

Los autores distinguían escolarmente tres categorías de leyes, que podríamos intentar aproximar en la actualidad, sólo a efectos pedagógicos y no exclusivamente técnicos, a los intentos de distinción entre normas morales (no garantizadas mediante la coerción institucionalizada) y normas jurídicas (unas garantizadas plenamente por referirse a unas materias importantes y otras normas más cercanas tal vez al

⁵⁵ SUÁREZ, F., *De legibus*, lib. 5, cap. 4, n. 7 (CHP-2.^a Serie, vol. 16, p. 73). Eran ejemplos típicos de leyes consideradas meramente penales, el del robo de leña en terrenos comunales –que repite Suárez– y el de la defraudación de impuestos. Los comenta en nuestros días William Daniel con la autoridad de Vitoria, Soto, Toledo, Vázquez, Salón, Molina, Bartolomé de Medina y Suárez. Se oponían Soto y Molina. Vid. DANIEL, W., *The purely penal law theory in the spanish theologians from Vitoria to Suárez*, Roma, Gregorian University Press, 1968, pp. 130-162.

⁵⁶ HIERRO, L., *La eficacia de las normas jurídicas*, Barcelona, Ariel, 2003, pp. 115-116.

⁵⁷ Sobre el alcance de la teoría de las leyes meramente penales, vid. DANIEL, W., *op. cit.*, particularmente sobre Suárez en pp. 18-24, 34-37, 48-52, 88-113, 156-162, 203-208; FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, pp. 326-330; LEOCATA, F., «Sentido de la ley penal en Francisco Suárez», en Cruz, J. (Ed.), *Delito y pena en el Siglo de Oro*, cit., pp. 15-24; CRUZ, J., «Proyección de la ley natural en las leyes penales», en íd. (Ed.), *La ley natural como fundamento moral y jurídico en Domingo de Soto*, Pamplona, Eunsa, 2007, pp. 159-180; MACIÁ, R., *Doctrinas modernas iusfilosóficas*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 150-158; MORTA FIGULS, A., «Suárez y las leyes meramente penales», *Revista Española de Derecho Canónico*, vol. 5, 1950, pp. 503-599; MOSTAZA RODRÍGUEZ, A., «La ley puramente penal en Suárez y en los principales merepenalistas», *Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela*, núm. 55-56, 1950, pp. 189-241.

ámbito reglamentario o que regulan asuntos menores). Una ley era puramente moral porque obligaba solamente en conciencia, esto es, cuando imponía deberes imperfectos cuya eficacia no estaba garantizada. Ley mixta o compuesta se llamaba a la que es a la vez moral y penal, pues impone deberes perfectos, cuyo cumplimiento además está garantizado: obligan a hacer o a no hacer una acción y, en caso de incumplimiento, obligan a padecer la sanción. La tercera categoría es de la ley puramente penal, que define Suárez como «*la que contiene exclusivamente el precepto, por así decir, hipotético de sufrir tal pena o perjuicio si se hace esto o aquello, aun cuando no se imponga precepto respecto del acto sometido a tal condición*»⁵⁸.

La ley puramente penal adopta aquí un enunciado proposicional que impone una obligación disyuntiva: hacer algo o someterse a la pena. Este criterio formalista había sido suficiente para Alfonso de Castro para distinguir una ley penal que obligue en conciencia bajo amenaza de sanción y una ley puramente penal, que no obliga en conciencia a realizar el acto⁵⁹. Pero Suárez añade un criterio material: la importancia intrínseca del asunto que regula la ley. Es indicador de que podríamos estar en presencia de leyes puramente penales cuando normalmente se refieran a conductas de escasa relevancia para el bien común –como aclara–, afecten poco a la moralidad pública, no preten-

⁵⁸ SUÁREZ, F., *De legibus*, lib. 5, cap. 4, n. 2 (CHP-2.^a Serie, vol. 16, pp. 65-67): «No obstante, se ha de decir en primer lugar que pueden darse leyes que fueren u obliguen bajo amenaza de una pena, aunque no obliguen en conciencia al acto por cuya transgresión obligan a la pena. Martín de Azpilcueta da por supuesto que esta tesis es manifiesta; así la sostiene Francisco de Vitoria, la expone ampliamente Alfonso de Castro y la siguen otros autores antiguos ya citados. Todos ellos distinguen una doble ley penal, pura y mixta o compuesta, a las cuales se añade una tercera, la ley humana no penal sino puramente moral, como es la que obliga en conciencia y no añade pena (...) Mixta se llama la que es al mismo tiempo moral y penal e incluye virtualmente dos preceptos; uno, el de realizar o evitar tal acto; otro, el de sufrir tal pena, si no se realiza o evita el acto (...) Ley puramente penal se llama a la que contiene exclusivamente el precepto, por así decir, hipotético, etc.»; *De legibus*, lib. 5, cap. 4, n. 13 (CHP-2.^a Serie, vol. 16, pp. 77-79): «la ley penal se resuelve en la obligación de conciencia de satisfacer y sufrir la pena y esto basta para que sea verdadera ley, aunque no obligue en conciencia a la condición bajo la cual se conmina la pena. Respecto de esa condición la ley se dice puramente penal, aunque respecto de la pena misma tiene eficacia de obligar de la manera antedicha».

⁵⁹ Alfonso de Castro (1495-1558) fue pionero en desarrollar sistemáticamente su teoría en *De potestate legis poenalis* (1550), lib. 1, caps. 5, 8, 9, 11. Cfr. CASTILLO HERNÁNDEZ, S., *Alfonso de Castro y el problema de las leyes penales o la obligatoriedad moral de las leyes humanas*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1941; CRUZ CRUZ, J., «La interpretación de la pena y de la ley penal según Alfonso de Castro», en *Delito y pena en el Siglo de Oro, op. cit.*, pp. 53-68; MAÑARICUA NUERE, A. E. de, «La obligatoriedad de la ley penal en Alfonso de Castro», *Revista Española de Derecho Canónico*, vol. 4, 1949, pp. 35-64; RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *Alfonso de Castro y su doctrina penal. El origen de la ciencia del Derecho Penal*, Pamplona, Eunsa, 2014 (basado en la edición de Madrid, Editorial Cisneros, 1959).

dan enmendar vicios muy comunes ni tampoco se refieran a comportamientos que pudieran atentar contra la paz social⁶⁰.

La materia complica aparentemente la calificación jurídico-moral de la legislación. Las leyes que regulan las fugas son para Suárez meramente penales. ¿Cómo podrían ser de escasa importancia leyes procedentes de un soberano que representa la voluntad divina, aunque sea mediada por el consentimiento del pueblo? Para preservar la coherencia del autor tendremos que suponer que la calificación de las fugas como conductas meramente penales no puede querer decir que la fuga sea asunto de escasa importancia. Ello significaría que el legislador se desentiende de la eficacia social de sus normas.

Según el modelo suareciano, cuando una ley es válida obliga, el juez tiene la potestad de imponer y hacer ejecutar la sentencia, y el condenado estará obligado a acatar la sentencia, sin derecho de resistirse activamente. Pero no hay impedimento moral alguno para que no pueda escapar cuando haya oportunidad: *«pues impedir la pena mediante la huida no está prohibido en conciencia cuando la pena es corporal y grave»*⁶¹.

Por eso cuando la pena es corporal y dura, el condenado no tiene obligación en conciencia de evitar la fuga. Sin embargo, Suárez desplaza sutilmente la obligación en conciencia al momento de cumplir el castigo, de manera que el legislador puede suprimir la necesidad de culpa por la transgresión declarándolo así expresamente, pero como no sería posible para Suárez admitir la existencia de una ley sin que produjera obligación (es esencia de la ley la obligación y toda obliga-

⁶⁰ Para conocer si la obligación legal es de conciencia o sólo bajo pena hay también que atender a la gravedad de la materia, criterio mencionado en SUÁREZ, *De legibus*, lib. 5, cap. 4, n. 12 (CHP-2.^a Serie, vol. 16, p. 77): «Finalmente, aunque las palabras consideradas en sí mismas o la gravedad de la pena no muestren suficientemente la obligación en conciencia a observar la ley, se ha de tener en cuenta la materia de la ley. Si la materia es moral, es decir, atañe directamente a las buenas costumbres de la comunidad política y a la represión de los vicios, y si se juzga necesaria para esos fines o para lograr la paz de la comunidad o para evitar un gran daño de ella, estamos ante una presunción sólida de que la ley se da con la intención de obligar en conciencia, aun cuando el modo de mandar no sea tan expreso y formal ni la pena grave en demasía. Tal es el parecer de Francisco de Vitoria y Diego de Covarrubias. Y la razón es que se ha de creer que en estos casos el legislador quiere obligar del modo más conveniente y necesario a la comunidad política. Ahora bien, en tal materia y circunstancias es muy conveniente presionar obligando en conciencia. Luego. Pero cuando no se da nada de eso, sino que la materia es política o de escasa importancia o necesidad para las buenas costumbres y la forma de mandar es solamente condicionada y la pena no grave en demasía, es señal suficiente de que tal ley no obliga en conciencia».

⁶¹ SUÁREZ, F., *De legibus*, lib. 5, cap. 10, n. 2 (CHP-2.^a Serie, vol. 16, p. 209): «A este respecto, es cierto que la ley penal obliga después de dictada sentencia bastante, porque entonces el juez tiene derecho a ejecutar la sentencia. Luego, el otro no tiene derecho de resistir; de lo contrario, tendríamos una guerra justa por ambas partes. Me refiero a una resistencia positiva en sentido propio, pues impedir la pena mediante la huida no está prohibido en conciencia cuando la pena es corporal y grave».

ción es moral, en conciencia), una vez que el actor infrinja la ley tiene que asumir el deber moral de cumplir el castigo⁶².

Hay que insistir en que para Suárez la esencia de la ley es la obligación. No existe ley ni acto con fuerza de ley sino en cuanto imponen obligación⁶³. Toda obligación es moral, una obligación en conciencia que impone cierta necesidad de obrar o de no obrar⁶⁴. Por eso sostiene que la transgresión de una ley humana ofende doblemente a Dios y al príncipe o al Estado, por lo cual castigan ambos, y en este sentido la sanción terrenal es acompañada con la amenaza de sanción ultraterrena⁶⁵.

⁶² LEOCATA, F., *op. cit.*, pp. 20-22: en la ley puramente penal el legislador exige de la culpa moral en el momento de la transgresión, pero una vez realizada «y/o descubierta y juzgada la falta», la obligación en conciencia se traslada al cumplimiento del castigo impuesto por la ley. La culpa moral que se elimina antes de realizar el acto transgresor se traspa a posteriori. Aun así la obligación de cumplir el castigo —aclara Francisco Leocata— es moral y depende de factores externos como son el descubrimiento del infractor, el juicio de transgresión y además una sutil tarea interpretativa de la voluntad legislativa. Esto lo había mostrado en su momento Jean Dridoens (1480-1535), según indica FINNIS, J., *op. cit.*, p. 327, nota 18. En efecto, esto es correcto; sin embargo, hay un elemento relevante que nosotros señalamos: la obligación natural superior de preservar la vida prevalece cuando la ejecución penal es desproporcionada.

⁶³ La cuestión sobre los efectos que produce la ley se centra en la ley propiamente dicha y en la auténtica obligación moral (*De legibus*, lib. 1, cap. 14, n. 1). Pero amplía la cuestión a los actos con fuerza de ley: «No existe ley ni disposición del superior que participe de la naturaleza de ley si no es en cuanto impone obligación» (*De legibus*, lib. 1, cap. 14, n. 11; edición CHP, vol. 12, Madrid, CSIC, 1971, p. 89). La obligación es efecto próximo y adecuado, pero no es el único, pues por medio de la obligación produce otros efectos (manda, prohíbe, permite, castiga). Esos cuatro efectos se distinguen entre sí y con una especie de orden: mandar y prohibir, *praecipere et prohibere*, se buscan directa y fundamentalmente, en cierto modo pertenecen a la sustancia de la ley (*De legibus*, lib. 1, cap. 15, n. 14 y 16; lib. 1, cap. 17, n. 3); los otros dos, *permittere et punire*, son como accesorios y añadidos para ayudar a la ley a conseguir los dos primeros efectos con mayor facilidad y eficacia (*De legibus*, lib. 1, cap. 15, n. 16).

⁶⁴ SUÁREZ, F., *De legibus*, lib. 1, cap. 14, n. 4 (CHP, vol. 12, p. 82): «no existe auténtica ley que no imponga obligación, es decir, cierta necesidad de obrar o de no obrar»; *De legibus*, lib. 1, cap. 14, n. 12 (CHP, vol. 12, p. 90): «toda obligación de no hacer o hacer algo nace de la ley, pues siempre que alguien, actuando contra la propia obligación peca en conciencia, actúa contra la ley».

⁶⁵ Lo mismo pasa con la ley penal, que tiene un doble aspecto, según se considere desde la perspectiva del órgano judicial o desde la del súbdito. En el primer caso, la ley impone al juez la obligación de castigar tal delito (*De legibus*, lib. 1, cap. 14, n. 6). Pero desde la perspectiva del reo, la ley impone dos obligaciones: una se refiere a la culpa (obligación en conciencia) y otra se refiere al castigo (*De legibus*, lib. 1, cap. 14, n. 7; lib. 1, cap. 16, n. 3; más específicamente en *De legibus*, lib. 5, cap. 4, donde discutirá si puede haber pena sin culpa). La tesis general es que, aunque alguna ley no obligue en conciencia a realizar el acto por cuya transgresión se impone la pena, obliga al menos a realizar el acto o, si no se hace el acto, obliga a pagar (cumplir espontáneamente el castigo) o a sufrir el castigo (no poner resistencia al castigo) (*De legibus*, lib. 1, cap. 14, n. 7; lib. 5, cap. 10, n. 2). Por consiguiente, también la ley penal impone un deber, y si no se cumple voluntariamente la conducta, el deber es acatar la sanción. Las leyes penales obligan en conciencia, lo cual no significa que se

Cuando comenta la capacidad sancionadora canónica, Suárez indica que todos los autores coincidían en que el reo justamente condenado estaba obligado a cumplir la condena. Esta opinión común no impedía sostener lícitamente lo contrario cuando el cumplimiento de la condena conllevara anejas gravísimas incomodidades⁶⁶. Y añade, con más rotundidad aún, que en el supuesto de durísimas condenas canónicas, a muerte y cadena perpetua, está admitida la legitimidad de la fuga: el condenado «*puede lícitamente huir, pues en realidad no está huyendo de la cárcel sino de la muerte*»⁶⁷.

Obviamente, entiendo yo, no es el hecho de escapar lo que propugna sino que está manifestando el reconocimiento de la colisión entre el deber público de imponer sanciones para garantizar el bien común y el deber natural personal de preservar la vida. El condenado a muerte puede lícitamente fugarse porque «*el privilegio de preservar la vida es máximo*». Y lo mismo, cuando haya sido condenado a perpetuidad pero el reo deba mantener continuas abstinencias que ineludiblemente desembocarán en el irremediable acontecimiento fatal⁶⁸.

castigue dos veces, una por el legislador temporal y otra por Dios con la condenación eterna, sino que el pecado es susceptible de ambas penas y que la transgresión de una ley humana no sólo ofende a Dios sino también al príncipe y a la república, y por tanto justamente ambos (Dios y el Estado) la castigan (*De legibus*, lib. 5, cap. 3, n. 3). Lo mismo escribe con una rotundidad que asusta, en SUÁREZ, *Opera Omnia*, París, Vivès, 1856, tomo 4, p. 516: «la transgresión de cualquier ley es pecado, ya que conlleva la transgresión de la ley divina natural según la cual toda potestad proviene de Dios, de manera que ninguna ley obliga sino en virtud de la ley divina».

⁶⁶ SUÁREZ, F., *De religione*, tratado 8, lib. 2, cap. 10, n. 10 (*Opera omnia*, París, Vivès, 1860, tomo 16, pp. 153-154). El prelado religioso tiene potestad coercitiva para imponer penitencias y labores severas, pero la dificultad que se plantea Suárez como canonista es si el condenado a cadena perpetua o a dejarse morir de hambre está obligado a no huir. Era doctrina común (Covarrubias, Cayetano, Soto, Navarro, Salcedo) que el religioso condenado a cárcel perpetua estaba obligado a no escapar, tanto por ley general de justicia que obliga al reo a cumplir la sentencia justa, como por título especial añadido por el voto de obediencia. Ahora bien, «accidentalmente, en cambio, por causa de las gravísimas incomodidades añadidas a la encarcelación, podría ocurrir que fuese lícito lo contrario»— como indicará a continuación.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 154. El texto específico se refiere a una sanción canónica por la que el religioso sea condenado a morir de hambre.

⁶⁸ Y continúa, SUÁREZ, F., *ibid.*, n. 11, p. 154: no está obligado el reo a abstenerse de comer ni puede obligársele en conciencia porque es muy difícil, repugna la inclinación natural ni es necesario para el bien común; bastante es que el juez pueda mandar a los ejecutores que no le den la comida, y lo mismo puede hacer el prelado por virtud del voto de obediencia, aunque no puede prohibir que coma lícitamente si puede. «De donde infiero que el religioso así condenado puede huir lícitamente, no para huir de la cárcel sino de la muerte. Todos admiten que el condenado a muerte puede lícitamente huir, si pudiera, porque el privilegio de cuidar de la vida es máximo, como consta en los autores citados y en otros que ellos refieren. Ahora bien, quien ha sido condenado a prisión perpetua, para que perezca paulatinamente por una continua inedia, está condenado a muerte, pues, aunque no haya sido condenado a que lo maten, sin embargo está condenado a morir casi desde dentro, lo cual es parecido, en la medida en que afecta al deterioro de su vida. En consecuencia, para evitarlo será lícito huir. Tal vez los autores hablan de este caso, Angelo de Clavasio y los otros que

Hasta ahora aún no tenemos un reconocimiento general del derecho de fuga, ni puede haberlo sino de manera muy excepcional para aquellos casos en los que corra riesgo grave, diríamos casi inminente o muy seguro, la vida de la persona justamente condenada.

5. CONCLUSIÓN. NATURALEZA HUMANA, PERMISOS Y ESTADOS DE NECESIDAD

A mi juicio, no es imprescindible entender el *ius fugiendi* como un derecho estricto, pues «tener un derecho» puede querer decir también que es posible de hecho escaparse sin que actúen mal las personas que intenten impedirlo. Puede ser entendido como una expresión trivial, a modo de lo que puede calificarse en la propia terminología suareciana como una mera negación del impedimento o permisión de hecho (en la medida en que no está prohibido escaparse), pero también cabe que entendamos que en determinadas circunstancias existe un permiso jurídico que sólo significa tolerancia o licencia⁶⁹. En este último sentido, significaría algo más que el reconocimiento de una situación fáctica y algo menos que el reconocimiento de una posición merecedora de protección activa; una noción débil de «derecho» que admite internamente la moralidad de la acción, aunque exteriormente no pueda probarse ni exigirse protección jurisdiccional.

En consecuencia, el reo no obra mal en el foro de la conciencia, aunque el legislador tampoco obra mal intentando impedir la evasión. Es obvio que el reo no podía solicitar la suspensión de la condena o instar algo semejante a la libertad condicional. Estas instituciones solo son concebibles a finales del siglo XVIII o principios del XIX, cuando se haya asentado un sistema penitenciario digno de tal nombre⁷⁰. Pero el reo que de hecho se evadiera, si fuere capturado podría estar amparado por ese permiso.

Es el derecho natural de evasión, un permiso o tolerancia que negativamente se estructura, entiendo yo, como inmunidad. La consecuencia moral es clara: no peca y descarga la conciencia.

Las consecuencias jurídicas inmediatas pueden inferirse, aunque en esta ocasión interpretamos expansivamente al autor (de manera verosímil, pero aplicando la inferencia a un contexto externo en el que no se mueve específicamente). El juez no podría castigar al evadido por una acción que está permitida en esas circunstancias crudas. O no podría castigarlo de inmediato sin antes valorar las motivaciones de la acción. Que esté permitida no significa que uno tenga derecho a hacer-

citan Covarrubias, Navarro y Salcedo, que sostienen que al condenado a cárcel perpetua le es lícito evadirse».

⁶⁹ En especial, SUÁREZ, F., *De legibus*, lib. 1, cap. 15, n. 5-12.

⁷⁰ RAMOS VÁZQUEZ, I., *La reforma penitenciaria*, *op. cit.*, pp. 163 ss.

lo, sino que una vez hecha la acción en esa ocasión y circunstancias surge *per se*, naturalmente, un escudo que impide añadir castigo a la condena inicial. Más dudoso es que la inmunidad pueda aplicarse a los vigilantes, pues ellos tienen contraído con el Estado un especial deber de cuidado por el que son responsables directamente.

A la vez se mantiene simbólicamente la lealtad con el sistema jurídico en su conjunto y la adhesión al soberano, pues los reiterados incumplimientos de sus normas no pueden entenderse en estas materias «meramente penales» como síntomas de dilución de su legitimidad.

La doctrina de las leyes meramente penales no solamente fue la versión embrionaria del tratamiento jurídico de la conciencia sino una manera de consolidar al poder soberano porque se estaba justificando que la legitimidad del mismo no depende en todos los casos de la efectividad de sus normas. Que el incumplimiento no supone en todo caso desobediencia.

Cuando hay una colisión de obligaciones, entre el deber de cumplir la condena y el deber de preservar la vida, en estos casos excepcionales de crueldad y sufrimiento, el beneficio o privilegio de la vida opera como elemento catalizador que motiva la decisión de evadirse. La infracción de la norma penal no tiene porqué ser considerada una infracción moralmente grave cuando se pondere la seriedad de las razones que contribuyeron a la evasión. En ella se tendrá en cuenta un conglomerado de circunstancias fácticas y motivaciones psicológicas, todo lo cual puede valorarse como nutriente de ese principio genérico que Suárez y los teólogos llamaban el «privilegio de la vida». Esas circunstancias determinarán, tal vez, la existencia de estados de necesidad exculporios. Que no es una interpretación descabellada lo muestran la abundancia de fugas que se produjeron, y no solo aprovechando la falta absoluta de seguridad en los centros de internamiento⁷¹, sino porque se utilizaban como mecanismo parajurídico de protección: los fugados se ponían a disposición del tribunal superior que solía ser más benévolo para purgar el delito de evasión, evitar el encierro o las presiones de jueces locales⁷².

Suárez, a diferencia de otros coetáneos, restringe el derecho de fuga a condenas justas que aparejen la muerte, incluyendo las penas de cárcel cuando el cumplimiento acaezca en condiciones inhumanas. Tampoco hay reconocimiento general sino en circunstancias extremas. El denominado *ius fugiendi* no es considerado por él un derecho

⁷¹ En España llegaron a ser tantas las fugas que en el siglo XIX eran motivo de chanzas en la prensa, como sucedió con las evasiones de reclusos de la cárcel de Lugo. Refiere esta anécdota MATA Y MARTÍN, R. M., «La antigua cárcel de Lugo y algunos aspectos del sistema penitenciario español en el avance del siglo XIX», *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, núm. 5, 2012, p. 288: el problema era general a todo el sistema penitenciario, con instalaciones deficientes, falta de personal e inseguridad en los centros.

⁷² *Vid.* ORTEGO GIL, P., «El vehemente impulso y justo deseo de recobrar la libertad (notas históricas sobre fugas de cárcel)», *Dereito*, vol. 22, 2013, pp. 399-440.

estricto sino que sería un permiso en el sentido que hemos explicado. Lamentablemente no hace una conexión directa con su concepción de los permisos, bastante elaborada, ni utiliza la expresión de causas o circunstancias justificativas, o alguna denominación semejante. Lo cual no impide que podamos relacionarlo, porque en todo caso el fundamento del permiso (ese equívoco *ius fugiendi*) enraíza en la tendencia innata a preservar la vida, requisito estructural de una comunidad política y de su organización jurídica. La fragilidad de los seres humanos es un rasgo antropológico fundamental que debe contemplarse en cualquier legislación positiva para que ésta sea justa y merecedora de obediencia. La debilidad intrínseca y contingencia de todos los seres humanos no se equipara a los instintos o simples pulsiones psicofisiológicas, aunque éstas puedan a veces servir de señal del modo de ser natural⁷³. Este rasgo antropológico es universal y como tal tiene que ser tenido en cuenta en la actualidad, aunque hoy difieran los autores en atribuir su procedencia al reconocimiento social y no al origen divino, como sostenían los iusnaturalistas.

De esta manera saldríamos del atolladero de tener que considerar estos argumentos como avatares de los derechos humanos y podríamos considerarlos como una aplicación de la racionalidad práctica para obtener la respuesta justa en circunstancias difíciles. Reconoceremos la contribución de la escuela española a la fundamentación filosófica jurídica de los derechos humanos y a la universalización de los principios de dignidad o de igualdad, sin confundir esta tradición central de pensamiento con el racionalismo posterior y sin hacerlos precursores de la positivación de los derechos humanos⁷⁴.

Problemas recurrentes y respuestas jurídicas no del todo satisfactorias se presentan también en nuestros días, como sucede en aquellos casos de quebrantamiento de condena en los que alega el evadido que la fuga estuvo motivada por el temor (para él racional y fundado) de sufrir daños físicos e incluso morir si hubiere continuado encerrado en la prisión; ya sea por motivos psicológicos o por circunstancias verificables como la de haber sido amenazado por otros internos o por los mismos vigilantes, e incluso por el director de la prisión. Más fre-

⁷³ Vizmanos o Pacheco, entre otros comentaristas españoles de la codificación penal decimonónica reconocían la tendencia natural de escapar. Por ello rechazaban tipificar el delito de quebrantamiento de condena. Actualmente algún prestigioso penalista reprocha a esos autores ese presupuesto moralizante porque confunde instinto natural con impulsos fisiológicos o psicológicos, que merecen a veces reprimirse. Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, F., «Sobre quebrantamiento de condena, impago de pensiones, falta de comparecencia a comisiones de investigación y citaciones judiciales», *Revista de Derecho penal y criminología*, n.º 19, 2007, pp. 34-35. Pero la escolástica construyó un concepto metafísico de naturaleza humana y no cayó en ese burdo reduccionismo biologicista.

⁷⁴ Al respecto, OTERO PARGA, M., «Reflexiones en torno a los derechos humanos en el Siglo de Oro español», en Zapatero, V. (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, tomo 1, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2002, pp. 599-614.

cuentas son los actos de desobediencia a mandatos judiciales u órdenes de alejamiento o de impago de pensiones que la evasión de las cárceles, al menos en los países europeos desarrollados⁷⁵. La erosión de la dignidad de los internos proviene del hacinamiento, la ausencia de motivación, la soledad o el acoso padecido por otros presos. Las fugas, las muertes o los suicidios son aspectos que reflejan situaciones graves de falta de atención.

Los instrumentos jurídicos de protección se canalizan a través del reconocimiento normativo de la legalidad penal, de la dignidad y prohibición de malos tratos. No faltan pronunciamientos judiciales sobre condiciones carcelarias que podrían asimilarse a otras épocas pasadas, tanto en el ámbito de Naciones Unidas como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que hacen responsable al Estado de proteger la vida, la salud o el bienestar de los presos por causa de su estatus de personas privadas de libertad⁷⁶. Sin embargo hay hechos rancios que acaecían en la época moderna que también los encontramos planteados en nuestros días⁷⁷.

Reconocer la excepcionalidad de estas circunstancias no significa incentivar el incumplimiento de las leyes, ni alentar las fugas, sino aceptar la realidad de que humanamente no son en absoluto descartables comportamientos o actuaciones moral y socialmente reprobables que, sin embargo, suponen un intento de elegir entre cursos de acción en circunstancias difíciles, aquel que el agente moral se representa como menos malo⁷⁸. No se puede descartar del todo, aun hoy, que

⁷⁵ La tasa de fugas es mínima en España, incluso comparada con países de nuestro entorno. Pueden compararse datos recientes en BECERRA MUÑOZ, J., «Las prisiones españolas vistas desde Europa. Un análisis comparado», *Revista de Derecho penal y criminología*, núm. 7, 2012, pp. 381-406; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, I., «La cárcel en España: mediciones y condiciones del encarcelamiento en el siglo XXI», *ibid.*, núm. 8, 2012, pp. 351-402. Para una comprobación rápida de las cuestiones implicadas en la actualidad en el delito de quebrantamiento de condena, véanse los artículos 468 a 471 CP, junto a *Comentarios al Código Penal* (p. ej., el dirigido por M. Gómez Tomillo, 2.ª ed., Valladolid, Lex Nova, 2011, pp. 1716-25).

⁷⁶ Cita sentencias recientes DE LA CUESTA ARZAMENDI, «El principio de humanidad en Derecho penal», *op. cit.*, pp. 214 ss.; VAN KEMPEN, P. H., «Positive Obligations to ensure the human rights of prisoners», en Tak, P. & Jendly, N. (Eds.), *Prison policy and prisoner's rights*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2008, pp. 21-44.

⁷⁷ ZUBRIN GOLD, J., «Prison Escape and Defenses Based on Conditions: A Theory of Social Preference», *California Law Review*, vol. 67, issue 5, 1979, pp. 1183-1204, para casos de los EEUU. Por otra parte, un problema similar se ha planteado ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU: *Comunicación n.º 1344/2005, Korolco c. la Federación de Rusia* (Decisión adoptada el 25 de octubre de 2010). El Comité desestima la petición del señor Mikhail Korolko, que alegaba haberse evadido de la cárcel porque sufría amenazas de muerte del jefe de la prisión y condiciones inhumanas.

⁷⁸ La dogmática penal ha desarrollado argumentos muy sofisticados, para cuya aproximación me limito a señalar las importantes contribuciones del número monográfico de la *Revista Discusiones*, núm. 7-2007, a partir de la ponencia central de SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia». Otras intervenciones: BOUZAT, A./CANTARO, A./NAVARRO, P., «El fundamento jurídico de un

haya casos en que la evasión fuera elegida como un mal menor y que sea posible fundamentar la exención de la pena basándonos en la inexigibilidad de otra conducta, sea porque hay circunstancias objetivas o sea porque el individuo padece en esa situación una presión tal que él percibe como muy peligrosa para su vida, aunque distanciado del lugar en otro instante habría reaccionado de otro modo⁷⁹.

La existencia de estos hechos significa también hacer público que el sistema carcelario tiene defectos graves que merecen alguna corrección y que debemos replantearnos las modalidades punitivas y la finalidad de las mismas sin dar por sentado que el avance de la historia signifique siempre un progreso moral irreversible.

Fecha de recepción: 31/03/2014. Fecha de aceptación: 31/10/2014.

estado de necesidad» (*ibid.*, pp. 113-154); FERRANTE, M., «Necesitados, intolerantes, homicidas y malos samaritanos» (*ibid.*, pp. 57-77); «GONZÁLEZ LAGIER, D., «Sobre el deber de tolerar la acción de salvaguarda en los casos de estado de necesidad agresivo» (*ibid.*, pp. 155-175); PÉREZ BARBERÁ, G., «Infracción punible de deberes de tolerancia: el problema de la causalidad» (*ibid.*, pp. 79-11).

⁷⁹ Vid. VARONA GÓMEZ, D., «El miedo insuperable: ¿Una eximente necesaria?», *Revista de Derecho Penal y criminología*, núm. 7, 2001, pp. 139-175; íd., *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, Granada, Comares, 2000.

Positivismo jurídico, tesis de la separabilidad y valor
ético del *rule of law*

*Legal positivism, separability thesis and the moral
value of the rule of law*

Por FEDERICO ARCOS RAMÍREZ
Universidad de Almería

RESUMEN

En este trabajo se defiende que el rule of law posee un valor moral intrínseco y no meramente instrumental, pero no en el sentido conceptual por el que parece abogar Fuller, sino en otro diferente más débil y restringido. La obsesión por la conexión lógica ubicada en el plano de la validez jurídica es lo que explica no sólo que, a la postre, el planteamiento de Fuller no resulte satisfactorio, sino también, en el extremo opuesto, la miopía de gran parte de la teoría positivista a la hora de apreciar que hay algo intrínsecamente valioso en la creación y aplicación del derecho respetuosa con las exigencias de la publicidad, claridad, irretroactividad, etc. La apreciación de tales dimensiones éticas intrínsecas presupone una lectura diferente de la tesis de la separación entre el derecho y la moral, de la separability thesis.

Palabras clave: Rule of law, moral interna del derecho, autonomía individual, justicia material, conexión conceptual entre el derecho y la moral, tesis de la separabilidad.

ABSTRACT

This paper defends that the rule of law has intrinsic moral value and not merely instrumental, but not in the sense of the concept by which seems

to advocate Fuller, but in a different more weak and restricted. The obsession with the logical connection located at the level of legal validity is what explains not only that, a dessert it, the approach of Fuller is not satisfactory, but also, at the opposite end, the short-sightedness of much of the theory of positivist to appreciate that you there is something intrinsically valuable in the creation and application of law respects with the requirements of the publicity, non-retroactivity, clarity, etc. The appreciation of such intrinsic ethical dimensions presupposes a different reading of the thesis of the separation between law and morality, of the separability thesis.

Key words: *Rule of law, inner legal morality, autonomy, material justice, conceptual connection between law and morality, separability thesis.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL VALOR INTRÍNSECO DEL *RULE OF LAW*: LA PROTECCIÓN DE LA AUTONOMÍA INDIVIDUAL.—III. EL VALOR INSTRUMENTAL DEL *RULE OF LAW*. III.1. *La compatibilidad de la justicia formal y la injusticia material.* III.2. *El rule of law como un valor negativo.* III.3. *La insuficiencia del seguimiento del rule of law para la protección de la autonomía personal.*—IV. EL VALOR MORAL DEL *RULE OF LAW* Y LA TESIS DE LA SEPARABILIDAD. IV.1. *Una nueva interpretación de las teorías de Hart y Raz.* IV.2. *Reconsiderando la tesis de la separabilidad.*—V. DIMENSIONES ÉTICAS DE UN GOBIERNO DEL DERECHO BASADO EN LA OBSERVANCIA DEL *RULE OF LAW*. V.1. *La imposibilidad de separar radicalmente medios y fines en el mundo real. La relevancia de la dimensión procedimental de la justicia.* V.2. *El valor moral de la evitación del mal.* V.3. *El carácter no generalista de una teoría jurídica auténticamente descriptiva.*

SUMMARY: I. INTRODUCTION.—II. THE INTRINSIC VALUE OF THE RULE OF LAW: LA PROTECTION OF THE INDIVIDUAL AUTONOMY.—III. THE INSTRUMENTAL VALUE OF THE RULE OF LAW. III.1. *The compatibility of formal justice and material injustice.* III.2. *The rule of law as a negative value.* III.3. *The failure of obedience to the rule of law for the protection of personal autonomy.*—IV. THE MORAL VALUE OF THE RULE OF LAW AND THE SEPARABILITY THESIS. IV.1. *A new interpretation of Hart's and Raz's conceptions.* IV.2. *Reconsidering the separability thesis.*—V. ETHICAL DIMENSIONS OF A GOVERNANCE BY LAW BASED ON THE OBSERVANCE OF THE RULE OF LAW. V.1. *The impossibility of separate radically means and ends in the real world. The relevance of the procedimental dimension of justice.* V.2. *The moral value of avoiding the evil.* V.3. *The not general character of a truly descriptive law theory.*

I. INTRODUCCIÓN

Han transcurrido más de cincuenta años desde que Fuller y Hart dieron vida a una polémica que, lejos de haberse agotado, continúa alimentando una interesante controversia en la filosofía jurídica actual. Me refiero al debate en torno a si el *rule of law* posee un valor moral intrínseco o puramente instrumental. Por lo primero habitúa a entenderse que, en la medida en que sus normas generales satisfacen ciertas exigencias formales (publicidad, claridad, irretroactividad, etc.) y son aplicadas regularmente, habría necesariamente algo moralmente valioso en la sola existencia de un sistema jurídico. De ser así, se resquebrajaría una de las tesis centrales del positivismo jurídico: la separación conceptual del derecho y la moral. El principal argumento en el que han venido sirviendo los defensores de esta tesis es que, en los sistemas jurídicos que satisfacen esas condiciones, los individuos disfrutan de la posibilidad de diseñar planes de vida y autodeterminar sus acciones y decisiones y, en el mejor de los casos, sus propias vidas. Quienes defienden la visión contraria señalan que las principales exigencias del *rule of law* serían constanciales únicamente a la propia existencia de la juridicidad como instrumento de control social, con independencia de cuáles sean sus contenidos y, por tanto, sin que ello posea necesariamente ninguna dimensión moral. De acuerdo con esta visión, la función del Derecho sería la de guiar la conducta humana a través de leyes generales, públicas, claras, estables o irretroactivas, etc. y la virtud (no moral, amoral o neutral) que permite lograr mejor dicho objetivo son los principios del *rule of law*. Únicamente cuando los fines del sistema jurídico son moralmente buenos, entonces el *rule of law* es moralmente valioso en la medida (y únicamente en la medida) en que promueve esos fines. Cuando los fines del sistema son inmorales, el *rule of law* carece de valor moral. Ni las razones de la observancia de las exigencias básicas del *rule of law* tendrían carácter moral, ni los efectos derivados de dicha observancia poseerían, por sí solos, entidad suficiente como para generar estados de cosas éticamente valiosos.

En este trabajo argumentaré a favor de una tercera opción: que el *rule of law* posee valor moral intrínseco, pero no en el sentido conceptual por el que parece abogar Fuller sino en otro diferente más débil y restringido. La obsesión por la conexión lógica ubicada en el plano de la validez jurídica es lo que explica no sólo que, a la postre, el planteamiento de Fuller no resulte satisfactorio, sino también, en el extremo opuesto, la miopía de gran parte de la teoría positivista a la hora de apreciar que hay algo intrínsecamente valioso en la creación y aplicación del derecho respetuosa con las exigencias de la publicidad, claridad, irretroactividad, etc. La apreciación de tales dimensiones éticas que permiten sostener la existencia de una conexión necesaria exige una lectura diferente de la tesis de la separación entre el derecho y la moral, de la *separability thesis*.

II. EL VALOR INTRÍNSECO DEL *RULE OF LAW*: LA PROTECCIÓN DE LA AUTONOMÍA INDIVIDUAL

Aunque ya antes Radbruch hubiera hablado de la *rechtssicherheit* como de una forma de justicia y López de Oñate de la *certeza del diritto* como de la *specifica eticitá del diritto*¹, el verdadero artífice de la defensa de una conexión conceptual entre el derecho y la justicia a través del *rule o law* va a ser Lon Fuller y su tesis de la *Moral interna del Derecho*. El principal argumento del profesor estadounidense terminará sustentando el carácter moral de los principios de la *legalidad* será el de que éstos están comprometidos con la preservación de una concepción del sujeto de Derecho como un agente dotado de capacidad de autodeterminación y control de su propia conducta. Si el Derecho –dirá Fuller– consiste en «la empresa de sujetar la conducta humana al gobierno de reglas»², ello exige, necesariamente, comprometerse con la imagen del hombre como un agente responsable, capaz de comprender y obedecer reglas y responder de sus faltas³. Si el tratamiento jurídico que el gobierno dirige a los ciudadanos es regular y previsible, éstos gozarán de la certeza jurídica necesaria para llevar adelante sus propios planes de vida⁴. Estas palabras del autor de *The Morality of Law* son una expresión original de algunas de las ideas centrales de una visión genuinamente iluminista y liberal del valor del *rule of law* centrada en las tres siguientes ideas.

En primer lugar, la libertad o autonomía debe ser entendida en el sentido de autodeterminación. Si bien es cierto que hay una tradición liberal que se remonta a Hobbes que ha insistido en el papel que juega la libertad negativa, la ausencia de impedimentos para actuar, en la definición de la autonomía, hay otro liberalismo para el que el aspecto

¹ Como han puesto de manifiesto diversos trabajos, la seguridad jurídica, especialmente en su vertiente regularidad estructural y funcional, entendida en un sentido fundamentalmente objetivo, estaría muy próxima al ideal del imperio de la ley (o el Derecho), del *rule of law*. En este sentido LAPORTA, F., «El imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 15-16, 1994, p. 134. Para una identificación entre la seguridad jurídica y el *rule of law* vid. AUBERT, V., *In search of Law*, Martin Robertson, Oxford, 1983, pp. 35 y 43-44; PECZENICK, A., *On Law and Reason*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht-Boston-London, p. 31; JOWELL, J., y OLIVER, D., *The Changing Constitution*, Clarendon, Oxford, 1994, p. 58. Se ha hablado, por ello, de la pertenencia de la seguridad jurídica y el imperio de la ley o *rule of law* a un mismo universo ético. GARCÍA MANRIQUE, R., «Acerca del valor moral de la seguridad jurídica», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26, 2003, p. 485.

² FULLER, L., *The Morality of Law*, 2.^a ed., Yale University Press, New Haven, 1964, p. 96.

³ Por esta razón, toda desviación de sus principios constituye «una afrenta a la dignidad del hombre como factor responsable. Juzgar sus acciones por leyes no publicadas o retroactivas u ordenarle que cometa un acto que es imposible, es demostrar nuestro desprecio por las facultades de libre determinación». *Ibidem*, pp. 162-163.

⁴ *Ibidem*, pp. 210 y 229.

clave sería la idea de autodominio, de producir y gobernar desde la razón sus creencias y preferencias, para vivir una vida no como una sucesión de estados mentales y actividades momentáneas e inconexas sino como un plan o proyecto en el que todos ello adquieren un sentido o propósito que, en gran medida, define a la propia personalidad⁵. La autonomía exige, como dirá Berlin, que el individuo se considere autor de su propia vida⁶.

En segundo lugar, Fuller estima que las normas y, en particular las jurídicas, desempeñan un papel muy importante de cara hacer posible dicha autonomía. Para poder proyectarse autónomamente en el tiempo los individuos precisan de contextos de decisión presididos por la certeza y regularidad. Esto es fácil de lograr en contextos *paramétricos*, en lo que el entorno aparece como algo fijo, pero no así contextos de decisión *estratégicos*, dominados por el riesgo y la incertidumbre que supone que la determinación de los cursos de acción por parte de una persona o agente depende de la actuación de los demás. Lo único que puede proporcionar aquí esa certeza y regularidad es el establecimiento de convenciones que hagan previsible algunos elementos de este contexto de decisión, más concretamente, que avisen a los agentes de las expectativas e intenciones de los demás jugadores, hasta lograr convertir un contexto estratégico en otro paramétrico. Esta función de *aseguramiento de expectativas* aparece como la clave que explica la emergencia de sistemas y normas sociales, incluidas también las jurídicas⁷.

En tercer lugar, no cualquier tipo de juridicidad sirve para este propósito, no cualquier tipo de normas está en condiciones de reducir la complejidad del contexto de decisión e introducir certeza y previsibilidad. Como enseña la tradición contractualista, es necesario que se haga explícita una regla que prohíba el uso de la violencia privada, lo cual termina traducándose en la aparición de un poder soberano instaurador del orden garante de la seguridad personal en las relaciones privadas. Empero, no es suficiente con ello. También es preciso introducir certeza en la actuación del poder, hacerla previsible para los agentes, lo cual exige que ese poder también esté sujeto a reglas y actúe de acuerdo con ellas. Ambas necesidades confluyen en la exigencia no sólo de que el poder actúe a través y de acuerdo con normas jurídicas, sino que las directivas jurídicas y actos de aplicación de las mismas posean ciertos rasgos formales. Únicamente los sistemas jurídicos estructurados de acuerdo con las exigencias básicas del *rule of law* introducen en el ambiente de las relaciones públicas y privadas

⁵ BERLIN, I., «Dos conceptos de libertad», en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, trad. de J. Bayón, Alianza Editorial, Madrid, 1998, pp. 231-232.

⁶ Vid. LAPORTA, F., *El imperio de la ley*, Trotta, Madrid, 2005, cap. I.

⁷ POSTEMA, G., «Implicit Law», *Law and Philosophy*, 13, 1994, p. 174. LUHMANN, N., *A Sociological Theory of Law*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1985, pp. 25-26.

esos parámetros ciertos, fijos y previsibles que posibilitan un ejercicio confiado de la iniciativa y libertad personal⁸.

Admitido que la autonomía individual precisa de normas y actos de aplicación de las mismas que introduzcan en los contextos sociales de decisión y planificación de la vida un grado considerable de certeza y previsibilidad del comportamiento público y privado, tratemos de profundizar algo más en el modo en que se relacionan el *rule of law* y la libertad a partir del análisis de las condiciones de la primera. Como vamos a poder comprobar, la polémica entre los defensores y los críticos del valor moral intrínseco de aquel gira, en gran medida, en torno al contenido que tendrán de esas condiciones. Así, para los primeros, el aspecto de la libertad que convierte al *rule of law* en algo tan valioso es que hace posible que las interferencias y límites que el poder impone a la gama de opciones de la que disfrutaban los ciudadanos, una vez que han de articularse a través de directivas que observan las formalidades señaladas, poseen unos límites precisos que impiden que queden a merced de la voluntad de los primeros y puedan convertirse en una magnitud controlable y anticipable por los segundos. Así lo entiende Simmonds:

«Cuando un ciudadano vive bajo el imperio de la ley, es concebible que las obligaciones impuestas sobre él o ella será muy amplias y onerosas, y que los intersticios entre estos deberes podrían dejar muy pocas opciones disponibles. Sin embargo, si el *rule of law* es una realidad, tales deberes tendrán límites y los límites no dependerán de la voluntad de cualquier persona. ¿Podrían ser dependientes de la voluntad de un legislador soberano? Hay que recordar que las leyes deben ser irretroactivas y no deben ser sujetas a cambios constantes. En cualquier momento, por lo tanto, la ley puede entrar en conflicto con la voluntad actual del legislador soberano»⁹.

El aspecto clave no sería, pues, la *ausencia* de interferencias sobre las oportunidades del agente, ni la cantidad o calidad de la mismas, sino el grado en el que tales interferencias no son *arbitrarias*, en el sentido de que son *independientes* de la voluntad de otras personas¹⁰. Algunas visiones del valor moral del *rule of law* han exagerado esta dimensión republicana de la independencia o ausencia de dominación arbitraria, hasta el punto de llegar a considerar al *rule of law* condición

⁸ FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, pp. 272-273. Vid. en un mismo sentido RAZ, J., «The Rule of Law and its virtue», en *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1979, p. 221, LUCAS, J., *The Principles of Politics*, Clarendon Press, Oxford, 1951, p. 151.

⁹ SIMMONDS, N., *Law as moral idea*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 101.

¹⁰ Sobre los significados de no arbitrario vid. SHARON, A., «Republicanism and the Rule of Law», en <http://law.huji.ac.il/upload/Republicanism.and.the.Rule.of.Law.pdf>

no sólo necesaria sino también suficiente de la libertad¹¹. Sería el caso de Hayek quien, suscribiendo una visión exclusivamente procedimental de este valor, identifica la previsibilidad del futuro que proporcionan las leyes con la libertad misma¹². También Simmonds parece terminar decantándose por esta versión fuerte de la conexión entre el *rule of law* y la libertad cuando concluye:

«Si el Gobierno restringe el uso que hace de la violencia a los supuestos de violación de las normas (el requisito fulleriano de la congruencia entre acción oficial y la ley declarada) y si las normas son posibles de cumplir (las demás exigencias de Fuller), habrá necesariamente ámbitos de la conducta donde estará permitida más de una opción. Si el gobierno debe mantener un monopolio sobre el uso de la fuerza de cara a evitar la obstrucción de sus políticas por parte de sus opositores, debe haber leyes que prohíban las formas más obvias de interferencia en la conducta, tales como asalto, y esas prohibiciones deben ser confiables y hechas cumplir de manera efectiva. Por lo tanto, donde quiera que exista el imperio de la ley, los ciudadanos disfrutarán de algunos ámbitos de conducta libre que están protegidos de la interferencia de otros. Estos serán ámbitos de libertad que son independientes de la voluntad de cualquiera nadie, y dependientes únicamente de la ley»¹³.

La libertad que hace posible el derecho descansaría, a su vez, en la autonomía de éste, en la capacidad de una juridicidad que respeta las exigencias formales del *rule of law* para convertirse en un magnitud relativamente independiente del poder, que éste no puede instrumentalizar por completo. Que las normas jurídicas no sean la simple expresión de deseos de los superiores políticos sino el «sentido objetivo de actos de voluntad» (Kelsen) o imperativos *independientes* o *impersonales* (Olivecrona)¹⁴, tendría esta proyección en el plano político y moral¹⁵. De ahí que los más optimistas acerca de la autonomía de lo jurídico incluso bajo una tiranía o totalitarismo que respete en

¹¹ Acerca de visión del *rule of law* como condición solo necesaria o también suficiente de la libertad *vid.* WALDRON, J., «The Rule of Law», en *The Law*, Routledge, London, 1990, pp. 50-51.

¹² «Por lo que se refiere a las acciones de unos seres humanos respecto a otros, la libertad nunca puede significar otra cosa que estar limitados por leyes generales (...) la libertad significa y no puede significar otra cosa que lo que podemos hacer no depende de la aprobación de alguna persona o autoridad, sino que sólo está limitado por las mismas leyes abstractas que se aplican a todos». HAYEK, F. A., *The Constitution of Liberty*, Routledge & Kegan Paul, Oxford, 1961, p. 155.

¹³ SIMMONDS, N., *Law as moral idea*, *op. cit.*, p. 142.

¹⁴ OLIVECRONA, K., *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, trad. De L. López Guerra, Labor, Barcelona, 1980, pp. 115 y ss; KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, trad. de R. Vernengo, Porrúa, México, 1979, p. 19.

¹⁵ En mismo sentido *vid.* THOMPSON, W., *Whigs and Hunters: the origins of the Black Act*, Penguin Books, N. York, 1977, pp. 262-263. Thompson interpreta en sentido político y moral a la idea de Marx de que la superestructura jurídica posee una relativa autonomía respecto a la infraestructura económica.

grado suficiente las exigencias básicas del *rule of law*, estimen que los sometidos a un poder de este tipo sabrían a qué atenerse frente al mismo les proporcionaría un cierto grado de previsibilidad de su actuación y de autonomía personal. Como vamos a poder comprobar, si bien esta tesis resulta indefendible, no puede rechazarse tan categóricamente que el seguimiento del *rule of law* por parte de ese tipo de sistemas políticos no proporcione a los individuos ciertas ventajas defensivas frente a una iniquidad completamente descarnada e imprevisible que puedan ser calificadas, aunque en un sentido bastante más débil, de morales.

III. EL VALOR INSTRUMENTAL DEL *RULE OF LAW*

Una de las principales y más reiteradas críticas al pretendido carácter moral intrínseco de los principios de la *legalidad* gira en torno a la confusión y paradojas que conlleva postular el valor ético de un sistema jurídico tomando como única referencia la estructura formal y funcional del mismo. Por sí sola, esta última sería insuficiente y, en ciertas ocasiones, innecesaria para poder hacerlo ya que la atribución a una norma o decisión de dicha cualidad moral sólo puede llevarse a cabo atendiendo a los contenidos y consecuencias de las mismas. En realidad, los principios fullerianos serían, como dirá Lyons, *amoraless*¹⁶, o, como señalan Raz y Kramer, *neutrales*¹⁷. De acuerdo con lo que Bennett ha calificado de interpretación ortodoxa de la crítica de Hart y Raz a Fuller, la observancia del *rule of law* poseería únicamente valor instrumental o funcional. De acuerdo con esta visión, la función del Derecho sería la de guiar la conducta humana a través de leyes generales, y la virtud (no moral o amoral) que permite lograr mejor dicho objetivo son los principios del *rule of law*¹⁸. Únicamente cuando los fines del sistema jurídico son moralmente buenos, entonces el *rule of law* es moralmente valioso en la medida (y únicamente en la medida) en que promueve esos fines. Cuando los fines del sistema son inmorales, el *rule of law* carece de valor moral¹⁹.

¹⁶ LYONS, D., «The internal morality of law», en *Moral aspects of Legal Theory (Essays on law, justice and political responsibility)*, Clarendon Press, Oxford, 1993, pp. 8-12.

¹⁷ KRAMER, M., *Objectivity and the rule of law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 143.

¹⁸ BENNETT, M., «Hart and Raz on the non-instrumental moral value of the rule of law: a reconsideration», *Law & Philosophy*, 30, 2011, pp. 609-610.

¹⁹ MURPHY, C., «Lon Fuller and the moral value of the rule of law», *Law & Philosophy*, 24, 2005, p. 239. Para poner de manifiesto esta dependencia del valor moral de los medios respecto al de los fines Kramer, propone distinguir entre el *concepto éticamente neutral* del *rule of law*, la realización de las condiciones necesarias y suficientes para la existencia de un sistema jurídico en el sentido indicado por Fuller, y el *ideal moral* del «Rule of Law», que señala las dimensiones jurídico-formales de los

Las principales razones sobre las que viene articulándose el discurso negador del valor moral intrínseco del *rule of law* serían las tres siguientes: la compatibilidad entre la justicia formal y la injusticia material, el valor negativo del *rule of law* y la insuficiencia del seguimiento de éste para la protección de la autonomía personal.

III.1 La compatibilidad de la justicia formal y la injusticia material

Aunque la incidencia de varios de los principios fullerianos no se reduce al mundo jurídico sino que poseen dimensiones éticas muy apreciables (piénsese, por ejemplo, en la importancia de la publicidad en la ética kantiana), en el caso del principio de la congruencia entre la acción oficial y la ley declarada, lo que llamaríamos el principio de legalidad de los poderes públicos, esta proyección ha cobrado más relevancia en la medida en que esta obligación de actuar regularmente de acuerdo con lo dispuesto en las leyes y demás normas generales se identifica con la noción de justicia formal. El valor moral del *rule of law* se apoyaría en la consideración de sus principios como ingredientes de la justicia formal y, su vez, en la vinculación intrínseca entre ésta y la protección de la autonomía individual.

La justicia formal o procedimental ha sido definida como la adecuada, en tanto que regular, imparcial y constante, implementación o aplicación de las normas preexistentes. Hart se refiere a ella como la justicia *en la aplicación del Derecho*²⁰, y Rawls como la justicia como regularidad²¹. La justicia procedimental favorecería la autonomía individual en la medida en que protege las expectativas jurídicas a través de una aplicación de las normas que no toma en consideración nada más que la conexión lingüística entre su significado y los supuestos a los que se aplican, así como el modo en que ha sido aplicada en casos anteriores. Esta sería, como apunta Schauer, una de las acepciones de la expresión «formalismo jurídico»²². De ahí la importancia, de cara a hacer posible esta aplicación formal y regular, de

valores como la libertad, la igualdad o la dignidad humana en el marco de sistemas jurídicos liberales. El primero es un concepto perteneciente al ámbito de la filosofía jurídica y el segundo al dominio de la filosofía política. KRAMER, M., *Objectivity and the rule of law*, *op. cit.*, p. 143.

²⁰ Consistente en tomar en serio la noción de que lo que ha de aplicarse a una multiplicidad de personas diferentes es la misma regla general, sin prejuicios, intereses o caprichos. HART, H. L., *El Concepto de Derecho*, *op. cit.*, p. 255.

²¹ A la que define como la «la aplicación imparcial y consistente de leyes e instituciones, cualesquiera que sean sus principios sustantivos». RAWLS, J., *A Theory of Justice*, edición revisada, The Belknap Press of Harvard University Press, Massachusetts, 1999, p. 51.

²² SCHAUER, F., «Formalism», *The Yale Law Journal*, 97, 1988, pp. 540-41. *Vid.* igualmente KENNEDY, D., «Form and Substance in Private Law Adjudication», *Harvard Law Review*, 89, 1976, p. 1689; BARNETT, R., «Can Justice and The Rule of Law

que el sistema jurídico deba configurarse como un Derecho de reglas y no de principios o directrices²³, de que el *rule of law* –para usar la expresión de Dworkin– se base en los textos y códigos (*rule-book conception*) y no en los principios o derechos (*rights based-conception*)²⁴.

Pues bien, algunos de los principales críticos de Fuller estiman, de un modo similar a cómo aceptan el valor jurídico constitutivo de los ocho desiderata pero no así su valor moral, que mientras la vinculación entre el *rule of law* y la justicia formal parece poco controvertida, no cabe decir otro tanto de la vinculación entre esta última y la justicia material²⁵. Los críticos de Fuller no niegan que la justicia formal no sea un instrumento necesario para la protección de tales expectativas y, en un sentido muy débil, para la promoción de la autonomía personal. Empero, niegan que tales efectos puedan tener valor moral ya que, como señala Hart, la justicia formal «es compatible con una gran iniquidad»²⁶. Por tratarse de planos éticos diferentes, Hart considera que el respeto a la justicia procedimental es perfectamente compatible con contenidos jurídicos injustos:

«un sistema jurídico que satisficiera estos mínimos requerimientos (la generalidad de las normas) podría aplicar, con la más pedante imparcialidad entre las personas afectadas, leyes terriblemente opresivas, y podría negar a una inmensa población esclavizada y sin derechos los mínimos beneficios de protección contra la violencia y el robo»²⁷.

be Reconciled?, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 11, 1998, pp. 597-624; LAPORTA, F., *El Imperio de la Ley*, op. cit., p. 191.

²³ SCALIA, A., «The Rule of Law as a Law of Rules», *The Chicago Law Review*, 56, 4, 1989, pp. 1175-1188; KELMANN, M., *A guide to Critical Legal Studies*, Harvard University Press, Massachusetts, 1987, pp. 40-45; LAPORTA, F., *El imperio de la ley*, op. cit., cap. IV.

²⁴ DWORKIN, R., *A matter of principles*, Harvard University Press, Massachusetts, 1985, pp. 11-12.

²⁵ Dicha conexión se hace muy evidente en la definición de la seguridad jurídica objetiva ofrecida por PÉREZ LUÑO, A., *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1993, p. 52. En un sentido similar PECES-BARBA, G., «La seguridad en la Filosofía del Derecho», *Anuario de Derechos Humanos*, 6, 1990, p. 279, y ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2004, p. 182.

²⁶ HART, H. L., *El concepto de Derecho*, op. cit., pp. 255-256. Por su parte, RAZ considera perfectamente compatible el respeto del principio de generalidad normativa con las discriminaciones por motivo de raza, religión, etc. RAZ, J., «The rule of law and its virtue», cit., p. 216. Vid. igualmente SARTORIUS, R., *Individual conduct and social norms*, op. cit., p. 173.

²⁷ Una exposición similar se repite en el comentario al libro de Fuller y, posteriormente, en *El concepto de Derecho*; HART, H. L., «The Morality of Law. Book Review», *Harvard Law Review*, vol. 78, 1965, p. 1287, y *El concepto de Derecho*, op. cit., p. 255. En un mismo sentido LYONS, D., «The internal morality of Law», en *Moral aspects of legal theory. Essays on law, justice, and political responsibility*, Cambridge University Press 1993, pp. 8-12.

Se ha tratado de atribuir valor moral a la justicia formal bien considerándola una condición necesaria para poder llevar a cabo una acción justa (la aplicación de una ley valiosa), bien sosteniendo que hay algo intrínsecamente valioso en la aplicación consistente y regular de las normas²⁸. Sin embargo, la justicia formal, por sí sola, sería insuficiente y, en ciertas ocasiones, innecesaria para predicar la moralidad de una norma o decisión. El hecho de que, como comentaremos más adelante, sea una condición necesaria de la justicia, no le confiere por ello valor moral. Por todo ello, resulta contraproducente postular el valor ético de un sistema jurídico tomando como única referencia la estructura formal y funcional del mismo. La atribución de dicha cualidad sólo puede llevarse a cabo atendiendo a los contenidos y consecuencias de las mismas²⁹. Como concluye Campbell, la aplicación consecuente de las reglas no es una cuestión de justicia, formal o de otro tipo, a menos que las reglas sean reglas justas³⁰.

III.2 El *rule of law* como un valor negativo

Quince años después de publicar Hart las reflexiones anteriormente recogidas, apareció la que, muy probablemente, sea la crítica más aguda y sofisticada a la pretensión de Fuller de sostener el valor moral intrínseco del *rule of law*. Me refiero al artículo de Raz «The rule of law and its virtue», publicado inicialmente en *The Law Quarterly Review* en 1977 y que integrará, posteriormente, el capítulo undécimo de *The Authority of Law*. Su discurso se concreta en las tres siguientes tesis: el *rule of law* es una virtud amoral; su seguimiento no evita la injusticia; aunque su violación sí produce una injusticia, esto no basta para convertirlo en un valor moral.

En diversos momentos Raz se refiere tanto al *rule of law* como al seguimiento del mismo como una virtud o excelencia jurídica. Añade que, si bien es cierto que es una de las muchas virtudes que el Derecho podrá poseer, no se trata, sin embargo, de cualquier virtud, sino de una inherente al propio Derecho. Ahora bien, como para Raz el término virtud no tiene necesariamente un significado moral, no hay ningún inconveniente en considerar al *rule of law* como una virtud y, al mismo

²⁸ GARCÍA MANRIQUE, R., «Acerca del valor moral de la seguridad jurídica», cit., pp. 503-504.

²⁹ Como declara Hart, lo que convierte a una moral de la aspiración en moral no es el hecho de que esté guiada por principios indicativos no perentorios respecto a un fin, sino que dicho fin sea algún desarrollo ideal de las capacidades humanas que se considera que ha de ser un valor supremo en la conducción de la vida. HART, H. L., «Lon Fuller: The Morality of Law», cit., p. 351.

³⁰ CAMPBELL, T., *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, trad. de S. Álvarez, Gedisa, Barcelona, 2002, p. 41.

tiempo, sostener su carácter no moral sino simplemente neutral³¹. Únicamente se convierte en una virtud moral cuando resulta necesario para hacer posible que el Derecho pueda llevar a cabo funciones sociales valiosas, «del mismo modo que puede ser moralmente importante fabricar un cuchillo afilado cuando así lo exige un fin moral»³². Esto es, el *rule of law* sería un instrumento para que otro instrumento (el Derecho) pueda perseguir eficazmente fines moralmente valiosos a la luz de valores sustantivos externos a ambos.

En segundo lugar, el seguimiento del *rule of law* sería, en todo caso, una condición necesaria pero no suficiente de la justicia, mientras que su violación sí sería una condición suficiente de la injusticia. Tras señalar que el Derecho puede violar la dignidad individual de diversas maneras, Raz concluye: «la observancia del *rule of law* no garantiza, de ningún modo, que tales violaciones no ocurran. El Derecho puede, por ejemplo, instituir la esclavitud sin violar el *rule of law*. Pero resulta claro que un menosprecio deliberado del *rule of law* viola la dignidad humana»³³. No existe, pues, una conexión necesaria entre la observancia del *rule of law* y la justicia, pero sí entre la violación del *rule of law* y la injusticia.

Sobre la base de todo lo anterior, Raz concluye que el *rule of law* sería esencialmente un *valor negativo*. Dado que, inevitablemente, el Derecho puede crear un riesgo de arbitrariedad³⁴, el *rule of law* está concebido para *minimizar el peligro creado por el mismo Derecho*. Por tanto, aquél es un valor negativo en un doble sentido: a) el seguimiento del mismo no causa ningún bien, excepto el de evitar el mal, b) el cual sólo podría haberlo causado el propio Derecho. Para ilustrar esta conclusión Raz recurre a la analogía con la virtud de la sinceridad (*honesty*), entendida en el sentido restringido de evitar engañar. El bien de la sinceridad no incluye el bien de la comunicación entre las personas, ya que es compatible con la negativa a comunicarse. Su valor reside, exclusivamente, en evitar el daño del engaño. Por tanto, *una persona que no puede comunicarse* no puede reclamar ningún mérito moral por el mero hecho de no mentir, del mismo modo que no lo merece quien –por incompetencia o falta de oportunidad pero no de intención– *no puede envenenar* mortalmente a otro. *A similitud*, que el Derecho *no pueda sancionar la fuerza arbitraria* o

³¹ Sobre la duplicidad de significados del término virtud en la visión raziana del *rule of law*, vid. BARBER, N., «Must Legalistic conceptions of the Rule of Law Have a Social dimension?», *Ratio Juris*, 17, 4, 2004, pp. 477-478.

³² RAZ, J., «The rule of law and its virtue», cit., p. 226.

³³ *Ibidem*, p. 221.

³⁴ Como señala Hart, el paso de una sociedad que puede organizarse y funcionar únicamente con normas primarias a sociedades complejas que precisan de normas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación proporciona a los sujetos de derecho las ventajas de la certeza, la flexibilidad u eficacia jurídicas. Empero, crea simultáneamente el peligro de la creación de un poder centralizado que pueda terminar siendo opresivo. HART, H. L., *El Concepto de Derecho*, op. cit., pp. 249-250.

las violaciones de la libertad y la dignidad a través de una total ausencia de generalidad, irretroactividad o claridad, no le confiere crédito moral, no le concede ninguna virtud, del mismo modo que tampoco la hay en un Derecho que no deja ni matar, ni robar. Únicamente significa que cierta clase de males que no pueden ser perseguidos a través del Derecho³⁵.

III.3 La insuficiencia del seguimiento del *rule of law* para la protección de la autonomía personal

Como expusimos anteriormente, tanto para Hayek como para Fuller, gran parte del valor moral del *rule of law* descansa en la capacidad de sus exigencias formales y funcionales para garantizar que los sujetos de Derecho puedan convertir las leyes en puntos de referencia cognoscibles y confiables de cara a planificar cursos de acción. Sería esta capacidad para posibilitar la planificación del futuro que proporciona el Derecho cuando actúa como una fuente de información generadora de expectativas fiables sobre el mismo Derecho y el comportamiento ajeno (en especial el de los poderes públicos), lo que conferiría al *rule of law* un valor moral intrínseco. Lo que la certeza de la acción garantiza como «moralidad específica del Derecho» es, precisamente, la protección de la libertad³⁶. En el caso de Hayek, la conexión entre el *rule of law* y la autonomía o libertad adoptaría, además, una versión fuerte, ya que considera al primero una condición *suficiente* y no sólo necesaria para la existencia de la libertad.

Los críticos de esta visión liberal del *rule of law* disienten de tal planteamiento. El hecho de que el poder político conforme su actuación a normas preestablecidas y conocidas por sus destinatarios, la mera capacidad para elegir entre dos cursos de acción conociendo las consecuencias de cada uno de ellos, no aumenta la *autonomía moralmente valiosa* a disposición de los sujetos normativos. A juicio de Kramer, con la tesis de la moralidad interna Fuller estaría confundiendo dos nociones bastante diferentes: la de autodeterminación en sentido cognitivo y la de autodeterminación en sentido político y moral. Las normas jurídicas tratan normalmente con los ciudadanos en un sentido cognitivo, presentando requerimientos y prescripciones que deben ser tenidas en cuenta por personas con capacidad para elegir hacerlo. Pero este reconocimiento general de la autonomía cognitiva no entronca con el ideal político y moral de la autonomía. La autono-

³⁵ RAZ, J., «The Rule of Law and its virtue», cit., p. 225 (la cursiva es añadida).

³⁶ CORSALE, M., *Certeza del diritto e crisi de legittimità*, Giuffrè, Milán, 1990, p. 11.

mía en el primero de los sentidos puede ser el vehículo típico para una empresa que otorga escasa atención al segundo tipo de autonomía³⁷.

En un sentido moral y político, la autonomía exige algo más que autodeterminación cognitiva o *capacidad de elección* para seguir o no un plan de vida o un curso de acción. Para que dicha capacidad se convierta en algo moralmente valioso no basta que concorra la condición señalada por Simmonds de que el agente goce de *independencia*, esto es, que pueda tomar decisiones libremente, sin constricciones externas, ni que goce de más de una opción a la hora de actuar. También es condición necesaria que éste disponga de una adecuada *gama de opciones relevantes* o significativas³⁸. De forma más o menos similar a la situación del individuo del ejemplo de Raz, que vive en el interior de un pozo, es incapaz de salir de él y solo puede elegir a qué hora comer y dormir, la mera capacidad de seguir o no una norma, de saber a qué atenerse, la mera capacidad de poder elegir entre distintos cursos de acción, no aumenta la autonomía moralmente valiosa a disposición del sujeto³⁹. Volviendo a Raz, para alcanzarla es preciso que estén a disposición de una persona muchas opciones moralmente aceptables. Por consiguiente, si aceptamos la condición de las opciones relevantes, la noción de autonomía no puede ser puramente formal sino que, como apunta Álvarez, nos desplaza hacia el terreno de la autonomía definida no por los resultados sustantivos de su ejercicio, pero sí por las condiciones negativas para ello. Y, para valorar esto último, para saber si el Derecho pone a disposición de los sujetos esta gama valiosa de opciones, no puede tomarse como referencia únicamente su forma sino que, inevitablemente, ha de atenderse al contenido de las leyes⁴⁰.

De ahí que la previsibilidad que pudiera proporcionar un Derecho inicuo resultaría aún más insuficiente para que una persona sometida a un poder totalitario pueda autodeterminar su vida. La noción de «opciones adecuadas» de Raz no sólo excluye a las opciones triviales sino también las opciones que colocan al sujeto en la disyuntiva de elegir entre vivir o morir⁴¹. La única elección que podría llevarse a cabo en un contexto de este tipo sería optar entre un mal (obedecer una ley injusta que no permite diseñar muchos de los planes de vida que, a la vista de sus deseos, preferencias o valores, serían significativos y valiosos) y otro mal aún mayor (la cárcel, la tortura o incluso la

³⁷ KRAMER, M., «Scrupulousness without Scruples. A critique of Lon Fuller and his defenders», *Oxford Journal of Legal Studies*, 18, Summer, 1998, pp. 245; *In defense of legal positivism*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 60.

³⁸ RAZ, J., *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986, pp. 372-378.

³⁹ GARCÍA MANRIQUE, R., «Acerca del valor moral de la seguridad jurídica», cit., pp. 488-489.

⁴⁰ KRAMER, M., «Scrupulousness without Scruples», cit., p. 246.

⁴¹ ÁLVAREZ, S., «La autonomía personal», Díaz, E., y Colomer, J. L., (eds), *Estado, justicia, derechos, op. cit.*, p. 157.

muerte). Y, a diferencia de la elección entre elegir morir o seguir viviendo por parte de quienes reclaman el derecho a la eutanasia, lo cierto es que:

«elegir entre la supervivencia y la muerte no es elegir (...) Una adecuada gama de opciones debe satisfacer, por tanto, otra condición adicional. Durante la mayor parte del tiempo la elección no debe estar dominada por la necesidad de proteger la vida que uno tiene. Una elección está dominada por dicha necesidad si todas las opciones excepto una harán prácticamente imposible la continuación de la vida que uno tiene»⁴².

Tampoco la versión débil de la conexión entre el *rule of law* y la protección de la autonomía individual se salva de la crítica. A su juicio, podemos admitir que el respeto y la promoción de la autonomía individual exige recurrir a un sistema jurídico que garantice la seguridad jurídica; pero de aquí no se sigue la naturaleza moral de la acción «respetar y promover socialmente la autonomía» se traslade a todos los pasos necesarios para realizarla. En general muchas acciones cuya naturaleza estrictamente instrumental son necesarias para llevar a cabo fines morales; pero no por ello varía su naturaleza instrumental. El esquema del razonamiento de quienes abogan así por el valor moral del *rule of law* sería el siguiente silogismo disyuntivo:

- 1) Si un sistema jurídico protege y garantiza la autonomía entonces posee valor moral.
- 2) Si un sistema jurídico garantiza la justicia formal entonces protege y garantiza la autonomía individual.
- 3) Si un sistema jurídico garantiza la justicia formal entonces posee valor moral.

Sin embargo, no parece que se sea razonable aceptar que las condiciones necesarias para llevar a cabo una acción moral adquieran ellas mismas, sólo por esa razón, valor moral. Pese a su apariencia de corrección, este razonamiento formalmente válido incurre, tal y como ha señalado de García Manrique, en la «falacia de la división». A su juicio, podemos admitir que el respeto y la promoción de la autonomía individual requiere recurrir a un sistema jurídico que garantice la seguridad jurídica; pero de aquí no se sigue la naturaleza moral de la acción «respetar y promover socialmente la autonomía» se traslade a todos los pasos necesarios para realizarla. En general muchas acciones cuya naturaleza estrictamente instrumental son necesarias para llevar a cabo fines morales; pero no por ello varía su naturaleza instrumental⁴³.

⁴² RAZ, J., *The Morality of Freedom*, op. cit., p. 376.

⁴³ *Ibidem*, p. 492. Vid. igualmente GARCÍA MANRIQUE, R. «Autonomy and the Rule of Law», *Ratio Juris*, 20, 2, 2007, pp. 280-301.

IV. EL VALOR MORAL DEL *RULE OF LAW* Y LA TESIS DE LA SEPARABILIDAD

IV.1 Una nueva interpretación de las teorías de Hart y Raz

Concedamos, *ad argumentum*, que tanto las exigencias básicas del *rule of law* como su seguimiento serían únicamente un medio para alcanzar más eficazmente fines morales externos al Derecho, incapaces, como tales, de asegurar la calidad ética de los contenidos jurídicos. ¿Se cierra de esta forma definitivamente la puerta a la consideración de aquellas como principios moralmente significativos o valiosos? Expresado en otros términos, ¿es posible sostener que el *rule of law* posee valor moral intrínseco aun cuando el seguimiento de éste no se traduzca siempre o necesariamente en la producción de normas y decisiones moralmente valiosas? ¿Está en lo cierto Simmonds cuando afirma que *el hecho de que el rule of law sea compatible con la injusticia no demuestra que no sea un valor moral genuino*?⁴⁴ La lectura que proponen Waldron y Bennet de la concepción hartiana y raziana del *rule of law* ofrece una explicación que parecería dar la razón a Simmonds. Los primeros han cuestionado que Hart y Raz consideraran la observancia del *rule of law* algo completamente amoral o instrumental. Más que esto último, lo que ambos criticarían sería el tipo de conexión necesaria, esencial o intrínseca entre el *rule of law* y la justicia que parece apoyar Fuller⁴⁵.

Por lo que se refiere a Hart, la interpretación ortodoxa de su visión del *rule of law* se había reducido, hasta el momento, a los comentarios sobre el tema aparecidos en la *Holmes Lecture* de 1958 y en *The Concept of Law*. En ambos, expresaba en términos muy parecidos y con un tono no exento de cierta acidez, la conocida tesis de que la observancia de las exigencias del *rule of law* es compatible con una gran iniquidad. Ahora bien ¿significa esto que el seguimiento de dichas exigencias carece de valor moral o, más bien, que dicho valor quedaría anulado o superado por el disvalor ético del contenido de las leyes y demás normas así producidas? Algunos trabajos sobre el tema aparecidos en los últimos años sugieren que la obra de Hart ha sido malinterpretada en este punto ya que, entre otras razones, sólo toma como referencia los trabajos conocidos ya mencionados y no otras publica-

⁴⁴ SIMMONDS, N., *Central Issues in Jurisprudence*, Sweet & Mawell, London, 1986, p. 123 (la cursiva es añadida). Vid. también HARWOOD, S., «Conceptually necessary links between law and morality», en Krawietz, W., MacCormick, N., & Von Wright, G., (eds.), *Prescriptive formality and normative rationality in modern legal systems*, Duncker & Humboldt, Berlín, 1994, p. 152.

⁴⁵ Aunque no todos los autores coinciden en que Fuller esté defendiendo una conexión necesaria entre el derecho y la moral, lo cierto es que esta última es la interpretación más extendida de su teoría, vid. BRUDNEY, D., «Two links between Law and Morality», *Ethics*, 103, January, 1993, p. 284.

ciones posteriores, fundamentalmente su contribución a la *Enciclopedia de Filosofía* editada por Paul Harris. Allí Hart va a rebajar algo el tono de su planteamiento inicial al señalar que, aunque los principios de la *legalidad* son muy importantes, no debemos inferir que será siempre razonable o moralmente obligatorio para un hombre obedecer un ley cuando el sistema jurídico le proporciona los beneficios de la observancia del *rule of law* (claridad, generalidad, irretroactividad, etc.) «ya que el sistema puede ser injusto en otro sentido»⁴⁶. Esto es, si bien Hart no deja de sostener (i) no hay nada de significado moral concluyente derivado de la observancia o no de los principios de la *legalidad*, no parece que su tesis sea también (ii) no hay nada moralmente significativo en el hecho de conformarse o no a dichos principios. Consideraciones similares cabe hacer respecto a la fuerza de los principios del *rule of law* para sustentar la obligación política. Del hecho de que la observancia de tales principios no sea condición suficiente para hacer brotar dicho deber, no cabe inferir que el *rule of law*, no pueda funcionar como una razón moral (eso sí, incompleta) en favor de la obediencia al Derecho⁴⁷.

Por otra parte, en el trabajo que comentamos, Hart acerca posturas con Fuller cuando aprecia las diferentes dimensiones éticas que puede ofrecer la observancia de los requisitos de la *Moral interna del Derecho*. Así, tras señalar que «las leyes generales redactadas de forma clara y promulgadas públicamente son el medio más eficaz de control social», añade a continuación que «desde el punto de vista del ciudadano individual, son más que eso». La conformidad con dichos principios «es necesaria si (los ciudadanos) individuales desean disfrutar de la ventaja de conocer por adelantado los modos en que su libertad puede ser restringida en las diferentes situaciones en las que pudieran encontrarse y precisan de dicha información para planificar sus vidas»⁴⁸. Hart reconoce así que la observancia del *rule of law* resulta moralmente valiosa en la medida en que facilita la autonomía y libertad personal. Otro tanto cabe afirmar del tratamiento que hace del *Grudge Informer Case*⁴⁹, o en su discusión acerca de *Shaw vs. Direc-*

⁴⁶ HART, H. L., «Problems of Philosophy of Law», en Edwards, P. (ed), *The Encyclopedia of Philosophy*, MacMillan and Free Press, N. York, 1964, vol. 5, p. 264.

⁴⁷ WALDRON, J., «Positivism and Legality: Hart's Equivocal response to Fuller», cit., p. 1151.

⁴⁸ HART, H. L., «Problems of Philosophy of Law», cit., p. 275.

⁴⁹ Se trata del caso de una mujer que en 1944, con la intención de deshacerse de su marido (por entonces soldado del Ejército alemán) lo denunció ante las autoridades por haber insultado a Hitler en el transcurso de un permiso. La mujer no tenía ninguna obligación de informar sobre tales hechos aun cuando los mismos fuesen aparentemente ilegales. El marido fue arrestado y condenado a muerte, si bien su pena no fue ejecutada y fue enviado al frente. En 1949 la esposa fue procesada por un tribunal de la República Federal Alemana por un delito que podríamos denominar como «privación ilegal de la libertad de una persona», tipificado como tal por el Código Penal de 1871, que permanecía en vigor desde su aprobación. La mujer demandó no haber cometido crimen alguno, ya que el encarcelamiento de su marido era conforme a las

tor of Public Prosecutions, en los que Hart reconoce el valor moral del principio de irretroactividad de las disposiciones penales⁵⁰. La leyes que sean completamente retroactivas –aseverará en la recensión del libro de Fuller– «no podrían llevar a cabo contribución alguna a la felicidad humana y, en la medida en que impongan sanciones, infringirían un sufrimiento innecesario»⁵¹.

Consideraciones similares cabría hacer respecto a la concepción raziana del *rule of law*. Unas páginas antes de mostrar su visión de éste como una virtud no moral y como un valor negativo, había señalado tres razones para apreciarlo que, como vamos a mostrar, toman como referencia tres valores morales estrechamente relacionados: la autonomía individual (entendida como la posibilidad de llevar cabo planes de vida), la protección de la libertad individual y el respeto de la dignidad humana⁵². Por otro lado, Raz insinúa la posible irrelevancia de la imposibilidad de la conexión conceptual entre el *rule of law* y la justicia cuando, tal y como recogimos anteriormente, además de declarar que la conformidad con el *rule of law* puede tener valor moral exclusivamente en el caso de que posibilite la persecución por parte del Derecho de fines morales, termina concluyendo que «esto significa que *casi siempre* es de gran valor moral»⁵³.

En definitiva, Hart y Raz estiman que el seguimiento del *rule of law* no se traduce necesariamente en la producción de actos y normas justas. Empero, de lo anterior no cabe concluir que también rechacen dicho seguimiento posee, en otro sentido diferente, valor moral aun cuando se admita, lo cual tampoco es pacífico, que lo que pudiera haber de valioso en la observancia de sus exigencias pueda quedar eclipsado o superado si, finalmente, los contenidos jurídicos no superan un test de corrección. Las ambigüedades y contradicciones de Hart a la hora de rechazar el valor moral no instrumental (en el sentido débil señalado) de la observancia del *rule of law* responden a un doble motivo. En primer lugar, a su rechazo a hablar del *valor moral* implícito en los principios de la *legalidad* como una *moralidad*. A su juicio, este último término debe reservarse para designar una teoría general que indique qué acciones resultan valiosas y qué deberes tenemos hacia los demás tomando como referencia algún valor último de la vida humana. Los principios de Fuller, aun cuando contribuyan a asegurar cosas moralmente valiosas para ciertas concepciones de la ética,

leyes nazis. Vid. DYZENHAUS, D., «The Grudge Informer Case Revisited», *New York University Law Review*, 83, 2008, pp. 1000 y ss.

⁵⁰ HART, H. L., «Positivism and the Separation of Law and Morals», en Feinberg, J. & Gross, H (eds), *Philosophy of Law*, 4.ª ed, Wadworth, Belmont, 1991, p. 60.

⁵¹ HART, H. L., «The Morality of Law (Book Review)», *Harvard Law Review*, 78, 1965, p. 1291.

⁵² RAZ, J., «The rule of law and its virtue», cit., pp. 220-221.

⁵³ *Ibidem*, p. 226.

no constituyen por sí solas una moralidad⁵⁴. En segundo lugar, refleja su obsesión por cerrar cualquier puerta a la posibilidad de una conexión conceptual entre el Derecho y la Moral, capaz de hacer tambalearse el armazón mismo del positivismo jurídico⁵⁵. Por lo que se refiere a Raz, sus contradicciones parecen obedecer, además, al temor de que el *rule of law*, concebido en los términos formales característicos de la definición clásica de Dicey o Hayek, pueda terminar convirtiéndose en un obstáculo para que el Derecho sirva de instrumento para lograr objetivos morales y políticos más valiosos. No en vano, concluye su ensayo central sobre el tema afirmando que «sacrificar demasiados objetivos sociales en el altar del *rule of law* puede convertir al Derecho en algo estéril y vacío»⁵⁶.

IV.2 Reconsiderando la «tesis de la separabilidad»

La lectura que proponen Waldron y Bennet de la concepción hartiana y raziana del *rule of law* se ha convertido en una de las claves de un positivismo que trata de hacer compatibles dos tesis cuya reconciliación, para la visión ortodoxa del valor instrumental, resultaba un puro oxímoron: que el *rule of law* posee valor moral y que el seguimiento de sus exigencias no se traduce necesariamente en la producción de normas jurídicas materialmente justas. Únicamente la existencia de justicia material permite valorar como ético el cumplimiento de los principios de la *legalidad*. Quienes suscriben tal opinión asumirían implícitamente que *la única conexión necesaria posible entre el derecho y la moral sería la que toma como referencia el contenido de las normas jurídicas* (si no de todas, si de una parte cuantitativa y cualitativamente significativa de ellas), que la tesis de la separabilidad supone la constatación de que dicho tipo de vinculación no se produce en todos los sistemas jurídicos posibles, y que dicha tesis conforma el núcleo del positivismo jurídico.

En esta línea, Waldron estima que la afirmación de que los sistemas jurídicos poseen dimensiones éticas incuestionables y, en particular, que los principios del *rule of law* contribuyen (si no siempre, sí muy frecuentemente) a mejorar la calidad moral del derecho, representa una negación de la tesis de la separabilidad⁵⁷. Al hacer tal aseve-

⁵⁴ BENNET, M., «Hart and Raz on the non-instrumental moral value of the rule of law: a reconsideration», cit., p. 616.

⁵⁵ WALDRON, J., «Positivism and Legality: Hart's Equivocal response to Fuller», cit., p. 1168. En un sentido similar, MARMOR, A., «The rule of law and its limits», *Law & Philosophy*, 23, 2004, pp. 42-43.

⁵⁶ RAZ, J., «The rule of law and its virtue», cit., p. 229.

⁵⁷ Para Waldron, reconocer que los principios de la legalidad contribuyen tanto a aumentar como a disminuir la calidad ética del derecho sin que pueda determinarse cuál será el balance final «representa una negación muy compleja (o una combinación de negaciones) de la tesis de la separabilidad, no una versión de ella». WALDRON, J., «Posi-

ración, parece atribuir a la misma un significado muy amplio, identificándola con la creencia de que entre el derecho y la moral no existe necesariamente ninguna conexión, o que las condiciones de validez jurídica *no pueden* (en lugar de simplemente *no deben*) depender de criterios morales⁵⁸. Sin embargo, para la mayoría de los positivistas de los que venimos hablando, más que una negación de la mencionada tesis, la constatación de esas dimensiones éticas de aquello que hace posible a los sistemas jurídicos y/o del *rule of law* es una de las principales razones para precisar mucho mejor su contenido, y para distinguirla de otras tesis con las que, muy frecuentemente, suele asociarsele. Lo cierto es que, lejos de poseer un contenido evidente, la misma resulta un tanto oscura ya que, al hablar tanto de una conexión como de una separación necesaria entre el derecho y la moral, se puede estar haciendo referencia a cosas muy diferentes⁵⁹. Sólo así puede explicarse que los críticos del positivismo hartiano la rechacen por razones tan antagónicas como que es «un absurdo que ningún filósofo con cierta notoriedad jamás ha defendido⁶⁰, o «que resulta débil e irrelevante a fuerza de incuestionable»⁶¹. De ahí que haya terminado resultando inevitable excluirla de las tesis básicas del positivismo y restringir el núcleo o corazón del mismo a la tesis de las fuentes sociales o del carácter convencional del derecho, lo que Himma denomina *The Conventionalism Thesis*⁶².

Otra posibilidad de cara a hacer compatible el positivismo, la separabilidad y, por lo que aquí respecta, el valor moral del *rule of law*, es

tivism and Legality: Hart's Equivocal response to Fuller», cit., pp.1162-1163. A su juicio, «the separability thesis is not only supposed to deny that whether or not a norm is law has *conclusive* moral implications; it is also supposed to deny that it has any *prima facie* moral significance. The separability thesis is certainly not satisfied by showing that although a norm's being law has some moral implications, those implications are not strong enough to settle the question of political obligation». *Ibidem*, p. 1164.

⁵⁸ COLEMAN, J., *The Practice of Principle. A defense of pragmatism*, Oxford University Press, 2003, p. 151.

⁵⁹ BAYÓN, J. C., *La normatividad del derecho: Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, C. E. C., 1991, p. 739; FÜBER, K., «Farewell to "Legal Positivism": The Separation Thesis Unraveled», en R. George (ed.), *The Autonomy of Law*, cit., 119-162, p. 120; GREENAWALT, K., «Too Thin and Too Rich: Distinguishing Features of Legal Positivism», en George, R., (ed.), *The Autonomy of Law*, cit., p. 11; VILLA, V., «Legal Theory and Value Judgments», *Law and Philosophy* 16, 4, 1997, p. 457; WALUCHOW, W., «The Many Faces of Legal Positivism», *University of Toronto Law Journal*, 48, 1998, p. 388 n. 4.

⁶⁰ GARDNER, J., «Legal positivism: 5 ½ Myths», *The American Journal of Jurisprudence*, 46, 2001, pp. 222-223.

⁶¹ COLEMAN, J., *The Practice of Principle*, op. cit., p. 151.

⁶² Esta sostiene que el contenido de los criterios de validez jurídica están determinados por una regla de reconocimiento aceptada, por normas que los poderes públicos aceptan y obedecen colectivamente en el ejercicio de sus deberes oficiales como legisladores, jueces u administración. Vid. http://ivr-enc.info/index.php?title=Legal_Positivism; Vid. HIMMA, K. E., «Law's Claim of Legitimate Authority», en Coleman, J., (ed), *Hart's Postscript*, Oxford University Press, 2001, p. 286; íd., «Ambiguously Stung: Dworkin's Semantic Sting Reconfigured», *Legal Theory*, 8, 2002, p. 166.

optar por una versión restringida del significado de la tesis. En esta línea, Coleman, padre la denominación de la tesis que venimos debatiendo, señala dos posibles interpretaciones de la misma: una amplia y otra restringida. La primera, coincidente con la mencionada hasta ahora, es la que estima –en palabras de Hart– «que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así»⁶³. La necesidad de la que habla Hart es de tipo lógico o conceptual (esto es, toma como referencia cualquier mundo lógicamente posible) y, sobre todo, se predica de las *condiciones de validez*: es lógicamente posible un mundo en el que la moralidad no sea parte de los requisitos que han de satisfacer las directivas jurídicas para formar parte del sistema jurídico y/o tener fuerza obligatoria. La segunda interpretación de la tesis no toma como referencia la validez jurídica sino el «gobierno a través del derecho» (*governance by law*). Por tal expresión debe entenderse «un modo diferente y sistemático de regular los asuntos humanos cuya naturaleza y límites constituye el objeto de estudio de la *jurisprudencia*». En este significado más amplio, la tesis de la separabilidad sostendría que la moralidad no impone límites o constricciones necesarios a la existencia o el gobierno del derecho. Los que rechazan estiman, por el contrario, que hay, al menos, algunas conexiones necesarias entre el gobierno del derecho y la moral⁶⁴.

Para Coleman la primera tesis está fuera de toda discusión, pero estima que no es exclusiva, ni característica del positivismo jurídico. Si asumimos que el concepto de derecho defendido por este último posee un carácter marcadamente normativo y, sobre todo, que su enfoque es preferentemente metodológico, no hay inconveniente para que los isunaturalistas también acepten la versión restringida de la separabilidad. De la misma forma, tampoco el positivismo jurídico tiene por qué aceptar la versión amplia. No es incompatible rechazar que los criterios de validez jurídica son independientes de la moral y, al mismo tiempo, que la existencia o gobierno del derecho posee necesariamente dimensiones éticas. Estas no deben buscarse en los fines u objetivos que necesariamente alcanza o busca alcanzar el derecho, sino en el compromiso que éste, en tanto que forma de dirigir la conducta humana que, a diferencia de los sistemas de control social basados en premios y recompensas (*princing and santioning sytems*), no se basa en el uso de castigos y amenazas sino en un modo de dirigirse a sus destinatarios del que se derivan modos de responsabilidad basados en ciertos ideales de igualdad y respeto⁶⁵.

⁶³ HART, H. L., *El concepto de Derecho*, op. cit., p. 230.

⁶⁴ COLEMAN, J., «Beyond the Separability Thesis: Moral Semantics and the Methodology of Jurisprudence», *Oxford Journal of Legal Studies* 27, 2007, pp. 581-584.

⁶⁵ COLEMAN, J., «The Architecture of Jurisprudence», *The Yale Law Journal*, 121, 2, 2011, pp. 30-32.

Limitada a la versión restringida, la *separability thesis* no tendría un carácter metodológico sino *sustantivo*. En el primer sentido, la teoría puede y debe ofrecer una descripción normativamente neutral de cualquier fenómeno social, por ejemplo el derecho. Se trata de lo que Hoerster llama la tesis de la neutralidad. Empero, *no hay ninguna razón para que un tipo de acercamiento al conocimiento del derecho no pueda establecer conexiones necesarias entre éste y la moral*. Cabría decir, por tanto, que el *methodological positivism* no sostiene que no haya una conexión necesaria entre el derecho y la moral sino, más bien, que no existe ninguna conexión, necesaria o de otro tipo, entre la moralidad y la teoría jurídica. Son, por tanto, perspectivas lógicamente independientes⁶⁶, que, como insiste Coleman, «*not travel together*»⁶⁷. En la misma línea Füber propone distinguir dentro de la separabilidad dos tesis diferentes. Por un lado *la tesis de la Falibilidad* (FT), de acuerdo con la cual «el derecho no ha de tener necesariamente valor moral» y, por otro, la «*Tesis de la neutralidad*» (NT), según la cual «la definición del derecho debería estar libre de consideraciones morales». Es posible defender esta segunda tesis y, al mismo tiempo, aceptar que el objeto al que tal definición se aplica es necesariamente moralmente valioso⁶⁸.

La distinción entre una versión amplia y restringida de la tesis de la separabilidad resulta fundamental para iluminar los aciertos y errores de la defensa del valor intrínseco del *rule of law* llevada a cabo por Fuller. Recordemos que su planteamiento combina dos tesis diferentes. Por un lado, que la formulación y aplicación de directivas generales de comportamiento a través de un sistema coactivo institucionalizado como el que habituamos a designar como «derecho» exige, conceptual o necesariamente, la observancia por parte de las autoridades y operadores jurídicos de las ocho exigencias de la legalidad, a saber: generalidad de las normas, promulgación, irretroactividad, claridad, coherencia normativa, posibilidad de cumplimiento, estabilidad y congruencia entre la acción oficial y la ley declarada⁶⁹. Esto es, el «*rule by law*» presupondría el «*rule of law*»⁷⁰. En segundo lugar, estima que el derecho así y creado y aplicado a los casos o situaciones concretas poseería necesariamente valor moral⁷¹. Sin embargo, Fuller

⁶⁶ GREEN, L., «Inseparability of Law and Morals», *N. York University Law Review*, 83, 2008, 1039; PERRY, S., «Hart methodological positivism», *Legal Theory*, 4, 1998, p. 427.

⁶⁷ COLEMAN, J., «The Architecture of Jurisprudence», cit., p. 34.

⁶⁸ FÜBER, K., «Farewell to “Legal Positivism”: The Separation Thesis Unraveled», cit., p. 121.

⁶⁹ FULLER, L., *The Morality of Law*, op. cit., pp. 37-38.

⁷⁰ Según aquél, un fracaso total en cualquiera de estos sentidos no crea simplemente un mal Derecho, sino que «produce algo que no puede llamarse propiamente sistema jurídico». *Ibidem*, p. 198.

⁷¹ Lo cierto es que, desde los años cuarenta Fuller comenzará a ofrecer hipótesis con las que rechazar la conclusión, inobjetable desde las categorías conceptuales del iuspositivismo, de que las leyes de la Alemania Nazi tenían carácter jurídico y/o eran

podría haber defendido el valor moral del *rule of law* limitándose a sostener la tesis dos siguientes tesis:

a) La observancia de los principios de la *legalidad* forma parte de los criterios necesarios para la aplicación de los conceptos de *Derecho* y de *sistema jurídico*.

b) La observancia de los principios de la *legalidad* introduce una diferencia moral positiva en un sistema normativo. Esta visión moderada sobre el valor moral del *rule of law* tomaría como referencia el dato de que el respeto de los principios de la *legalidad* constituye un medio para respetar la dignidad humana⁷², o de hacer concesiones importantes a la libertad, a la habilidad de las personas para controlar de un modo significativo aspectos importantes de sus propias vidas.

Empero, la defensa de a) y b) le conduce a defender la siguiente:

c) Los requisitos de la validez jurídica o de la existencia de los sistemas jurídicos incluyen exigencias de carácter moral⁷³.

El error de Fuller es haber tratado de sustentar el valor moral del *rule of law* trasladando al plano de la validez moral la conexión incuestionable entre la observancia de los ocho desiderata y la validez jurídica para, de esta forma, apostar por la versión más fuerte de la conexión necesaria entre el derecho y la moral. La intuición de Fuller es correcta: hay algo moralmente valioso, éticamente significativo, en un gobierno de la conducta humana a través de la creación de leyes públicas, claras, irretroactivas, etc., que actúen como límites a la actuación de los poderes públicos. Sin embargo, situar esas dimensiones en el plano de la validez de las normas jurídicas individualmente consideradas resulta una pretensión demasiado ambiciosa y, como se demuestra enseguida, demasiado vulnerable a las críticas. Pero eso no significa que la intuición inicial de que el valor del *rule of law* no es meramente instrumental o funcional sino también moral resulte equivocada⁷⁴.

vinculantes. En las *Rosenthal Lectures*, recogidas posteriormente en *The Law in Quest of Itself* (1940), rechazará la obligatoriedad de tales directivas a partir de un argumento casi idéntico a la tesis favorable a la absolución de los espeleólogos «antropófagos» desarrollada por el ministro Foster: el cese de las condiciones de convivencia que hacen exigible el sometimiento a las leyes. FULLER, L., *El caso de los exploradores de cavernas*, trad. de G. Carrió y L. Niilus, 2.ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, pp. 19-21. La hipótesis de que los principios básicos del *rule of law* permiten establecer una conexión necesaria entre el Derecho y la justicia constituiría, pues, el último y más célebre episodio de esta búsqueda de argumentos que permitan desmontar la separación conceptual entre el Derecho y la Moral sin abrazar el iusnaturalismo ontológico tradicional sino, más modestamente, lo que Fuller denomina una «versión procesal del Derecho Natural». FULLER, L., *The Morality of Law*, *op. cit.*, p. 96.

⁷² Vid. WALDRON, J., *How Law protects dignity*, University of N. York, School of Law, Working Papers, 2011, p. 5.

⁷³ WALDRON, J., «Hart's equivocal response», *cit.*, p. 1169.

⁷⁴ En este sentido COLEMAN, J., «The Architecture of Jurisprudence», *cit.*, p. 30.

De todo lo anterior se desprende que si la constatación de que el derecho del *rule of law* poseen dimensiones éticas necesarias supone una negación de la tesis de la separabilidad, la misma no puede tomar como referencia la versión restringida de ésta sino aquella otra amplia que sostiene que no existe ninguna conexión necesaria entre la moral y el gobierno a través del derecho. Coleman, Simmonds y Marmor, estiman que la *separability thesis*, correctamente entendida, es compatible con el reconocimiento de que el gobierno por medio del derecho (Coleman), la existencia del derecho (Green), o que ciertos aspectos de lo que se necesita para ser una ley (Waldron), poseen una dimensión moral⁷⁵. El *rule of law* aparece como esa «estrella en la constelación de ideas que presiden nuestra ética política» en la medida en que es un medio para hacer posible algo intrínsecamente bueno o valioso como es el imperio del derecho. En palabras de Marmor,

«... correctamente entendida, la tesis de la separabilidad está relacionada únicamente con las condiciones de validez. Esta reza que las mismas no dependen del contenido moral de las normas en cuestión. Lo que es el derecho no puede depender de lo que debería ser, dadas las circunstancias del caso. Sin embargo, la misma es perfectamente coherente con el punto de vista según el cual el derecho es algo intrínsecamente bueno, en el simple sentido de que disponemos de buenas razones para tener el derecho y ser gobernados por éste. Y también es coherente con la visión básica de Fuller de que el *rule of law*, correctamente entendido, promueve ciertos bienes que tenemos razones para valorar al margen de sus méritos puramente funcionales»⁷⁶.

V. DIMENSIONES ÉTICAS DE UN GOBIERNO DEL DERECHO BASADO EN LA OBSERVANCIA DEL *RULE OF LAW*

Aunque ello no se traduzca necesariamente en la generación de contenidos moralmente valiosos, habría en la creación y aplicación de las normas jurídicas respetuosa del *rule of law* aspectos morales que la visión instrumental impide apreciar. En este último apartado trataré de mostrar algunas de esas dimensiones éticas mostrando, con tal propósito, las dudas que me suscitan algunos de los principales argumentos empleados para cuestionar el valor intrínseco del *rule of law*.

⁷⁵ El propio Hart pareció abrir la puerta a esta interpretación restringida de la separabilidad en la Introducción de sus *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cuando apuntaba que las «*different forms of the claim that there is a conceptual connection between law and morality which are compatible with the distinction between law as it is and law as it ought to be*».

⁷⁶ MARMOR, A., «The Rule of law and its limits», cit., pp. 42-43.

V.1 La imposibilidad de separar radicalmente medios y fines en el mundo real. La relevancia de la dimensión procedimental de la justicia

Comencemos con el argumento que rechaza que el valor moral del *rule of law* pueda descansar en el mero hecho de que éste sea un medio o condición necesaria de la autonomía individual. Como vimos, Raz y García Manrique insistían en que el medio para alcanzar un fin valioso (por ejemplo, tomar un tren para visitar a un pariente enfermo) no se contagia, en tanto que tal medio, del valor o calidad moral del fin. Ahora bien, ¿y si entre el medio y el fin existe una conexión cuasiesencial? ¿y si el único modo de visitar al pariente enfermo es tomar ese tren?, ¿hasta qué punto no puede terminar concluyéndose entonces que subir al mismo no sea parte y no solo un simple medio de la acción moralmente valiosa? En otros términos ¿en qué medida puede establecerse en éste u otros casos similares una separación tan tajante entre medios (amorales o moralmente irrelevantes) y fines (éticamente relevantes)? Waldron ya advirtió de este matiz cuando señalaba que una conexión compleja entre los fines políticos y morales y el medio (el Derecho) aconsejaría rechazar cualquier acepción del *rule of law* que lo distinga de un modo demasiado precipitado y ligero de otros ideales valorados en la teoría política liberal⁷⁷. No debe minusvalorarse, pues, el dato ya señalado de que el *rule of law*, pese a no ser condición suficiente de la justicia material, representa, no obstante, una condición necesaria de esta. Las siguientes palabras de Laporta resumen perfectamente esta imbricación compleja entre fines (justicia material) y medios (justicia formal):

«si bien es cierto que aunque con el imperio de la ley puede que no haya ciertas libertades y se produzcan muchas desigualdades, también lo es que *no puede haber justicia material sin justicia formal*, que sin él las libertades y la igualdad son ilusorias. La existencia previa de todo ese tejido institucional que pone en pie el imperio de la ley sería lo que las hace posibles. Lo que puede llamarse la ilusión de la justicia material consiste en suponer que puede realizarse la libertad e igualdad de los ciudadanos mediante decisiones judi-

⁷⁷ La legalidad (el *rule of law*, la seguridad jurídica) captura parte de lo que se necesita para respetar la autonomía individual, y es posible que una teoría completa sobre el respeto a la autonomía en un determinado contexto social sea, justamente, una teoría de la justicia. Además, una de las más importantes funciones del *rule of law* es *establecer límites a lo que podemos hacer como sociedad para reducir la injusticia*. Aun cuando exista la posibilidad de que por medio de decretos *ad hoc* extemporáneamente administrados pudieran eliminarse más eficazmente ciertas formas de opresión, aquéllos se hallan excluidos por este principio al ser incompatibles con el respeto a la autonomía. En este sentido, *el rule of law exige prefigurar en nuestros medios algunos de los principales caracteres de la sociedad justa que perseguimos*. WALDRON, J., «The Rule of Law in the contemporary liberal theory», *Ratio Juris*, 1, 2, 1989, p. 94 (la cursiva es añadida).

ciales ocasionales basadas en meros principios jurídicos o en consideraciones genéricas de ética pública (...) el ideal ético del imperio de la ley sirve así como prótesis institucional que suministra certidumbre y proyecta hacia el futuro contenidos de justicia, pero no los sustituye nunca»⁷⁸.

Que el *rule of law* sea condición necesaria y no suficiente de la justicia no debería, pues, impedirnos apreciar que hay una dimensión formal en la justicia material. Esto significa o se traduce en que, donde hayamos un régimen respetuoso con la democracia y los derechos humanos, los principios del *rule of law* «*destill the procedural legitimacy of such a regime*»⁷⁹. Por consiguiente, aunque no deje de ser cierto que, allí donde la calidad del Derecho es muy baja los planes de vida que puedan desarrollarse sobre la base de la información que éste proporciona serán poco valiosos, también lo es que, en el caso de que dicha calidad alcance el umbral de legitimidad señalado, habría un aspecto de la autonomía que éstos protegen que brotaría de la formulación y aplicación regular de las normas jurídicas, de la dimensión comunicativa o informativa del Derecho, que no cabe encontrar en las normas iusfundamentales sino en los modelos de comportamiento más delimitados y concretos contenidos en reglas legales. Habría, pues, un aspecto de la autonomía individual dependiente no sólo de que las leyes sean materialmente justas sino también de que gocen de claridad, publicidad o irretroactividad. El concepto de «protección de las expectativas legítimas» o de «confianza legítima» ilumina esa dimensión de la calidad formal del Derecho que permite desarrollar planes de vida sobre la base de la información y expectativas de futuro generadas por el propio Derecho. Por tanto, la observancia de tales exigencias realiza una función moral propia o autónoma en el marco de sistemas jurídicos basados en la democracia y los derechos humanos.

V.2 El valor moral de la evitación del mal

La crítica a la pretensión de basar el valor moral del *rule of law* en la protección de la autonomía individual parece demasiado seria como para seguir haciendo gravitar en torno a esta función su pretendida moralidad intrínseca y no sólo instrumental. Es cierto que la sola observancia del *rule of law* a la hora de producir normas generales y aplicarlas no proporciona condiciones suficientes para lograr la protección de la libertad individual. El único aspecto de ésta que hace posible es la *independencia* frente al poder. Al lograr que las interferencias y límites a la gama de opciones de la que disfrutaban los ciuda-

⁷⁸ LAPORTA, F., «Imperio de la ley y seguridad jurídica», cit., pp. 127-128.

⁷⁹ KRAMER, M., «Objectivity and the rule of law», p. 184.

danos, una vez que han de articularse y transmitirse a través de directivas que observan ciertas formalidades, poseen unos límites precisos, aquellas dejan de estar a merced de la voluntad de los primeros y pasar a convertirse una magnitud controlable y anticipable por los segundos. Como vimos este tipo de independencia es insuficiente para poder hablar de libertad en sentido moral y no sólo cognitivo ya que no toma en consideración la cantidad y, sobre todo, calidad de gama de opciones «independientes» de las que disfruta el agente⁸⁰.

Parece inevitable, pues, que la cuestionada moralidad intrínseca de los principios de la *legalidad* no deba tomar como referencia la justicia material de las leyes (medida en términos de protección de la autonomía o dignidad personal) sino la existencia de algún tipo de función que quepa calificar por sí misma como moral aunque, eso sí, en un sentido bastante más débil⁸¹. La cuestión que se suscita entonces es la de si es posible constatar la existencia de esa función, y si la misma posee la suficiente entidad como para considerársela moralmente valiosa. Así, por ejemplo, La Torre ha puesto de manifiesto recientemente la incompatibilidad estructural entre las exigencias del *rule of law* y la legalidad de la tortura⁸². Más habitual es el argumento que señala la posibilidad que tienen los ciudadanos de encontrar, incluso en el Derecho de las tiranías y totalitarismos, el último vestigio de

⁸⁰ Cabría, a partir de la distinción entre *autonomía* y *libertad* que propone Kennedy, considerar que el *rule of law* protege, en mayor o menor medida, la primera pero no la segunda. La libertad se refiere, en primer lugar, a la indeterminación de la voluntad, a su discrecionalidad para elegir los valores a perseguir y, en segundo lugar, al grado de satisfacción que el individuo obtiene de sus deseos. Por contra, la autonomía no se refiere al grado de satisfacción, sino al carácter de las circunstancias de las que ello depende. Un individuo posee plena autonomía cuando el logro de sus deseos depende, exclusivamente, de hechos regulares (en el sentido de estar sujetos a reglas). En la medida en que los únicos obstáculos para la satisfacción de sus valores son hechos reglados en lugar de eventos indeterminados o arbitrarios, su autonomía es completa, aun cuando no posea libertad alguna porque, finalmente, sea incapaz de realizar sus valores. Por la misma razón, alguien puede tener una amplia libertad (un alto nivel de satisfacción de los deseos) sin tener ninguna autonomía (cuando ese alto nivel depende de la voluntad subjetiva y arbitraria de otro). KENNEDY, D., «Legal formality», *The Journal of Legal Studies*, 1973, p. 371.

⁸¹ De hecho, alguno de los más destacados partidarios de una visión puramente instrumental de la seguridad jurídica o el *rule of law* advierten de que su rechazo de la conexión intrínseca descansa en una crítica de los argumentos más fuertes (fundamentalmente la protección de la autonomía individual), pero ello no prueba que dicha tesis, tomando como base argumentos diferentes, pueda ser correcta. GARCÍA MANRIQUE, R., «Acerca del valor moral de la seguridad jurídica», cit., p. 514.

⁸² El principio de legalidad, la *rule of law*, es el criterio según el cual la determinación de una conducta y más aun de una conducta violenta por parte de un órgano público tiene que hacer la conducta en cuestión previsible y proporcional. Un tal criterio sin embargo impide que la tortura —que es por sí misma un ejercicio imprevisible, desproporcionado y excesivo— tenga algún posible papel en un Estado de Derecho. LA TORRE, M., «La teoría jurídica de la tortura», *Derechos y Libertades*, 17, 2007, pp. 85-86.

amparo o refugio frente a la iniquidad⁸³. En la misma línea, Waldron, Reynolds o Fox-Decent consideran que nada impediría sostener que incluso bajo el dominio de un poder tiránico que, por cualquier razón, actúe dentro del *rule of law*, existen algunas ventajas que «*can make a moral difference*». Empero ¿de qué ventajas se trata? Se insiste en la existencia de un cierto grado de certeza, de saber a qué atenerse frente al poder, de una cierta transparencia en el modo de ejercer la opresión, que pondrían la primera piedra de cara a su limitación. Se afirma que, en un régimen despótico que tenga que respetar el *rule of law* habrá, al menos, algunos valores y principios en la cultura oficial a los que los ciudadanos podrán apelar en sus reclamaciones contra la injusticia, existiría un cierto grado de *reciprocidad* entre los agentes del Estado y quienes se encuentran bajo su autoridad que prefigura de un modo rudimentario el tipo de relación que debería obtenerse entre el legislador y los ciudadanos⁸⁴.

La consideración de tales efectos defensivos derivados de la observancia del *rule of law* como un valor moral, incluso en el caso de que sean el resultado de un seguimiento animado por la búsqueda de la eficacia en el control social y no por la intención de facilitar la autodeterminación individual, parece imponer una visión diferente del significado ético atribuible a la evitación de un mal. Como señalamos anteriormente, una de las razones para rechazar el valor moral del *rule of law* giraba en torno al argumento de Raz de que éste sería un valor *negativo* ya que el el seguimiento del mismo no causa ningún bien, excepto el de evitar el mal, el cual sólo podría haberlo causado el propio Derecho. Frente a esta opinión, Marmor sostiene que no siempre la evitación de un mal puede ser considerada algo indigno de una valoración moral positiva. A su juicio, Raz acierta al señalar que no hay nada de virtuoso en el proceder de un individuo que, por impericia o falta de *oportunidad* pero no de *intención*, no consigue envenenar a otro. Empero, el planteamiento de Raz parece confundir dos cuestiones diferentes: la *agencia*, entendida como virtud moral, y el *bien*. Aun cuando, ciertamente, no haya nada de virtuoso en la acción de un individuo que no mata porque no sabe o puede y no porque no lo desee, no por ello deja de ser un bien el hecho de que una persona no muera. Imaginemos un mundo en el que sus habitantes fuesen iguales a nosotros en todo menos en el hecho de que no pueden matarse entre sí. Tales individuos no merecerían ningún crédito moral por evitar el asesinato. No obstante, podríamos seguir afirmando que es un buen

⁸³ FULLER, L., «Positivism and Fidelity to law. A replay to Professor Hart», cit., p. 637.

⁸⁴ Vid. FOX-DECENT, E., «Is the rule of law really indifferent», cit., pp. 572-576; MACCORMICK, N., «The Separation of Law and Morals», en R. P. George (ed.), *The Autonomy of Law*, op. cit., pp. 105-133; RAWLS, J., *A Theory of Justice*, op. cit., pp. 80-81; REYNOLDS, N., «Law as coordination», cit., p. 112; WALDRON, J., «The Rule of Law in the Contemporary Liberal Theory», cit., pp. 93-94.

mundo en este sentido. El hecho de que estas criaturas no puedan matarse unas a otras no deja de ser un bien intrínseco, incluso en el caso de que ello no represente un logro personal digno de valoración. Del mismo modo, el hecho de que un funcionamiento adecuado del sistema jurídico no pueda sancionar determinados usos arbitrarios de la fuerza o ciertas violaciones de la libertad y la dignidad humanas, es simplemente bueno, aunque sea cierto que el derecho no merece aprecio moral por ello⁸⁵.

En relación con el segundo aspecto del argumento de Raz (el *rule of law* es un valor negativo porque solo evita males creados por el propio Derecho), parece implícito en el mismo que *si no hubiese Derecho, no existirían los males que es preciso evitar*. La analogía de Raz con el mal del engaño es muy reveladora. A su juicio, la virtud de la sinceridad no incluye el bien de la comunicación entre las personas, ya que es compatible con la negativa a comunicarse. Su valor reside, exclusivamente, en evitar el daño del engaño. Empero –sugiere Marmor– ¿y si tuviese el deber positivo de decirte la verdad? Seguramente, el médico que, guardando silencio, evita informar a su paciente que padece una enfermedad grave viola el deber de sinceridad. Otro tanto cabe afirmar del marido que, siendo infiel a su esposa, calla sobre ello. Por tanto, si existe un trasfondo de expectativas de que se comunique la verdad, evitar la comunicación puede resultar un engaño. Marmor se sirve de estos dos ejemplos para concluir que, al igual que en circunstancias como las señaladas existiría un deber de comunicarse que convierte a la sinceridad en una virtud moral positiva y no solo negativa, «si tenemos buenas razones para esperar el gobierno por medio del Derecho, la ausencia de éste es mala de idéntico modo a como lo sería la ausencia de comunicación bajo ciertas circunstancias»⁸⁶. Por lo tanto, Raz tiene razón en que las exigencias del *rule of law* resultan insuficientes, por sí mismas, para convertir al Derecho en algo esencialmente valioso. Su error reside, más bien, en no haberse percatado de que necesitamos el Derecho y que, del mismo modo que sólo si consideramos la monogamia un bien la falta de sinceridad del marido infiel se convierte en algo moralmente disvalioso, únicamente si suponemos que la misma existencia del Derecho es un bien, la ausencia de publicidad, irretroactividad, congruencia, etc. merece idéntica valoración moral⁸⁷.

⁸⁵ MARMOR, A., «The rule of law and its limits», cit., p. 40.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 41.

⁸⁷ Kramer rebate este argumento señalando que el estado de cosas con el que habría que comparar el Derecho actual no es la situación de anomia o anarquía característica de la ausencia o inexistencia de ninguna forma de juridicidad sino «otros sistemas jurídicos alcanzables de forma realista, alguno de los cuales sería moralmente superior al régimen jurídico en consideración». KRAMER, «On the Separability of Law and Morality», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, XVII, 2, 2004, p. 324.

Por consiguiente, sumándome al parecer de Marmor, me suscitan serias dudas la tesis de Raz. Si aceptamos:

1) *ubi societas, ibi ius, hominum causa omne ius constitutum est*, esto es, la necesidad inexcusable, salvo en ciertas utopías o distopías, del Derecho en tanto que fuente de orden y seguridad no alcanzable de modo natural o espontáneo en ninguna sociedad humana de cierto tamaño o complejidad⁸⁸, y 2) que, al mismo tiempo que se convierte en una fuente de orden y seguridad, y aunque la percepción que se tenga de ello está muy condicionada por la mentalidad y la cultura política y jurídica dominante, no hay duda de que el Derecho ha representado siempre también una fuente de incertidumbre y arbitrariedad⁸⁹, no sé hasta qué punto puede defenderse 3) el *rule of law* o la seguridad jurídica son un valor negativo. Si admitimos como correctas las primeras premisas, parece imponerse como una necesidad lógica que también el surgimiento del *rule of law* representó ha representado un bien, en la medida en que el mismo permitió volver mucho menos peligroso un medio que, hasta ese momento, podía ser utilizado de un modo imprevisible y arbitrario. Resulta innegable que este cambio obedeció no sólo a los intereses de la burguesía capitalista en disponer de un Derecho previsible que pudiera –en la conocida expresión de Weber– «calcularse como una máquina», sino también, en gran medida, a una «revolución humanitaria»⁹⁰, alimentada por razones morales, y, en cualquier caso, que ello se tradujo en una mejora incontestable de las condiciones de vida de los ciudadanos. Sería, por tanto, este déficit de perspectiva histórica lo que conduce a Raz a desenvolverse en un plano tan excesivamente lógico como para no apreciar la contribución positiva del *rule of law*.

V.3 El carácter no generalista de una teoría jurídica auténticamente descriptiva

Como vimos anteriormente, los nuevos positivistas estiman que, interpretada en sentido restringido, la tesis de la separabilidad es compatible con el reconocimiento de que entre el derecho y la moral, con excepción del plano de la validez jurídica, existen conexiones necesi-

⁸⁸ Omito aquí el debate en torno a si puede o deber hablarse de derecho en relación con el tipo de orden social imperante en las comunidades primitivas o, por el contrario, se trata de un fenómeno exclusivamente propio de sociedades en las que las normas que restringen el uso de la fuerza han alcanzado una institucionalización densa y no sólo rudimentaria o elemental. En favor de esta segunda opción, *vid.* PRIETO SANCHÍS, L., *Apuntes de Teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2005, pp. 29-30.

⁸⁹ *Vid.* ARCOS RAMÍREZ, F., *La seguridad jurídica: Una Teoría Formal*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 81-88.

⁹⁰ Tomo esta expresión de S. PINKER, *Los ángeles que llevamos dentro. El declive de la violencia y sus implicaciones*, trad. de J. Soler, Paidós, Barcelona, 2011, pp. 189-262.

rias. Pues bien, a juicio de los primeros, uno de los ámbitos donde dicha conexión resultaría más evidente es en el de las razones para observar el *rule of law*. Fuller, Finnis y Simmonds coinciden en señalar que la regularidad y corrección formal en la formulación y aplicación de las leyes que demanda este principio difícilmente puede ser asumida por las autoridades y los operadores jurídicos en virtud de razones no intrínsecas o morales. Lo que puede y suele observarse en el mundo real es que, por lo que se refiere particularmente a las democracias, la autorrestricción del poder que encarna el *rule of law* (formal, fullerianamente concebido), al igual que la adhesión a los derechos fundamentales, posee una innegable dimensión moral, mientras que los dictaduras y totalitarismos, resulta difícil encontrar razones prudenciales en lugar de éticas para ese tipo de *self-restraint*.

En respuesta a la visión anterior, Kramer señala que la tesis de la separabilidad no se refiere únicamente a las condiciones de validez jurídica sino que incluye también las razones para observar el *rule of law*. A su juicio, ningún positivista razonable rechazaría la posibilidad de que un régimen acate los principios de la legalidad por razones éticas. Esta es la situación que se observa en las democracias liberales, como la estadounidense o la británica. Sin embargo, a la hora de ponderar la relación entre el Derecho y la Moral, un positivista no debería intentar mostrar lo que es verdadero en cada sistema jurídico, sino lo que no tiene por qué ser verdadero para cada sistema jurídico⁹¹. La cuestión relevante no es si algunos sistemas jurídicos respetuosos con el *rule of law* pueden o suelen serlo por razones morales (respeto de la dignidad, la autonomía, etc.) y, por consiguiente y, en dicha medida, que el Derecho resultante pueda tener valor moral, sino si son concebibles sistemas jurídicos en los que el seguimiento del *rule of law* pudiera obedecer a razones no sólo ni principalmente morales sino también prudenciales. Estaríamos, pues, ante una variante de la forma de interpretar la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la Moral que Coleman bautizó como «positivismo negativo»⁹².

Una separación tajante entre de las razones políticas o prudenciales y las morales para la observancia del *rule of law* no resultan tan fácil de dibujar. Ciertamente, respecto a los sistemas políticos basados en la democracia parlamentaria y la protección constitucional de los derechos fundamentales, la tesis de Simmonds de que parece más razonable pensar que las razones morales, más allá de su dimensión justificativa, se presentan también como la explicación más plausible de la sujeción del poder a las disciplinas del *rule of law*, no parece objetable. ¿Cabe afirma otro tanto de los totalitarismos y dictaduras?

⁹¹ KRAMER, M. «Scrupulousness without Scruples», cit., p. 249; KRAMER, M., «Once into the fray: challenges for legal positivism», *University of Toronto Law Journal*, 58, 2008, p. 6.

⁹² COLEMAN, J., «Negative and Positive Positivism», *The Journal of Legal Studies*, XI, 1982, p. 143.

Simmonds y Kramer han sostenido hasta hace apenas unos años un interesante debate en torno a esta cuestión. El primero ha defendido que si un régimen perverso actúa a través del *rule of law* restringe lo que está en disposición de poder hacer *per legem*, y este tipo de auto-limitación sólo puede obedecer a razones morales y no prudenciales. Frente a ello Kramer sostiene que una tiranía o un régimen despótico o totalitario también tendrían razones para observar las exigencias del *rule of law*, incluido el principio de irretroactividad, pero se trataría de razones prudenciales y no morales. Fundamentalmente, Kramer estima que la inobservancia del *rule of law* en estos regímenes desincentivaría la observancia del derecho por parte de los ciudadanos⁹³.

No parece que este debate se haya cerrado definitivamente, ni que haya un claro ganador del mismo⁹⁴. Por mi parte, creo que, no sólo adoptando un punto de vista lógico sino también empírico e histórico, la tesis de Kramer parece más aceptable. La adopción de la perspectiva histórica como la que reivindica Fuller parece avalar más la explicación prudencial que moral de la autorrestricción del poder implícita en la observancia del *rule of law*⁹⁵. No obstante, el dato señalado por los fullerianos de que el seguimiento del *rule of law* en las democracias puede explicarse sobre la base de razones prudenciales sería una pieza clave para sostener una conexión necesaria entre el derecho y la moral. La otra es una revisión de las premisas metodológicas que tradicionalmente ha exhibido la teoría jurídica positivista. Estaríamos ante una vía quizá más modesta, seguramente tampoco no menos polémica, pero creo que a la postre más convincente, para defender que la teoría del derecho muestre el *rule of law* poseería un valor intrínseco que se sitúa en el plano de la definición de la teoría positivista del derecho, de sus rasgos y premisas metodológicas.

Como es sabido, tradicionalmente entre estas últimas siempre se han contado la generalidad y la descripción⁹⁶. Con la primera se hace referencia a que su objetivo no es dar cuenta del funcionamiento de un sistema jurídico particular sino de todos los sistemas jurídicos, con independencia de cuál sea su contenido concreto en cada caso. La

⁹³ KRAMER, M., «Once into the fray: challenges for legal positivism», cit., p. 5.

⁹⁴ Vid. STEWART, H., «Incentives and the rule of law: An intervention in the Kramer/Simmonds», *American Journal of Jurisprudence* 51, 2006, pp. 149-164.

⁹⁵ Kramer admite, no obstante, algunas excepciones a esta regla general. En algunos totalitarismos que lograron perpetuarse durante décadas en el poder se dieron periodos de tiempo en lo que la imposición de la voluntad se desarrolló de un modo totalmente descarando e imprevisible. Señala como ejemplo la pesadilla en la que vivió la inmensa mayoría de los ciudadanos soviéticos durante la época de «el gran terror», entre 1936 y 1938, periodo durante el cual la existencia de la gran mayoría de la población podía convertirse en cualquier instante en la pesadilla que vive Josef. K., el desgraciado protagonista de *El Proceso*, de Kafka. KRAMER, M., «Scrupulousness without Scruples», cit., p. 255.

⁹⁶ ESCUDERO ALDAY, R., «De la constitucionalización a la indeterminación. Retos y desafíos del positivismo jurídico», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, p. 397.

jurisprudencia expositiva de Bentham, la *teoría pura* de Kelsen o la teoría general de Hart y Bobbio parten de esta ambición universal y no local de la teoría y el concepto de derecho. Por su parte, con la segunda nota se pone el acento en el objetivo descriptivo que preside la aproximación positivista al Derecho. Pretende que la valoración que merezca el contenido de un sistema jurídico no «contamine» su concepto. Una cosa es lo que es el derecho y otra lo que debería ser, una su existencia y otra su mérito o demérito, una su descripción y otra su valoración. Un tercer componente metodológico es, como ya hemos señalado, la consideración de la separabilidad como una tesis sustantiva y no metodológica. Una aproximación neutral al fenómeno jurídico, que considere que la definición del derecho debería estar libre de consideraciones morales, no es incompatible con la constatación, en el plano sustantivo, de que un sistema jurídico ofrezca dimensiones éticas necesarias no, en este caso, en el plano de los contenidos de las normas y actos, pero sí en el de las razones para asumir las auto-restricciones que impone el *rule of law*.

Pues bien, creo que el planteamiento de algunos positivistas que defienden del valor moral del *rule of law* asume que el componente descriptivo de la teoría del derecho debería anteponerse a la vocación generalista y universalista que ha presidido las teorías de Austin, Kelsen y Hart⁹⁷. Aquellos están convencidos de que no sólo los enfoques de Dworkin o Soper, al no distinguir convenientemente la teoría del derecho de la teoría de la adjudicación y la teoría de la obediencia, serían los únicos que perjudican el carácter descriptivo consustancial a la primera. También la obsesión con la conexión conceptual, el sobredimensionamiento que sufre en otros positivistas, habría terminado por perjudicar la dimensión descriptiva consustancial a la teoría jurídica⁹⁸. Circunscrita al plano sustantivo, y con el significado restringido centrado en la condiciones de la validez jurídica, la tesis de la separación no constituye un obstáculo para que, animada por esa vocación descriptiva no necesariamente generalista o universalista, la teoría jurídica pueda y deba centrarse en la explicación y descripción del fenómeno jurídico existente, en lugar de referir el concepto y la descripción de derecho a todos los mundos lógicamente posibles. En esta línea Waldron, Gardner y Marmor reconocen que el seguimiento del *rule of law* puede resultar funcional a la hora de perseguir tanto fines morales como valiosos como inicuos, que existen razones puramente prudenciales y no morales para servirse del *rule of law*, que, como señala el primero, «*legality itself might work in two directions*». Admiten, por tanto, que la satisfacción de los requisitos del *rule of law* es concep-

⁹⁷ JIMÉNEZ CANO, R., «Puede ser general la Teoría General del derecho?», *Revista de Estudios Jurídicos*, n.º 2, 2012, p. 2.

⁹⁸ Se trataría de lo que Waluchow denomina una teoría descriptiva-explicativa impura. WALUCHOW, W., *Positivism jurídico incluyente*, trad. de M. Gil y R. Tesone, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 44.

tualmente compatible con la elaboración de leyes malas o injustas en su contenido⁹⁹, que como mínimo, ha existido, existe o puede existir un sistema jurídico que, aun observando tales exigencias, produzca normas o decisiones profundamente injustas. Sin embargo, sumándose a la advertencia de Fuller, estiman que plantear este problema como una cuestión lógica ofrece una perspectiva desenfocada. Entre una teoría del Derecho completamente general, que tome como referencia todos los mundos lógicamente posibles, y otra completamente particular (circunscrita al Derecho de un determinado Estado), habría espacio para teorías de alcance intermedio: por ejemplo, una teoría de los Derechos de los Estados Constitucionales¹⁰⁰. En el marco de estos últimos, la descripción de las razones que presiden la adhesión de los poderes públicos a las exigencias básicas del *rule of law* sería uno de los factores que junto a, sobre todo, las decisivas transformaciones que en los sistemas jurídicos continentales habría desencadenado la positivación de los principios de justicia y derechos humanos que representa la «constitucionalización del Derecho»¹⁰¹, sería uno de los factores que justificarían la posibilidad y la necesidad de una teoría jurídica menos universal, para la que no resulte problemático hablar de la existencia de conexiones necesarias entre el derecho y la moral.

Presentar el seguimiento del *rule of law* como uno de los elementos de los sistemas jurídicos democráticos que permitiría hablar de este tipo de conexiones puede resultar un tanto paradójico. Como es sabido, frente a la reivindicación neoconstitucionalista, tanto los partidarios del *positivismo excluyente* como los defensores del *constitucionalismo positivista* estiman que la constatación del papel que desempeña las razones de corrección en distintos momentos de la vida jurídica no exige revisar el concepto positivista de derecho centrado en la tesis de que tanto la identificación, como la validez e incluso, la determinación del contenido de la normas jurídicas depende de criterios formales y no materiales. Para estos últimos, los neoconstitucionalistas habrían exagerado la magnitud de los cambios acontecidos en

⁹⁹ Vid. SUMMERS, R., «A formal theory of the Rule of Law», cit., p. 140; MARMOR, A., «The rule of law and its limits», cit., p. 11; MURPHY, C., «Lon Fuller and the moral value of the Rule of Law», cit., p. 252.

¹⁰⁰ En ese sentido Atienza en ATIENZA, M., y LAPORTA, F., «Imperio de la ley y Constitucionalismo», *El Cronista*, 0, 2008, p. 51.

¹⁰¹ Con esta expresión se alude a la transformación del ordenamiento jurídico como consecuencia de la efectiva preeminencia de la Constitución en el sistema de fuentes y cuyos rasgos y efectos más sobresalientes son la presencia de Constituciones rígidas y directamente aplicables, la sobre interpretación de la Constitución y sus consiguientes efectos de irradiación y omnipresencia de ésta. Para la teoría jurídica lo más decisivo de estos cambios es que, a través de ellos, los sistemas jurídicos incorporan normas cuya interpretación y aplicación impone una apertura del derecho a la moralidad, de las razones jurídicas a las morales, exige asumir que el derecho no posee únicamente una dimensión autoritativa sino también axiológica o de valor. Vid. ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona 2006, p. 55. y *Curso de Argumentación Jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, p. 82.

los sistemas jurídicos occidentales en el transcurso de las últimas décadas que, desde su punto de vista, justifican la superación del positivismo formalista o legalista. No habría sido la transformación profunda de los sistemas jurídicos la que exige una revisión de los «viejos» conceptos y teorías, sino, a la inversa, el cambio de la teoría el que habría propiciado una nueva mirada de un derecho que, ni es tan novedoso en algunos casos, ni tan distinto al de los orígenes del liberalismo¹⁰². Pero, por encima de todo, se objeta a las tesis incorporacionistas y neoconstitucionalistas que asumen como premisa una concepción objetivista la moral y del conocimiento de ésta que resulta inaceptable por razones son sólo epistemológicas sin también políticas¹⁰³. Pues bien, entre las razones más poderosas para considerar preferible un enfoque negativo en lugar de positivo es, precisamente, el *rule of law*. Desde el punto de vista de la certeza y seguridad jurídicas resulta preferible un modelo de determinación de la validez, identificación de las normas y obligaciones jurídicas y aplicación del derecho como la que postula el positivismo *negativo* tradicional, en lugar de otro que tome como referencia la moralidad (ya sea positiva, crítica o la individual del decisor) tal y como el que defiende el positivismo *incluyente*¹⁰⁴.

Empero, del hecho de que existan razones poderosas (entre las que, como hemos visto, se encontraría el propio *rule of law*) para considerar preferible un modelo de identificación y determinación del contenido del derecho como el que postulan los positivistas negativos, en el que la moral no sería fuente del derecho, no se desprende que, a la hora de describir el funcionamiento y la práctica de los sistemas de los sistemas jurídicos democráticos, la teoría del derecho no deba dejar de constatar que tras el seguimiento del *rule of law* resulta difícil, poco probable y, sobre todo, poco razonable, encontrar razones prudenciales en lugar de morales. Una teoría del derecho *amplio sensu*, que, sin abandonar su pretensión conceptual, aspire también a dar cuenta o describir el funcionamiento real de los sistemas jurídicos democráticos, y que confiera un mayor peso a los hechos, a la experiencia, no tendría inconveniente en mostrar que la constatación de

¹⁰² A juicio de Laporta, «no es la aparición de la Constitución lo que cambia la teoría, sino que es la teoría lo que cambia la manera de ver la Constitución (...) Es la teoría de la argumentación, el estudio minucioso del razonamiento práctico y el gran desarrollo del análisis del lenguaje y los tipos de enunciados normativos lo que se proyecta sobre las Constituciones, las de hace doscientos años, las del siglo XIX, las de los años cuarenta y las de ahora, y nos las presenta de otra manera». ATIENZA, M., y LAPORTA, F., «Imperio de la ley y Constitucionalismo», cit., p. 53.

¹⁰³ FERRAJOLI, L., «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», *Doxa*, 34, 2012, p. 32.

¹⁰⁴ ESCUDERO ALDAY, R., *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 243-254, y RUIZ MIGUEL, A., «Positivism ideológico e ideología Positivista», en Ramos Pascua, J. A., y Rodilla, M. A., (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006, pp. 457-480.

esta realidad permite hablar de una conexión necesaria entre el derecho y la moralidad.

Ahora bien, el reconocimiento de estas dimensiones éticas del *rule of law* no puede descansar en una visión *naive* del poder de las formas jurídicas, tal y como parece desprenderse de algunos enaltecimientos del este ideal y, sobre todo, de algunas lecturas del pensamiento de Fuller. Así lo hacen quienes contraponen el imperio de la ley al gobierno al de los hombres asumiendo que, en el primero, la estructura formal de las directivas y la actuación pública dentro de los límites que estas establecen convierten al derecho en algo completamente independiente de la voluntad de los hombres que detentan el poder. Otro tanto ocurre con quienes parecen ignorar que, si no se inserta en una cultura jurídica y política en la que se valore éticamente la limitación jurídica del soberano, la estructura formal del *rule of law* no puede, por sí sola, imponer límites a la creación y aplicación del derecho¹⁰⁵.

Fecha de recepción: 31/03/2014. Fecha de aceptación: 31/10/2014.

¹⁰⁵ Sobre ambos aspectos, *vid.* KRAMER, M., «Freedom and the Rule of Law», *Alabama Law Review*, 87, 2010, pp. 842-843, y LAPORTA, F., *El imperio de la ley*, *op. cit.*, p. 81.

La dualidad amigo-enemigo en el propio contexto de Carl Schmitt

Friend-enemy duality in the particular context of Carl Schmitt

Por J. ALBERTO DEL REAL ALCALÁ*
Universidad de Jaén

RESUMEN

Es conocido que el brillante jurista Carl Schmitt abogó por el ultraconservadurismo político (Estado como totalidad) y jurídico (decisionismo absoluto) y se adhirió personalmente al nacionalismo etnicista alemán radical de su tiempo (nacionalsocialismo). En este texto trato de abordar la siguiente cuestión: ¿existen razones de peso para afirmar que el etnicismo radical que prodigó en su militancia política forma parte de las raíces doctrinarias de su pensamiento jurídico y político («eticismo doctrinario»), o se trata de una mera actitud comprensible en el contexto colectivo de su época y de la que no están contaminadas sus reflexiones intelectuales (eticismo «coyuntural» u «oportunista»), y en este sentido son válidas en nuestro tiempo actual de crisis para servir de guía de la crítica hacia el Estado Constitucional y el funcionamiento del sistema democrático?

Palabras clave: *C. Schmitt, amigo-enemigo, decisionismo, etnicismo, crítica a la Democracia.*

* Este texto ha sido elaborado en el ámbito del Programa de Investigación Consolider-Ingenio 2010 «El Tiempo de los derechos», del Ministerio de Ciencia e Innovación de España.

ABSTRACT

It is widely known that the brilliant jurist Carl Schmitt was an advocate of political (State as totality) and judicial (absolute decisions) ultraconservatism, and personally adhered to the radical German ethnic nationalism of his time (national socialism). In this text, I attempt to address the following question: are there solid grounds for affirming that the radical ethnicism, which was shown by his political activism, was part of the doctrinarian roots of his judicial and political thought («doctrinaire ethnicism»), or is it a mere attitude that was understandable in the collective context of his time and which does not contaminate his intellectual thinking («circumstantial» or «opportunistic» ethnicism). In the latter case, does this thinking serve as a guide for criticising the Constitutional State and the functioning of the democratic system in our current time of crisis?

Key words: C. Schmitt, friend-enemy, decisions, ethnicism, criticism of Democracy.

SUMARIO: I. SOBRE LA DISTINCIÓN SCHMITTIANA AMIGO Y ENEMIGO: CATEGORÍAS «ÓNTICAS» Y CATEGORÍAS «SITUADAS».—II. EL «CONTEXTO SITUADO» COLECTIVO EN LA DISTINCIÓN SCHMITTIANA AMIGO-ENEMIGO: EL NACIONALISMO RADICAL EN EL AMBIENTE INTELECTUAL DE C. SCHMITT.—III. EL «CONTEXTO SITUADO» INDIVIDUAL EN LA DISTINCIÓN SCHMITTIANA AMIGO-ENEMIGO: EL PENSAMIENTO SCHMITTIANO Y SU PRAXIS INTELECTUAL (DECISIONISMO, DICTADURA Y XENOFOBIA).—IV. CONCLUSIÓN.

SUMMARY: I. ON THE SCHMITTIAN FRIEND-ENEMY DISTINCTION: «ONTIC» CATEGORIES AND «SITUATIONAL» CATEGORIES.—II. THE COLLECTIVE «SITUATIONAL CONTEXT» IN THE SCHMITTIAN FRIEND-ENEMY DISTINCTION: RADICAL NATIONALISM IN THE INTELLECTUAL ENVIRONMENT OF C. SCHMITT.—III. THE INDIVIDUAL «SITUATIONAL CONTEXT» IN THE SCHMITTIAN FRIEND-ENEMY DISTINCTION: SCHMITTIAN THOUGHT AND ITS INTELLECTUAL PRAXIS (DECISIONS, DICTATORSHIP AND XENOPHOBIA).—IV. CONCLUSION.

I. SOBRE LA DISTINCIÓN SCHMITTIANA AMIGO Y ENEMIGO: CATEGORÍAS «ÓNTICAS» Y CATEGORÍAS «SITUADAS»

La distinción amigo-enemigo que nos proporcionó C. Schmitt tiene por objeto definir el concepto de *lo político* y poder hacer frente a lo que él entiende como un *reduccionismo* y *neutralismo* de la *política* a la doctrina del *Estado*, y a su vez del Estado a la doctrina del

Derecho, tal como venía manteniendo la concepción *jurídico-formal* del Estado de la Escuela del positivismo liberal de C. F. v. Gerber¹, P. Laband² y G. Jellinek³, y de la que es continuadora en el siglo xx la Teoría pura del Estado y del Derecho de Hans Kelsen⁴. El intelectual alemán persigue *sustanciar la política* frente al *vaciamiento* material que supone su degradación a una mera «relación jurídica», y del mismo modo *sustanciar al Estado* en oposición al enfoque que lo presenta como una «construcción jurídica» *vacua*⁵.

De la concepción schmittiana de las nociones «amigo-enemigo» hay dos propiedades que es necesario mencionar para su correcta comprensión, y que a veces pasan *más* desapercibidas. En primer lugar, amigo-enemigo son categorías «ónticas» dirigidas a la delimitación de *lo colectivo* político y social; dato que a veces no se tiene en cuenta lo suficiente. Y, en segundo lugar, amigo-enemigo no se puede reducir a meras categorías ónticas sino que se trata además de categorías «situadas» en un *orden concreto*.

La condición *óntica* que asumen las categorías amigo-enemigo tiene como base la idea de que «la esencia de las relaciones políticas se caracteriza por la presencia de un antagonismo *concreto*»⁶, cuya «consecuencia última es una agrupación según amigos y enemigos»⁷, a diferencia de aquella perspectiva formalista *kelseniana* que reduce las relaciones políticas a relaciones jurídicas (normativas) neutras y no beligerantes. Dicho carácter óntico se encuentra en «el sentido [mismo] de la distinción amigo-enemigo», que es el de proporcionar un determinado *criterio* con el que «marcar el grado máximo de intensidad de una unión o separación, de una asociación o disociación»⁸. Un criterio, pues, que *aglutine* ontológicamente a lo político amigo pero al mismo tiempo lo *escinda* de lo demarcado como enemigo. Esta forma antagónica de concebir las relaciones políticas tiene carácter ontológico acerca de todo lo colectivo porque *necesariamente* traza la delimitación, en ese sentido óntico, tanto de un *concreto* «nosotros» como ámbito colectivo *amigo*, como de un opuesto y *particular* «ellos» como ámbito colectivo *enemigo*.

¹ GERBER, C. F. v.: *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, 2.ª ed., B. Tauchnitz, Leipzig, 1869.

² LABAND, P.: *Das Staatsrechts des Deutchen Reichs*, 1.ª edición, 1876.

³ JELLINEK, G: *Teoría General del Estado* (1900 y 1905), prólogo y traducción española de la 2.ª edición alemana de Fernando de los Ríos, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1981.

⁴ KELSEN, H.: *Teoría General del Estado* (1925), traducción española de Luis Legaz Lacambra, Editora Nacional, México D. F., 1979; KELSEN, H.: *Teoría General del Derecho y del Estado* (1945), traducción española de Eduardo García Máynez, UNAM, México, D. F., 1995, y KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho* (1934 y 1960), traducción española de la 2.ª edición alemana de Roberto J. Vernengo, Editorial Porrúa, México D. F., 1993.

⁵ Cfr. KELSEN, H.: *Teoría General del Estado* (1925), cit., pp. 125-126.

⁶ La cursiva es nuestra.

⁷ SCHMITT, C.: *El concepto de lo político* (1927 y 1932), cit., p. 60.

⁸ SCHMITT, C.: *El concepto de lo político* (1927 y 1933), cit., pp. 56 y 57.

Así, la categoría *amigo*, y el *nosotros* schmittiano (frente al *ellos*) a que dá lugar, parecen consistir, tal como acertó a definir Hermann Heller, en una especie de «esencia vital u *original*»⁹, a modo de factor potencialmente *sustancializador* de lo colectivo, polo de unión o asociación entre los que son política y ontológicamente *semejantes*. Dicha *sustancia*, en disparidad con la filosofía *desidentitaria* de lo colectivo que prodiga la posición liberal kelseniana¹⁰, se alza como el elemento *determinante* en la configuración de las unidades políticas soberanas decisorias.

También la noción de *enemigo*, y el *ellos* schmittiano que dicha categoría dibuja, están impregnados de todo el sentido «político» y «ontológico» anterior¹¹. Desde ambas consideraciones, los criterios schmittianos que perfilan el *ellos colectivo enemigo* son: frente a los semejantes (amigos), los estimados ontológicamente *extraños* y *hostiles* hasta el grado de habilitar su *aniquilación física* por la *lucha armada*. A este respecto, en primer lugar, el enemigo es «el otro, el extraño, y para determinar su esencia basta con que sea existencialmente distinto y extraño en un sentido particularmente intensivo». En segundo lugar, el enemigo schmittiano se equipara a la idea de *hostilidad*. Y «enemigo es en suma *hostis*» como criterio definidor del *ellos* colectivo: «enemigo es... un conjunto de hombres que siquiera eventualmente, esto es, de acuerdo con una posibilidad real, se opone *combativamente* a otro conjunto análogo». Por supuesto, este antagonismo como base de la configuración social contradice abiertamente la posición de *neutralidad* para con la sociedad civil que prodiga el Estado de Derecho liberal¹², cuyo rechazo por Schmitt es absoluto.¹³

⁹ HELLER, H.: «Democracia política y homogeneidad social» (1928), en HELLER, H.: *Escritos políticos*, versión española de Salvador Gómez de Arteche, prólogo y selección de Antonio López Pina, Alianza Editorial, Madrid, 1985, p. 260.

¹⁰ Propongo mantener esta imparcialidad –de raíz kelseniana– por parte del Estado y del Derecho en relación al ámbito de la identidad/es colectiva/s de la sociedad civil en: DEL REAL ALCALÁ, J. A.: «Teoría jurídica y tesis desregulativas contemporáneas. El caso de la identidad colectiva», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXI, Publicación Oficial de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2004, pp. 213-239. Y asimismo, en DEL REAL ALCALÁ, J. A.: «Laicismo “identitario” para el Estado de Derecho: ¿una opción contra-corriente?», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Revista de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, n.º 18, 2009, Valencia, pp. 116-123.

¹¹ SCHMITT, C.: «Sobre la relación entre los conceptos de guerra y enemigo (1938)», cit., pp. 133-134.

¹² He tratado de *reformular* en determinados aspectos esta neutralidad de base *kelseniana* en: DEL REAL ALCALÁ, J. A.: «Del Estado-nación de Derecho al Estado de Derecho postnacional», en *Revista Derechos y Libertades*, n.º 13, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas y Boletín Oficial del Estado, Madrid, enero-diciembre 2004, pp. 361-381. Este texto que también puede verse en su reedición DEL REAL ALCALÁ, J. A.: «Del Estado-nación de Derecho al Estado de Derecho postnacional», en López Olvera, M. A., y Rodríguez Lozano, L. G. (coords.), *Tendencias actuales del Derecho Público en Iberoamérica*, Editorial Porrúa, México DF, 2006, pp. 153-171.

¹³ SCHMITT, C.: *El concepto de lo político* (1927 y 1932), cit., pp. 57-59 y 63-64.

Y, por último, en tercer lugar, el enemigo schmittiano, además de estar definido según los parámetros del *extraño hostil*, está también vinculado a la idea de la *violencia política*. De este modo lo reconoce expresamente C. Schmitt cuando afirma que «es constitutivo del concepto de enemigo el que en el dominio de lo real se dé la eventualidad de una lucha», que es *lucha armada*, sea «lucha armada entre unidades políticas organizadas» (guerra) o «en el seno de una unidad organizada» (guerra civil). Lo cual significa concebir el *antagonismo* como potencial *violencia* porque, en verdad, «los conceptos de amigo, enemigo y lucha adquieren su sentido real por el hecho de que están y se mantienen en conexión con la posibilidad real de matar físicamente»¹⁴. Lo que viene a suponer claramente la *categorización y legitimación* expresa de la violencia como *arma política* (en tanto que el enemigo que considera es el enemigo político); en contraposición, claro está, con el Estado de Derecho, que reducirá (y racionalizará) los conflictos amigo-enemigo schmittianos a conflictos políticos que en último lugar tienen solución racional-normativa¹⁵, y no en la lucha armada, violencia o terrorismo.

Ahora bien, una vez delimitada la condición óptica de la distinción amigo-enemigo, no podemos dejar de tener en cuenta, como hemos adelantado, que *no* se trata de nociones *abstractas* sino, todo lo contrario, de categorías «situadas» en un orden «concreto». Si el motor de la esencia de la agrupación en amigos y enemigos es un antagonismo «concreto»¹⁶, entonces ni de esta afirmación ni de los rasgos que hemos mencionado anteriormente de estas nociones, puede estimarse que hayan de ser consideradas como categorías «abstractas», tal como a veces ellas pudieran ser interpretadas. Y en rigor, puede decirse que dichas categorías no fueron pensadas por C. Schmitt con un sentido abstracto, sino que fueron concebidas como categorías *situadas* en un concreto y determinado orden. Este atributo lo reconoce abiertamente el jurista alemán con sus propias palabras: «los conceptos de amigo y enemigo deben tomarse... en su sentido concreto y existencial, no como metáforas o símbolos», pues «no estamos hablando de ficciones»¹⁷. Recalcando que *lo político* está «en la clara comprensión

¹⁴ SCHMITT, C.: *El concepto de lo político* (1927 y 1932), cit., pp. 59 y 62-63.

¹⁵ SCHMITT, C.: «Resumen de los diversos significados y funciones del concepto de la neutralidad política interna de Estado (1931)», en íd., *El concepto de lo político* (1927 y 1932), cit., pp. 128-129 alude a la neutralidad en el sentido de los siguientes significados *negativos* del término como «actitud inhibitoria de la decisión política»: neutralidad como *no intervención*, como *concepción instrumental* del Estado, como *igualdad de oportunidades* y como *paridad de condiciones*. Véase asimismo, SCHMITT, C.: «Sobre la relación entre los conceptos de guerra y enemigo (1938)», en íd., *El concepto de lo político* (1927 y 1932), cit., pp. 139-140.

¹⁶ SCHMITT, C.: *El concepto de lo político* (1927 y 1932), cit., p. 60.

¹⁷ SCHMITT, C.: *Der Begriff des Politischen*, in *Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik* n.º 58, Berlín, 1927; y 2.ª edición, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburgo, 1933; versión española: íd., *El concepto de lo político* (1927 y 1933), versión de Rafael Agapito, Alianza Editorial, Madrid, 2002, p. 58.

de la propia situación y de su manera de estar determinada por ello» tal como resulta en función de la distinción amigo-enemigo¹⁸.

En mi opinión, de lo dicho en esta parte del texto obtengo varias observaciones que enfatizo en este momento a fin de poder afrontar los siguientes epígrafes.

En primer lugar, el «nosotros amigo» y el «ellos enemigo» schmittianos son categorías «ónticas», cuya base es el *antagonismo* (derivable fácilmente al *odio*, odio a lo demarcado como enemigo colectivo, y de índole tan *intenso* que ha de contemplar la posibilidad real de matar físicamente al estimado como tal), y que dichas categorías constituyen el criterio *nuclear* en la configuración política y social de unidades decisorias en el ámbito de lo colectivo.

En segundo lugar, para ser fieles a la teorización del intelectual alemán, la *mejor* comprensión que podemos llevar a cabo de sus categorías *amigo-enemigo* es entenderlas tal como las concibió y formuló su propio autor: respetando el objetivo fundamental para el que fueron concebidas por C. Schmitt. Y esto se traduce en dar relevancia a su condición de categorías «concretas» y «situadas», es decir, como *sustancias* determinantes y nucleares en contextos *particulares* de lo amigo-enemigo, evitando caer en *abstracciones* o *idealizaciones vacías* o *ficciones*; que es precisamente lo que trata de refutar con ellas C. Schmitt. Téngase en cuenta que sería un *sin sentido* que como categorías abstractas pudieran llegar a *sustanciar* lo político (fin para el que fueron elaboradas). No sólo impediría constituir las verdaderamente en un *instrumento* para *impugnar* el formalismo que promueve el liberalismo¹⁹, que es una de las intenciones del jurista alemán sino que *paradójicamente* eso llevaría a generar aún *más* formalismo e incluso a prestarle *sustento*. Lo que sería difícil de casar con uno de los objetivos principales de todo el pensamiento schmittiano: combatir las *ficciones* con las que el *formalismo liberal* vacía de vida *sustancial* los ámbitos de la política y el Estado, e incluso de la propia sociedad civil (alemana). Y en *tercer lugar*, a la luz de lo que manifiesta el propio C. Schmitt y de lo que aquí se ha dicho anteriormente, abordar sus nociones *amigo* y *enemigo* desde el universalismo abstracto induce a error sobre su pensamiento.

Una vez comprendidas las nociones amigo-enemigo como categorías ónticas de lo político y social *situadas* en un orden *concreto*, la cuestión que ahora surge es la siguiente: ¿cuál es, y en qué consiste, el «contexto situado» desde el que fueron elaboradas aquellas nociones? Pregunta a la que trataré de aproximarme a continuación.

¹⁸ SCHMITT, C.: *El concepto de lo político* (1927 y 1932), cit., p. 67.

¹⁹ Véase SCHMITT, C.: *Politische Romantik*, Duncker-Humblot, Múnich/Leipzig, 1919; traducción española: íd., *Romanticismo político* (1919), Prometeo, Universidad Nacional de Quilmes, 2005. Texto en el que se trazan los esquemas de su polémica contra el Estado liberal y la burguesía liberal, y la despolitización que conllevan.

II. EL «CONTEXTO SITUADO» *COLECTIVO* EN LA DISTINCIÓN SCHMITTIANA AMIGO-ENEMIGO: EL NACIONALISMO RADICAL ALEMÁN EN EL AMBIENTE INTELECTUAL DE C. SCHMITT

No nos equivocaremos si estimamos que el contexto situado *más correcto* es «el propio de C. Schmitt». Difícilmente vulneraremos la reflexión schmittiana sobre la distinción amigo-enemigo si *situamos sus* categorías tanto en el *ambiente* intelectual en el que fueron elaboradas como en el *conjunto* de *sus* propias reflexiones individuales e incluso en relación a *sus* propias actitudes vitales. Surge entonces la siguiente cuestión: ¿qué sentido *concreto* invocan las categorías amigo-enemigo schmittianas «situadas» en el contexto colectivo e individual del *propio* C. Schmitt? ¿En qué consiste entonces el «nosotros» amigo y en qué consiste entonces el «ellos» enemigo como categorías situadas en la propia existencia colectiva y personal de C. Schmitt?

Claro está, esto significa que al propio C. Schmitt, como formulador de estas categorías, lo constituimos en el mejor «contexto situado» del que extraer el significado nuclear de lo amigo y lo enemigo. Y desgranar el propio contexto de C. Schmitt como *contexto situado* conlleva necesariamente, por una parte, indagar el plano «colectivo», esto es, el *ambiente* social, político e intelectual en el que el pensador alemán formula estas categorías. Y, por otra parte, advertir asimismo el plano «individual» de ese contexto situado, es decir, considerar el *conjunto del pensamiento* del autor alemán pero también la *actitud intelectual* de su praxis vital: si se encuentra o no impregnada de la filosofía de sus propias categorías amigo-enemigo.

A este respecto, en relación al ambiente intelectual en el que fue elaborada la distinción schmittiana amigo-enemigo, puede afirmarse que el radicalismo etnicista constituía la *normalidad* intelectual y lo *políticamente correcto* en el contexto social y político en el que se generó el pensamiento de Schmitt. Si bien es verdad que dicho contexto social y político en el que se desenvuelve C. Schmitt es proclive –entre otras tendencias– al *nacionalismo radical* de carácter *ultraetnicista*, también es cierto que sus textos se desarrollan en un clima intelectual donde –desgraciadamente– esa clase de mentalidad se asume con naturalidad en la sociedad alemana de su tiempo. Para poner de manifiesto de un modo sintético la evolución que experimentaron las cuestiones sobre la nación, el nacionalismo y la identidad colectiva de los alemanes en el contexto de C. Schmitt del primer tercio del siglo xx, puede ser de utilidad observar la clasificación (y la evolución) sobre las ideas nacionales que a este respecto elaboró H. Heller.

A través de las *tres* clases de ideas nacionales que distinguió el teórico del Estado austroalemán, voy a dar cuenta de forma breve de cuál es el contexto acerca del tema «nacional» en el que se formularon las categorías schmittianas amigo y enemigo:

En primer lugar, el ambiente social e intelectual de C. Schmitt tiene como punto de partida mayoritariamente a una idea nacional «conservadora». El primer *tipo* de idea nacional –afirma H. Heller– que ha surgido es la «idea nacional *idealista*». La idea nacional *idealista*, a la que describe con los calificativos de cosmopolita y apolítica, se habría configurado a su vez de tres formas diferentes: (i) como idea nacional «liberal» (o burguesa), que es cultural, democrática, cosmopolita y apolítica²⁰; (ii) como idea nacional «conservadora» (o feudal), que aprecia *más la unidad que la libertad*, «mezcla de voluntad de afirmación dinástica, tradicionalismo romántico y universalismo cristiano-católico»²¹; y (iii) como idea nacional del «socialismo» (o de los trabajadores), de carácter cultural, democrática e igualitaria, que se traduce en reivindicar la nación *entera*, la cual, como «comunidad nacional de cultura», *no* debe ser *reducida* a las clases privilegiadas (o nación conservadora o burguesa) sino que ha de *extenderse* a *todos* los elementos integrantes de la nación, principalmente a aquéllos sectores que en verdad son los que la sostienen: los trabajadores²². Pues bien, la idea nacional *más popular* en Alemania en el contexto social de C. Schmitt es la idea nacional «conservadora», corriente especulativa a la que pertenecían intelectuales de la talla de G. W. F. Hegel²³ y Friedrich Meinecke²⁴.

En segundo lugar, la idea nacional conservadora adquiere predominantemente una fundamentación «sustancialista» en el ambiente social e intelectual en el que C. Schmitt elabora las categorías amigo y enemigo a través de la positivación-estatalista «hegeliana» y «meineckiana» («doctrina *Kulturnation*»). Dice H. Heller que la idea nacional *idealista* evolucionó hacia la «idea nacional *positivista*» –que es el segundo

²⁰ HELLER, H.: «Las ideas nacionales», en *íd.*, *Las ideas políticas contemporáneas* (1926), Comares, Granada, 2004, pp. 92-94, según el cual este modo liberal vive en la obra de Wilhelm HUMBOLDT (1798) sobre los límites de la actividad del Estado; o en el romanticismo primitivo y la concepción romántica del *espíritu del pueblo*, como en NOVALIS; o en la «nación humana» de SCHILLER (1801); o en la idea de que «el pueblo alemán puede ser la nación espiritual más universal» de SCHLEGEL; o en J. G. FICHTE; o en F. MEINECKE.

²¹ HELLER, H.: «Las ideas nacionales» (1926), *cit.*, pp. 96-98.

²² HELLER, H.: *Staatslehre*, Sijthoff, Leiden, 1934; traducción española: *Teoría del Estado*, edición y prólogo de G. Niemeyer, traducción de L. Tobío, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1992, p. 175. Asimismo, véase BAUER, Otto: *Die nationalitätenfrage und die socialdemokratie*, 2.ª edición de 1924, Volksbuchhandlung, Viena, 1907; traducción española: *íd.*, *La cuestión de las nacionalidades y la socialdemocracia* (1907) edición a cargo de José Arico, traducción de C. Cereti, R. Burkart e I. del Carril, Siglo XXI Editores, México D. F., 1979, p. 118. Esta obra constituyó su tesis doctoral que presentó en la Universidad de Viena en 1906.

²³ HEGEL, G. W. F.: *La Constitución de Alemania* (1802-editada en 1893), introducción, traducción y notas de Dalmacio Negro Pavón, Aguilar, Madrid, 1972, pp. 152 y ss.

²⁴ MEINECKE, F.: *Weltbürgertum und Nationalstaat* (1907), Oldenbourg Verlag, München, 6.ª edición, 1922; traducción inglesa: *íd.*, *Cosmopolitanism and the National State*, Princeton, Princeton University Press, 1970; traducción italiana, por la que se cita: *íd.*, *Cosmopolitismo e Stato nazionale*, traducción de A. Oberdorfer de la 6.ª edición alemana de 1922, La Nuova Italia Editrice, Firenze, 1975, p. 20 (v. I).

tipo de idea nacional que aparece-, y esto se debe a que el proceso de *positivación* estatal de las ideas nacionales idealistas se traduce en que éstas pierden dicho carácter idealista-cosmopolita cuando se *particularizan* en cada Estado y constituyen, por ello, un *Nationalstaat*. Precisamente, el hecho de que se encarnen en el Estado posibilita ahora poder distinguir *dos* formas de fundamentar las ideas nacionales: (i) desde la fundamentación «iusnaturalista» (idea nacional *iusnaturalista*), que – frente a la concepción *positivista* de la misma– es *abstracta* y acentúa por eso el *individualismo*, es apolítica y cosmopolita, aunque en definitiva se encuentra reducida al plano de los principios *morales*; y (ii) desde la fundamentación «positivista-historicista» (idea nacional *positivista*), que proporciona la *Escuela Histórica del Derecho*²⁵, en la que el Estado se entiende como un *ser histórico*, siendo concebida como una idea nacional de carácter *colectivista, holista* y singularizadora de lo identitario colectivo. Detrás de ella se encuentra la potentísima «teoría del *Volksgeist*» hegeliana²⁶, tan aceptada entre los intelectuales germánicos de la primera mitad del siglo xx²⁷.

Pues bien, resulta que el ambiente social y especulativo en el que se desenvuelve la teorización de C. Schmitt acerca de lo amigo y enemigo se caracteriza por asumir una determinada fundamentación *positivista-historicista* de la idea nacional conservadora como *Nationalstaat*²⁸, concretamente la positivación *historicista* «hegeliana»²⁹; y asimismo la vía «sustancialista» (que es concreción de la anterior) que representa la positivación *historicista* del *Nationalstaat*³⁰

²⁵ Sobre el historicismo jurídico, cfr. PÉREZ LUÑO, A. E.: «El legado doctrinal de la Escuela histórica del Derecho», en *Annaeus, Anales de la Tradición Romanística*, vol. 1, Tébar, Sevilla, 2004, pp. 239-259.

²⁶ HEGEL, G. W. F.: *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal* (1830), prólogo de José Ortega y Gasset, advertencia de José Gaos, versión española de José Gaos, Alianza Editorial, Madrid, 2004, pp. 160-162.

²⁷ DEL REAL ALCALÁ, J. A.: *Nacionalismo e Identidades colectivas: la disputa de los intelectuales (1762-1936)*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 382-391, sobre la «teoría del *Volksgeist*» en el nacionalismo doctrinal alemán.

²⁸ DEL REAL ALCALÁ, J. A.: *Nacionalismo e Identidades colectivas: la disputa de los intelectuales (1762-1936)*, cit., pp. 393-396, acerca de la posición *hegeliana* del Estado nacional como un producto (de conformación *cultural-sustancial*) del *Volksgeist*.

²⁹ HEGEL, G. W. F.: *Fundamentos de la Filosofía del Derecho* (1820), edición K. H. Ilting, traducción de Carlos Díaz, Libertarias-Prodhufl, Madrid, 1993, parágrafo 270, p. 695.

³⁰ DEL REAL ALCALÁ, J. A.: «Estado cosmopolita y Estado nacional. Kant vs. Meinecke», en Castro A.; Contreras, F. J.; Llano, F. H. y Panea, J. M. (eds): *A propósito de Kant. Estudios conmemorativos en el bicentenario de su muerte*, 2.ª edición revisada y ampliada, prólogo de Antonio Enrique Pérez Luño, epílogo de Pablo Badillo O'Farrell, Editorial Grupo Nacional de Editores, Sevilla, 2004, pp. 307-340. Reeditado como: DEL REAL ALCALÁ, J. A.: «Estado cosmopolita y Estado nacional. Kant vs. Meinecke», en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Universidad Nacional Autónoma de México, tomo LVII, n.º 247, enero-junio, México D. F., 2007, pp. 165-203.

«meineckiano»³¹ a través de la «doctrina *Kulturnation*»³², de la que resulta (en oposición al Estado liberal *formal* y a la «doctrina *Staatsnation*»³³) la constitución de un «Estado nacional de impronta (o sustancia) cultural»³⁴.

En tercer lugar, el ambiente social e intelectual que se corresponde con la construcción de las categorías schmittianas amigo y enemigo viene también caracterizado por el hecho de que la idea nacional conservadora de raíz historicista-hegeliana, cuya expresión más relevante consistía en la doctrina *Kulturnation* meineckiana, generadora de un Estado nacional de «impronta (o sustancia) cultural», se va a radicalizar intensamente hasta el extremo de traducirse en una «idea nacional *naturalista*» de contenido étnico/racial-nacional que proclama la superioridad de la raza-nación alemana.

Aquí sucedió que la idea nacional *positivista*-estatalista evolucionó en ciertos contextos (como el germánico) hacia la «idea nacional *naturalista*», alumbrando el surgimiento de un tercer *tipo* de idea nacional. Verdaderamente, la fundamentación «historicista-hegeliana»³⁵ había sustituido en 1813, y en el contexto alemán, la idea nacional *liberal* por la *conservadora*, apoyando a esta última en la *razón de Estado* e incluso en la *fuerza*.³⁶ Desde estas premisas, G. W. F. Hegel conformaría las bases intelectuales «de la super-estructura sistemática y metafísica de la idea nacional del Estado de fuerza de Bismarck», que –no olvidemos– es el modelo de nación con el que se lleva a cabo la primera unificación alemana. Modelo, cuyo fin es la *unidad* de Alemania *a toda costa*; para lo cual el afamado y respetado filósofo alemán Hegel no escatimó en propugnar intelectualmente, y de un modo expreso, incluso el uso de la *violencia*. Propuesta del uso de la fuerza para la realización del «principio de unidad nacional» que será respaldada no sólo por la *reflexión* del G. W. F. Hegel³⁷ sino también por la *acción* de Otto von Bismarck. Se trata de una concepción de la nación que confunde deliberadamente «comunidad de fuerza»

³¹ MEINECKE, F.: *Cosmopolitismo e Stato nazionale* (1907), v. I, cit., pp. 3 y ss.

³² Cfr. DEL REAL ALCALÁ, J. A.: *Nacionalismo e Identidades colectivas: la disputa de los intelectuales (1762-1936)*, cit., pp. 373 y ss. en relación al contenido concreto que representa la «doctrina *Kulturnation*» *meineckiana*.

³³ DEL REAL ALCALÁ, J. A.: *Nacionalismo e Identidades colectivas: la disputa de los intelectuales (1762-1936)*, cit., pp. 392-401 sobre la distinción entre el Estado nacional de «impronta *cultural*» (doctrina *Kulturnation*) y el Estado nacional en «sentido político» (doctrina *Staatsnation*).

³⁴ MEINECKE, F.: *Cosmopolitismo e Stato nazionale* (1907), v. I, cit., pp. 8-10.

³⁵ Precisamente la tesis doctoral de habilitación de H. HELLER fue «Hegel y la idea del Estado-Potencia nacional en Alemania», 1921.

³⁶ La preeminencia de la idea nacional conservadora apoyada en la fuerza puede apreciarse en el argumento de la «razón de Estado» dado por HEGEL, G. W. F.: *La Constitución de Alemania* (1802-editada en 1893), cit., pp. 152-153.

³⁷ HELLER, H.: «Las ideas nacionales» (1926), cit., p. 110.

con «comunidad de cultura» que es como Heller definió a la nación³⁸. Y que, en última instancia, no es sino un modelo de nación *obligatoria*³⁹ tanto desde el punto de vista de la *Kultur* como de la *Staatsnation*⁴⁰.

Pues bien, precisamente el contexto situado en el que C. Schmitt formula las categorías amigo y enemigo va a venir definido por la *radicalización* de la mencionada idea nacional *conservadora* de fundamentación historicista-hegeliana. Pero hasta ahí no se distinguiría excesivamente del modelo conservador de *sociedad nacional* que profesa F. Meinecke. La diferencia entre uno y otro estriba en que mientras F. Meinecke logra mantenerse en el marco del conservadurismo «nacional» aproximadamente moderado, en el contexto situado de C. Schmitt la idea nacional conservadora de raíz historicista-hegeliana se va a *radicalizar* hasta el extremo de traducirse en una «idea nacional manifiestamente *naturalista*» y definitivamente *excluyente*, generadora de la «teoría de las razas», cuyas mimbres en Alemania son la base desde la que se construye la «teoría nacional-étnica» que proclama la superioridad de la raza de sangre germana⁴¹. Por lo que este contexto situado transita desde la *conservadora* «doctrina *Kultur*» *meineckiana* de base hegeliana hasta una expresa teoría de la

³⁸ HELLER, H.: «Las ideas nacionales» (1926), cit., pp. 102 y 111, hecho que –en su opinión– supuso la renuncia (y el sacrificio) a una unidad *liberal* de Alemania, que se substituyó por una Alemania menor pero monárquica, y asimismo del «principio político de las nacionalidades» que formulara posteriormente Pasquale Stanislao MANCINI (un pueblo, un Estado). Véase MANCINI, P. S.: «De la nacionalidad como fundamento del Derecho de gentes», Lección de apertura del Curso de Derecho Internacional y Marítimo, pronunciada en la R. Universidad de Turín el 22 de enero de 1851, en *id.*, *Sobre la nacionalidad*, edición y presentación de Antonio Enrique Pérez Luño, traducción de Manuel Carrera Díaz, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 36 y ss.

³⁹ DEL REAL ALCALÁ, J. A.: *Nacionalismo e Identidades colectivas: la disputa de los intelectuales (1762-1936)*, cit., pp. 255-268 sobre las características que presenta el «tipo de nación obligatoria» vs. el «modelo de nación voluntaria». Una crítica acertada a este modelo de nación *obligatoria* o *forzosa* puede verse en RENAN, E.: «¿Qué es una nación?» (1882), en *id.*, *¿Qué es una nación? Cartas a Strauss*, traducción española, estudio preliminar y notas de A. de Blas Guerrero, Alianza Editorial, Madrid, 1987, pp. 68 y ss.

⁴⁰ DEL REAL ALCALÁ, J. A.: *Nacionalismo e Identidades colectivas: la disputa de los intelectuales (1762-1936)*, cit., pp. 276-293 sobre esta clase de crítica. Puede considerarse que es Ferdinand Tönnies uno de los que elabora de forma más sofisticada un tipo determinado de nación obligatoria: la «nación organicista de Derecho Natural»; véase TÖNNIES, F.: *Gemeinschaft und Gesellschaft* (1887), 8.ª edición alemana de 1935, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1972; traducción española: *id.*, *Comunidad y asociación*, traducción de J. F. Ivars, con la colaboración técnica de S. Giner, prólogo de L. Flaquer y S. Giner, Ediciones Península, Barcelona, 1979, pp. 35-40 y 250 y ss.

⁴¹ HELLER, H.: «Las ideas nacionales» (1926), cit., pp. 112-114, idea desarrollada por el conde de GOBINEAU (*Ensayo sobre la desigualdad de las razas humanas*, 1853-1855), para quien la fuerza universal de la historia es la *raza* y únicamente la raza blanca en su rama aria y familia germana posee fuerza cultural, y populariza H. St. CHAMBERLAIN (*Fundamentos del siglo XIX*, 1899), con la ayuda de Ricardo WAGNER y LANGBEHN.

nación-raza germana propugnada por el *nacionalismo* alemán de extrema derecha encarnado en la doctrina nacionalsocialista.

Ahora bien, como ha recalcado en nuestro tiempo el Profesor de Harvard Daniel Jonah Goldhagen, no conviene olvidar que a ese tránsito, a esa cultura política alemana *escorada* definitivamente hacia el *ultraetnicismo nacionalista* en la época de la República de Weimar, también se adhirieron libremente, y desde el punto de vista moral, político y electoral, una amplia mayoría de ciudadanos alemanes⁴².

En este tránsito, el conservadurismo nacional que primaba en el contexto situado de C. Schmitt se desliza *definitivamente* hacia el nacionalismo radical alemán al cual se adscribió personal e intelectualmente el jurista alemán. Y, de hecho, así era percibido por coetáneos de la época. H. Heller vió en C. Schmitt a un *nacionalista* (radical alemán) y a un *sorelista* «que ataca en brillantes escritos a la democracia liberal, declara muerto espiritual e históricamente al parlamentarismo y proclama como democracia la dictadura fascista»⁴³. Según lo antepuesto, parece haber razones para empezar a afirmar que las categorías amigo-enemigo fueron elaboradas por C. Schmitt, implícita o explícitamente, teniendo en cuenta el criterio étnico (racial) que dominaba el ambiente intelectual (situado) que fue propio de su tiempo y lugar.

III. EL «CONTEXTO SITUADO» *INDIVIDUAL* EN LA DISTINCIÓN SCHMITTIANA AMIGO-ENEMIGO: EL PENSAMIENTO SCHMITTIANO Y SU PRAXIS INTELLECTUAL (DECISIONISMO, DICTADURA Y XENOFOBIA)

Me propongo ahora aproximarme al «contexto situado» de carácter «individual» en el que fueron elaboradas las categorías schmittianas amigo y enemigo. Esto comprende *delimitar, situar*, dichas categorías en la esfera del «conjunto» del propio pensamiento de C. Schmitt, pero también en el ámbito de la «praxis vital intelectual» que adoptó el jurista alemán. El fin que persigo es abordar, por una parte, la «vinculación» que pueda existir entre aquellas *categorías* y el resto de su *obra* y, por otra parte, si las categorías amigo y enemigo –y lo que ellas impliquen– *contaminaron* la actitud intelectual vital que ejerció este autor y cuya *tendencia* a la asociación de lo amigo y de lo

⁴² Cfr. GOLDHAGEN, D. J.: *Hitler's Willing Executioners: Ordinary Germans and the Holocaust*, Alfred A. Knopf, Inc., 1997; traducción española: *íd.*, *Los verdugos voluntarios de Hitler. Los alemanes corrientes y el holocausto*, traducción de Jordi Fibla, Taurus, Madrid, 4.ª ed., 2003, pp. 559-560.

⁴³ HELLER, H.: «Europa y el fascismo» (1929), traducción de Francisco Javier Conde de 1931, en HELLER, H.: *Escritos políticos*, cit., p. 41.

enemigo se demarcó en su tiempo y lugar hacia el etnicismo político y social radical.

De establecerse que existió una y otra *correspondencia*, entonces, vistos además los antecedentes del contexto colectivo situado en el que fueron elaborados los conceptos amigo y enemigo (y que es proclive al etnicismo radical), habría razones para afirmar que el *eticismo* forma parte, sea implícita o explícita, de las raíces doctrinarias del pensamiento de Schmitt. No se trataría, pues, de algo ajeno a su obra sino que sus textos rezumarían etnicismo doctrinario. Cuya base *filosófica* encontraría suficiente sustento ontológico en el par conceptual *amigo y enemigo* como categoría situada. Por el contrario, de *no* existir aquel *lazo*, su pensamiento *no* se habría *contaminado* del etnicismo radicalizado de la época y puede perfectamente ser aprovechado contemporáneamente (dada la excelencia de su argumentación) para la crítica al Estado de Derecho y a la Democracia Constitucional. Veámoslo.

Según lo anterior, las categorías amigo y enemigo como esencia de lo político «situadas» en el contexto individual de C. Schmitt se traducen en analizar sintéticamente:

a) Las categorías amigo y enemigo situadas en el marco del pensamiento de C. Schmitt.

C. Schmitt elaboró y propugnó una determinada «teoría del Estado», en la que abogaba por el *Estado como totalidad* y la «dictadura política» como sistema de gobierno «moderno» con el que sustituir a la Democracia parlamentaria. Y defendió asimismo una particular «teoría del Derecho», en la que propugnaba el *decisionismo sin normas* o absoluto frente al Estado de Derecho y el imperio de la ley. Él reivindicó la transformación del Estado de Derecho de Weimar en un «Estado total», tal como luego se correspondió con la estructura construida por el Estado nazi (*Staat, Bewegung, Volk*)⁴⁴, del que el jurista alemán fue uno de los intelectuales inspiradores y guías políticos notables (1933-1936). En buena medida, su teoría del Estado fue el paradigma realizado por el nacionalsocialismo.

Pues bien, cuando C. Schmitt escribió *El concepto de lo político* en el que formula las nociones de amigo-enemigo, año de 1927 y segunda edición de 1932, ya había elaborado las grandes líneas maestras de su pensamiento, por lo que es posible calibrar a qué parámetros u orientación responden esas categorías situándolas en el marco de sus propias ideas expresadas hasta aquella fecha de 1927 o las llevamos incluso hasta 1932. La distinción schmittiana amigo/enemigo va a recoger *cómo* se ha ido configurando y madurando el pensamiento de este autor hasta ese momento. Razón por la cual, en las nociones de amigo-enemigo se aglomerarán necesariamente las concepciones que

⁴⁴ SCHMITT, C.: *Staat, Bewegung, Volk. Die dreigliederung der politischen Einheit*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburgo, 1933, pp. 34 y 49 y ss.

Schmitt expresa, por ejemplo, y entre otros escritos, en *Politische Romantik* en 1919; en *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* en 1922; en *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* en 1923; en *Der Hüter der Verfassung* en 1931; o *Legalität und Legitimität* en 1932. Al mismo tiempo, la diferenciación amigo-enemigo va a revertir a textos del autor que son posteriores a 1927 y 1932, tales como *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit* en 1933; en *Der Führer schützt das Recht* en 1934; o en «Sobre la relación entre los conceptos de guerra y enemigo» en 1938.

Sobre esto habría que decir, en *primer lugar* y en relación a su *teoría del Estado*, que el autor alemán la construye desde una filosofía anti-liberaldemocrática y ultraconservadora. El Estado como totalidad que él propugna no es sino la consecuencia de aglutinar políticamente el ámbito de lo amigo y hacerlo *frente* al enemigo. Para desarrollar esta línea intelectual Schmitt se apoyó en la *konservative Revolution* de raíces románticas o *contra-revolución* en Weimar⁴⁵, al objeto de plantear a partir de ahí una determinada opción (en oposición al liberalismo democrático y al marxismo), y que fue la vía que se configuraría en Alemania como nacionalsocialismo, caracterizada por el odio racial hacia los judíos y un etnicismo radical pro-germánico. Tal como afirmó H. Heller –y ya mencioné–, en el *nosotros schmittiano* (frente al *ellos*) que está implícito en la categoría *amigo* (frente al *enemigo*) parece instituirse una especie de «esencia vital-original»⁴⁶ que fácilmente puede identificarse con la esencia étnica y racial del pueblo alemán. Como hemos mencionado también en el epígrafe II, las categorías schmittianas amigo y enemigo vienen a constituir la sustancia originario-vital que configura en un sentido político y ontológico el «nosotros» *amigo* en oposición al «ellos» *enemigo*. Pues bien, aplicadas estas categorías a la población del Estado lo que generan es una «estructura bivalente» de la sociedad civil, que fuerza a los ciudadanos a una «dualidad cerrada» de opciones (agrupamientos políticos y ontológicos de *amigos* y *enemigos*) en base a un particular criterio identificador (o identitario), en contraste con la libre *pluralidad* variada de opciones que resultan desde posiciones liberaldemocráticas⁴⁷.

⁴⁵ Cfr. MOLER, A.: *Die konservative Revolution in Deutschland 1918-1932*, Ein Handbuch, 2.ª ed., Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1972, pp. 8 y 19: la revolución conservadora es el «movimiento espiritual de regeneración que trataba de desvanecer las ruinas del siglo XIX y crear un nuevo orden de vida».

⁴⁶ HELLER, H.: «Democracia política y homogeneidad social» (1928), cit., p. 260.

⁴⁷ Para hacer posible el *pluralismo* de identidades colectivas que caracteriza a nuestras sociedades actuales, he propuesto un Estado «laico» (*laicismo identitario*) en el sentido de evitar acoger por el Estado y el Derecho a una determinada identidad *sustancial* y no a otras –con la consiguiente exclusión y tensión que eso supone–, en DEL REAL ALCALÁ, J. A.: «Teoría jurídica y tesis desregulativas contemporáneas. El caso de la identidad colectiva», cit.; y asimismo, en DEL REAL ALCALÁ, J. A.: «Lai-cismo “identitario” para el Estado de Derecho: ¿una opción contra-corriente?», cit.

H. Heller intuyó que esa estructura bivalente y antagónica derivada de las categorías amigo y enemigo juega en contra de la integración colectiva de la población del Estado y a favor de la tensión y el conflicto social, pues no hace sino dividir a la sociedad entre quienes poseen una esencia vital-original (amigos) y quienes no la poseen (enemigos). Hecho divisorio que en el contexto colectivo e individual «situado» de Schmitt se tradujo en un intenso etnicismo pro-germánico (amigo) y anti-judío (enemigo). Por eso, en su opinión, «el contraste de amigo-enemigo de Carl Schmitt es incapaz de darnos el sentido del Estado, porque desde el principio, en el espíritu del autor, se ha de considerar como extraño a la realidad de índole diversa, poseedor de una esencia vital-original y negador de otra»⁴⁸.

Esta sustancia etnicista de lo amigo y lo ancla en cierto modo sus raíces en la *konservative Revolution* de tintes románticos o *contra-revolución* en Weimar. Aquí, el pensamiento tradicionalista de J. de Maistre⁴⁹, L. de Bonald⁵⁰ y J. Donoso Cortés⁵¹ tiene gran influencia en Schmitt, tal como él mismo reconoce⁵². Y, en relación a su modelo de Estado como *totalidad* conformado a modo de una *dictadura* es de especial referencia para el alemán la especulación del marqués de Valdegamas, discípulo de De Bonald, en quién advirtió la primera teorización que deduce la consecuencia última del decisionismo, consistente en la reclamación de la «dictadura política»⁵³ en el momento en

⁴⁸ HELLER, H.: «Democracia política y homogeneidad social» (1928), cit., pp. 260 y ss.

⁴⁹ DE MAISTRE, J.: *Consideraciones sobre Francia* (1796), presentación de Antonio Truyol Serra, traducción y notas de Joaquín Poch Elío, Tecnos, Madrid, 1990.

⁵⁰ DE BONALD, L. A.: *Teoría del poder político y religioso* (1796), estudio preliminar y selección de Colette Capitan, presentación y traducción de Julián Morales, Tecnos, Madrid, 1988.

⁵¹ DONOSO CORTÉS, J.: *Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo* (1851), edición de José Vila Selma, Editora Nacional, Madrid, 1978; cfr. íd., *Obras completas*, 2 vol., Edica, Madrid, 1946.

⁵² SCHMITT, C.: *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Duncker München/Leipzig, 1922; traducción española, por la que cito, íd., «Teología Política» (1922 y 1934), en íd., *Estudios Políticos*, versión española de F. J. Conde, Cultura Española, Madrid, 1941, pp. 92-108 dedica un epígrafe a la «Contribución a la filosofía política de la contrarrevolución (De Maistre, Bonald, Donoso Cortés)», tres representantes del pensamiento tradicionalista.

⁵³ Cfr. DONOSO CORTÉS, J.: *Discursos políticos*, Tecnos, Madrid, 2002, especialmente el Discurso parlamentario sobre la Dictadura en el Capítulo II. Véase asimismo en DONOSO CORTÉS, J.: *Elogio de la dictadura* (1849), en íd., *Obras completas*, cit., 1854-1855; el extremeño defiende la dictadura como necesidad provisional para mantener el orden social ante la amenaza que supone la revolución. Este intelectual español ha sido considerado por C. Schmitt el primer precursor moderno de la dictadura, cuyo decisionismo político además es el precedente del decisionismo schmittiano. Cfr. SCHMITT, C.: *Donoso Cortes in gesamteuropäischer Interpretation*, Greven Verlag, Köln, 1950; traducción española: íd., *Interpretación europea de Donoso Cortés* (1950), prólogo de Ángel López-Amo, Rialp, Madrid, 1952. Cfr. asimismo, GONZÁLEZ CUEVAS, P. C.: *La tradición bloqueada. Tres ideas políticas en España: el primer Ramiro de Maeztu, Charles Maurras y Carl Schmitt*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2002;

el que cualquier idea de legitimidad ha sido aniquilada⁵⁴. También su reflexión enlazaría con la tradición hegeliana-conservadora del pensamiento alemán⁵⁵. Es, por tanto, en el tradicionalismo y en el conservadurismo radical en donde C. Schmitt encuentra mayormente el trasfondo filosófico a partir del cual construir su crítica al Estado liberal de Derecho⁵⁶ y a la Democracia parlamentaria⁵⁷. Ofreciendo la alternativa de un Estado *sustancial*, conformado a raíz de la sustancialización étnica (el criterio *amigo*), y gobernado por la decisión absoluta del soberano. Desde esta clase de Estado y desde su «teoría del decisionismo» de carácter «absoluto» que –coherentemente– acompaña a la anterior, conformadas ambas con categorías *modernas*, tiene la pretensión de anular al Estado liberal de Derecho y enunciar la dictadura de facto en las situaciones excepcionales, a partir de la idea de que el poder *real*, o sea, *soberano*, es la capacidad de decisión en las situaciones *excepcionales*, independientemente de la atribución jurídico-constitucional de los poderes.

En segundo lugar, respecto a su *teoría del Derecho*, como adelantamos al inicio de estas páginas, la propuesta del decisionismo schmittiano viene a constituir una alternativa intelectual a las teorías jurídicas que propugnan la idea-base de reducir el Estado a un «sistema de

y BENEYTO, J. M.: *Apocalipsis de la modernidad. El decisionismo político de Donoso Cortés*, Gedisa, Barcelona, 1993.

⁵⁴ SCHMITT, C.: «Teología Política» (1922 y 1934), cit., p. 107.

⁵⁵ Con todas sus reservas, la concepción schmittiana puede ubicarse en el «hegelianismo de derechas», frente al «hegelianismo de izquierdas» representado por la dictadura del proletariado. Téngase en cuenta que esta confluencia entre la filosofía particularista schmittiana y la filosofía universalista hegeliana sobre el Estado tiene lugar porque la filosofía sistemática de G. W. F. Hegel también es una filosofía de lo concreto en la que la idea central del espíritu se despliega, y solo puede ser aprehendida, en el tiempo concreto de la historia. *Vid.*, en este sentido, HEGEL, G. W. F.: *Fundamentos de la Filosofía del Derecho* (1820), cit., parágrafo 343, además, para él Alemania se presentó en cierto modo como el centro de la historia universal; y HEGEL, G. W. F.: *Fundamentos de la Filosofía del Derecho* (1820), cit., parágrafo 257: «el Estado consiste en la actualidad de la idea ética, del espíritu ético como la voluntad manifiesta ante sí misma, de manera clara y sustancial, que se piensa y que se sabe, y que lo que sabe lo lleva a cabo en la medida en que lo sabe». Se trata de un acto de realización de manera concreta del espíritu, a modo de la tensión entre dos pasos sucesivos. Recordemos que para el filósofo alemán, la familia acaba disolviéndose por la acción de la sociedad civil estructurada en clases sociales y corporaciones (parágrafos 158, 160, 162 y 181), en las que el individuo encuentra su segunda familia ante el antagonismo que se encuentra en la sociedad civil (parágrafos 253 y 258), pero el desbarajuste que produce la sociedad civil encuentra la reconciliación universal en el Estado (parágrafos 255 y 256).

⁵⁶ En el texto de SCHMITT, C.: *Politische Romantik*, cit., tiene esta crítica su punto de partida.

⁵⁷ SCHMITT, C.: *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, Erstaufgabe, Aufl. München, 1923; traducción española: *id.*, SCHMITT, C.: *Sobre el parlamentarismo* (1923), Tecnos, 2.ª edición, Madrid, 2002, acerca de la falta de correspondencia que constata el jurista alemán entre la teoría política del Estado de Derecho *liberal* y la realidad política que derribó en su opinión la República de Weimar.

normas jurídicas» según la perspectiva *formal* del Estado de Derecho que preconiza destacadamente el iuspositivismo *liberal* de H. Kelsen⁵⁸. Y aquí posiblemente Schmitt aporta, en comparación a las opciones planteadas desde otras latitudes ideológicas⁵⁹, el intento más sofisticado e incisivo de *deslegitimación* del imperio de la ley, del Estado de Derecho y de la Democracia parlamentaria. Crítica anti-liberaldemocrática en la que se ha reconocido gran parte de su *vis atractiva*. Lo relevante de esta propuesta es su *correspondencia y coherencia* con la teoría del Estado como totalidad, que es un modelo de Estado (conformado a partir de un fortísimo componente *eticista* como sustancia nuclear de *lo político*) que resulta necesariamente de la agrupación schmittiana de las personas que se incluyen *ontológicamente* en el ámbito de lo *amigo*; pero que también responde a la exclusión de las *delimitadas* como *enemigos*.

Por supuesto, desde la óptica de Schmitt, el Estado no puede reducirse –tal como es en la visión de Kelsen y los liberales formalistas– a un fenómeno productor de normas *objetivas*⁶⁰ y a un «centro de imputación normativa»⁶¹, carentes de identidad sustancial alguna en contraste con la *sustanciación* (sea étnica) que suministran las nociones amigo-enemigo y, por consiguiente, a una trama de «relaciones vacuas». Ni tampoco el fundamento último del orden jurídico puede consistir en una *norma* fundante *abstracta* (*Grundnorm*)⁶² sino que, por el contrario, es una *decisión* fundante «concreta» de un orden además «situado»⁶³. En este sentido, Schmitt aboga por un Estado que descansa en la decisión «política» *subjetiva* del soberano (poder del *soberano* frente al poder del *Derecho*), entendido como aquél «que decide sobre el estado de excepción [*Ernstfallen*]», es decir, en aquellas situaciones de conflicto que son tan intensas que irrumpen a pesar

⁵⁸ KELSEN, H.: *Teoría General del Estado* (1925), cit., p. 19: «El Estado, considerado como autoridad dotada de fuerza de obligar –y no es posible expresar de otro modo su esencia– es, pues, un valor o –si se prefiere la versión normativa del valor– una norma o sistema de normas; y, en cuanto tal, esencialmente diverso del hecho real específico, indiferente al valor, de la representación o volición de una norma»; y p. 59: «Si el Estado es un orden jurídico, la Teoría del Estado tiene que coincidir con la Teoría del Derecho».

⁵⁹ Téngase en cuenta que el «principio de legalidad» también fue combatido por el marxismo, pero ni K. Marx ni con posterioridad los intelectuales marxistas legaron, sin embargo, una teoría jurídica alternativa a pesar de intentos de juristas como E. PASUNAKIS de crear una teoría marxista del Derecho –cuya influencia hasta la década de los cuarenta quedó reducida más bien a su ámbito ideológico–. Vid. PASUKANIS, E.: *Teoría General del Derecho y marxismo*, Editorial Labor, Barcelona, 1976.

⁶⁰ KELSEN, H.: *Teoría General del Estado* (1925), cit., pp. 61 y ss.

⁶¹ KELSEN, H.: *Teoría General del Estado* (1925), cit., pp. 63-66, 85-86 y 95-96.

⁶² KELSEN, H.: *Teoría General del Estado* (1925), cit., pp. 327-329.

⁶³ Vid. SCHMITT, C.: *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Duncker & Humblot, Berlín, 1934; traducción española: *íd.*, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica* (1934), traducción de Monserrat Herrero López, Tecnos, Madrid, 1996.

de la legalidad objetiva⁶⁴. Desbordando claramente la decisión del soberano el *rule of law*⁶⁵.

La propuesta jurídica y política schmittiana será combatida por H. Heller desde el «decisionismo de izquierdas»⁶⁶, que sí juega *dentro* del imperio de la ley y de la Democracia parlamentaria, y también por H. Kelsen desde la teoría (liberal) pura del Estado y del Derecho del que resulta el liberalismo formalista⁶⁷. Aunque por distintas vías, formalismo liberal y decisionismo de izquierdas coincidirán en la defensa del *Estado de Derecho* y de la Democracia parlamentaria, *frente* a la sustancia ultraconservadora schmittiana encaminada hacia la dictadura política gobernada por la decisión absoluta del soberano (que no es otro que el *Führer*).

Por eso, C. Schmitt legitimará la decisión efectiva del Presidente del Reich por encima del propio Derecho, paradójicamente a fin de salvaguardar y proteger la Constitución⁶⁸, para abogar claramente por un régimen sustentado en la posición *plebiscitaria* del Presidente del

⁶⁴ SCHMITT, C.: «Teología Política» (1922 y 1934), cit., p. 35, para quien *soberano* es aquél que decide en la situación de excepción, es decir, en aquellas situaciones de conflicto tan intensas que ya no pueden ser enmascaradas por la legalidad objetiva.

⁶⁵ SCHMITT, C.: *Interpretación europea de Donoso Cortés* (1950), cit., pp. 88-89, en el que el pronunciamiento a favor del decisionismo donosiano es opuesto a la perspectiva liberaldemocrática de KELSEN, H.: *Esencia y valor de la Democracia* (1920 y 1929), prólogo de I. de Otto, anexo de Peter Römer: «La teoría pura del derecho de Han Kelsen», Editorial Labor, Barcelona, 1977, pp. 156-157.

⁶⁶ HELLER, H.: «¿Estado de Derecho o Dictadura» (1929), en *íd.*, *Escritos políticos*, Alianza Editorial, Madrid, 1985, pp. 283-285 y 289-290. A diferencia de C. SCHMITT, el «decisionismo helleriano» (o *decisionismo de izquierdas*) persigue el tránsito del Estado *liberal* de Derecho hacia el Estado *social* de Derecho; pero, en ningún caso a la dictadura.

⁶⁷ H. Kelsen reconoce que la dictadura era un valor en alza en su contexto histórico. *Vid.* KELSEN, H.: *Esencia y valor de la Democracia* (1920 y 1929), cit., p. 49: «los historiadores contemporáneos y la ideología política de hoy dictan un fallo desfavorable para el parlamentarismo. Los partidos extremistas, tanto de la derecha como de la izquierda, lo rechazan cada vez más decididamente, pidiendo con fervor la dictadura».

⁶⁸ SCHMITT, C.: *Der Hüter der Verfassung*, Duncker Humblot, Berlin-München, 1931; traducción española, por la que cito: *íd.*, *La defensa de la Constitución* (1931), traducción de Manuel Sánchez Sarto, prólogo de Pedro de Vega, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 235-236, y p. 249, en la que afirma: «la posición característica del Presidente del Reich según la Constitución de Weimar [...] [consiste en que] El Presidente del Reich se halla en el centro de todo un sistema –construido sobre fundamentos plebiscitarios– de neutralidad e independencia respecto de los partidos políticos. A él está condicionada la ordenación política del actual Reich alemán, en la misma medida en que las tendencias del sistema pluralista dificultan y aun llegan a hacer imposible un normal funcionamiento del Estado legislativo. Antes de instituir un Tribunal para cuestiones y conflictos de alta política, como protector de la Constitución, antes de gravar y poner en peligro la justicia, con estas contaminaciones políticas, mejor sería recordar, en primer término, el contenido positivo de la Constitución de Weimar y de su sistema de preceptos. Según el contenido efectivo de la Constitución de Weimar existe ya un protector de la Constitución, a saber: el Presidente del Reich.»

Reich⁶⁹, cuya decisión es lo que soberanamente prevalece, en oposición al imperio de la ley y a la Democracia *parlamentaria*. Con estas premisas, el intelectual alemán tratará de legitimar al *Führer* como «fuente del Derecho *última*» por encima del propio Derecho y como *guardián* y protector del régimen nacionalsocialista y, por tal, su juez supremo último decisor y, en consecuencia, el verdadero soberano⁷⁰.

En definitiva, amigo y enemigo situadas en el contexto individual que supone el conjunto del pensamiento del propio C. Schmitt, en tanto que definen la propia esencia de lo político, suministran toda la coherencia y el sentido tanto a su *teoría del Estado* (el Estado como *totalidad*) como a su *teoría del Derecho* (decisionista) que congruentemente complementa a la anterior.

b) Las categorías amigo y enemigo en la actitud intelectual y en la praxis vital del jurista alemán: *xenofobia* en C. Schmitt.

Como hemos podido observar, las categorías schmittianas amigo y enemigo vienen a constituir la sustancia originario-vital que configura ontológicamente (y, claro está, también en un sentido político) un «nosotros» *amigo* y un «ellos» *enemigo*. La construcción del *nosotros* y del *ellos* está sustentada en un *antagonismo* beligerante *bivalente* de la sociedad civil⁷¹, que busca quebrarla irremediablemente y abocarla al conflicto violento entre el ámbito amigo frente al enemigo⁷². Pues bien, si como categorías situadas el *nosotros* colectivo se constituyó en torno a una radical sustancia étnica pro-germánica, el *antisemitismo* como consideración ontológica de las personas judías (de una manera nuclear, feroz y criminal; pero también las personas de ideologías diferentes al nacionalsocialismo) vino a representar para esta perspectiva el «ellos» (enemigo). Y, como he puesto de manifiesto anteriormente, una de las aportaciones individuales de C. Schmitt a su contexto colectivo tiene que ver con la construcción doctrinal de ese

⁶⁹ SCHMITT, C.: *Legalität und Legitimität*, München und Leipzig, 1932; traducción española: *Legalidad y legitimidad* (1932), Ediciones Aguilar, Madrid, p. 145. Aquí el jurista alemán compara entre legalidad *positiva* y legitimidad *plebiscitaria*, asumiendo la posibilidad de que el poder legítimo se manifieste por encima del poder legal.

⁷⁰ SCHMITT, C.: «Der Führer schützt das Recht», en *Deutsche Juristen-Zeitung*, n.º 39, 1934, pp. 945-950; y asimismo SCHMITT, C.: «Der Führer schützt das Recht», en AA. VV., *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weima-Genf-Versailles*, Duncker & Humblot, Berlín, 1994, pp. 227 y ss.; traducción española, por la que cito: *íd.*, «El Führer defiende el derecho», traducción de A. Scherp, en Orestes Aguilar, H. (ed.), *Carl Schmitt, teólogo de la política*, Fondo de Cultura Económica, México, DF, 2001, pp. 114 y ss.

⁷¹ SCHMITT, C.: *El concepto de lo político* (1927 y 1932), cit., pp. 97 y 129.

⁷² En nuestras sociedades contemporáneas, la regla amigo-enemigo es utilizada a menudo por las opciones que pretender conservar a toda costa el *uniculturalismo* de antaño aun el pluralismo real cultural actual de nuestro tiempo. Véase, DEL REAL ALCALÁ, J. A.: «Alternativas de gestión del conflicto cultural en el Estado Constitucional», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año 2009, Fundación Konrad-Adenauer, Rechtsstaatsprogramms für Lateinamerika (Programa *Estado de Derecho para Latinoamérica*), Montevideo, Berlín-Deutschland, pp. 827-844.

«nosotros» (amigo) que lleva a cabo la óptica ideológica del *nacionalismo fascista* en Alemania, y que constituye la *sustancia* primordial desde la que el nacionalsocialismo realiza el paradigma de su teoría del Estado como totalidad en el III Reich.

Por supuesto, el que un conjunto de personas sea ontológicamente *excluido* del *nosotros* amigo desde el que se construyó el modelo de Estado como totalidad del nacionalsocialismo en Alemania, va a significar –desde esta visión– *resituárlas* inmediatamente en el *ellos* y, por consiguiente, en la posición de *enemigo*. Según Schmitt, «si una parte del pueblo declara que ya no conoce enemigos, lo que está haciendo en realidad es ponerse del lado de los enemigos»⁷³. Y así sucedió cuando el nacionalsocialismo (elevado al poder por el voto de los ciudadanos alemanes) expulsó a los judíos del *nosotros* –en el que no tenían cabida–, los despojó de sus derechos más elementales⁷⁴, y los arrojó por la violencia al *ellos*, esto es, los identificó como *enemigos* en un sentido *público* (y forzoso) del término *schmittiano*.

Situación a la que en el plano intelectual contribuyó Schmitt. Sus textos y sus categorías fueron *paradigma* de la ultraderecha alemana de su tiempo, con la que coadyuvó a derribar a la Democracia parlamentaria, a instaurar en su lugar el Estado como totalidad del III Reich, y a sustanciar la construcción de un «nosotros» colectivo radicalmente *étnico*, excluyente y violento que invocan precisamente sus categorías de amigo-enemigo. Pero es que, además, también su praxis vital *individual* estuvo *contaminada* de sus propias nociones amigo-enemigo –y de lo que ellas implicaron en su contexto situado–, hasta el punto de que en su vida personal él actuó según aquéllas.

Así, aparte de la contribución «intelectual» anterior, es un dato empírico constatado y conocido que el jurista alemán también se *implicó* de forma militante con la ultraderecha nacionalista/etnicista alemana. Se afilió al NSDAP (*Partido Nacional Socialista Alemán de los Trabajadores*)⁷⁵ en 1933 e ideológicamente formó parte de la *Asociación de Juristas Nacionalsocialistas*, y dentro de ésta ejerció el cargo relevante de Director de la *Sección de Catedráticos*. Desempeñó, además, cargos en el entramado orgánico del Estado nazi, siendo Consejero Nacionalsocialista de Estado Mayor (prusiano). Pero, es más, profesaba hasta tal punto esta ideología, que llegó a *impregnar* también su *actitud* individual y su *comportamiento* personal. De otra manera, no se entendería el porqué de su actitud hacia otros intelectuales.

⁷³ SCHMITT, C.: *El concepto de lo político* (1927 y 1932), cit., p. 81.

⁷⁴ Véase PECES-BARBA, G.: *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, con la colaboración de R. de Asís, C. L. Fernández Liesa, A. Llamas, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 2001; asimismo, PECES-BARBA, G.: *La Constitución y los derechos*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho n.º 39, Bogotá, 2006.

⁷⁵ C. SCHMITT ingresó el 1 de mayo de 1933 en el Partido Nacional Socialista Alemán de los Trabajadores, de la mano del filósofo Martin Heidegger, recibiendo el carnet número 2098860.

Parece haber hechos y actitudes que inducirían a pensar que Schmitt incorporó a su praxis vital el *nosotros* etnicista excluyente –que coadyuva a construir para el contexto colectivo de su tiempo desde las categorías amigo y enemigo, y del que políticamente se sentía parte–. Y que, en este sentido, practicó el *antisemitismo* (contra el que había *delimitado* como *enemigo*) precisamente contra aquellos rivales intelectuales que identificó con ese origen étnico. El siguiente ejemplo nos da muestra de ello.

Es un hecho constatado que Hans Kelsen, a causa de su ascendencia judía, fue un perseguido del nacionalsocialismo y un exiliado político en los Estados Unidos. Schmitt rivalizó con el creador de la *Teoría pura del Derecho* desde un punto de vista –en principio– *doctrinal*, sobre todo en relación a la teoría jurídica y política del Estado de Derecho y de la Democracia parlamentaria⁷⁶. Él trató de refutar desde el decisionismo «sin normas» la teoría *formal* del Derecho y del Estado del liberalismo democrático, a la cual le atribuía una raíz intelectual *judía* en función del origen racial de sus máximos inspiradores, entre los cuales se encontraba destacadamente su coetáneo Kelsen.⁷⁷ Lo que hace pensar que la rivalidad entre Schmitt y Kelsen no fue únicamente erudita sino que tuvo mucho más calado.

R. Aladar Metall nos da cuenta de algunos sucesos que mostrarían en buena medida cómo fueron las «relaciones personales» entre el creador de la teoría del decisionismo jurídico-político (y promotor de la dictadura política) y el defensor de la Democracia y del Estado de Derecho. Aquí es muy significativo el hecho de que siendo Kelsen Profesor de la Universidad de Colonia y habiendo accedido por ello a la nacionalidad alemana –con la consiguiente pérdida de la austriaca–, cuando toman el poder los nacionalsocialistas en 1933, y es privado por éstos de su empleo a causa de su condición étnica de judío, la Facultad elabora un documento en su defensa y en nombre de todos los compañeros de la misma, y «aun cuando, en opinión de la facultad, la destitución de Kelsen no podía fundamentarse, ni en el texto ni en el espíritu de la Ley de Funcionarios del Gobierno del 7 de Abril de 1933, el documento [en su defensa] iba más allá, indicando que “todos los miembros de la facultad estaban convencidos de la fuerte personalidad humana de Kelsen” y que su despido sería “no sólo una pérdida sensible para la Universidad de Colonia, sino también una mancha para el prestigio de la ciencia alemana”»⁷⁸.

⁷⁶ El punto de vista de H. KELSEN sobre la Democracia parlamentaria puede verse en KELSEN, H.: «Esencia y valor de la Democracia» (1920 y 1929), en *íd.*, *Esencia y valor de la Democracia*, cit., pp. 11-130.

⁷⁷ Esta concepción del jurista austriaco puede verse, por ejemplo, en KELSEN, H.: *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (desarrollados con base a la doctrina de la proposición jurídica)* (1911), traducción española de W. Roces, México DF, 1978; o en KELSEN, H.: *Teoría General del Estado* (1925), cit.

⁷⁸ ALADAR METALL, R.: *Hans Kelsen: vida y obra*, traducción española de Javier Esquivel, UNAM, México DF, 1976, p. 67.

Este documento en defensa de Kelsen fue firmado por toda la Facultad. Pues bien, «el único que se había negado a rubricar el documento fue Carl Schmitt», por el que paradójicamente Kelsen había abogado para ser llamado como Profesor por esa Universidad, y aun cuando esto le supuso a Schmitt señalarse públicamente; hecho que no le importó. Se hizo incluso un viaje a Berlín para intentar revocar la destitución étnica, «pero esta [gestión] no tuvo ningún éxito, en gran parte por la ausencia de la firma de Carl Schmitt, cuya opinión hubiese tenido peso entre sus amigos políticos. Schmitt predicaría más adelante, delante de esos amigos, un “saludable exorcismo” en atención al cual hablaría ya sólo de la “Escuela Vienesa del judío Kelsen”. Ciertamente que Carl Schmitt, consejero estatal nazi, debió haber sabido como soplaría pronto el viento antisemita.... De todas maneras, gracias a la involuntaria ayuda de Carl Schmitt, Kelsen escapó de algo peor que una simple privación de empleo».⁷⁹

Posteriormente Kelsen fue contratado por la Universidad Alemana de Praga, donde siguió padeciendo las presiones del entorno nacional-socialista hasta el punto de tener que *llevar escolta*. Él «renunció a dar una solemne clase inaugural y quiso iniciar sus actividades con una lección sobre derecho internacional. Sobre ello informó, así, el órgano de prensa de la Alemania nacionalsocialista, *Völkischer Beobachter*, de 23 de octubre de 1936: “El estudiantado alemán de Praga protestó hoy de manera honrosa contra el nombramiento del emigrante judío, Dr. Hans Kelsen, como profesor ordinario de derecho internacional de la Universidad Alemana de Praga... levantándose todo el auditorio alemán y abandonando el salón”». Lógicamente, «ante el boicot a sus clases, las amenazas de muerte y el descubrimiento de un plan para atentar contra él, Kelsen tuvo que llevar escolta, visto además el precedente del asesinato del Profesor Theodor Lessing».⁸⁰ Con la invasión alemana de los sudetes en 1938 dicha Universidad fue prácticamente tomada por los nazis, por lo que a Kelsen le fue imposible seguir adelante con su labor docente. Ante tal clima, al iniciarse la segunda guerra mundial consiguió exiliarse en los Estados Unidos, en Harvard y luego en la Universidad de Berkeley-California.

Este relato de la biografía de Kelsen lleva a pensar que no parece posible obviar en el pensamiento de Schmitt el componente de etnicismo antisemita que invoca no ya un nacionalismo radical respaldado intelectualmente por su teoría del Estado y su teoría del Derecho, sino asimismo su actitud personal y praxis vital de *xenofobia* hacia los judíos⁸¹. En la misma orientación, recientemente un estudio profuso

⁷⁹ ALADAR METALL, R.: *Hans Kelsen: vida y obra*, cit., p. 67.

⁸⁰ ALADAR METALL, R.: *Hans Kelsen: vida y obra*, cit., p. 77.

⁸¹ Utilizo aquí la expresión *xenofobia* como sinónimo de «odio, repugnancia y hostilidad hacia los diferentes», que aproximadamente se corresponde con la noción *schmittiana* de «enemigo». En el caso de C. Schmitt, su *xenofobia* (compartida con la ideología del nacionalsocialismo) se dirigió hacia las personas judías.

de Raphael Gross ha expuesto de modo muy claro que Schmitt fue de forma muy expresa un antisemita y que ejerció como tal⁸².

Pero, quizás, no es de extrañar la xenofobia hacia los judíos de Schmitt si tenemos en cuenta, según nos muestra contemporáneamente desde una tesis realista el Profesor de Harvard D. J. Goldhagen, que esta clase de «creencias etnicistas antisemitas» fueron profesadas por la mayoría del pueblo alemán, incluidos buena parte de sus intelectuales; pues «la idea de que aquella sociedad [alemana] durante el periodo nazi fue una sociedad “ordinaria”, “normal”, que tuvo la desgracia de haber sido gobernada por unos dirigentes malignos e implacables que, utilizando las instituciones de las sociedades modernas, impulsaban a la gente a cometer actos de los que abominaban, es en esencia falsa»⁸³.

Para el norteamericano, fue la «cultura política alemana antisemita... la principal impulsora de los dirigentes nazis y los alemanes corrientes en la persecución y exterminio de los judíos y, por consiguiente, fue la principal causa del Holocausto», pues «la evidencia de que tantas personas corrientes [en Alemania] tuvieron en el centro de su visión del mundo unas creencias claramente absurdas sobre los judíos, como las que Hitler expresó en *Mein Kampf*, es abrumadora. Y [de hecho] las pruebas han estado disponibles durante años... para cualquier observador de Alemania»⁸⁴. El Profesor de Harvard *no* excluye de esta responsabilidad a los intelectuales alemanes que se implicaron con estas creencias etnicistas antisemitas, entre ellos muy destacadamente Schmitt en sus textos y en su praxis vital, porque, tal como afirma: «la exclusión sistemática de los judíos de la vida económica y social, se llevó a cabo abiertamente, con una aprobación generalizada y la complicidad de la gran mayoría de sectores de la sociedad alemana, desde las profesiones legal, médica y *docente*, a las iglesias, tanto católica como protestante, y la gama de grupos y asociaciones económicos, sociales y culturales»⁸⁵.

Tras la caída del Régimen nacionalsocialista, Schmitt fue detenido y pasó un periodo breve de internamiento en el campo de Berlín-Lichterfelde-Süd desde el 26 de septiembre de 1945 hasta que fue puesto en libertad el 10 de octubre de 1946. Volviendo a ser detenido el 19 de marzo de 1947 en su domicilio de Berlín y encausado, en

⁸² Cfr. GROSS, R.: *Carl Schmitt und die Juden. Eine deutsche Rechtslehre*, Surkhamp Verlag, Frankfurt, 2000.

⁸³ GOLDHAGEN, D. J.: *Los verdugos voluntarios de Hitler. Los alemanes corrientes y el holocausto*, cit., p. 564.

⁸⁴ GOLDHAGEN, D. J.: *Los verdugos voluntarios de Hitler. Los alemanes corrientes y el holocausto*, cit., p. 559.

⁸⁵ GOLDHAGEN, D. J.: *Los verdugos voluntarios de Hitler. Los alemanes corrientes y el holocausto*, cit., p. 27. La cursiva del término «docente» es nuestra. Cfr. asimismo, el texto casi clásico de la psicoanalista MITSCHERLICH, M.: *Die Unfähigkeit zu trauern. Grundlagen kollektiven Verhaltens*, Piper, Munich, 1969, especialmente el Capítulo I: «La incapacidad para la aflicción», que trata la *incapacidad* de los alemanes para la aflicción por los crímenes contra la humanidad ocurridos en la segunda guerra mundial.

calidad de testigo-acusado, en el proceso contra criminales de guerra que llevó a cabo el Tribunal Penal Internacional de Nuremberg, que le acusó de planificar una guerra agresiva, de crímenes de guerra, y de crímenes contra la Humanidad⁸⁶. Cargos que, sin embargo, no pudieron ser respaldados con las suficientes pruebas. Finalizando su reclusión en Nuremberg, periodo en el que escribió *Ex captivitate salus. Erfahrungen der Zeit*, el 6 de Mayo de 1947⁸⁷.

IV. CONCLUSIÓN

En razón del análisis que se ha llevado a cabo en estas páginas, en mi opinión, existen razones de peso para inclinarme a afirmar que el etnicismo radical es un ingrediente *conceptual* y doctrinario de las categorías schmittianas amigo-enemigo entendidas como categorías *situadas*, que fue tal como las concibió su autor. En cuanto que dichas categorías dan sustento filosófico al conjunto de su especulación (su *teoría del Estado* como totalidad y su *teoría decisionista del Derecho* que la acompaña), el elemento etnicista (*ultraetnicista*) que ellas invocan necesariamente en la conformación de un *nosotros amigo* y un *ellos enemigo*, no es ni mucho menos ajeno a su producción intelectual, sino que tiene una incidencia *significativa* en las raíces doctrinales de sus textos. De modo, que difícilmente podrá estimarse que la xenofobia especialmente hacia las personas que son judíos y que mostró en su militancia política es *coyuntural* e *inconsciente* en C. Schmitt, o que puede ser reducido a una actitud *pragmática* amparada en el ambiente de la época.

Y, de hecho, *sin* la constatación de este *eticismo doctrinario* que rezuman los textos de C. Schmitt la comprensión del conjunto de su obra queda manifiestamente *incompleta*. Tampoco sería adecuado considerar que *El concepto de lo político* y la distinción amigo-enemigo que ahí formula el alemán son un *texto aislado* del resto de sus reflexiones, como si de otro autor se tratara, sino todo lo contrario, lo más correcto es estimar que estas categorías reflejan la base filosófica (la «sustancia» de *lo político*) sustentadora de todo su pensamiento político y jurídico.

En rigor, pues, desde el punto de vista de los derechos humanos y de la ética democrática constitucional *no* es *aceptable* dejarse embaucar por la excelencia de los escritos de C. Schmitt *sin* contaminarse de

⁸⁶ Sobre las actas de los interrogatorios a C. Schmitt en Nuremberg, véase QUARISCH, H.: *Schmitt, Carl: Antworten in Nürnberg*, Ed. Dunker Humblot, Berlín, 2000.

⁸⁷ SCHMITT: *Ex captivitate salus. Erfahrungen der Zeit 1945/47*, Greven, Colonia, 1950; traducción española, íd., *Ex captivitate salus*, traducción de Anima Schmitt de Otero, Porto, Santiago de Compostela, 1960.

su etnicismo doctrinario radical y de su esencialismo xenófobo⁸⁸. Únicamente desde posiciones xenófobas y de extrema derecha sería coherente apoyarse intelectualmente en C. Schmitt⁸⁹. Y, de hecho, la extrema derecha europea contemporánea sigue mirando con simpatía (incluso de paradigma) –algo que es ciertamente alarmante– los argumentos de este pensador alemán⁹⁰. La crítica al Estado Constitucional

⁸⁸ Cfr. LÓPEZ GARCÍA, J. A.: «La presencia de Carl Schmitt en España», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 191, Madrid, 1996, pp. 165 y ss. afirma la existencia de una «derecha schmittiana» pero considera más difícil que puede existir una «izquierda schmittiana» que haga una recuperación no-autoritaria del pensamiento global de este intelectual de extrema derecha. Se trataría en todo caso de una «utilización ingenua» de las categorías schmittianas, tal como afirma ESTÉVEZ ARAUJO, J. A.: *La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar*, Ariel, Barcelona, 1988, p. 9. Sin embargo, paradójicamente esta posibilidad se está dando contemporáneamente sobre aspectos parciales de la obra de C. Schmitt. Sean algunos ejemplos: la intelectual belga Chantal Mouffe, Profesora de la University of Westminster, defiende en el mundo anglosajón y en el ámbito de la izquierda postmarxista europea, el empleo de categorías schmittianas en el proyecto de construir una democracia radical, moderna y posmoderna a la vez, sin liberalismo basada en la expansión del espacio político. Cfr. Mouffe, Ch. (ed.): *The Challenge of Carl Schmitt*, Verso, London-New York, 1999; MOUFFE, Ch.: *On the Political*, Routledge, Abingdon-New York, 2005; y asimismo, cfr. MOUFFE, Ch.: *The Return of the Political*, Verso, London-New York, 1993; traducción española, íd., *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*, traducción de Marco Aurelio Galmarini, Paidós, Barcelona, 1999; MOUFFE, Ch.: «La democracia radical ¿moderna o posmoderna?», en *Leviatán*, n.º 35, Madrid, 1994; e igualmente, cfr. MOUFFE, Ch. y LACLAU, E.: *Hegemony and Socialist Strategy: Towards a Radical Democratic Politics*, Verso, London-New York, 1985; traducción española íd., *Hegemonía y estrategia socialista: hacia una radicalización de la democracia*, Siglo XXI, Barcelona, 1987.

⁸⁹ Sobre la influencia de Carl Schmitt en los esquemas intelectuales de la última dictadura española, cfr. LÓPEZ GARCÍA, J. A.: *Estado y Derecho en el franquismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, especialmente pp. 79-126 acerca de «La teoría del Estado de F. J. Conde: totalización, representación política y caudillaje»; y cfr. López García, J. A.: «La presencia de Carl Schmitt en España», cit., donde se reconstruye la relación entre el pensamiento schmittiano y la teoría jurídico-política que sostuvo ideológicamente a la última dictadura española, especialmente epígrafe II, pp. 143-157, acerca de «Carl Schmitt y el régimen franquista»; cfr. Negro, D. (coord.), *Estudio sobre Carl Schmitt*, Fundación Cánovas del Castillo, Madrid, 1996; y también, cfr. PAYNE, S. G.: *Falange. Historia del fascismo español*, Sarpe, Madrid, 1985. Acerca de la «teoría del caudillaje» en el Régimen de Franco, cfr. FERRANDO BADÍA, J.: *El régimen de Franco. Un enfoque político-jurídico*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 47-65.

⁹⁰ Sobre la influencia de C. Schmitt en uno de los principales filósofos que se identificaron contemporáneamente de la «nouvelle droite» francesa, Alain de Benoist y el *Groupement de Recherche et d'Études sur la Civilisation Européenne* (GRECE), cuya expresión doctrinal son las Revistas *Nouvelle École*, *Krisis* y *Éléments*, cfr. BENOIST, A. de: *Vu de droite. Anthologie critique des idées contemporaines*, Copernic, París, 1978; cfr. asimismo íd., *La nueva derecha*, Planeta, Barcelona, 1982, en la que el propio autor, p. 45 nombra a C. Schmitt como uno de los que ejercen influencia en esta corriente doctrinal; BENOIST, A., y CHAMPETIER, Ch.: «Manifiesto: la Nueva Derecha del año 2000» en *Hespérides*, n.º 19, Madrid, 1999. Sobre la influencia de C. Schmitt en la «nueva derecha» alemana, que en cierto modo transfiere las críticas que se realizaron en el pasado a la Constitución de Weimar a la actual República Federal Alemana, cfr. BLUMENTRITT, M.: *Die Politische Theorie Carl Schmitts als*

y al sistema democrático desde los criterios schmittianos difícilmente es «crítica democrática». Parece incoherente utilizar la crítica schmittiana, cuya tendencia es la destrucción de la Democracia y de la Constitución normativa, para apoyar a la Democracia Constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- ALADAR METALL, R.: *Hans Kelsen: vida y obra*, traducción española de Javier Esquivel, UNAM, México DF, 1976.
- BAUER, Otto: *Die nationalitätenfrage und die socialdemokratie*, 2.^a edición de 1924, Volksbuchhandlung, Viena, 1907; traducción española: *íd.*, *La cuestión de las nacionalidades y la socialdemocracia* (1907) edición a cargo de José Arico, traducción de C. Cereti, R. Burkart e I. del Carril, Siglo XXI Editores, México D. F., 1979.
- BENEYTO, J. M.: *Apocalipsis de la modernidad. El decisionismo político de Donoso Cortés*, Gedisa, Barcelona, 1993.
- BENOIST, A. de: *Vu de droite. Anthologie critique des idées contemporaines*, Copernic, París, 1978.
- *La nueva derecha*, Planeta, Barcelona, 1982.
- BENOIST, A., y CHAMPETIER, Ch.: «Manifiesto: la nueva derecha del año 2000» en *Hespérides*, n.º 19, Madrid, 1999.
- BLUMENTRITT, M.: *Die Politische Theorie Carl Schmitts als Urbild der «Neuen Rechten»*, 1998.
- BRACHER, K. D.: *La dictadura alemana I: génesis, estructura y consecuencias del nacionalsocialismo*, versión española de José A. Garmendia, Alianza Editorial, Madrid, 1973.
- CASALS MESEGUER, X.: *Ultrapatriotas*, Crítica, Barcelona, 2003.
- DE BONALD, L. A.: *Teoría del poder político y religioso* (1796), estudio preliminar y selección de Colette Capitan, presentación y traducción de Julián Morales, Tecnos, Madrid, 1988.
- DEL REAL ALCALÁ, J. A.: *Nacionalismo e Identidades colectivas: la disputa de los intelectuales (1762-1936)*, Dykinson, Madrid, 2007.
- «Alternativas de gestión del conflicto cultural en el Estado Constitucional», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año 2009, Fundación Konrad-Adenauer, Rechtsstaatsprogramms für Lateinamerika (Programa Estado de Derecho para Latinoamérica), Montevideo, Berlín-Deutschland, 2009, pp. 827-844.
- «Laicismo “identitario” para el Estado de Derecho: ¿una opción contracorriente?», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Revista de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, n.º 18, 2009, Valencia, pp. 116-123.

Urbild der «Neuen Rechten»; según CASALS MESEGUER, X.: *Ultrapatriotas*, Crítica, Barcelona, 2003, pp. 103-133, la «desnazificación» de la posguerra forzó a una reorganización de los grupos de extrema derecha y nacionalistas alemanes, y esto se produjo en tres periodos: de 1945-1953, identificado con el *Partido Socialista del Reich*; 1964-1969, con el avance del *Partido Nacionaldemocrático*; y segunda mitad de los años ochenta, con la irrupción de *Los Republicanos* iniciada en 1983 y en declive tras la segunda reunificación del país.

- «Estado cosmopolita y Estado nacional. Kant vs. Meinecke», en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Universidad Nacional Autónoma de México, tomo LVII, n.º 247, enero-junio, México D. F., 2007, pp. 165-203.
- «Del Estado-nación de Derecho al Estado de Derecho postnacional», en López Olvera, M. A. y Rodríguez Lozano, L. G. (coords.), *Tendencias actuales del Derecho Público en Iberoamérica*, Editorial Porrúa, México DF, 2006, pp. 153-171.
- «Teoría jurídica y tesis desregulativas contemporáneas. El caso de la identidad colectiva», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXI, Publicación Española de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2004, pp. 213-239.
- «Del Estado-nación de Derecho al Estado de Derecho postnacional», en *Revista Derechos y Libertades*, n.º 13, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas y Boletín Oficial del Estado, Madrid, enero-diciembre 2004, pp. 361-381.
- «Estado cosmopolita y Estado nacional. Kant vs. Meinecke», en Castro A.; Contreras, F. J.; Llano, F. H. y Panea, J. M. (eds.): *A propósito de Kant. Estudios conmemorativos en el bicentenario de su muerte*, 2.ª edición revisada y ampliada, prólogo de Antonio Enrique Pérez Luño, epílogo de Pablo Badillo O'Farrell, Editorial Grupo Nacional de Editores, Sevilla, 2004, pp. 307-340.
- DE MAISTRE, J.: *Consideraciones sobre Francia (1796)*, presentación de Antonio Truyol Serra, traducción y notas de Joaquín Poch Elío, Tencos, Madrid, 1990.
- DÍAZ, E.: «Sustanciación de lo colectivo y Estados totalitarios», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo VIII, Ministerio de Justicia, Madrid, 1961.
- DONOSO CORTÉS, J.: *Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo* (1851), edición de José Vila Selma, Editora Nacional, Madrid, 1978.
- *Discursos políticos*, Tecnos, Madrid, 2002.
- *Elogio de la dictadura* (1849), en *id.*, *Obras completas*, II, Edica, Madrid, 1946, 1854-1855.
- ESTÉVEZ ARAUJO, J. A.: *La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar*, Ariel, Barcelona, 1988.
- FERRANDO BADÍA, J.: *El régimen de Franco. Un enfoque político-jurídico*, Tecnos, Madrid, 1984.
- GERBER, C. F. v.: *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, 2.ª ed., B. Tauchnitz, Leipzig, 1869.
- GOLDHAGEN, D. J.: *Hitler's Willing Executioners: Ordinary Germans and the Holocaust*, Alfred A. Knopf, Inc., 1997; traducción española: *id.*, *Los verdugos voluntarios de Hitler. Los alemanes corrientes y el holocausto*, traducción de Jordi Fibla, Taurus, Madrid, 4.ª ed., 2003.
- GONZÁLEZ CUEVAS, P. C.: *La tradición bloqueada. Tres ideas políticas en España: el primer Ramiro de Maeztu, Charles Maurras y Carl Schmitt*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2002.
- GROSS, R.: *Carl Schmitt und die Juden. Eine deutsche Rechtslehre*, Surkhamp Verlag, Frankfurt, 2000.
- HEGEL, G. W. F.: *La Constitución de Alemania* (1802-editada en 1893), introducción, traducción y notas de Dalmacio Negro Pavón, Aguilar, Madrid, 1972.
- *Fundamentos de la Filosofía del Derecho* (1820), edición K. H. Ilting, traducción de Carlos Díaz, Libertarias-Prodhufi, Madrid, 1993.

- *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal* (1830), prólogo de José Ortega y Gasset, advertencia de José Gaos, versión española de José Gaos, Alianza Editorial, Madrid, 2004.
- HELLER, H.: *Staatslehre*, Sijthoff, Leiden, 1934; traducción española: *Teoría del Estado*, edición y prólogo de G. Niemeyer, traducción de L. Tobío, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1992.
- «Democracia política y homogeneidad social» (1928), en HELLER, H.: *Escritos políticos*, versión española de Salvador Gómez de Arteche, prólogo y selección de Antonio López Pina, Alianza Editorial, Madrid, 1985.
- «Europa y el fascismo» (1929), traducción de Francisco Javier Conde de 1931, en HELLER, H.: *Escritos políticos*, versión española de Salvador Gómez de Arteche, prólogo y selección de Antonio López Pina, Alianza Editorial, Madrid, 1985
- «Las ideas nacionales», en *íd.*, *Las ideas políticas contemporáneas* (1926), Comares, Granada, 2004.
- «¿Estado de Derecho o Dictadura?» (1929), en HELLER, H.: *Escritos políticos*, versión española de Salvador Gómez de Arteche, prólogo y selección de Antonio López Pina, Alianza Editorial, Madrid, 1985.
- JELLINEK, G.: *Teoría General del Estado* (1900 y 1905), prólogo y traducción española de la 2.^a edición alemana de Fernando de los Ríos, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1981.
- KEANE, J.: «Naciones, nacionalismos y ciudadanía europea», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, núm. 31, 1994.
- KELSEN, H.: *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (Desarrollados con base a la doctrina de la proposición jurídica)* (1911), traducción española de W. Roces, México DF, 1978.
- *Esencia y valor de la Democracia* (1920 y 1929), Editorial Labor, Barcelona, 1977.
- *Teoría General del Estado* (1925), traducción española de Luis Legaz Lacambra, Editora Nacional, México D. F., 1979.
- *Teoría General del Derecho y del Estado* (1945), traducción española de Eduardo García Máynez, UNAM, México, D. F., 1995.
- *Teoría Pura del Derecho* (1934 y 1960), traducción española de la 2.^a edición alemana de Roberto J. Vernengo, Editorial Porrúa, México D. F., 1993.
- LABAND, P.: *Das Staatsrechts des Deutschen Reichs*, 1.^a edición, 1876.
- LÓPEZ GARCÍA, J. A.: *Estado y Derecho en el franquismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.
- «La presencia de Carl Schmitt en España», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 191, Madrid, 1996.
- MANCINI, P. S.: «De la nacionalidad como fundamento del Derecho de gentes», Lección de apertura del Curso de Derecho Internacional y Marítimo, pronunciada en la R. Universidad de Turín el 22 de enero de 1851, en *íd.*, *Sobre la nacionalidad*, edición y presentación de Antonio Enrique Pérez Luño, traducción de Manuel Carrera Díaz, Tecnos, Madrid, 1985.
- MEINECKE, F.: *Weltbürgertum und Nationalstaat* (1907), Oldenbourg Verlag, München, 6.^a edición, 1922; traducción inglesa: *íd.*, *Cosmopolitanism and the National State*, Priceton, Priceton University Press, 1970; traducción italiana: *íd.*, *Cosmopolitismo e Stato nazionale*, traducción de A. Oberdorfer de la 6.^a edición alemana de 1922, La Nuova Italia Editrice, Firenze, 1975.

- MITSCHERLICH, M.: *Die Unfähigkeit zu trauern. Grundlagen kollektiven Verhaltens*, Piper, München, 1969.
- MOLER, A.: *Die konservative Revolution in Deutschland 1918-1932*, Ein Handbuch, 2.^a ed., Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1972.
- MOUFFE, Ch.: *The Return of the Political*, Verso, London-New York, 1993; traducción española, *id.*, *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*, traducción de Marco Aurelio Galmarini, Paidós, Barcelona, 1999.
- «La democracia radical ¿moderna o posmoderna?», en *Leviatán*, n.º 35, Madrid, 1994.
- *On the Political*, Routledge, Abingdon-New York, 2005.
- MOUFFE, Ch. (ed.): *The Challenge of Carl Schmitt*, Verso, London-New York, 1999.
- MOUFFE, Ch., y Laclau, E.: *Hegemony and Socialist Strategy: Towards a Radical Democratic Politics*, Verso, London-New York, 1985; traducción española *id.*, *Hegemonía y estrategia socialista: hacia una radicalización de la democracia*, Siglo XXI, Barcelona, 1987.
- NEGRO, D. (coord.): *Estudio sobre Carl Schmitt*, Fundación Cánovas del Castillo, Madrid, 1996.
- PASUKANIS, E.: *Teoría General del Derecho y marxismo*, Editorial Labor, Barcelona, 1976.
- PAYNE, S. G.: *Falange. Historia del fascismo español*, Sarpe, Madrid, 1985.
- PECES-BARBA, G.: *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, con la colaboración de R. de Asís, C. L. Fernández Liesa, A. Llamas, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 2001.
- *La Constitución y los derechos*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho n.º 39, Bogotá, 2006.
- PÉREZ LUÑO, A. E.: «El legado doctrinal de la Escuela histórica del Derecho», en *Annaeus, Anales de la Tradición Romanística*, vol. 1, Tébar, Sevilla, 2004, pp. 239-259.
- QUARISCH, H.: *Schmitt, Carl: Antworten in Nürnberg*, Ed. Dunker Humblot, Berlín, 2000.
- RENAN, E.: «¿Qué es una nación?» (1882), en *id.*, *¿Qué es una nación? Cartas a Strauss*, traducción española, estudio preliminar y notas de A. de Blas Guerrero, Alianza Editorial, Madrid, 1987.
- SCHMITT, C.: *Politische Romantik*, Duncker-Humblot, Munich/Leipzig, 1919; traducción española: *id.*, *Romanticismo político* (1919), Prometeo, Universidad Nacional de Quilmes, 2005.
- *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Duncker München/Leipzig, 1922; traducción española, *id.*, «Teología Política» (1922 y 1934), en *id.*, *Estudios Políticos*, versión española de F. J. Conde, Cultura Española, Madrid, 1941, pp. 92-108.
- *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, Erstauflage, Aufl. München, 1923; traducción española: *id.*, SCHMITT, C.: *Sobre el parlamentarismo* (1923), Tecnos, 2.^a edición, Madrid, 2002.
- *Der Begriff des Politischen*, in *Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik* n.º 58, Berlín, 1927; y 2.^a edición, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburgo, 1933; versión española: *id.*, *El concepto de lo político* (1927 y 1933), versión de Rafael Agapito, Alianza Editorial, Madrid, 2002.

- «Resumen de los diversos significados y funciones del concepto de la neutralidad política interna de Estado (1931)», en *id.*, *El concepto de lo político* (1932), versión de Rafael Agapito, Alianza Editorial, Madrid, 2002.
- *Der Hüter der Verfassung*, Duncker Humblot, Berlin-München, 1931; traducción española: *id.*, *La defensa de la Constitución* (1931), traducción de Manuel Sánchez Sarto, prólogo de Pedro de Vega, Tecnos, Madrid, 1983.
- *Legalität und Legitimität*, München und Leipzig, 1932; traducción española: *id.*, *Legalidad y legitimidad* (1932), Ediciones Aguilar, Madrid,
- *Staat, Bewegung, Volk. Die dreigliederung der politischen Einheit*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburgo, 1933, pp. 34 y 49 y ss.
- *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Duncker & Humblot, Berlín, 1934; traducción española: *id.*, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica* (1934), traducción de Monserrat Herrero López, Tecnos, Madrid, 1996.
- «Der Führer schützt das Recht», en *Deutsche Juristen-Zeitung*, n.º 39, 1934, pp. 945-950; traducción española: *id.*, «El Führer defiende el derecho», traducción de A. Scherp, en Orestes Aguilar, H. (ed.), *Carl Schmitt, teólogo de la política*, Fondo de Cultura Económica, México, DF, 2001, pp. 114 y ss.
- «Der Führer schützt das Recht» (1934), en AA. VV., *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weima-Genf-Versailles*, Duncker & Humblot, Berlín, 1994, pp. 227 y ss.; traducción española: *id.*, «El Führer defiende el derecho», traducción de A. Scherp, en Orestes Aguilar, H. (ed.), *Carl Schmitt, teólogo de la política*, Fondo de Cultura Económica, México, DF, 2001, pp. 114 y ss.
- «Sobre la relación entre los conceptos de guerra y enemigo (1938)», en *id.*, *El concepto de lo político*, versión de Rafael Agapito, Alianza Editorial, Madrid, 2002.
- *Donoso Cortés in gesamteuropäischer Interpretation*, Greven Verlag, Köln, 1950; traducción española: *id.*, *Interpretación europea de Donoso Cortés* (1950), prólogo de Ángel López-Amo, Rialp, Madrid, 1952.
- *Ex captivitate salus. Erfahrungen der Zeit 1945/47*, Greven, Colonia, 1950; traducción española, *id.*, *Ex captivitate salus*, traducción de Anima Schmitt de Otero, Porto, Santiago de Compostela, 1960.
- TÖNNIES, F.: *Gemeinschaft und Gesellschaft* (1887), 8.ª edición alemana de 1935, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1972; traducción española: *id.*, *Comunidad y asociación*, traducción de J. F. Ivars, con la colaboración técnica de S. Giner, prólogo de L. Flaquer y S. Giner, Ediciones Península, Barcelona, 1979.

Fecha de recepción: 31/03/2014. Fecha de aceptación: 31/10/2014.

La reciprocidad indirecta y las generaciones futuras*

Indirect reciprocity and future generations

Por CARLOS LEMA AÑÓN
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

Hay buenos argumentos para considerar relevantes y justificados ciertos deberes respecto a las generaciones futuras. Pero en general se suele excluir la reciprocidad entre tales razones, pues las relaciones entre generaciones apartadas en el tiempo no pueden ser simétricas ni, en consecuencia, recíprocas. Aquí se defiende, por el contrario, que hay un tipo particular de reciprocidad, la reciprocidad indirecta, que sí es relevante para pensar las relaciones intergeneracionales. La noción de reciprocidad indirecta ofrece no sólo razones para justificar estos deberes, sino también para precisar mínimamente su alcance. Además, la reciprocidad no sólo es una razón moral sino también una realidad capaz de generar vínculo social. En este trabajo se caracteriza y justifica la noción de reciprocidad indirecta, al tiempo que se responden a las principales objeciones a su uso en el ámbito de la justicia intergeneracional.

Palabras clave: *Generaciones futuras, responsabilidad, reciprocidad, reciprocidad indirecta, don.*

* Este trabajo ha sido desarrollado en el marco del Proyecto de Investigación «Los Derechos Humanos en el S. XXI. Retos y desafíos del Estado de derecho global» (DER 2011-25114), Plan Nacional de I+D+I, Ministerio de Ciencia e Innovación, y del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 «El tiempo de los derechos». CSD2008-00007.

ABSTRACT

There are good reasons to consider certain duties towards future generations as relevant and justified. But reciprocity is generally excluded from those reasons because links among distant generations are not symmetric and therefore cannot be reciprocal. On the contrary, this paper defends that a special form of reciprocity –indirect reciprocity– can be relevant to discuss intergenerational justice. Indirect reciprocity offers some reasons to justify intergenerational duties, but also gives a minimum guide to determine their scope. Furthermore, reciprocity is not only a moral reason but it is also an actual social institution which generates social bonds. The notion of indirect reciprocity and some objections that have been posed to its relevance are explored here.

Key words: Future generations, responsibility, reciprocity, indirect reciprocity, gift.

SUMARIO: 1. EL PROBLEMA DE LAS GENERACIONES FUTURAS.–2. LAS DIFICULTADES DE LA RECIPROCIDAD INTERGENERACIONAL.–3. LAS RAZONES DE LA JUSTICIA INTERGENERACIONAL.–4. LA NOCIÓN DE RECIPROCIDAD INDIRECTA.–5. RECIPROCIDAD INDIRECTA Y DON.–6. LA RECIPROCIDAD INDIRECTA MIRANDO AL PASADO.

SUMMARY: 1. THE PROBLEM OF FUTURE GENERATIONS.–2. THE DIFFICULTIES OF INTERGENERATIONAL RECIPROCIDY.–3. THE REASONS FOR INTERGENERATIONAL JUSTICE.–4. THE CONCEPT OF INDIRECT RECIPROCIDY.–5. INDIRECT RECIPROCIDY AND GIFT.–6. INDIRECT RECIPROCIDY LOOKING TOWARDS THE PAST.

1. EL PROBLEMA DE LAS GENERACIONES FUTURAS

No resulta necesario extenderse en la justificación de que hemos llegado a una situación, históricamente inédita, en que nuestros comportamientos colectivos podrían afectar muy negativamente o incluso poner en peligro las condiciones para una futura vida humana decente (y no sólo humana) sobre la tierra¹. Contamos, además, con conoci-

¹ En efecto, conocemos indicadores alarmantes respecto al deterioro ambiental (destrucción de los bosques tropicales y desertización), la pérdida de biodiversidad, emisiones masivas de determinados gases a la atmósfera, del sobreconsumo de recur-

mientos y evidencias científicas respecto a unos procesos cuya mención pudo sonar en su momento como injustificadamente alarmista o poco fundada –por ejemplo el cambio climático antropogénico– pero que ya nadie puede negar seriamente (otra cosa es debatir sobre su magnitud, su proximidad o sus consecuencias). Por otro lado, contamos con sensibilidad y conocimiento público –con todo aún insuficiente– respecto a estos asuntos. Pero estos conocimientos y esa conciencia poco han hecho avanzar en medidas para afrontar los problemas. Es quizá esta combinación entre una información disponible cada vez mayor y la impotencia o incluso la ausencia de interés en afrontarlos, lo que nos haya hecho convivir sin aparente problema con la posibilidad del desastre, que en todo caso se remite al futuro².

La ética, el menos en teoría, no debiera tener demasiados problemas para pensar el futuro. Como ha observado G. Kieffer³, existe un estrecho vínculo entre las imágenes del futuro y la ética: en la medida en que ésta trata del dominio del *deber ser*, parece presuponer automáticamente un cuadro de futuro en contraste con el presente. De esta manera, parece que la filosofía moral debería de estar particularmente bien pertrechada para hacer frente a la cuestión de nuestra responsabilidad con respecto al futuro y a los seres futuros. Es claro, sin embargo, que no es así. Se ha convertido en un lugar común destacar que la tradición de la filosofía, y en particular de la filosofía moral, ofrece muy escasos ejemplos de tratamiento sistemático en lo relativo a las generaciones futuras (lo que se traduce también en que ofrece escasos criterios para actuar). P. Laslett y J. Fishkin han podido sostener plausiblemente que el tópico de la justicia en el tiempo «no existió como sujeto de análisis o discusión, ni incluso como concepto, antes de los años setenta o como mucho antes de los sesenta [del siglo xx]»⁴. Las razones de esta ausencia pueden deberse a diferentes factores, pero en cualquier caso son el reverso de lo que en rigor cabría intentar explicar: la emergencia contemporánea de esta preocupación. Pero lo cierto es que la tradición de la filosofía moral tiende a pensar en un contexto de contemporáneos: es una ética para contem-

por los recursos no renovables, cambio climático provocado por la acción humana, etc. Se puede aludir también al peligro que representa el almacenamiento de residuos radiactivos y otras basuras y, en fin, entre otros muchos asuntos de no menor importancia, a la peligrosidad de las armas nucleares.

² Es significativo que el último Informe (Assessment Report 5, 2013-2014) del Panel Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, además de concluir en términos inequívocos sobre la responsabilidad humana en el cambio climático, insisten de forma destacada en la necesidad de *adaptación* y *resiliencia* frente a importantes y catastróficas consecuencias ecosociales (puede consultarse en www.ipcc.ch).

³ KIEFFER, G. H., *Bioética*, Madrid, Alhambra, 1983, p. 381.

⁴ LASKETT, P., y FISHKIN, J., «Introduction», en *Justice between age groups and generations*, New Haven & London, Yale University Press, 1992, p. 14.

poráneos en la que no se consideran los largos plazos⁵. Y, en los pocos casos en los que se considera la posteridad, se tiende a confiar en un futuro que será invariablemente mejor en términos de *progreso*, incluyéndose en ello el *progreso moral*⁶.

La *ética para contemporáneos* empieza a mostrar sus límites a partir del momento en que se pone de manifiesto la posibilidad de que algunas acciones individuales o colectivas tengan consecuencias significativas en el largo plazo, a veces de forma directa o a veces a través de mediaciones inextricables. La posibilidad de consecuencias en el largo plazo viene dada en buena medida por los avances científico-técnicos, pero más específicamente por la creciente integración social de estos avances en los procesos productivos y también en la actividad militar⁷. Pero, que ante la conciencia de los problemas se perciban los límites de la ética para contemporáneos y se empiece a considerar una ética orientada hacia el futuro (más allá de un futuro cercano), no hace más que plantear el problema. Se abre paso, es cierto, la convicción de que la responsabilidad moral no puede desentenderse sin más de las consecuencias distantes de las acciones presentes. Pero aun cuando hayamos desarrollado esa conciencia, aparecen problemas muy profundos desde el punto de vista teórico. Es decir, las dificultades se hacen patentes a partir del momento en que se quiera desarrollar una teoría consistente que dé cuenta de estos problemas y que, además, sea capaz de proporcionar criterios prácticos para la acción. Naturalmente no se puede pensar que las dificultades teóricas sean la causa de la complejidad o de la gravedad de los problemas —el mundo no se mueve al hilo de los hallazgos de la filosofía jurídica, política y moral.

⁵ De acuerdo con H. Jonas, toda la ética habida hasta nuestra época se caracterizó por estar limitada al entorno inmediato (espacial y temporal) de la acción, al aquí y al ahora: «El universo moral se compone de los contemporáneos y su horizonte de futuro está limitado a la previsible duración de la vida. Algo parecido sucede con el horizonte espacial del lugar en el que el agente moral y el otro se encuentran como vecinos, amigos o enemigos, como superior o subordinado, como más fuerte o más débil, y en todos los otros papeles en que los hombres están implicados. Toda moralidad quedaba reducida a este estrecho campo de acción» (H. JONAS, *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Barcelona, Círculo de Lectores, 1994, p. 40).

⁶ La *ideología* o el *mito* del progreso supone entre otras cosas que es ineluctable la mejora gradual de la humanidad en su conjunto y que, además, el progreso material viene acompañado necesariamente por el progreso moral. Sobre la historia de la idea de progreso —aunque examinándola de una forma demasiado complaciente— véase BURY, J., *La idea del progreso*, Madrid, Alianza, 1971; para una análisis crítico de la noción véase J. R. CAPELLA «El tiempo del progreso», en *Los ciudadanos siervos*, Madrid, Trotta, 1993, pp. 13 y ss.

⁷ Precisamente en este último punto se produce lo que quizá sea la posibilidad más radical y catastrófica de influencia en el futuro, mediante aquello que E. P. Thompson —en el contexto de la guerra fría nuclear— denominó *exterminismo*: la propia posibilidad del exterminio nuclear de la vida humana (THOMPSON, E. P., «Notas sobre el exterminismo», en *Opción Cero*, Barcelona, Crítica, 1983, y «Repaso del exterminismo», en *Nuestras libertades y nuestras vidas*, Barcelona, Crítica, 1987, pp. 150 y ss).

Más bien ocurre al contrario, y es la complejidad de los problemas lo que pone de manifiesto la insuficiencia de nuestra forma tradicional de abordarlos y la precariedad de nuestros criterios para hacerlo. Hasta tal punto son importantes estas dificultades que incluso algunos de los pensadores contemporáneos que se han enfrentado a la cuestión, han llegado a plantearse si realmente estamos preparados teóricamente –ya no en la práctica– para abordarlas. Así, por ejemplo, J. Rawls reconocía: «Consideraremos ahora el problema de la justicia entre generaciones. No hay necesidad de subrayar las dificultades que este problema plantea. Hace sufrir a cualquier teoría ética un severo, si no imposible examen»⁸.

Una de las principales dificultades viene dada por la cuestión de cómo integrar nuestros deberes respecto a las generaciones futuras⁹ con los imperativos morales y de justicia para el presente. Y es que no es infrecuente señalar la simetría que existe entre la distancia en el tiempo y la distancia en el espacio. Así, H. Jonas ha señalado que el inmediatismo de la ética tradicional era tanto temporal como espacial: era una ética para el ahora, pero también para el aquí¹⁰. El *prójimo* de la ética era el *próximo*, tanto en el espacio como en el tiempo. Dándole la vuelta, este paralelismo se puede utilizar para argumentar que de la misma manera que no podemos excluir la responsabilidad respecto a cómo inciden nuestras acciones en otras personas por el simple hecho de que están muy alejadas de nosotros en el espacio, por similares razones tampoco podemos excluirla respecto de las personas que están muy alejadas en el tiempo. En ambos casos, lo relevante es si se ven o no afectadas de forma apreciable por nuestro hacer y no su mayor o menor proximidad (o el hecho de que no percibamos intuitivamente esas conexiones)¹¹.

⁸ RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 265.

⁹ El propio concepto de «generación» es impreciso y no exento de problemas. El concepto de «generación» es una abstracción útil y legítima para tratar las cuestiones de la «justicia en el tiempo», o de «justicia intergeneracional». Pero es útil como abstracción a condición de que no la cosifiquemos hasta el punto de dotar a las generaciones, más allá de la metáfora, de voluntad, racionalidad o cualesquiera otras características morales. Con respecto al pasado, a las generaciones pasadas, el concepto de generación es engañoso porque al atribuirles responsabilidades a las «generaciones» como tales pareciera que todos y cada una de las personas y grupos integrantes son responsables en igual medida. En realidad la responsabilidad por los daños que se puedan causar hacia las generaciones futuras casi nunca se reparte por igual; lo más frecuente es que las injusticias que se manifestarán en el futuro también sean parte de injusticias cometidas en el presente y cuyas víctimas forman obviamente parte de la misma generación que los causantes de la injusticia. Por este motivo, la cuestión de la reparación de las injusticias pasadas, no se ha venido tratando en términos de «generaciones», sino en términos de grupos y de responsabilidades concretas (véase p. e. WALDRON, J., «Superseding Historic Injustice», *Ethics*, vol. 103, 1992, pp. 91-104).

¹⁰ JONAS, H., *op. cit.*, p. 40.

¹¹ Tal y como lo argumenta J. Riechmann, «resulta tan injustificable excluir a alguien de nuestro universo moral por hallarse lejano en el tiempo que por hallarse

Y es que en buena medida también es una novedad histórica la conexión material de las vidas y las acciones de personas muy alejadas en el espacio. J. R. Capella ha sugerido que existen dos circunstancias objetivas en las formas contemporáneas de vivir que modifican las condiciones en las que la ética se presenta en nuestra época: el carácter crecientemente *artefactual*, mediado por artefactos, de la acción humana y el carácter crecientemente socializado, compuesto, hecho a piezas, de esa misma acción¹². Para este autor, ambas circunstancias entorpecen seriamente la formación de la conciencia moral, en la medida en que dificultan la percepción de la intrincada –*laberíntica*– relación entre la acción individual y sus consecuencias. Pero más allá de este asunto, nuestro vivir y nuestro hacer se encuentran conectados materialmente, y en formas enmarañadas con prácticamente todos los habitantes del planeta: más allá de la comunicación de la información sobre la que se suele insistir, estamos comunicados materialmente.

En cualquier caso, el *prójimo* en sentido ético, el *otro*, ya no viene determinado por su proximidad espacial o temporal, pues desaparece la certeza de que nuestras acciones sólo pueden afectar de forma relevante a los que tenemos más cerca¹³. Esa certeza no desaparece por una modificación de las bases de la ética sino, como se ha dicho, por una modificación de las bases materiales del hacer humano que, en lo que aquí interesa, expande el campo de consecuencias espacial y temporalmente. No se modifica la noción de la responsabilidad moral respecto a las consecuencias previsibles de la acción; lo que se modifica es la presuposición –que ya no resulta plausible– de que esas conse-

lejano en el espacio» (*Un mundo vulnerable*, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2000, p. 185). En el mismo sentido, D. Parfit, afirma que «lo remoto en el tiempo no tiene, en sí mismo, más significación [moral] que lo remoto en el espacio» (*Razones y personas*, Madrid, Machado Libros, 2004, p. 618), e incluso un poco más allá, puesto que, en un aspecto –afirma– podemos afectar más a las personas futuras que a las lejanas, ya que podemos afectar a su identidad (p. 619).

¹² CAPELLA, J. R., *Los ciudadanos siervos*, Madrid, Trotta, 1993, pp. 38-39.

¹³ Así las cosas, la ética en general y las consideraciones de justicia ya se han tenido que plantear no sólo al nivel de propuestas y teorías de la justicia internacional, sino también en teorías relativas a la *justicia global*, bajo la premisa de que no existirían razones convincentes para no aplicar a nivel global los principios de justicia social análogos a los que puedan existir a nivel intraestatal (Th. Pogge (ed.) *Global Justice*, Oxford, Blackwell, 2001; Th. NAGEL, «The Problem of Global Justice», *Philosophy and Public Affairs* 33-2, 2005, pp. 113-47). Lo cierto es que aquí se plantea la cuestión de cómo integrar los imperativos de justicia que se derivan de estas consideraciones con los imperativos de la justicia intergeneracional. O, si se quiere, se trata de integrar la justicia intrageneracional con la justicia intergeneracional. Sin embargo, también la justicia intrageneracional tiene un componente temporal importante en la medida en que, por ejemplo, lograr mayor igualdad entre el Norte y el Sur, por definición sólo se puede alcanzar en el futuro, sea éste más o menos próximo (Cfr., J. TREMMEL, «Introduction», *Handbook of Intergenerational Justice*, Northampton, Edward Elgar, 2006, pp. 4-5). Siendo esto así, las fronteras entre una y otra serían tan arbitrarias como pueda serlo el propio concepto de «generación», no obstante lo cual continúa siendo útil para discutir estos asuntos.

cuencias se circunscribían al ámbito de la inmediatez. Es cierto que una vez que las cadenas causales se hacen más intrincadas es más complicado seguirlas y que hace falta desplegar un esfuerzo cognoscitivo acaso especializado, y quizá alejado del puro sentido común en que se podía confiar para alimentar la ética. Pero no es menos cierto que por muy intrincadas que sean las vías, sabemos que podemos afectar de muchas maneras a las generaciones futuras. La base de la responsabilidad reside ahí¹⁴.

2. LAS DIFICULTADES DE LA RECIPROCIDAD INTERGENERACIONAL

Pero haber encontrado algunas razones para justificar la *responsabilidad* hacia las generaciones futuras, no implica necesariamente que ésta se pueda basar en una relación de *reciprocidad*. Una relación de responsabilidad no es –necesariamente– una relación de carácter recíproco. Así por ejemplo, los padres son responsables por los hijos menores, pero no viceversa, lo que nos muestra que una cosa no implica la otra. Es cierto que, en este mismo ejemplo, la situación se puede invertir en el futuro. El hijo adulto, sería responsable respecto a sus padres si estos se sitúan –a causa de la edad u otras circunstancias– en una situación de especial vulnerabilidad o desvalimiento. En este caso, la relación de responsabilidad puede estar basada (también, o al menos en parte) en una relación de reciprocidad que se habría ido creando con el tiempo. Pero el caso de las generaciones futuras no es exactamente análogo. Cuando hablamos de la cuestión de las *generaciones futuras* estamos dando por supuesto que (por definición) se trata de unas generaciones cuya existencia no se solapa. Es diferente, pues del «contrato generacional» entre generaciones distintas pero en algún momento contemporáneas¹⁵.

No es de extrañar, entonces, que la idea de reciprocidad haya sido generalmente rechazada al hablar de generaciones futuras. La han rechazado, en primer lugar, quienes niegan que exista responsabilidad

¹⁴ En términos internacionales, respecto a las generaciones futuras contamos apenas con la «Declaración de las responsabilidades de las generaciones actuales para con las generaciones futuras», adoptada por la UNESCO el 12 de noviembre de 1997.

¹⁵ La noción de «contrato intergeneracional» se ha utilizado para considerar los fundamentos de algunas políticas del Estado del bienestar, suponiendo que la generación que se encuentra en su vida laboral contribuye a ciertas políticas sociales con la expectativa de que en su vejez se vean sustentados por la siguiente generación (sobre la idea de estas relaciones entre generaciones véase N. DANIELS, «Am I my Parent's Keeper?», en *Just Health Care*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985, pp. 86-113; P. LASLETT, «Is There a Generational Contract?», en P. Laskett, y J. Fishkin (eds.), *Justice between age groups and generations*, New Haven & London, Yale University Press, 1992, pp. 24-47).

hacia las generaciones futuras: de hecho se ha llegado a considerar que la ausencia de reciprocidad es un argumento para rechazar la responsabilidad. Pero la han rechazado también, en general, quienes afirman la existencia de responsabilidad y/o de deberes respecto a las generaciones futuras. Y lo han hecho en buena medida para evitar que la alegada ausencia de reciprocidad sea efectivamente usada para negar la responsabilidad.

Por lo que respecta a la primera postura, al rechazo de la misma idea de responsabilidad respecto a las generaciones futuras, estamos hablando de una postura que ha sido ampliamente mayoritaria en la tradición filosófica occidental¹⁶. Una parte significativa de esta tradición, además, parece haber ido más allá de no tratar el asunto, para llanamente negar que quepa ningún tipo de responsabilidad hacia las generaciones futuras, ni siquiera en los términos aún imprecisos en los que la hemos formulado. Esta tradición negacionista –que cuenta sin duda con defensores actuales– habría contado con el argumento de la asimetría entre generaciones y la consecuente ausencia de posible reciprocidad como una de sus principales razones¹⁷.

En efecto, las asimetrías alegadas para negar cualquier responsabilidad son de diferentes tipos: por ejemplo se alude a asimetrías de poder que generan situaciones de desigualdad o de falta de reciprocidad entre generaciones. Este tipo de argumentos sostiene, de diferentes formas, que la asimetría en relación con las generaciones futuras significa la imposibilidad de establecer con ellas relaciones de tipo moral. Las asimetrías a las que alude son de distintos tipos, pero en cada caso determinarían la ausencia de algún elemento que en última

¹⁶ Las excepciones son escasas aunque no inexistentes. K. MARX, por ejemplo, afirmaba que «[c]onsiderada desde el punto de vista de una formación económica superior de la sociedad, la propiedad privada de algunos individuos sobre la tierra parecerá algo tan monstruoso como la propiedad privada de un hombre sobre su semejante. Ni la sociedad en su conjunto, ni la nación ni todas las sociedades que coexisten en un momento dado, son propietarias de la tierra. Son, simplemente, sus poseedoras, sus usufructuarias, llamadas a usarla como *boni patres familias*, y a transmitirla mejorada a las futuras generaciones» [*El Capital. Crítica de la economía política* (tomo III) (1894), trad. de W. Roces, México, Fondo de cultura económica, 1991, pp. 719-720]. Por otra parte, H. SIDWICK, en el libro *Los métodos de la ética* (1907), afirma que «[l]a mera diferencia de anterioridad o posterioridad en el tiempo no constituye un fundamento razonable para tener un mayor respeto hacia la conciencia existente en un cierto momento más que en otro»; y «un utilitarista debe tomar en consideración los intereses de la posteridad en la misma proporción que los intereses de sus contemporáneos» (ap. G. PONTARA, *Ética y generaciones futuras*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 136).

¹⁷ De acuerdo con G. Pontara la negación habría venido utilizando tres grandes argumentos relativamente repetidos a lo largo del tiempo y que descartarían cualquier tipo de responsabilidad moral hacia las generaciones futuras: la ya mencionada asimetría, la irrelevancia del problema o nuestra ignorancia respecto al futuro (PONTARA, G., *op. cit.*, pp. 34 y ss.).

instancia implica algún fundamento de la relación moral, como el *poder*, la *empatía* o la *reciprocidad*¹⁸.

Ciertamente las asimetrías intergeneracionales son innegables como hecho. Vienen dadas por la forma en que los seres humanos se suceden unos a otros y, aún más profundamente, si se quiere, con la estructura del mundo, con la dirección de la flecha del tiempo. Cuestión distinta es si eso constituye un argumento concluyente para negar la responsabilidad respecto a las generaciones futuras. Es un asunto diferente porque resulta discutible que el fundamento de la moralidad se base en los hechos que aquí se echan en falta. Resulta discutible, en definitiva, que la base de la moralidad esté, respectivamente, en la simetría de *poder*, en la *empatía*, o en la *reciprocidad* entre los sujetos de la relación moral.

Efectivamente, hay una asimetría de *poder* cierta entre la generación presente y las generaciones futuras. La generación presente puede influir de formas diversas en ellas, lo que significa que tenemos cierto poder sobre las mismas¹⁹. En cambio, no es cierto lo contrario: lo único sobre lo que tendrán control los habitantes del futuro que nos pueda importar es nuestra reputación, la memoria que tendrán respecto a sus antepasados. Pero no parece que eso pueda ser muy relevante de cara a corregir la asimetría de poder. Hasta aquí poco hay que discutir. Sin embargo, hay una importante tradición que va desde Hobbes y Hume a Hart y Gauthier que sitúa la relevancia de la moralidad (y del derecho)

¹⁸ En cierto modo, esta categoría de argumentos también pueden ser compartidos por visiones que nieguen obligaciones morales con respecto a los animales no humanos. Véase P. de LORA, *Justicia para los animales. La ética más allá de la humanidad*, Madrid, Alianza, 2003, esp. pp. 109 y ss.

¹⁹ Hay diferentes formas en las que podemos incidir en la vida de las personas que vivan en generaciones futuras: podemos incidir sobre *la totalidad* de los que vivan en el futuro, pero también podemos incidir –parcialmente– sobre *quiénes* vivirán y sobre *cómo* vivirán. En efecto, podemos incidir sobre *todos* los individuos que vivirán en el futuro. Además los casos pueden ser complejos, puesto que algunas de las consecuencias de nuestras acciones presentes pueden tener consecuencias muy demoradas en el tiempo y, por ejemplo, no manifestarse hasta dentro de muchos años o incluso de muchas generaciones. Por este mismo motivo, algunas de las consecuencias de nuestras actuaciones pueden ser diferentes para diferentes generaciones: por ejemplo, pueden ser beneficiosas a corto plazo, pero desastrosas a largo plazo. Se puede incidir también, en segundo lugar, sobre *quiénes* vivirán en el futuro. Sobre este punto, se ha destacado con frecuencia la posibilidad de que las ciencias de la vida y la ingeniería genética puedan incluso modificar la identidad de los seres humanos del futuro diferenciándolos de los humanos presentes (cfr. G. HOTTOIS, *El paradigma bioético. Una ética para la tecnociencia*, Barcelona, Anthropos, 1991). Pero, sin necesidad de acudir a esta posibilidad, la simple toma de opciones alternativas en materia demográfica, energética, científica, militar, social, etc. puede definir, por así decirlo, futuros alternativos a nuestro presente, lo cual ya es una forma de definir *quiénes* vivirán en el futuro. Se puede incidir, por último, en *cómo* vivirán las personas del futuro, sean estas quienes sean. Es decir, las decisiones del presente pueden afectar a la *forma* y a la *calidad* de vida de las personas futuras. Al igual que ocurría en el primer caso, la influencia de las actuaciones actuales sobre el modo y la calidad de vida de las generaciones futuras puede ser diferente para diferentes generaciones.

en la posibilidad de paz, en la medida en que los seres humanos son lo suficientemente iguales en poder como para poderse dañar unos a otros, o, si se quiere, para que todos puedan dañar a cada uno de los demás. Esto, a su vez, genera una necesidad de dependencia y cooperación para vivir bien, lo que hace mutuamente ventajoso para todos la existencia de instituciones diseñadas para dar a las personas motivos artificiales para respetar los intereses de los demás (moral basada en el provecho mutuo)²⁰. Desde este punto de vista, es decir, si se aceptan estas premisas, parece claro que no se podrían generar obligaciones hacia las generaciones futuras con esta base.

El argumento de la ausencia de *empatía*, se centra en hablar de las limitaciones de nuestra empatía, pues no estamos en condiciones de identificarnos con las generaciones futuras, ni estamos motivados para tener en cuenta sus intereses. Parte de este argumento suele incidir en la dificultad para mostrar empatía con seres no existentes o potenciales²¹.

En realidad, la asimetría de poder o de empatía son formas de ver lo que, con carácter general, es una alegada *ausencia de reciprocidad*. De acuerdo con esto, más allá de quienes nos puedan amenazar o con quienes logremos empatizar, lo relevante es que los deberes morales se derivarían de la existencia de determinadas relaciones de entre quienes forman parte de la «comunidad moral». No obstante, incluso si admitiéramos que la relación ética de responsabilidad no presupone

²⁰ HOBBS, Th., *Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil* (1651) Madrid, Alianza, 1996, especialmente cap. 13, pp. 105 y ss.; HUME, D., *Tratado de la naturaleza humana* (1739-40), trad. F. Duque, Madrid, Tecnos, 1988, esp. Libro III, Parte II, Sección II, pp. 652 y ss.; HART, H., *El concepto de derecho*, trad. G. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pp. 239 y ss.; GAUTHIER, D., *La moral por acuerdo*, trad. A. Bixio, Barcelona, Gedisa, 2000. Es cierto que autores contemporáneos que se sitúan en esta tradición han intentado justificar la existencia de ciertas obligaciones hacia las generaciones futuras. Así, Gauthier lo hace valiéndose del hecho de que las generaciones se interpenetran y que cada individuo de cada generación vive con gentes que pertenecen a otras generaciones. Esto hace que las generaciones sean parcialmente coexistentes, por lo que el contrato que instaura la moral permanecería invariable a lo largo de la historia. Con todo, esta solución no parece satisfactoria, pues no soluciona los problemas derivados de las consecuencias remotas de nuestras acciones presentes, que se pueden manifestar sobre generaciones con las que de ninguna manera existen estas conexiones.

²¹ Respecto a la confusión subyacente a la idea de considerar no existentes a las personas futuras, como ha destacado G. Pontara, es en realidad errado hablar de personas futuras como inexistentes o como meramente potenciales. La razón de ello es que se puede distinguir entre individuos *posibles* (aquellos cuya existencia dependerá de las elecciones que hagan determinados individuos que ya existen, como por ejemplo, tener o no hijos), individuos *meramente posibles* (que permanecerán como meramente posibles, ya que en general tenemos menos hijos de los que sería posible) e individuos *futuros* (que son los que de hecho existirán en el futuro). Pero hecha esta distinción, los individuos futuros no son «potenciales»: están lejos de nosotros en el tiempo, pero de hecho existirán, aunque no sepamos quiénes ni cuántos serán (PONTARA, G., *op. cit.*, p. 58. Véase también R. HARE, «Possible People», *Bioethics*, n.º 4, 1988, pp. 279-293).

una relación de reciprocidad (al menos en su forma típica), sí que resulta arbitrario reducir el ámbito de la comunidad moral a quienes a su vez actúan moralmente respecto a nosotros, esto es, a los que respecto a nosotros son agentes morales. Nada hay de extraño que tengamos deberes hacia quienes no son agentes, sino meramente pacientes morales y de los que no podemos esperar siquiera la posibilidad de reciprocidad, como por ejemplo niños pequeños o animales no humanos; o, por supuesto, generaciones futuras²².

De este modo, aun si estos argumentos lograran excluir la reciprocidad, es dudoso que constituyan razones para negar completamente la responsabilidad hacia las generaciones futuras, ya que –como se ha dicho– la relación de responsabilidad no exige la reciprocidad. Por este motivo, no es de extrañar que también entre los defensores de la responsabilidad respecto a las generaciones futuras se haya dado fácilmente por buena la afirmación de la inexistencia de reciprocidad entre generaciones sin necesidad de mayor indagación. En general, han entendido que no hay siquiera necesidad de cuestionar este hecho para defender su propuesta (que si acaso se podría ver debilitada por el compromiso con la idea de reciprocidad). Es el caso, por ejemplo, de la reciente y relevante aportación de P. Mercado relativa a la idea de «derechos insostenibles»²³. Para este autor que el derecho ambiental y sobre todo los derechos relativos al medio ambiente hayan resultado tan débiles es debido a su posición incapaz de contrarrestar unos derechos preexistentes y plenamente asentados en la lógica del sistema, a pesar de que resultan insostenibles ecológicamente. Basados en los derechos de propiedad, de libre empresa y de libre circulación de mercancías, otorgan el derecho a contaminar o a apropiarse de recursos no renovables. Por eso es necesario superar la idea del desarrollo sostenible o resignificarlo a través de las ideas de límite y de preocupación por el futuro, lo que habrá que traducir (jurídicamente) por medio de las nociones de deberes, de responsabilidad colectiva y de definición de un estatuto jurídico de los bienes comunes ambientales. Respecto a las generaciones futuras se desplegarían estos deberes y esta responsabilidad, pero la noción de reciprocidad en ningún caso resulta operativa, al menos «en el sentido estricto del término», siguiendo en esto explícitamente a A. Dobson, para quien las obliga-

²² En realidad, no tiene nada de extraño hacerlo hoy en día, pero es más esclarecedor ver que históricamente el estrechamiento del círculo de reciprocidad ha servido en occidente para excluir, por las mismas razones y con la misma lógica que a las generaciones futuras, a las mujeres, a los niños, a los esclavos, a los indígenas o a la propia naturaleza (B. DE SOUSA SANTOS, *Para descolonizar occidente. Más allá del pensamiento abismal*, Buenos Aires, Clacso, 2010, p. 112).

²³ MERCADO, P., «Derechos insostenibles», en José Antonio Estévez Araújo (ed.), *El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 139-166.

ciones respecto a las generaciones futuras «no pueden, por definición, fundarse en la reciprocidad»²⁴.

Así pues, en general para los defensores de los deberes y de la responsabilidad hacia las generaciones futuras no aparece como necesario cuestionar el *hecho* de la ausencia de reciprocidad, una vez que pueden sostener que ello no tiene mayor significado *normativo*. Es decir, una vez que este hecho no impide la existencia de bases diferentes en que fundar obligaciones o responsabilidades.

¿Por qué entonces empeñarse en explorar la posibilidad de la reciprocidad? ¿Por qué no aceptar, sin más, su ausencia o al menos la irrelevancia de la cuestión? Fundamentalmente por dos razones. En primer lugar, porque la noción de reciprocidad es susceptible de proporcionar una respuesta no sólo a *si* debemos algo a las generaciones futuras o somos responsables frente a ellas, sino también –una vez respondido afirmativamente– a *qué* les debemos. En segundo lugar, porque la reciprocidad, en general, representa no sólo una razón moral, sino habitualmente un lazo material, una relación capaz de motivar la acción. No vamos, para ello, a explorar la idea de reciprocidad en general, sino un tipo particular y en cierto sentido peculiar, como es la *reciprocidad indirecta*.

3. LAS RAZONES DE LA JUSTICIA INTERGENERACIONAL

La distinción que acabamos de introducir entre *si* debemos algo a las generaciones futuras y *qué* les debemos (una vez contestada afirmativamente la primera cuestión) es muy relevante. Existen diferentes razones morales por las que podríamos afirmar que sí debemos algo a las generaciones futuras, más allá de lo ya dicho sobre que la distancia temporal no debe ser diferente que la espacial. Pero cada una de esas razones, que en muchos casos no son excluyentes, parece conducir a diferentes respuestas sobre *qué* les debemos.

Es posible hacer una primera clasificación entre razones de tipo no sustantivo y razones de tipo sustantivo para justificar nuestras obligaciones. Entre los argumentos morales de carácter no sustantivo se pueden mencionar la noción de imparcialidad, la noción de universalización y la idea de las condiciones de posibilidad de la moral. La noción de *imparcialidad* ha sido relevante en diferentes teorías éticas, en particular en la propuesta de Rawls, en la que el *velo de ignorancia* –que se da en la posición original en la que se negocian los principios de justicia social– es la ficción procedimental que permitiría garantizar precisamente la imparcialidad, al ignorarse, por ejemplo, qué posición

²⁴ MERCADO, P., *op. cit.*, p. 163, y DOBSON, A., «Ciudadanía ecológica: ¿una influencia desestabilizadora?», *Isegoría*, n.º 24, 2001, pp. 167-187. También en este sentido H. JONAS, *op. cit.*, p. 166.

social se ocupará. Rawls supone que en la posición original estén representados individuos pertenecientes a la misma generación (que es además la del presente) y que se saben contemporáneos, aunque introduce en las motivaciones de esos individuos una preocupación por sus descendientes directos. De mayor alcance es la idea de que las partes contratantes, aunque pertenezcan todas a la misma generación desconocen, en cambio, de qué generación se trata (y si su sociedad es pobre o rica, agrícola o industrial). Por eso la restricción de la imparcialidad, basada en el desconocimiento parcial sobre sí, actúa hasta cierto punto en la postura rawlsiana²⁵.

Con respecto a la noción de *universalización*, J. Riechmann ha sugerido la idea de la sustentabilidad como test de universalidad: la sustentabilidad podría ser considerada como la concreción del criterio kantiano de universalidad más adecuado a los problemas ecológicos. De esta forma las actividades humanas sustentables serían aquellas «universalizables en tiempos largos, habida cuenta de las restricciones ecológicas impuestas por la finitud de la biosfera»²⁶. Si un criterio para la validez de un juicio moral es la susceptibilidad de ser universalizable, el criterio de la sustentabilidad serviría para someter al test de universalidad a distintas alternativas de actuación u organización social considerando esos «tiempos largos»²⁷.

Por último, se podría añadir el argumento de que constituye un imperativo moral el permitir la supervivencia y la reproducción de las *condiciones de la propia moralidad*. Es decir, en nuestras actuaciones con consecuencias para las generaciones futuras, deberíamos al menos garantizar que se permitan reproducir las condiciones de posibilidad materiales que posibiliten que los seres humanos tengan en el futuro la capacidad de comportarse moralmente, es decir de decidir en libertad y forjarse sus propias concepciones de la vida buena, lo que sin duda incluye la preservación de un futuro significativamente abierto en cuanto a posibilidades²⁸.

²⁵ RAWLS, J., *op. cit.*, p. 269. Aunque Rawls se ocupa de la cuestión de las generaciones futuras y en buena medida contribuyó a animar el debate filosófico en este punto, su solución parece limitar la cuestión a una cláusula de «ahorro justo» para las siguientes generaciones. Para una consideración crítica de la noción de imparcialidad véase I. M. YOUNG, *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid, Cátedra, 2000, pp. 165-205.

²⁶ RIECHMANN, J., *op. cit.*, p. 175

²⁷ Del mismo modo, Hans Jonas propone completar el imperativo kantiano «actúa de tal manera que puedas querer que la máxima de tu acción se convierta en ley general» con un «imperativo de la responsabilidad» que se podría expresar como «[o]bra de tal modo que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de la vida humana sobre la Tierra». O, expresado negativamente: «[o]bra de tal modo que los efectos de tu acción no sean destructivos para la futura posibilidad de esa vida». O simplemente: «[n]o pongas en peligro las condiciones de la continuidad indefinida de la humanidad en la Tierra» (H. JONAS, *op. cit.*, p. 40).

²⁸ La noción del «derecho a un futuro abierto» fue desarrollada por J. Feinberg pensándolo en términos individuales y para el caso de los niños, sobre la base de que

Entre las razones de carácter sustantivo cabría mencionar la *igualdad*, el *paternalismo* y la *solidaridad*. El argumento de la *igualdad* está centrado en la idea de que los intereses de todas las personas cuentan lo mismo con independencia de su posición en el tiempo. Esta es probablemente la primera idea²⁹ que se ha manejado en la ética para fundamentar el peso de nuestros deberes hacia las generaciones futuras³⁰. El argumento basado en la igualdad incidiría en la idea de que todos los seres humanos han de ser tratados como iguales, de forma que sus intereses sean tenidos en consideración y con el mismo peso. El momento temporal en que vivan no sería una razón para establecer distinciones, de ahí que tal como lo ha denominado J. Riechman estaríamos ante un *igualitarismo diacrónico*³¹.

Para la expresión de los vínculos respecto a las generaciones futuras, cabe pensar también en la idea del *paternalismo*. Si bien desde J. S. Mill, la reflexión filosófica sobre el paternalismo lo ha visto justificadamente como un enemigo de la libertad³², llevando a una sospecha generalizada respecto de las actitudes paternalistas, hay, en cambio,

los niños deberían tener al menos una cantidad adecuada de capacidades y habilidades que les proporcionarían la posibilidad de elección de una gama razonable de tipos de vida disponibles a los miembros de su sociedad (FEINBERG, J., «The Children's Right to an Open Future», *Freedom and Fulfillment. Philosophical Essays*, Princeton, Princeton University Press, 1992, pp. 76-95). Respecto a las generaciones futuras, como ha observado B. Barry, «por supuesto que no sabemos cuáles serán los gustos exactos de nuestros descendientes remotos, pero seguro que no incluyen el deseo por un cáncer de piel, la erosión del suelo o la inundación de las zonas bajas como consecuencia del derretimiento de las capas de hielo polar. Y, a igualdad de condiciones, no dañaremos los intereses de las generaciones futuras dejándoles más opciones en lugar de menos», BARRY, B. «Justice between Generations», en *Law, Society and Morality. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, ed. P. M. S. Hacker y J. Raz, Oxford, Clarendon Press, 1977, pp. 268-284 (recogido de M. ROSEN y Jonathan WOLFF, *Political Thought*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 291-299, por donde se cita, p. 297).

²⁹ Es mérito del utilitarismo incluso, desde sus clásicos, el haber sido una teoría ética atenta a tomar en consideración los intereses de individuos futuros, precisamente desde la idea de que todos los individuos pesan lo mismo desde un punto de vista moral. Con todo, D. Parfit ha planteado al utilitarismo poderosas objeciones teóricas en este punto, al introducir la idea de que cuando tomamos una decisión entre varias alternativas posibles, no sólo incidimos en el bienestar de las generaciones futuras sino también en el propio volumen de la población futura. Una vez que esto se tiene en cuenta, el utilitarismo llega en determinados casos a conclusiones absurdas o inaceptables (D. PARFIT, *op. cit.*, pp. 665-666).

³⁰ Así por ejemplo, desde la ética dialógica las generaciones futuras tienen virtualmente competencia comunicativa y son las potencialmente afectadas por nuestras decisiones, lo que lleva a conclusiones similares. Paradójicamente Rawls sostiene que podría ser necesario apelar a la igualdad entre generaciones frente al utilitarismo, pues éste podría exigir unos sacrificios excesivos por el bien de las generaciones futuras (J. RAWLS, *op. cit.*, p. 276).

³¹ RIECHMANN, J., *op. cit.* p. 186.

³² En el muy conocido pasaje: «Nada puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo» (J. S. MILL, *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 1993, p. 65).

comportamientos paternalistas que no sólo están justificados, sino que son obligatorios y exigibles. Este podría ser el caso de una acción paternalista respecto a las generaciones futuras³³. Tendríamos el deber de actuar de forma paternalista, por ejemplo, para proteger un bien como es el de la libertad de las futuras generaciones, lo que exigiría una actitud paternalista de cuidado.

Con respecto a la idea de *solidaridad*, se podría plantear si acaso ésta no sería un mejor apoyo para la fundamentación de nuestros deberes respecto a las generaciones futuras que las ideas anteriores³⁴. Quizá la alegada falta de reciprocidad en las relaciones entre generaciones alejadas en el tiempo sea una buena razón para acudir a la noción de solidaridad intergeneracional. La solidaridad intergeneracional estaría basada en la idea de continuidad y de pertenencia, en una conciencia de humanidad que fundamentaría la responsabilidad respecto a las generaciones futuras. Representaría la idea de vinculación con una idea y un destino común que nos haría sentirnos responsables por el futuro de la especie. Una noción que, como veremos a continuación, encaja con la idea de la reciprocidad indirecta³⁵.

4. LA NOCIÓN DE RECIPROCIDAD INDIRECTA

Una vez examinadas estas nociones, hay que concluir que el alcance de las obligaciones y responsabilidad hacia las generaciones futuras puede ser muy diferente según lo anclamos en cada una de las razones anteriores. En efecto, puede ir desde unas obligaciones mini-

³³ J. RAWLS utiliza la idea del paternalismo en la idea de que «las partes [de la posición original] suponen que sus descendientes querrán tener protegida su libertad», por lo que en este caso la decisión paternalista en nombre de otros (de sus descendientes de los que nada saben), por su bien y según lo que se crea que escogerían ellos mismos si tuviesen uso de razón y pudiesen decidir racionalmente (J. RAWLS, *op. cit.*, p. 199).

³⁴ *Vid.*, P. VAN PARIJS, «Du patrimoine naturel aux régimes de retraite. Quelle solidarité entre les générations?», en *Refonder la solidarité*, en *Refonder la solidarité*, París, Les Éditions du Cerf, 1999, pp. 67-95. Aunque Van Parijs no desarrolla la idea del vínculo entre los deberes hacia las generaciones futuras y la solidaridad, su planteamiento parte de la idea de que para poder *salvar* la idea de solidaridad es preciso refundarla, lo que exige vincularla con la cuestión de la justicia intergeneracional.

³⁵ Como también lo hace la propia noción de «responsabilidad», en el sentido que se maneja para hablar de responsabilidad hacia las generaciones futuras. Efectivamente, siguiendo a P. Mercado, habría que apuntar que en el caso de la responsabilidad hacia las generaciones futuras lo relevante no es imputar a alguien un hecho pasado para buscar una reparación del daño. «La responsabilidad de la que hablamos debe entenderse menos en el sentido clásico de una responsabilidad orientada a imputar una falta ocasionada en el pasado que en el sentido de responder a un encargo asumido para el futuro, una responsabilidad «prospectiva», orientada definitivamente hacia el futuro, que implica deberes y reglas de comportamiento hacia los otros y hacia la naturaleza» (P. MERCADO, *op. cit.*, p. 163).

malistas de garantizar la continuidad de la vida humana (o garantizar que la vida que van a vivir se dé en unas condiciones que no la hagan indigna de ser vivida), hasta obligaciones mucho más exigentes, como las que vendrían dadas por la idea de la igualdad diacrónica. En definitiva, es asunto diferente decidir *si* debemos algo a las generaciones futuras –lo que es relativamente sencillo– y determinar *qué* es lo que les debemos. Si para lo primero el elenco de razones puede ser concurrente, una vez que haya que responder a lo segundo puede ser muy distinto acudir a una u otra razón.

Una respuesta habitual a la pregunta de *qué* les debemos a las generaciones futuras, parte de la intuición de que debemos devolver a las generaciones futuras (al menos) lo que hemos recibido (en depósito) de las anteriores. Esta aproximación al problema, si bien presenta una formulación sencilla y atractiva (aunque todavía imprecisa), es al mismo tiempo radical y contracorriente. Lo es porque supone la idea de que nuestra relación con la naturaleza debe ser diferente de la relación de apropiación y de dominio hegemónica en la modernidad³⁶: debe acercarse más, por el contrario, a la idea de usufructo, como proponía por ejemplo Marx³⁷. Ello representa un contraste con la visión que paradigmáticamente representa Locke para la modernidad en términos de pura apropiación de la naturaleza. Los principios lockeanos sobre la limitación respecto de la apropiación justa (dejar para los demás igual cantidad de su misma especie o similar, o su equivalente), son por cierto un lugar común para discutir las relaciones con las generaciones futuras, desde diferentes interpretaciones de los mismos³⁸. Sin embargo, una filosofía política como la suya que concibe el planeta en los términos de que somos propietarios en lugar de custodios, es dudoso que pueda ir demasiado lejos en la protección de los intereses de las generaciones futuras (lo que se suma a que, *de hecho*, parece que hemos ya desbordado los límites de la apropiación justa incluso según la cláusula lockeana³⁹).

³⁶ Y no sólo en la modernidad: «Fructificad y multiplicaos; llenad la tierra y sometedla» (Génesis 1:28).

³⁷ Vid. nota 16.

³⁸ LOCKE, J., *Segundo tratado sobre el gobierno. Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil* (1690), trad. C. Mellizo, Madrid, Tecnos, 2006, esp. Sección 37. Véase, por ejemplo, C. WOLF, «Contemporary Property Rights, Lockean Provisos and the Interests of Future Generations», *Ethics*, Vol. 104, n.º 5, 1995, pp. 791-818. Wolf aquí, sin embargo, opta por una concepción de los derechos de propiedad en términos de usufructo.

³⁹ CAPELLA, J. R., *op. cit.*, pp. 41-42. Esta superación *de hecho* de la cláusula lockeana también permite interpretaciones muy diversas de la misma, pues si bien buena parte de los comentaristas la consideran un límite muy suave a la apropiación justa, Van Parijs en cambio considera que en las circunstancias actuales resulta demasiado exigente: «Si lo debemos mantener durante un número indeterminado de generaciones, significaría no solamente que debemos dejar intactos todos los recursos renovables, sino también que debemos limitar nuestro consumo de recursos renovables a su renovación. La justicia exigiría en esta hipótesis una reducción draconiana de nuestro

Como veremos a continuación, la noción de reciprocidad incorpora la idea de usufructo frente a la de apropiación. Aunque hemos insistido en que respecto a las generaciones futuras no hay una situación de reciprocidad estricta, para desarrollar la idea de que debemos devolver a las generaciones futuras lo que hemos recibido se puede explotar la noción de la reciprocidad *indirecta*. La reciprocidad indirecta se caracteriza porque la generación de la que somos deudores es diferente de la generación acreedora o, si se quiere, la generación a quien le debemos algo es diferente de la generación directamente beneficiaria de la devolución de nuestra deuda. La idea de la reciprocidad indirecta sitúa en primer plano el hecho de que las relaciones de justicia intergeneracional no se plantean únicamente de forma bilateral entre una generación y las generaciones futuras (pues en este caso, ya hemos insistido en ello, no hay reciprocidad, aunque, y también hemos insistido, eso no significa que no se cree un vínculo moral de responsabilidad). Por el contrario, la idea de reciprocidad indirecta destaca la idea de que las relaciones de justicia intergeneracional enlazan tanto hacia el futuro como hacia el pasado, creando una red de vínculos intergeneracionales entrelazados.

La idea de la *reciprocidad indirecta* sugiere, por ello, que para determinar nuestras responsabilidades respecto a las generaciones futuras, echemos la mirada no sólo al futuro, sino también al pasado.

Es importante señalar que tanto la noción de *reciprocidad*, como la noción de *reciprocidad indirecta*, no son meramente construcciones ideales. Tampoco son conceptos privativamente pertenecientes al ámbito de la ética o con valor meramente normativo. Lo que interesa destacar aquí, por el contrario, es que la noción de reciprocidad ha sido bien desarrollada en el campo de la antropología, a partir de la observación, de la interpretación y de la conceptualización del funcionamiento de sociedades humanas reales. De esta manera, la reciprocidad no es únicamente la expresión de un deber de consideración hacia otros, sino que también, en otro ámbito, es un mecanismo real que funciona en distintas sociedades y que constituye un medio de generación de vínculo social⁴⁰.

tren de vida» (P. VAN PARIJS, *op. cit.*, p. 71). Van Parijs rechaza esta posibilidad y defiende que el imperativo de justicia se resumiría en la idea de no deteriorar el potencial productivo para las futuras generaciones, compensándolas por ejemplo mediante mejoras técnicas que permitieran mantener o mejorar la capacidad productiva. Aunque parece que esta idea puede resultar atrayente desde un punto de vista filosófico-político, en cambio no es claro si resulta realmente compatible con los límites materiales de sostenibilidad ecológica que, ni en la mejor hipótesis tecnófila, son infinitos.

⁴⁰ La creación de vínculo social por medio de la reciprocidad ha de ser matizada en el sentido de que no todo intercambio recíproco genera (de la misma manera) tal vínculo. Las formas más básicas de trueque, al realizarse un intercambio inmediato, en principio no contribuyen a la creación de vínculo social, o desde luego no lo hacen de forma significativamente distinta que los intercambios de mercado en los que interviene el dinero. En cambio, en las formas de intercambio recíproco en las que aparece el regalo o don, el intercambio es diferido mediante la creación de una expect-

En general se entiende que la reciprocidad es, siguiendo en esto la obra del economista K. Polanyi⁴¹, una de las tres formas fundamentales de intercambio. Las otras dos son la *redistribución* y el *mercado*. La reciprocidad, la redistribución y el mercado se encuentran presentes en prácticamente todas las sociedades, aunque en distintas y muy variables proporciones. En cada sociedad alguna de estas formas de intercambio es la dominante, como pueda ser el mercado en las sociedades capitalistas. Respecto a la reciprocidad, quizá el rasgo que haya que destacar desde un comienzo, es que no está basada en un intercambio de equivalentes exactos entre dos personas o grupos. Esto es algo que, como después se verá, tiene gran relevancia.

Es muy importante tener en cuenta que la reciprocidad indirecta no es una pura creación teórica. Al contrario, contamos con ejemplos reales y bien documentados de su existencia y vigor. En su explicación sobre la reciprocidad, el propio Polanyi aclara que:

«... los miembros de estos grupos pueden no ser recíprocos entre sí, y serlo con los miembros correspondientes de un tercer grupo con el que mantengan relaciones similares. Unas familias que vivan en cabañas agrupadas en círculo podrían ayudar a sus vecinos de la izquierda y ser ayudados ellos mismos por los de la derecha en una cadena infinita de reciprocidad sin que haya absolutamente ningún tipo de mutualidad entre ellos»⁴².

En efecto los casos de reciprocidad indirecta han sido bien estudiados en el campo de la antropología y la sociología. El que es quizá uno de los casos más conocidos –y también más debatidos en cuanto a su significado– es el descrito por B. Malinowski como *Kula* (o intercambio *kula*) entre las comunidades de los habitantes de las islas Trobriand (o Kiriwina) en Papúa Nueva Guinea⁴³. El *Kula* se lleva a cabo a lo largo de un circuito cerrado de islas, en el que dos tipos de artículos viajan constantemente en direcciones opuestas: en una dirección unos largos collares de concha roja llamados *soulava*, y en la otra unas pulseras de concha blanca llamadas *mwali*.

«En cada isla y en cada aldea, un número más o menos amplio de hombres participan en el *Kula* –es decir, reciben los bienes, los tienen por un tiempo breve y luego los entregan–. Así, cada hombre en el *Kula*, de forma periódica aunque no regular, recibe uno o varios *mwali* o un *soulava*, y después tiene que entregarlo a otro compañero, del que recibe un bien opuesto a cambio. Por eso nadie tiene nunca alguno de esos artículos en su poder durante demasiado

tativa de devolución. En tal caso sí que se genera vínculo por lo que aquí se prestará especial atención a la presencia del don.

⁴¹ POLANYI, K., *El sustento del hombre*, Barcelona, Mondadori, 1994, esp. pp. 109 y ss.

⁴² POLANYI, K., *íd.*, pp. 112-113.

⁴³ MALINOWSKI, B. *Argonauts of the Western Pacific* (1922), Prospect Heights, Waveland Press, 1984, esp. capítulo III, pp. 81-104.

tiempo. Una transacción no finaliza la relación Kula, pues la regla es que «una vez en el Kula se está para siempre», y una sociedad entre dos hombres es algo para toda la vida. A su vez, cada *mwali* o *soulava* estará siempre viajando y cambiando de manos, ya que también para ellos se aplica el principio de que «una vez en el Kula se está para siempre»⁴⁴.

No se trata de un mero trueque de productos –algo inaceptable desde el punto de vista de los participantes– ya que el Kula consiste en otorgar un regalo que tiene que ser correspondido por un equivalente después de un cierto lapso de tiempo, incluso si el tiempo no es mucho. Por otra parte, es también importante señalar que la equivalencia de lo que se va a dar a cambio es determinada por el que da, sin que exista ninguna forma de coerción o manera de hacerlo efectivo. Se espera que se devuelva un valor justo y completamente equivalente, pero incluso si el receptor considera que no es así, y aun sintiéndose decepcionado o enfadado, no hay forma de obligar a su corrección, ni tampoco de poner fin a la relación⁴⁵.

En este clásico ejemplo, no resulta tan relevante para nuestros propósitos examinar el debatido asunto de la funcionalidad social y económica subyacente de este complejo sistema ceremonial de intercambio, como constatar su realidad y su capacidad para generar vínculos sociales y obligaciones operativas. En una reinterpretación parcial –y también clásica– de su significado, el sociólogo M. Mauss destacará su vertiente colectiva: más que de intercambios entre individuos, estamos de algún modo ante intercambios entre representantes de colectivos que a través de ellos sellan potentes vínculos basados en el don (o regalo)⁴⁶. Tendremos la oportunidad de desarrollar con más detalle este punto de vista a continuación, al examinar las objeciones a la utilización de la noción de reciprocidad indirecta.

5. RECIPROCIDAD INDIRECTA Y DON

Aunque el concepto de reciprocidad indirecta esté bien asentado en el ámbito de la antropología, su utilización en el ámbito de la justicia intergeneracional se enfrenta a diversas objeciones. Algunas de ellas son relevantes, pero en otros casos se derivan, a mi juicio, de una deficiente consideración de lo que significa esta institución. Voy a discutir tres cuestiones: el denominado problema del «don-obligación»,

⁴⁴ Íd., pp. 81-83.

⁴⁵ Íd., pp. 95-96.

⁴⁶ MAUSS, M., *The Gift. The form and reason for exchange in archaic societies*, London, Routledge, 2002.

el problema del «pasado-futuro»⁴⁷ y el problema de las relaciones con las generaciones pasadas. Los dos primeros problemas presentan características parecidas, por lo que los trataré de forma conjunta en este apartado. El tercero, será discutido en el siguiente punto.

La objeción del «don-obligación» lo que plantea es la cuestión de si todo don da lugar necesariamente a obligaciones. Así, se dice, o bien algo es un don por el que no se espera nada a cambio, en cuyo caso no nos obligaría a nada, o bien se espera algo a cambio. Pero en este caso la persona que lo acepta debería estar en condiciones de conocer que ese es su significado, así como de rechazarlo. Por ejemplo, al igual que un recién nacido no está en condiciones de rechazar los dones que supuestamente van a suponerle una obligación de por vida, de la misma manera una generación no está en condiciones de rechazar su herencia y por lo tanto de tener algún control sobre lo que serán sus obligaciones futuras. La objeción del «pasado-futuro», lo que plantea es que incluso si se cree que los dones generan una obligación de devolver, no resulta evidente que haya que devolverlo a la siguiente generación, es decir, que la orientación tenga que ir hacia el futuro. Dado que las generaciones no se siguen unas a otras, sino que se superponen en un mismo momento temporal, se podría pensar en una devolución de lo debido que beneficiase a la generación previa, aquella de la que se ha recibido el don (por ejemplo, dedicando grandes recursos a la atención de las personas mayores). Se sustituiría aquí la reciprocidad indirecta por un mecanismo de reciprocidad *directa*. En este caso, no habría una obligación de devolver a la siguiente generación tanto como hemos recibido, ya que parte de nuestra deuda –si no toda– estaría saldada⁴⁸.

Así planteadas, las objeciones parecen poderosas. Sin embargo creo que su fuerza deriva de un malentendido respecto al significado del *don* y al mecanismo de la *reciprocidad* (ya no de la reciprocidad indirecta, sino de la reciprocidad en general). Un malentendido que tiene que ver, creo, con un encorsetamiento del discurso moral en una concepción de la institución del mercado como forma universal y total de las relaciones humanas. Sólo así es posible considerar que no hay alternativa entre un don que no exige contraprestación y un don que, por exigirla, parece convertirse más en un contrato cuyas cláusulas pueden ser negociadas. Sin embargo, en el campo de la antropología tanto la noción de *don* como de la *reciprocidad* están bien estudiadas y asentadas. Más allá de los múltiples debates que

⁴⁷ GROSSERIES, A., «Intergenerational justice», en H. LaFollette (ed.), *The Oxford Handbook of Practical Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 466.

⁴⁸ Este argumento circunscribe el ámbito de la justicia intergeneracional al de la justicia intrasocial. No obstante, es importante destacar que por el contrario se suele suponer que el nivel espacial de la justicia intergeneracional es el global, pues son globales buena parte de los problemas más relevantes que se han planteado cuando se discute la cuestión de las generaciones futuras. Parece además la única forma aceptable de tratar asuntos que comprometen a generaciones alejadas en el tiempo.

plantean, hay acuerdo en considerar que aquí estamos ante formas de intercambio *no mercantil*.

En el caso de la reciprocidad, ya lo hemos detallado: la reciprocidad no está basada en un intercambio de equivalentes *exactos* entre personas o grupos. Pero merece la pena examinar la noción estrechamente vinculada con la reciprocidad como es el *don*, cuyo estudio clásico se debe a la obra ya citada de M. Mauss *Essai sur le don* (1924)⁴⁹. Efectivamente, los intercambios recíprocos se realizan en términos de don y contradon, pero no a partir de una equivalencia estricta entre dones, lo que excluye el regateo e incluso las manifestaciones de autointerés económico, que también está presente en las relaciones recíprocas⁵⁰. En los intercambios recíprocos, el flujo de servicios y productos no depende de un contraflujo definido, ni mucho menos de una contabilidad estricta. Ello no ha de resultar extraño: en nuestra sociedad ocurre, por ejemplo, con los regalos que se intercambian amigos y familiares⁵¹.

El don efectivamente es un elemento central de la reciprocidad, pero además –según el análisis de Mauss– es un elemento central para la creación y el fortalecimiento de los vínculos sociales. El don se explica a través de la existencia de tres obligaciones: la de donar, la de aceptar lo donado y la de devolver lo que se ha donado (o una cosa mejor). Para Mauss la donación genera una doble relación entre el que dona y el que recibe: una relación de solidaridad (ya que el donador comparte) y una relación de superioridad (ya que el que recibe el don y lo acepta contrae una deuda, al menos hasta que lo devuelva). Esto es importante porque, por un lado, en el don no sólo existe una obligación de donar y de devolver, sino que también se genera la obligación de recibir, ya que rechazar el don significa el rechazo del vínculo social. Por otro lado, como ha destacado M. Godelier en una reciente reinterpretación del análisis de Mauss, la fuerza que «obliga a devolver el don», reside:

«en el hecho de que la cosa o la persona no resultan alienadas cuando se dona. Por el contrario, la cosa donada sigue formando parte de las realidades que conforman la identidad, el ser, la esencia inalienable de un grupo humano, de una persona moral. Podríamos decir que se trata de un «bien» común del que puede cederse el uso, pero nunca la propiedad»⁵².

Así pues, la capacidad de la reciprocidad y del don para generar obligaciones que creen vínculos sociales ha de entenderse dentro de un

⁴⁹ MAUSS, M., *op. cit.*

⁵⁰ «La conducta apropiada es a menudo la de equidad y consideración, o al menos una muestra de ello, y no la actitud *stricti juris* de la ley antigua, como la insistencia de Shylock en su libra de carne», *íd.*, p. 113.

⁵¹ HARRIS, M., *Introducción a la antropología general*, Madrid, 1991, pp. 310 y ss.

⁵² GODELIER, M., *El enigma del don*, Barcelona, Paidós, 1998, p. 70.

ámbito en el que no se funciona con la lógica mercantil-contractual. Y eso porque la obligación no se puede saldar en términos de equivalencia monetaria. Pero, además, porque el objeto donado circula, pero sólo como un bien común en el que la propiedad no cambia ni se transmite: la razón es que en realidad no existe estrictamente apropiación.

Desde un punto de vista moral y político creo que resulta imperativo defender que determinados aspectos de la vida social no se organicen en torno a relaciones de mercado⁵³. Probablemente sea imposible una sociedad en la que el mercado no sólo fuera la forma de distribución dominante, sino también la exclusiva. Pero aún en el caso de que ello fuera posible, de lo que no cabe duda es que sería una situación totalmente indeseable e inhumana. Un ejemplo de uno de los múltiples aspectos de la vida social que no debe ser organizado en torno al mercado y que no cuesta entender, es el de las relaciones entre padres/madres e hijos/hijas. Creo que a nivel más general, el de las relaciones entre las distintas generaciones tampoco debe ser organizado en torno al mercado. Si la propuesta de reciprocidad indirecta es valiosa, y creo que lo es, ha de ser concebida en términos estrictos de *reciprocidad* y no de mercado.

6. LA RECIPROCIDAD INDIRECTA MIRANDO HACIA EL PASADO

El tercer problema a tratar relativo a la idea de la reciprocidad indirecta es el que tiene que ver no tanto con nuestras relaciones respecto a las generaciones futuras, sino con nuestras relaciones respecto a las generaciones pasadas. Las ideas de la reciprocidad indirecta y del don destacan que aquello que recibimos nos genera tanto la obligación de recibir como la obligación de devolver (en el futuro), para así recrear la cadena de reciprocidad intergeneracional. Pero, en la medida en que los vínculos de reciprocidad se van entrelazando entre generaciones, cada generación tiene con las anteriores lazos que son de dos tipos: por un lado recibe el don que va a generar la obligación de reciprocidad (que, en términos de reciprocidad indirecta, ha de ser satisfecha respecto a las generaciones siguientes); por otro lado, es a su vez —o ha sido en algún momento— la «generación futura» respecto de aquella generación anterior. Si las generaciones G1, G2 y G3 se suceden en

⁵³ En el ámbito de la filosofía política ha habido un creciente interés por este asunto. Con carácter general cfr. C. ARNSPERGER, *Crítica de la existencia capitalista*, Buenos Aires, Edhasa, 2008. Centrándose en aspectos más concretos relativos a los límites éticos del mercado hay valiosas aportaciones actuales al debate en E. ANDERSON, *Value in Ethics and Economics*, Cambridge-London, Harvard University Press, 1993 (esp. pp. 141 y ss.), D. SATZ, *Why some things should not be for sale. The moral limits of markets*, Oxford, Oxford University Press, 2010 y M. J. SANDEL, *What money can't buy. The moral limits of Markets*, New York, Farrar Straus and Giroux, 2012.

el tiempo, la generación G2 (supongamos que es la generación del presente) tendrá una obligación con su generación futura G3 que se deriva de la reciprocidad indirecta resultante de haber recibido la herencia de su generación precedente G1. Así G2 deberá devolver a G3 lo que ha recibido de G1. Pero por otro lado G2 es –o ha sido– una generación futura de G1 (que habrá estado comprometido con G2 en virtud de la obligación que contrajo a su vez de su relación con G0). Por este motivo, la relación entre G2 y G1 es doble, por así decirlo, pues son mutuamente tanto deudoras como acreedoras. Podríamos también formularlo en términos de *responsabilidad* (o incluso de *derechos*⁵⁴, pues lo que quiero señalar aquí no varía por la forma en que concibamos la relación): si hay responsabilidad con respecto a las generaciones futuras, entonces G1 fue responsable respecto de G2, como ahora G2 lo es respecto de G3. Pero la idea de la reciprocidad indirecta, además, explica mejor esta relación y, eventualmente, es capaz de dar cuenta de la solidez del vínculo.

Se podría decir entonces simplificadaamente que toda generación ha sido generación futura en el pasado. Si lo pensamos en esta perspectiva podemos pensar qué ocurre cuando una generación dada incumple sus deberes con respecto a una generación futura que, en su momento, se encuentra con los hechos consumados. Buena parte de la dificultad de la justicia intergeneracional se sitúa aquí, como ya sabemos, porque la generación que ha incumplido sus deberes ya habrá desaparecido (lo que impide la reciprocidad *directa*) o, en el caso de que no haya desaparecido todavía, quizá ya no haya forma de que repare el daño causado. Es el problema planteado por la posibilidad de

⁵⁴ No me voy a ocupar aquí de los particulares problemas que plantea el abordaje del problema de nuestros deberes y responsabilidades respecto a las generaciones en términos de derechos. Efectivamente de la asunción de que tenemos ciertos deberes y responsabilidades de tipo moral hacia las generaciones futuras, no se sigue necesariamente la asunción de que se han de postular *derechos* de las generaciones futuras, asunto que al menos desde un punto de vista teórico y conceptual presenta bien conocidas dificultades. Sin embargo los intereses en juego (individuales y colectivos) cuando hablamos de generaciones futuras son al menos de tanta importancia como los protegidos por otros derechos humanos ya consolidados, por lo que una hipotética negación de los derechos de las generaciones futuras no puede estar basada en su irrelevancia o en la falta de importancia de los intereses protegibles. Por ello, incluso si hipotéticamente la posibilidad de acomodar las pretensiones de justicia relativas a las generaciones futuras en términos de derechos se saldase con un fracaso, habría más bien que concluir con un reconocimiento de las limitaciones de la categoría jurídico-política «derechos» –y con la necesidad de sustituirla o de completarla– antes que con la desvalorización de la relevancia del problema (como es tan habitual hacer: véase como ejemplo BECKERMAN, W., «The impossibility of a theory of intergenerational justice», en J. Tremmel (ed.) *Handbook of Intergenerational Justice*, Northampton, Edward Elgar, 2006, pp. 53-71). Para una evaluación de los problemas de los «derechos de las generaciones futuras» y una propuesta de superación, véase RODRÍGUEZ PALOP, M. E., *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Madrid, Dykinson, 2010 (2.ª ed.) y el ya citado P. MERCADO, *op. cit.*

que el incumplimiento en cadena de responsabilidades desvirtúa la propia idea de la reciprocidad entre generaciones.

En efecto, cuando una generación, o sucesivas generaciones incumplen sus deberes respecto a las generaciones futuras, la propia base de la reciprocidad indirecta en generaciones se tambalea. Efectivamente, si la exigencia de reciprocidad indirecta era formulada en términos de que cada generación adquiere la obligación de devolver a la siguiente generación al menos lo que recibió de la anterior, cada incumplimiento estaría rebajando aquello a lo que cada generación se obliga. La razón es que una generación cumple simplemente con devolver lo mismo que recibió. Pero puede ser que aquello que tienen que devolver sea ya algo que esté muy menguado, y algo que de alguna manera resulte insuficiente (y que ya le ha resultado insuficiente a esa misma generación). Por otra parte sería difícil exigir más, a no ser que de alguna manera hagamos responsable a cada generación de los excesos de sus generaciones anteriores, (además de haberlos tenido que sufrir directamente). Por este motivo, la capacidad de la noción de la reciprocidad indirecta para fundar la protección de los intereses de las generaciones futuras es insuficiente por sí misma. Pero, en realidad, no es una característica privativa de la reciprocidad indirecta. Ocurre aquí lo mismo que con cualquier tipo de reciprocidad: puede funcionar mientras no se rompan sus bases. En este caso de reciprocidad indirecta lo puede hacer, en particular, mientras no haya un grupo de generaciones que dilapide el patrimonio que ha de transmitir de generación en generación. La reciprocidad indirecta no es, por supuesto, un seguro ni un mecanismo infalible frente a la posibilidad de disolución de los lazos sociales y en particular de los vínculos intergeneracionales. Pero nos ofrece una respuesta respecto a qué debemos a las generaciones futuras y una explicación al menos parcial de cómo funcionan –y cómo pueden funcionar– los mecanismos generadores de vínculo social, también intergeneracional.

En la medida en que la reciprocidad (incluso en el caso de la reciprocidad indirecta) puede llegar a resultar insuficiente, de nuevo hay que acudir a la idea de la responsabilidad. Por un lado, somos responsables frente al futuro (y ninguno de los argumentos negadores resulta convincente). Por el otro, estamos obligados por una red de relaciones de reciprocidad que en realidad representan el vínculo social diacrónico y la continuidad de la estirpe humana. Precisamente, por esto último, creo que la noción de reciprocidad indirecta es valiosa para pensar estos problemas.

Fecha de recepción: 31/03/2014. Fecha de aceptación: 31/10/2014.

Inmigración y barreras en la ciudadanía.
El miedo al otro y el derecho a la democracia plural¹

*Immigration and citizenship walls. The fear of the
other and the right to pluralistic democracy*

Por RAÚL SUSÍN BETRÁN
Universidad de La Rioja

RESUMEN

En este texto se aportarán algunos elementos para comprender cómo nuestras sociedades están reaccionando a la inmigración como un elemento estructural y, con ella, al hecho del multiculturalismo. Nos preocupa, especialmente, cómo la categoría de ciudadanía deviene en excluyente y cómo nuestras sociedades perciben, y definen, al extraño como una amenaza. En este sentido, nos ocuparemos de algunos de los muros, reales y metafóricos, levantados para protegernos del extraño, que ponen de manifiesto una cierta normalización de la desconfianza y la xenofobia, y reflejan nuestra incapacidad para avanzar, a través del diálogo y del reconocimiento de derechos, hacia una democracia plural.

Palabras clave: *Ciudadanía, inmigración, multiculturalismo, xenofobia, democracia plural.*

¹ Este texto se inscribe en el marco del proyecto con referencia DER2010-20826-C02-02 («La incidencia de la violencia en la eficacia de los derechos»), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad-Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación.

ABSTRACT

This paper offers some basic ideas for understanding how our societies are reacting to immigration as a structural element and, with it, to the fact of multiculturalism. We are particularly concerned with how the category of citizenship becomes exclusionary and how our societies perceive and define the stranger as a threat. In this regard, we discuss some of the walls, real and metaphorical, built to protect us from the stranger, which demonstrate a certain normalisation of distrust and xenophobia, and reflect our inability to move forward, through dialogue and the recognition of rights, towards a pluralistic democracy.

Key words: *Citizenship, immigration, multiculturalism, xenophobia, pluralist democracy.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. CENTRANDO EL PROBLEMA.—2. ALGUNAS CUESTIONES CLAVES: LA INMIGRACIÓN COMO ELEMENTO ESTRUCTURAL Y LA CIUDADANÍA COMO CATEGORÍA EXCLUSIVA Y EXCLUYENTE.—3. EL VALOR DEL EXTRAÑO. DESDE SU FUNCIONALIDAD, A SU INQUIETANTE AMENAZA. 3.1 *El extraño como elemento funcional en la sociedad consumista y su aportación económica positiva.* 3.2 *¡Que vienen los bárbaros! Muros reales y metafóricos ante el extraño como amenaza.* 3.3 *El extraño como chivo expiatorio y «fobotipo» de lo propio.*—4. CONCLUYENDO: LA NECESIDAD DE UN DIÁLOGO —Y DE UNOS DERECHOS— QUE DERRIBEN MUROS Y NOS HAGAN MENOS BÁRBAROS.—5. BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. FOCUSING ON THE PROBLEM.—2. SOME KEY ISSUES: IMMIGRATION AS A STRUCTURAL ELEMENT AND CITIZENSHIP AS AN EXCLUSIVE AND AN EXCLUDING CATEGORY.—3. THE VALUE OF THE STRANGER. FROM ITS FUNCTIONALITY, TO ITS DISTURBING THREAT. 3.1 *The stranger as a functional element in consumer society and its positive economic contribution.* 3.2 *The Barbarians are coming! Real and metaphorical walls the stranger as a threat.* 3.3 *The stranger as a scapegoat and «phobotype» of itself.*—4. IN CONCLUSION: THE NEED FOR A DIALOGUE —AND SOME RIGHTS— THAT BRING DOWN THE WALLS AND MAKE US LESS BARBARIANS.—5. BIBLIOGRAPHY.

1. INTRODUCCIÓN. CENTRANDO EL PROBLEMA

Dentro de los complejos procesos de transformación que atraviesan hoy nuestras sociedades, no es el de menor relevancia aquel que tiene que ver con el tránsito de las mismas desde sociedades construi-

das sobre la base de una cierta homogeneidad a otras en las que la diversidad se presenta como un reto. En este sentido, cuestiones ocurridas en las últimas décadas del siglo pasado –y que no dejan de tener continuidad en estas dos primeras décadas del XXI–, como la intensificación de los procesos migratorios, la globalización y el desgaste del vínculo Estado-nación-ciudadanía, abren el debate para repensar, de acuerdo a las exigencias de pluralidad, tanto la condición de ciudadanía como la propia idea de democracia.

Sin embargo, y como iremos viendo, frente a la realidad multicultural es excesivamente frecuente encontrar cómo lo político institucional, en un gesto que puede ser interpretado como auto-protector, se cierra al reconocimiento de un significado de la ciudadanía –y de la democracia– sensible a esa realidad. Se desprecia, de esta forma, uno de los valores propios de la democracia, su capacidad para ir transformándose al tiempo que conoce de los riesgos y desafíos que se le presentan. Y entre estos riesgos y desafíos no es para nada despreciable el que tiene que ver con saber afirmar las diferencias, y en ellas reconocer que la diversidad debe contaminar –en sentido positivo– el significado de la idea de ciudadanía y de la misma democracia como democracia plural.

Si, de acuerdo con Pietro Costa, la ciudadanía se presenta como «la relación política fundamental», esto es, la relación entre un individuo y el orden jurídico político en el que este se inserta (Costa: 2006, 35), hablar de una sociedad con suficientes niveles de integración exige remover los elementos que hacen que en ella la ciudadanía no sea sino una pirámide con espacios fuertemente compartimentados, excluyentes, y en los que resulta prácticamente imposible cualquier movilidad. Mientras las personas que conviven en esas sociedades no sientan que se actúa de forma abierta en el reconocimiento de la diversidad; mientras, tanto a nivel de derechos en abstracto como cuando toca hablar de la eficacia de estos derechos en lo que afecta a situaciones cotidianas, no se reconozca el valor del otro como parte de nosotros mismos, no podremos hablar de nuestras sociedades como sociedades democráticas que cumplen las exigencias de legitimidad que la pluralidad actual requiere.

2. ALGUNAS CUESTIONES CLAVES: LA INMIGRACIÓN COMO ELEMENTO ESTRUCTURAL Y LA CIUDADANÍA COMO CATEGORÍA EXCLUSIVA Y EXCLUYENTE

Tras unos años de crisis es cierto que los movimientos migratorios y la inmigración no han permanecido ajenos a los mismos; así, se puede apreciar una cierta tendencia decreciente que afecta a los países desarrollados y, aunque no a todos por igual, por lo menos sí a nuestro país, como se recoge en los datos proporcionados por el Instituto

Nacional de Estadística (INE)². Si bien es cierto que, de una parte, en estos datos habrá que tener en cuenta cuestiones como los procesos de nacionalización de los extranjeros; y, de otra parte, que no deja de ser una tendencia que, como se pone de manifiesto con una mirada a la realidad, o a las noticias que podemos encontrar en los medios de comunicación de forma recurrente, no es un cambio de gran calado, ni mucho menos consolidado³.

En cualquier caso, lo cierto es que nuestras sociedades de ningún modo volverán al estado de hace solo unas décadas. Tienen ante sí una pluralidad, alimentada en buena medida por esta intensificación de los procesos migratorios, que supone un reto complejo, pero, a la vez, una oportunidad de redefinir la ciudadanía y con ella la propia democracia en una clave plural. Ignorar este desafío supone instalarse en una especie de crisis de ansiedad que nos deslizará hacia el bloqueo y la incapacidad de tomar decisiones para adaptarse a las nuevas necesidades; o, peor aún, hacia una reacción de cierre de fronteras no solo geográficas, sino a un nivel más profundo, a un nivel que tiene que ver con la propia identidad, con la propia existencia construida, precisamente, en base a la negación del otro.

En este sentido, nos resulta de utilidad la doble opción que recoge Zapata-Barrero en relación a cómo el multiculturalismo afecta al marco conceptual de lo que ha sido la *Santísima Trinidad* de las democracias liberales europeas. La relación triádica formada por el «Estado», la «Nación» y la «Ciudadanía» –en la que esta última desempeña un papel mediador como «el principal vehículo que tiene el Estado y la Nación para legitimarse»– atraviesa un período de desencanto, abriéndose la posibilidad de construir dos tipos de argumentos o corrientes. De un lado, la que este autor denomina *vía fundamentalista*, que defiende el carácter sagrado e indivisible de la Santísima Trinidad, aboga por la homogeneidad y la uniformidad, y en el ámbito de la ciudadanía identifica a esta con la nacionalidad; de otro lado, la que Zapata-Barrero llama *vía multicultural*, la cual supone una problematización de la relación Estado-Nación-Ciudadanía, la defensa del carácter heterogéneo del *demos* y que la ciuda-

² A modo de referencia, las últimas cifras publicadas por el INE como «Estadística del Padrón Continuo», y disponibles en el momento de redactar este artículo, indican lo siguiente: la población extranjera a 1 de enero de 2012 era de 5.736.258; la que había a fecha de 1 de enero de 2013 descendió a 5.546.238; y, con datos provisionales, la de 1 de enero de 2014 se redujo a 5.000.258. Para la consulta de estos datos: www.ine.es (última consulta, diciembre 2014).

³ Me refiero, por ejemplo, a las noticias que en los medios de comunicación recogen cómo miles de inmigrantes intentan llegar a las costas de Italia, en concreto a Sicilia y Lampedusa, sobre todo desde Libia y, también, huyendo del conflicto Sirio; o las que se refieren a la inmigración que «asedia» directamente Ceuta y Melilla y que el ministro del Interior español, Jorge Fernández, cifró a primeros de marzo de 2014 en 40.000 personas.

danía no deba necesariamente estar identificada con una única nacionalidad (Zapata-Barrero: 2003, 114-117).

O como también viene a sostener unas páginas más adelante: dentro de las barreras políticas –sin olvidar junto a ellas a las económicas, que afectan al vínculo ciudadanía-igualdad y que en el caso de los inmigrantes elevan sus muros–, que provocan distancia entre el concepto moderno de ciudadanía y su expansión semántica, no es la menos importante la del prejuicio que nos obliga a plantear la relación *nacionalidad=Estado=ciudadanía* como una relación de igualdad, y en ella sus términos como no intercambiables. Concluyendo este autor: «Si el vínculo entre *Estado/Nación/Ciudadanía es La* (en mayúscula) forma de legitimar toda gestión política, tenemos dificultades de encontrar elementos para incorporar una nueva realidad dentro de los parámetros tradicionales: la realidad del multiculturalismo» (Zapata-Barrero: 2003, 124-127).

Para comprender estas dificultades y barreras que empobrecen nuestra democracia, creo que resulta de utilidad fijarnos en cómo la ciudadanía ha vuelto a recuperar su capacidad excluyente, como «arquitecto de las desigualdades»; cuando, casi a modo de espejismo, con el análisis de T. H. Marshall pudimos pensar que había llegado a un punto irreversible en el reconocimiento del ciudadano como miembro de pleno derecho de su comunidad, de una comunidad nacional de iguales (Marshall: 1998). Así, como se ha señalado por diversos autores, la visión de Marshall estaba pensada para sociedades homogéneas, uniformes, ajenas al pluralismo cultural actual (Coutu: 1999, 12-13); o como también han recogido Fraser y Gordon: «Su periodización de las tres fases de la ciudadanía, por ejemplo, se adecua solo a la experiencia de los hombres, trabajadores y blancos. Una minoría de la población» (Fraser y Gordon: 1992, 69).

Dicho de otra forma, resulta que al igual que en su día este reconocimiento de unos individuos como ciudadanos, como miembros de la comunidad política, del *demos*, es decir, como portadores de derechos, supuso dejar fuera del disfrute de los mismos a buena parte de la población; hoy nos encontramos con que en nuestras sociedades seguir asignando derechos en virtud de la pertenencia a una nacionalidad crea una fractura entre lo que es la población real y la sociedad políticamente reconocida; entre los que viven en una sociedad y los que disfrutaban de la condición de ciudadanos y de la titularidad de derechos –y reconocimiento– que significa esta condición⁴. Se puede

⁴ Resulta de interés la aportación de Bottomore recogida en la edición en castellano del texto de Marshall con la que trabajamos. Bottomore, a finales del xx, propone una revisión del concepto de ciudadanía que tenga en cuenta el tema de la inmigración y sus consecuencias. Entre otras cosas, se ocupa de alertar sobre cómo la «internacionalización» del empleo ha provocado la disociación residencia-nacionalidad y esto, a su vez, origina efectos en el plano de los derechos, lo que le lleva a poner en cuestión la capacidad de la categoría de ciudadanía para asignar derechos individuales y concluir: «La alternativa estaría en concebir un cuerpo de derechos humanos

decir que se trata de una forma de pensar los derechos basada en la contraposición ciudadanos-extranjeros, nosotros-ellos, y en la exclusión de estos, los extranjeros, del espacio que constituye el *demos*, lo que da lugar a toda una «institucionalización-naturalización» de un ámbito de exclusión que se mantiene firmemente cerrado al desarrollo de la democracia⁵.

La conversión de la inmigración, y con ella del hecho del multiculturalismo, en un elemento estructural de nuestras sociedades obliga, por lo tanto, a una reflexión en torno a la relación ciudadanía-inmigración y a cómo en ella –en la ciudadanía– se ha revertido su imagen inclusiva y expansiva hacia una dimensión exclusiva y excluyente. Una dimensión que socava las oportunidades de integración de la población inmigrante, supone un alto coste de legitimidad y acaba deteriorando la calidad democrática de nuestras sociedades. Roto el vínculo existente entre la idea de ciudadanía y la pertenencia al Estado-nación, y que supuso durante un tiempo el criterio básico de inclusión en el orden que este significaba⁶, el panorama que sale a la luz, el de una sociedad de castas en la que conviven nacionales y no naciona-

para cada individuo en la comunidad donde vive o trabaja, con independencia de sus orígenes nacionales y su ciudadanía formal» (BOTTOMORE: 1998, 128).

⁵ En DE LUCAS (1994, 117-180) se afirma la existencia de esta exclusión «natural» de los extranjeros del ámbito de los derechos a partir de la distinción hombre-ciudadano. En esas páginas, escritas ya hace dos décadas, encontramos –partiendo de que entendemos que su «equiparación restringida» es lo menos restringida posible y está lo suficientemente delimitada para no resultar «inmoral»– cuestiones que nos siguen siendo de utilidad, como cuando se pregunta: «¿Por qué han de asumir las cargas sin derechos?»; cuando denuncia la caducidad de la relación ciudadanía-nacionalidad que lleva a la existencia de «fronteras interiores de la ciudadanía»; o cuando nos aporta elementos para comprender cómo la institucionalización de la xenofobia a través del Derecho tiene su base en la distinción hombre-ciudadano y con ella en la creación de la condición jurídica del extranjero como una condición jurídica de segunda clase.

⁶ Con todo, no se puede ignorar el papel integrador desarrollado por el Estado-nación. Así, por ejemplo, Habermas destaca la relación de las naciones en sentido moderno con la democratización del poder, y añade: «Fue la nación la que fundó un contexto o nexo de solidaridad entre personas que hasta entonces habían resultado extrañas las unas a las otras»; con lo que se reforzaba la «artificialidad» y formalidad de la organización jurídico-política del Estado y la racionalidad de las ideas de soberanía popular y derechos del hombre con el *apoyo anímico* de la idea de nación. La nación proporcionaba, de una parte, como nación *querida*, «la nación de los ciudadanos, esto es, la nación que es obra y producto de la voluntad de estos», legitimidad democrática; y, de otra parte, en su versión de nación *nacida*, como «nación compuesta por quienes pertenecen a un pueblo, la nación en la que los miembros de un pueblo crecen y se encuentran», integración social (HABERMAS: 2001, 175-179). Sin embargo, el problema viene, como dice el mismo Habermas en esas páginas, cuando la fuerza integradora de la nación se hace derivar de «algo dado prepolíticamente, de un hecho independiente de la formación de la voluntad política»; es en esta nación *naturalizada* cuando por la vía de la homogeneización se neutralizan y eliminan las diferencias. Como crítica –desde posiciones republicanas– de la lectura particularista que deriva en nacionalismos, Ovejero (2006); y también es de interés para conocer el trasfondo ideológico del nacionalismo europeo desde finales del XVIII a principios del XX, DEL REAL ALCALÁ (2007).

les, residentes autorizados y no autorizados, supone un alejamiento «de la aspiración democrática de convivencia dentro de un espacio político de igualdad» (Rubio Marín: 2002, 181)⁷.

Sin embargo, conviene señalar que lo paradójico del caso es que, pese a sus costes de legitimidad democrática, esta sociedad de castas no deja de ser buscada conscientemente en virtud de su valor estratégico. Como plantea Mezzadra en sus reflexiones sobre el «derecho de fuga» y la crisis de la ciudadanía: «La cuestión de la exclusión de los migrantes del espacio jurídico, político y simbólico del Nosotros constituido por el conjunto de los sujetos titulares plenos de los derechos de ciudadanía ocupa una importancia estratégica tanto en la teoría como en la práctica: más aún en una época en la que cada configuración “identitaria” (...) parece investida de múltiples tensiones, circunstancia que favorece la difusión de tendencias de repliegue defensivo y reactivo en “pequeñas patrias” más o menos abiertamente racistas». En relación con esto, en un momento de cuestionamiento de la validez de la configuración nacional de la ciudadanía —donde buena dosis de responsabilidad la tiene el factor de la intensificación de los procesos migratorios en el contexto de globalización—, de una parte, las fronteras se hacen más porosas y el espacio y la pertenencia se ven afectados, se disgregan y se recomponen, facilitando espacios de transición «en donde fuerzas y sujetos distintos entran en relación, se chocan y se encuentran poniendo en juego (y modificando) la “identidad” de cada uno»; mientras que, de otra parte, los *confines*, a diferencia de las fronteras, se levantan sólidos, a modo de «surcos trazados en la tierra», representando líneas de división no permeables, trazadas conscientemente como líneas de protección «de espacios políticos, sociales y simbólicos constituidos y consolidados» (Mezzadra: 2005, 93-118).

Nos sirve lo anterior para pensar cómo la libertad de movimiento que exigen las migraciones choca con los muros de estos *confines*, pensados como barreras, reales y metafóricas, y levantados en nuestras sociedades para hacer frente a lo que se interpreta como turbulencias amenazadoras e imprevisibles. Unos surcos y muros que se levantan o rebajan atendiendo al valor que le demos al extraño. El extraño, el extranjero, es aceptado en la medida en que su presencia nos resulta funcional; y es rechazado en la medida en que su presencia se convierte, y la convertimos, en una amenaza donde, precisamente, recuperamos su funcionalidad en tanto que *chivo expiatorio* en el que descargar nuestros temores y ansiedades.

⁷ Sobre estas discriminaciones que tienen su origen en la nacionalidad, fijando la atención en el ámbito de las políticas y legislaciones europeas en materia de inmigración, y teniendo como elemento relevante el contexto de globalización economicista, véase RUBIO CASTRO y MOYA ESCUDERO (2011).

3. EL VALOR DEL EXTRAÑO. DESDE SU FUNCIONALIDAD, A SU INQUIETANTE AMENAZA

3.1 El extraño como elemento funcional en la sociedad consumista y su aportación económica positiva

Vayamos por partes. Primero, y de acuerdo a los criterios de una sociedad atravesada por el «síndrome consumista», establecemos con el extraño una mera relación de consumo en la que este resulta ser un mero «proveedor de placer» del que se puede prescindir a voluntad del consumidor. Recordándonos las trampas de un multiculturalismo de miras estrechas y unidireccionales, Bauman plantea: «Los extraños llevan restaurantes que prometen experiencias inusuales y excitantes a las papilas gustativas, venden objetos misteriosos y de aspecto curioso adecuados como tema de conversación en la siguiente fiesta, ofrecen servicios que otras personas no se dignarían o se rebajarían a prestar (...). Los extraños son personas a las que uno paga por los servicios prestados y por el derecho a prescindir de sus servicios una vez que ya no aportan placer. En ningún momento los extraños comprometen la libertad del consumidor con sus servicios. Como el turista, el patrón, el cliente, el consumidor de servicios es siempre el que manda: exige, establece las reglas y, sobre todo, decide cuándo empieza y cuándo acaba el encuentro» (Bauman: 2001a, 107)⁸.

Como nos indica el citado Bauman, se trata de un multiculturalismo afectado por una cierta perversión ideológica. Un multiculturalismo que no se toma en serio el pluralismo de nuestras sociedades y que, incluso, podríamos decir que se muestra *tramposo*. Funciona sobre la base de la estratificación y la desigualdad: uno consume y otro provee, no es, pues, bidireccional; lo cual determina que la relación, el reconocimiento del otro, únicamente tenga lugar cuando el consumidor lo desee, negando así la posibilidad de establecer una relación de reconocimiento mutuo en situación de igualdad. En cierto sentido, podemos pensar que se trata de una forma de entender las diferencias y de plantear un modelo de convivencia acorde con la sociedad de consumidores en la que la modernidad líquida ha transformado a la sociedad de productores. Un modelo de relación y convivencia propio de una sociedad

⁸ En cierta medida, esta funcionalidad del extraño, del diferente, queda reflejada en numerosas películas que nos sirven para complejizar y descomplejizar la realidad. Por citar solo dos. Sobre todo la ya clásica *Blade Runner* (Ridley Scott: 1982), de la que, además, podemos destacar un texto que la utiliza desde la perspectiva iusfilosófica, más allá del tema de la diferencia y la multiculturalidad, DE LUCAS (2002a); y otra película interesante en este aspecto podría ser la más reciente *Criadas y señoras* (TATE TAYLOR: 2011), donde no faltan la «aceptación», y la desechabilidad, del extraño en su funcionalidad y la existencia de muros que unas mujeres se empeñan en derribar.

en la que todo se consume, que tiene como característica más prominente «su capacidad de transformar a los consumidores en productos consumibles, o más bien de disolverlos en un mar de productos», y donde las relaciones humanas son invadidas, conquistadas y colonizadas por parte del mercado, de sus visiones del mundo y su patrones de comportamiento (Bauman: 2007a, 11-41).

Y en esta sociedad atravesada por el «síndrome consumista», a los extranjeros –la mayoría de ellos considerados consumidores fallidos, sujetos superfluos para esta sociedad– se les recupera en una ritualización-normalización a gran escala que se realiza sobre ellos y que consiste en hacerlos funcionales para nuestras necesidades de «ser alguien más». Esto es, a la sociedad de consumo le mueve una dinámica de insatisfacción permanente que solo se alivia con un consumo constante y donde los extraños acaban por resultar útiles, funcionales, en una auténtica «política de la vida» donde todo se configura de acuerdo al citado «síndrome consumista» (Bauman: 2006a, 109-153). Así, ese consumidor fallido que es el extranjero pasa a ser un proveedor de placer; o, más aún, alguien que nos ofrece durante un tiempo la posibilidad de disfrutar de identidades diferentes, de forma breve y sin ninguna otra obligación que la que establece el mercado de pagar un precio. En el extraño descansamos nuestra necesidad de cambiar de identidad, de «ser alguien más». El desafío que supone el extraño, de este modo, se anula y pierde –o, por lo menos, se hace más débil– su potencial amenazador.

Además, esta funcionalidad del extranjero que compensaba su percepción como amenaza se refuerza en los años de expansión anteriores a la crisis con distintos estudios en los que se recoge su contribución neta positiva al crecimiento económico y, con él, al mantenimiento del Estado del bienestar, lo que pondría en cuestión no pocos prejuicios del discurso populista. Ya no es solo, que también, que en su momento su llegada favoreciera el incremento de la tasa de actividad femenina de las autóctonas al realizar trabajos de servicio doméstico, o que esta llegada tuviera efectos positivos en la dinamización de la economía con su aportación a paliar los efectos del envejecimiento poblacional característico de las últimas décadas en países receptores de movimientos migratorios, como España; sino que el saldo entre lo que aportan económicamente al sistema de protección social y lo que reciben del mismo es positivo en términos netos. Esto es, al margen de que la presencia de toda persona en territorio español, también los considerados irregulares, supone en algún momento una contribución al sistema de protección a través del pago de impuestos indirectos, en lo que se refiere a la aportación de la inmigración al crecimiento económico cabe destacar el resultado positivo del balance entre lo que aportan con sus cotizaciones e impuestos y la demanda y consumo que realizan de los servicios sociales; por lo menos, como indicábamos al inicio del párrafo, y como han recogido distintos informes, en lo que se refiere a los años de crecimiento anteriores a la crisis, cuyos resultados, entre

otras cosas, vienen a confirmar que el efecto llamada ha existido, pero no en respuesta a las prestaciones y programas sociales, sino a nuestra necesidad de mano de obra⁹.

3.2 ¡Que vienen los bárbaros! Muros reales y metafóricos ante el extraño como amenaza

Ocurre, sin embargo, que la crisis que se desata en 2007-2008 ha despertado nuestro lado más *bárbaro*, y ello no exclusivamente a través de los discursos que acusan al extraño de ser un gorrón que actúa como un parásito de nuestro modelo de bienestar¹⁰, algo que vendría a ser desmontado por informes como los que acabamos de citar; sino también a través de iniciativas jurídico-políticas en las cuales se refleja que la funcionalidad que nos atraía del extraño se ha transformado en una percepción de amenaza a nuestro bienestar, a nuestra identidad y a nuestra misma supervivencia, lo que exige un cierre de fronteras que nos proteja del acecho y sitio al que estamos sometidos¹¹.

⁹ En este sentido, véase MORENO Y BRUQUETAS (2011), informe que se centra en los retos –ya teniendo en cuenta unos años de crisis– que al sistema de protección social plantean las poblaciones de inmigrantes asentadas, analizando el acceso de los inmigrantes a los sistemas sanitarios, educativos y de protección social; estudiando la contribución del fenómeno migratorio al sistema de protección social; y, finalmente, aportando datos sobre la evolución de las actitudes de la sociedad española frente a los inmigrantes, sobre todo en lo que se refiere al acceso de esta población a dichos sistemas de protección. A su vez, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) publicó en junio de 2013 el informe *International Migration Outlook 2013*, el cual, para el caso de España y con datos promedio del período 2007-2009, recogía un saldo fiscal neto positivo de los inmigrantes (diferencia entre lo que aportan vía impuestos y cotizaciones y su gasto en servicios públicos, beneficios sociales y pensiones) que representa el 0,54% del PIB, unos 5.500 millones de euros, cfr. OCDE (2013). También, en su día, nos resultó de utilidad para reconocer los beneficios netos positivos de la inmigración sobre la economía algún otro informe como el elaborado desde la Fundación de Estudios de Economía Aplicada-FEDEA y coordinado por DOLADO Y VÁZQUEZ (2008).

¹⁰ Lo cierto es que la idea del inmigrante como un *free rider* –un gorrón que, con sus gastos, acabará siendo el culpable de que no podamos disfrutar del bienestar y felicidad que nos corresponde– es algo que se intensifica ahora pero que no es nuevo; por ejemplo, en los años previos a la crisis podíamos encontrar discursos de políticos en este sentido, es el caso, entre otras, de las manifestaciones del que en marzo de 2008 era secretario ejecutivo de Economía y Empleo del Partido Popular, Miguel Arias Cañete, responsabilizando a los inmigrantes de que colapsaran las urgencias del sistema sanitario. Por otra parte, resulta muy preciso Sami Naïr cuando en un breve artículo que publica en *El País* de 30 de noviembre de 2013, «La inmigración a debate», concluye: «Y también hay que recordar que las restricciones de los derechos sociales de las poblaciones europeas, que suscitan el auge de la intolerancia, no se deben a la inmigración y sí a las políticas de austeridad neoliberales en vigor en Europa».

¹¹ En DE LUCAS (2012a) podemos encontrar cuestiones de interés para entender cómo afecta la crisis, y las respuestas a la misma, a las migraciones y a las políticas migratorias, produciéndose, en relación a estas últimas, un proceso de reforzamiento

En este sentido, nos sobran ejemplos de iniciativas a las que referirnos, iniciativas que se empeñan en levantar fronteras, unas más físicas y otras más simbólicas, unas más burdas y otras más enredadas, con las que mantenernos a distancia unos de otros, con las que anular cualquier dilema en torno al otro; con las que, simplemente, apartar al otro de su condición de ciudadano o mantenerlo en un nivel, una casta, inferior. Así, se entienden las imágenes de fortaleza asediada que se nos transmiten desde Ceuta y Melilla –dos más de los muros que estamos construyendo en aras de alimentar un cierto retorno a lo que Innerarity se refiere como «ciertas formas de “neofeudalización” del mundo»¹²– con los sistemas de protección que se han levantado y materializado en vallas de varios metros de altura combinadas con concertinas, cámaras de vigilancia, sensores, alambres de espino, policías y otras medidas de seguridad, sin olvidar, por supuesto, lo que suponen dentro de las políticas de control migratorio otras intervenciones como la agencia Frontex o el sistema SIVE (Sistema Integrado de Vigilancia Exterior)¹³. Muros todos estos que son parte de una paradójica renacionalización de nuestras políticas migratorias que se corresponde con la desnacionalización de la vida económica que impone la globalización neoliberal¹⁴. Muros de una dudosa funcionalidad en cuanto a su objetivo manifiesto, la contención física del inmigrante¹⁵, pero que, al margen del negocio que suponen en no pocos casos (Rodier: 2013), cumplen una función latente en la medida en que pretenden contribuir a restaurar una cierta identidad nacional a través de la «fantasía de impermeabili-

de la negación tanto del pluralismo como del reconocimiento del inmigrante como ciudadano en la perspectiva de la *sociedad del menosprecio*.

¹² Cfr. el artículo firmado por Daniel INNERARITY y publicado en *El País* de 30 de junio de 2011 con el título «Un mundo amurallado».

¹³ Sobre Frontex, Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados Miembros de la Unión Europea, además de exigirle cuestiones ligadas a un mejor y más eficaz seguimiento en materia de derechos humanos en lo que se refiere a sus actuaciones, destaca un informe de Amnistía Internacional (*El coste humano de la fortaleza humana. Violaciones de derechos humanos cometidas en las fronteras de Europa contra personas migrantes y refugiadas*) que en 2014 ha tenido un presupuesto de 89,2 millones de euros, frente a los 15,6 de la Oficina de Apoyo al Asilo (EASO), cfr. Amnistía Internacional (2014).

¹⁴ «Así, el encuentro entre lo nacional y los procesos de desnacionalización no constituye un hecho inocente, sino un acontecimiento con múltiples y variadas consecuencias. En este sentido, existe una especie de historia invisible de los numerosos momentos en que las tendencias de desnacionalización sucumbieron ante las poderosas corrientes de lo nacional, que aún persisten sanas y salvas. En otros casos, los procesos de desnacionalización alimentan a las dinámicas nacionalizadoras en dominios separados que a veces se conectan. Por ejemplo, la desnacionalización de algunos componentes de nuestra economía está vinculada con la renacionalización de algunos componentes de nuestra política migratoria» (SASSEN: 2010, 21).

¹⁵ Elevar más las vallas, instalar más medidas para hacerlas más densas, no impide el asalto y la existencia de conflictos, algunos de dramáticas consecuencias, como ha quedado de manifiesto en febrero de 2014 con la muerte de, al menos, 15 personas que, tras intentar atravesar la frontera por tierra, probaban fortuna a nado a través de la playa del Tarajal, en Ceuta.

dad» que representan¹⁶; en la medida en que cumplen la función de servir como el exorcismo que ante el asaltante –ante la imprevisibilidad que supone la acumulación de extraños a las puertas de *nuestro paraíso*– requiere la sociedad sitiada¹⁷.

De la misma forma, los muros ya no solo coinciden con nuestras fronteras nacionales, si no que, aun con el matiz de la crisis, en estas sociedades que ya no volverán a la homogeneidad de hace unas décadas, el extraño se ha colado entre nosotros y representa todo un auténtico «enemigo interior», un «conciudadano indeseado» al que hay que mantener a distancia, evitarlo (Bauman: 2001b, 65-66). Así, se piensan y ponen en práctica estrategias y diseños urbanísticos con los que facilitar una distribución identitaria homogénea que sirva de garantía de orden frente a esa amenaza que supone la diversidad de identidades que acompaña al extraño¹⁸. Nuestras urbes, divididas por «muros» interiores, participan de una lógica de segregación que no deja de darse en un sentido y en otro –es decir, que de ella, a nivel físico, son ejemplo tanto los voluntarios pseudo-guetos residenciales urbanos como los suburbios donde se confina-deposita a los inmigrantes¹⁹–, que ha hecho que nuestras ciudades renuncien a ser lugares de encuentro y de diálogo entre experiencias diversas y se conviertan en espacios estratificados en los que se vive en compartimentos estancos, perfectamente esquivables y definidos por identidades que no se reconocen unas a otras o, peor aún, si se reconocen es en tanto que

¹⁶ «La defensa que los muros establecen contra el asedio anima la fantasía de la impermeabilidad dentro de la política psíquica, en la cual el enemigo es retratado como si viniese a asaltar, invadir, robar o saquear lo que es por derecho propiedad de la nación –su bienestar, seguridad, paz o la prosperidad de su forma de vida, sus trabajos, su riqueza, su privilegio de Primer Mundo, su existencia civilizada o sus valores liberal-democráticos– (...) Los muros son los medios visuales para restaurar este aislamiento psíquico. Ayudan a restaurar las imágenes de una autosuficiencia nacional y ayudan a borrar el sufrimiento o la destitución» (BROWN: 2012, 135).

¹⁷ Aunque referido a las fronteras segregadoras que existen internamente en nuestras sociedades, nos sirve la reflexión de Bauman sobre el peligro de los extraños y sobre esa obsesión paranoica por la seguridad que nos lleva a enclaustrarnos en «comunidades cerradas»: «La inmensa mayoría de los investigadores coinciden en que el motivo principal que impulsa a encerrarse entre las murallas (...) es el deseo (...) de no dejar entrar al lobo, que en el lenguaje hablado en esos barrios se traduce por “mantener a los extraños a una distancia prudencial”. Los extraños son peligrosos, y por eso todo extraño vaticina peligro. O al menos, así lo creen estas personas. Y su deseo primordial es estar a salvo del peligro. Más exactamente, estar a salvo del sobrecogedor, angustioso y paralizante *miedo* a la inseguridad. Y esperan que las murallas los protejan de ese miedo» (BAUMAN: 2011, 94).

¹⁸ Cfr. GONZÁLEZ ORDOVÁS (2010), donde encontramos una recopilación de sugerentes trabajos que piensan desde la filosofía del derecho el significado de la ciudad y de su distribución espacial. Desde una perspectiva diferente, con una visión más global y apuntando una mirada esperanzadora de las posibilidades de las «ciudades de llegada» como enclaves de transición, también nos puede resultar de interés para «imaginar» algo del futuro de la relación ciudad-movimientos migratorios, SAUNDERS (2014).

¹⁹ Sobre «el gueto como referencia», BAUMAN (2003, 131-145).

extrañas, como fuente de un «seguro» temor que alimenta, de forma casi paranoica, la desconfianza y la mixofobia²⁰.

Por su parte, también el Derecho y la política en el ámbito de la inmigración y la extranjería han contribuido a levantar estos muros –esta vez más metafóricos, pero con efectos reales, sobre todo, en cuando a dificultar avanzar en una democracia integradora– que nos separan a unos vecinos de otros, promoviendo, sobre una construcción social del otro como extraño –y sobre el prejuicio del mismo como un peligro y amenaza, tal y como lo percibimos y queremos verlo–, un trato diferenciado del inmigrante en lo que no deja de ser sino una nueva dimensión de racismo y xenofobia institucional (De Lucas y Añón: 2013, 41-47; y De Lucas: 2011, 5-8). Y, de igual manera y vinculado con lo anterior, tampoco resultan ajenos a esta paranoia de desconfianza y mixofobia los discursos populistas en los que el extranjero aparece como el intruso que viene a socavar nuestra seguridad en sus distintas dimensiones: personal, identitaria, cultural, existencial²¹. Por ejemplo, y aunque nunca hemos sido extraños a estas retóricas, lo cierto es que en época de crisis «lo extraño» tiende a resultar todavía más inquietante. Así, conforme nos acercamos a algún proceso electoral –tal y como se puedo ver en torno a las pasadas legislativas europeas de mayo de 2014, lo que supuso un buen test del ánimo europeo en este sentido– se extienden ejemplos de irresponsabilidad desde determinados políticos que no dudan en utilizar la inmigración en clave populista y xenófoba.

Pero no tenemos que acudir a discursos de la extrema derecha, como el de los euroescépticos Wilder en Holanda, Le Pen en Francia

²⁰ «La paranoia mixofóbica es un círculo vicioso que actúa como una profecía que lleva en sí el germen de su cumplimiento. Si se ofrece y se acepta la segregación como si fuera un remedio radical para el peligro que representan los extranjeros, la convivencia con ellos se vuelve más difícil cada día. Homogeneizar los barrios, y después reducir al mínimo inevitable todo comercio y comunicación entre ellos, es la fórmula infalible para avivar e intensificar el deseo de excluir y segregar. Semejante medida puede contribuir a aliviar los dolores que padecen las personas aquejadas de mixofobia, pero el remedio es patógeno en sí mismo y empeora el sufrimiento, por lo que siempre se requieren dosis más fuertes de la medicina para que el dolor sea soportable. La homogeneidad social del espacio, acentuada y reforzada por la segregación, reduce la capacidad para tolerar la diferencia de los habitantes de las ciudades y multiplica las ocasiones que pueden dar pie a reacciones mixofóbicas, lo que aumenta los peligros de la vida urbana, haciéndola más angustiosa en lugar de más agradable y llevadera» (BAUMAN: 2006b, 37-38).

²¹ Resulta de interés el artículo de opinión firmado por Juan Carlos Velasco, «La inmigración es cosa de metáforas», *El País* de 28 de marzo de 2014, donde concluye: «La colonización del lenguaje mediante metáforas hostiles al fenómeno migratorio no facilita el establecimiento y menos aún la consolidación de una sociedad democrática integradora. En una democracia las palabras deben ser objeto de un cuidado exquisito (...). Distorsionar el lenguaje es extraordinariamente grave en política, pues (...) ciertas palabras pueden arruinar la vida de muchas personas. El lenguaje empleado predefine la forma en que evaluamos las migraciones y, lo que es sin duda más importante, las propuestas que podamos formular para convivir con ellas».

o Nigel Farage y el UKIP en Reino Unido, entre algunos de nuestros vecinos comunitarios, para encontrar esos cantos renacionalizadores y de exaltación del *nosotros*²². Entrarían también en esta línea los mensajes que provienen de partidos y gobernantes que, aunque no encajan en lo que podemos conocer como extrema derecha, defienden iniciativas políticas e interpretaciones normativas con las que se pretende disuadir la llegada de extraños a cada territorio nacional o expulsarlos cuando están instalados. Es el caso no solo de hechos puntuales, como la polémica expulsión de Francia de la menor de origen Kosovar Leonarda Dibrani, octubre de 2013, sino también de otros más sistemáticos y generalizados y que afectan, incluso, a los propios ciudadanos de países miembros de la Unión. Y es que con la extensión en el tiempo de la crisis, ya no solo, como antes, preocupan los inmigrantes extracomunitarios y, entre ellos, en especial, los musulmanes, que también y mucho, como se ha puesto de manifiesto, por ejemplo, con las movilizaciones organizadas en Alemania a partir del último trimestre de 2014 por los Patriotas Europeos contra la Islamización de Occidente (Pegida)²³.

De este modo, no podemos dejar de referirnos a las limitaciones a la libre circulación que afectan a comunitarios que residen en otros países de la Unión cuando se considere que representan una «carga excesiva» para el sistema social del país de acogida (quiero decir, el país que acaba expulsando). Se trata de actuaciones –quizás de las más conocidas las expulsiones ordenadas por el Estado belga, intensificadas a partir de 2012-2013 y que han dado paso un polémico debate²⁴– que encuentran un amparo normativo en determinadas interpre-

²² Por ejemplo, en los resultados de la segunda vuelta de las municipales francesas de 2014 se ha podido ver cómo a corto plazo los discursos xenófobos del Frente Nacional de Marine Le Pen han dado sus frutos en un momento de crisis económica, accediendo a la alcaldía de diversas ciudades. También el giro populista a la derecha en el Partido Socialista ha dado su fruto, pero en forma de desastre electoral. Curiosamente –o quizás por eso–, uno de los exponentes de ese giro, el ministro del Interior Manuel Valls, ha sido «ascendido» a primer ministro.

²³ El musulmán ha sido el extraño por excelencia, y sobre él se ha construido el muro de la islamofobia. Un completo trabajo que nos puede ayudar a entender, y superar, la islamofobia, lo encontramos en la recopilación Martín y Grosfoquel (eds.) (2012). Por otra parte, no deja de ser motivo de preocupación cómo reaccionarán nuestras sociedades ante acontecimientos como el que acaba de ocurrir cuando se entrega la redacción final de este trabajo, el asesinato en París en enero de 2015 de 12 personas en la redacción del semanario *Charlie Hebdo* atribuido a fanáticos religiosos islámicos.

²⁴ Probablemente, como ya apuntábamos, la cercanía de procesos electorales, combinada con la crisis económica, anima a discursos populistas en esta línea. Así, junto a las arriba referidas «expulsiones belgas», tendríamos algunas iniciativas de distintos gobiernos como el alemán, conservadores con socialdemócratas, o el británico, dirigido por Cameron –y sin duda alentado por el crecimiento electoral que se espera del ultranacionalista y xenófobo UKIP–, en el sentido de restringir la libre movilidad en territorio de la Unión de, primero, rumanos y búlgaros, y, después, de otros ciudadanos de la Unión a los que se propone, o bien expulsar si no cuentan en un tiempo con trabajo o realizan fraude social, o bien imponer cupos de entrada o

taciones de la regulación comunitaria en materia de libre circulación y residencia de los comunitarios y sus familias en países de la Unión, Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, y que, como vemos, afectan a los mismos ciudadanos comunitarios cuando se les considera una «carga excesiva». Como también afecta a ciudadanos comunitarios el resultado –en realidad, el mero hecho de su realización ya es signo de que algo no va bien– del referéndum suizo, febrero de 2014, a través del que se decidió imponer cuotas a los inmigrantes comunitarios, poniendo fin a unos acuerdos que desde 2002 permitían la libre circulación de personas entre los países de la Unión Europea y Suiza²⁵.

Con todo, y más allá de esas limitaciones a los ciudadanos comunitarios, no podemos olvidar que esta desconfianza e incapacidad para vivir con la diferencia –que, por otra parte, va *in crescendo* conforme nos replegamos en nuestras «comunidades de semejanza»– se hace presente con más intensidad ante determinados extraños: «Los extraños resultan más temibles cuanto más “extraños” –ajenos, desconocidos e incomprensibles–, y cuanto más se desustancia, desdibuja o atrofia la comunicación mutua que, en última instancia, podría asimilar su “otredad” a nuestro universo vital» (Bauman: 2011, 91-92). Así –además de las ya referidas manifestaciones islamóforas–, podemos entender el pleno significado de desconfianza y mixofobia, y también las perjudiciales consecuencias de incomunicación, que tienen medidas normativas y políticas en las que se refleja exclusivamente una visión cortoplacista de la seguridad, aun a costa de la reducción de los derechos de las personas. Es el caso de las actuaciones que se dirigen a las personas que en su mera irregularidad administrativa *se alejan de la norma* y sufren las expulsiones sin garantías que suponen las denominadas «devoluciones en caliente» que se están dando en Ceuta y Melilla, a las que hoy no les proporciona cobertura legal ni la ley de extranjería, ni los acuerdos bilaterales sobre readmisión de inmigran-

restricciones en el acceso al sistema de protección social. Que estas iniciativas van más allá de su sentido económico es fácil de ver con un cotejo con datos como los aportados por el ya citado informe OCDE (2013) que, aunque trata de migraciones internacionales, no solo entre países comunitarios, creo que puede servirnos como una referencia. Aún con diferencias entre países –Alemania era uno de los pocos con impacto fiscal negativo, pero positivo si se excluye el sistema de pensiones–, el conjunto de países OCDE presenta un impacto fiscal positivo de la inmigración del 0,35% del PIB. Igualmente, en octubre de 2013 los medios de comunicación se hicieron eco de cómo la Comisión Europea se enfrentó con distintos datos a esa ola populista de algunos Estados, echando abajo el prejuicio de que existe un «turismo de prestaciones» intercomunitario.

²⁵ El sí al establecimiento de cuotas y a la renegociación de los acuerdos bilaterales venció con un 50,35% en el referéndum suizo de febrero de 2014. Nos quedaría por trabajar en otro momento si los territorios en los que salió respuesta afirmativa son o no los que más inmigración reciben.

tes entre los Reinos de España y Marruecos²⁶. Y también de medidas que como las establecidas por el Real Decreto-ley 16/2012 y el Real Decreto 1192/2012 –en lo que cabe leer como un deslizamiento sin frenos por la pendiente resbaladiza que marca el efecto *contaminante* de la reforma introducida por la Ley Orgánica 2/2009²⁷– supusieron la exclusión de nuestro sistema sanitario de los inmigrantes en situación irregular, sin tener en cuenta el contenido de la Carta Social Europea –que en su art. 11 recoge el derecho, sin excepciones, a la protección de la salud– o las recomendaciones de instituciones vinculadas a Naciones Unidas en orden a que el contexto de crisis económica no suponga un argumento para reducir derechos, sobre todo, en colectivos especialmente vulnerables, como los inmigrantes²⁸.

Pero junto a las anteriores tampoco podemos dejar de lado, entre otras –y sin olvidar lo que significa en una sociedad que se pretende democrática la existencia de los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIEs)²⁹–, aquellas regulaciones que se basan, bien en visibilizar que el extraño es portador de costumbres bárbaras, como puede ser el caso de las normativas que regulan de forma prohibicionista el uso del pañuelo, el «hiyab»³⁰; o bien –los contratos y compromisos formales

²⁶ Con el fin de obtener amparo legal para continuar con las «devoluciones en caliente» en Ceuta y Melilla –además de que, tal vez, no deje de ser sino un nuevo intento de ligar en el subconsciente colectivo la inmigración con la seguridad–, a finales de 2014, el Partido Popular ha utilizado la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana para introducir una reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

²⁷ «En efecto, la política de inmigración española adolece de lo que podríamos denominar un efecto contaminador sobre el resto del ordenamiento jurídico, esto es, una capacidad de afectar disposiciones jurídicas poco o nada vinculadas a la extranjería para recortar derechos cuando se aplican a los extranjeros» (SOLANES: 2010, 142-143).

²⁸ En este sentido de crítica por esta reducción se ha pronunciado, entre otros, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia, Mutuma Ruteere, en su informe sobre su visita a España en enero de 2013 (A/HRC/23/56/Add.2), donde califica a esta legislación restrictiva del acceso de los inmigrantes a la asistencia sanitaria como «un hecho lamentable».

²⁹ Excede de las posibilidades de este trabajo centrarnos en lo que suponen los CIEs como centros en los que se han denunciado regímenes y condiciones de vida más duras que en las cárceles para personas que no han cometido ninguna infracción penal. Únicamente hacer mención al hecho de que a través del Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, se aprobó su Reglamento de funcionamiento y régimen interior que parece no aporta mejoras sustanciales en la garantía de los derechos de los internos.

³⁰ Si bien el problema del reconocimiento de derechos es, obviamente, algo más que esto, en la polémica en torno al «hiyab» podemos *desvelar* el significado de buena parte de las tensiones de nuestras sociedades multiculturales, algo que se intensifica cuando tratamos el velo integral. Sobre las normativas restrictivas del uso del velo integral, entre otros, para la puesta en cuestión de las mismas con distintos argumentos, MOTILLA (2012) y CAMARERO (2012). Finalmente, nos parece más que acertada la conclusión del trabajo RAMÍREZ (2011): «La regulación del pañuelo se convierte en un dispositivo visible del apuntalamiento de la desigualdad entre un *ellos* y un *nosotros*. Normativizando el cuerpo de los otros se hace evidente la relación de

de integración— en revelarnos que el extraño es incapaz de poner de su parte para convivir —percepción que parece se ha intensificado en estos tiempos de crisis³¹—, y que requiere de estas políticas de «ciudadanización» con las que los gobiernos no tratan tanto de facilitar el acceso a la condición de ciudadanía como de «“asimilar” al extranjero para que *vuelva a ser nacido* ficticiamente con la piel propia de los oriundos (manifestándose, en todo caso, una semejanza *epidérmica*, no real, que se reduce al conocimiento de algunos aspectos que se conviene son fundamentales en relación a la identidad compartida en las sociedades de acogida)» (Mora: 2010, 187)³².

3.3 El extraño como chivo expiatorio y «fobotipo» de lo propio

En cualquier caso, interesa ver que en el trasfondo de estas medidas encontramos la necesidad de nuestra sociedad de tener un *chivo expiatorio*, el foco de unos «males» que somos incapaces de controlar. O dicho de otra forma, en el extraño, especialmente en el *sin papeles*, vemos una fuente permanente de inquietud e imprevisibilidad, de peligro, en una palabra, ante la que el Estado promete actuar en defensa de sus súbditos³³. Así, como recoge Bauman analizando esta visión del extranjero como un auténtico «villano»: «Los inmigrantes, y sobre todo los recién llegados, exhalan ese leve olor a vertedero de basuras que, con sus muchos disfraces, ronda las noches de las víctimas potenciales de la creciente vulnerabilidad. (...) Uno siente la tentación de afirmar que, si no hubiese inmigrantes llamando a las puertas, habría que inventarlos... En efecto, proporcionan a los gobiernos un “otro

dominación, ya que se está imponiendo un modo de representación, a través de la implantación de una imagen a la que el sujeto tiene que parecerse o asimilarse: *no hay que o hay que llevar pañuelo*».

³¹ Junto al sentimiento de que se está compitiendo por unos recursos escasos, parece que también ha adquirido auge en estos tiempos de crisis un cierto racismo cultural, «exteriorización del deseo de cierre de puertas a la inmigración», y con él unos discursos identitarios que defienden que la integración de los inmigrantes pasa por su adaptación a la sociedad que les acoge; cfr. Cebolla y González (coords.) (2013, 159).

³² Por ejemplo, en lo relativo a nuestro ordenamiento nos referimos a los «esfuerzos de integración» que se exige consten en el informe de arraigo, art. 124.2.c) del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009; pero también, aunque no tiene naturaleza de requisito exigible, al mismo «esfuerzo de integración» válido para la renovación de autorizaciones de residencia y trabajo, según se recoge en el Reglamento citado.

³³ Cfr. BAUMAN (2007b, 27) donde se plantea cómo esta amenaza —la actuación sobre la misma— le supone al Estado, que ya no actúa ante la degradación social, la oportuna fuente de legitimidad; y como recoge el mismo autor más adelante: «El extraño es, por definición, un agente movido por intenciones que uno puede intuir en el mejor de los casos, pero que nunca estará seguro de haber captado por completo» (ibídem, 122).

desviado” ideal, un objetivo acogido con los brazos abiertos para su incorporación a los “temas de campaña cuidadosamente seleccionados”» (Bauman: 2005, 78).

Pero, como un valor añadido, este *chivo expiatorio* actuaría, además, como un «fobotipo» de lo propio, un exterior constitutivo clave para la estrategia de «clausura del sentido» de cada sociedad, de clausurarse ante el mundo exterior, de mantener su identidad y cohesión interna en la precisa diferenciación con lo que le rodea (Silveira-Gorski: 2000). Por ello resulta tentador mantener a este «otro» –especialmente al que nos resulta lejano e incomprensible– de forma permanente entre nosotros como un extraño, congelarlo en su condición de extranjero, blindando la ciudadanía con muros excluyentes y cerrándole el paso a la posibilidad de participar de forma directa y positiva, no como el referido «exterior constitutivo», en la configuración del *nosotros* (Mora: 2010, 182-191).

Efectivamente, las políticas e iniciativas normativas sobre la inmigración insisten en establecer dos categorías jurídicas de sujetos de Derecho y con ellas dos lógicas jurídicas diferentes, al modo de lo que supone la estrategia del «Derecho penal del enemigo». Como en este sentido recoge Javier de Lucas, buena parte de las políticas y legislaciones de inmigración de los países miembros de la Unión Europea responden a una interpretación simplificadora y simplista del inmigrante, que sería visto como un extraño sobre el que estaría permitido suspender la universalidad de los derechos y que solo sería considerado positivamente en la medida en que aportase su trabajo, en la medida en que cumpliera «unas determinadas tareas con plazo fijo y retorno obligado». Tras esta visión que instrumentaliza a la persona en tanto que no nacional, no ciudadano, estarían unas graves consecuencias de diferenciación y segmentación en nuestras sociedades, de dominación/subordinación, desigualdad/discriminación, que tendrían su *justificación* en el vínculo que se presenta entre «heterogeneidad social (cultural, nacional) del inmigrante y desigualdad ante el Derecho», con lo que, concluye De Lucas: «Las diferencias culturales significan incompatibilidad social y, por ello, incompatibilidad jurídica y política». En definitiva, se trataría de justificar la *congelación* de los inmigrantes en un perfil de extranjeros; esto es, de utilizar el Derecho para extranjerizar al inmigrante hasta el punto de dificultar su proyecto de estabilidad y, así, sus posibilidades de integración (De Lucas: 2005).

4. CONCLUYENDO: LA NECESIDAD DE UN DIÁLOGO –Y DE UNOS DERECHOS– QUE DERRIBEN MUROS Y NOS HAGAN MENOS BÁRBAROS

Sin embargo, frente a todo esto, si en nuestro horizonte normativo está tomarnos en serio el pluralismo y avanzar hacia la democracia

plural que ya se recoge en el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes, debemos dejar de lado los discursos que Zapata-Barrero denomina «re-activos» –en los que la relación inmigrantes-ciudadanos-instituciones públicas se interpreta como un «conflicto de intereses» donde la población ciudadana tiene siempre prioridad frente a la no-ciudadana– y volver la mirada hacia los discursos «pro-activos» –en los que el «conflicto» pase a ser un «reto» que afrontar desde una dinámica de interacción en la que nos impliquemos unos y otros– (Zapata-Barrero: 2007; y 2009).

Más en concreto, este tomar en serio el pluralismo pasa por reconocer el carácter multicultural de nuestras sociedades, algo que no es del todo nuevo, pero sí que se ha intensificado en las últimas décadas con los movimientos migratorios³⁴; y también por la exigencia de pensar una ciudadanía en la que la igualdad no se levante sobre la negación de la diferencia. «Este es el desafío: el de una democracia que, para ser multicultural, piense seriamente el pluralismo. Una democracia pluralista de verdad no ha de renunciar a la cohesión, a la integración; pero no ha de reducirla a un intento de asimilación que exija abjurar de cualquier manifestación de diversidad en la medida en que no se ajuste al canon de lo que es verdadero, de lo que es mayoritario. Una democracia pluralista de verdad ha de aceptar, muy al contrario, la necesidad de negociar todas las posiciones en el espacio público desde la particularidad de cada una de ellas» (De Lucas: 2003, 63).

Avanzar en esta línea hacia una democracia plural e inclusiva exige reconocer que, como plantea Todorov, el miedo a los bárbaros ha calado profundamente entre nosotros y se hace visible en un discurso que se retroalimenta. Pensando en los bárbaros que nos amenazan acabamos sosteniendo opciones de tratamiento de la multiculturalidad y la pluralidad de nuestras sociedades que suponen un peligro interno para nuestras democracias, un peligro mayor que el de los propios bárbaros que nos amenazan, si es que estos en algún momento fueron un peligro real³⁵.

En este sentido, resulta precisa la reflexión sobre cómo la realidad política, a la hora de pensar y gestionar el tratamiento de la inmigración –algo que marca la calidad democrática de nuestras sociedades multiculturales–, se enroca tozudamente en una línea restrictiva de derechos que nos vincula con una especie de «estado de sitio», un «estado de excepción permanente», que nos aleja del Estado de Derecho y nos adentra en una *sociedad del menosprecio*³⁶. Superar este

³⁴ Un buen diagnóstico de la situación, de «España como sociedad de inmigración», y a partir de allí de la inserción de los inmigrantes, laboral, urbana, así como de las políticas de extranjería y de integración, lo encontramos en TORRES (2011).

³⁵ Cfr. TODOROV (2008); y también (2012), donde este autor identifica al populismo y la xenofobia como uno de los peligros internos, «enemigos íntimos», de nuestras democracias.

³⁶ Con esta expresión de «estado de sitio» –con una lógica opuesta a la propia del Estado de Derecho– Javier de Lucas se refiere a la respuesta de limitación de dere-

«estado de sitio» –salvaguardando los principios básicos del Estado de Derecho y el respeto a los derechos humanos, así como reconociendo al otro como parte positiva del nosotros y no como un enemigo– exige revisar en profundidad nuestras políticas migratorias con propuestas en distintos campos: social, económico, laboral, sanitario, educativo, vivienda, cultural...; y en distintas fases: momento de llegada, de asentamiento, de residencia permanente³⁷. Pero, sobre todo, exige ser conscientes de lo incompleto de cada cultura. De allí lo necesario de establecer diálogos y conversaciones abiertas en nuestras sociedades complejas y diversas que dejen de lado asimetrías y segregaciones. Diálogos desde los que, sin renunciar a la universalidad de la ciudadanía, sepamos dar cabida al pluralismo y con él a una «“discusión continuada sobre la concepción compartida de lo bueno”» (Bauman: 2003, 164-165).

Sin duda que esta invocación al diálogo no puede distraernos hacia planos fijados exclusivamente en lo cultural. Esto es, no puede hacernos olvidar que lo importante sigue siendo el plano político y en él la cuestión de los derechos y el reconocimiento de la ciudadanía (Nair: 2010). ¿De qué valdría un proyecto decente de interculturalidad si no se trabajasen unas condiciones previas (económicas, jurídicas y políticas) de igualdad que garantizaran una mínima relación de simetría entre las partes?³⁸. Ahora bien, en relación con los derechos humanos,

chos que sigue a la lectura del incremento de los desplazamientos migratorios como una amenaza. Sin caer en posturas ingenuas de abolición de fronteras, defiende la existencia de una regulación del *ius migrandi* que no suponga eliminación de derechos; algo que no puede decirse de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008 (Directiva de retorno), de la que critica el perjuicio que supone a principios básicos del Estado de Derecho; sus consecuencias estigmatizadoras; y los riesgos que conlleva para los derechos fundamentales; De LUCAS (2009). También en otros trabajos, siguiendo a Danièle Lochak, se refiere esta alternativa entre «estado de excepción permanente» y «Estado de Derecho», y a cómo las políticas migratorias de la Unión Europea han optado por la primera vía, con lo que ello supone en la restricción y limitación de derechos y garantías para los inmigrantes; cfr. entre otros, DE LUCAS (2011 y 2012a). Finalmente, resultan de interés sus reflexiones sobre el peligro de construcción de una *sociedad del menosprecio* a través de las políticas de inmigración de la Unión, cfr. DE LUCAS (2012b).

³⁷ Al respecto puede resultar de interés los momentos que dentro del proceso denominado «ciclo migratorio» se identifican en DASSETTO (1990). Y también la exposición de 30 propuestas de actuación para construir otra política de inmigración en DE LUCAS (2002b, 40-45).

³⁸ Vid. DE LUCAS (2012a, 154-155), donde se hace mención de la interculturalidad como proyecto que requiere de esas condiciones previas. Como también indica más adelante, antes de recoger algunas «prioridades» o propuestas concretas en materia de políticas migratorias: «Por mi parte, insistiré en que, aun siendo insuficiente, el papel del Derecho, el Estado de Derecho, es condición necesaria, requisito imprescindible para combatir la negación de reconocimiento y de igualdad» (DE LUCAS: 2012a, 157). Finalmente, conviene aquí tener presente la reivindicación de la dimensión política de la inmigración que como clave en el reconocimiento del inmigrante como un miembro más de la ciudad realiza este mismo autor en diferentes trabajos, entre otros, DE LUCAS (2011, 8 y ss.).

y teniendo en cuenta que la universalidad de los mismos debe compaginarse con la diversidad cultural pensando a ambos, universalidad y diversidad cultural, como interactivos, conviene ser consciente de que estos derechos han de reformularse con la perspectiva de que la democracia solo es posible si se articulan vínculos para vivir juntos, si se piensa la interculturalidad como *concepto relacional* (Tamayo y Fariñas: 2007, 171-185).

Retomando el plano político, y a la vez de acuerdo con lo inmediatamente anterior, Boaventura de Sousa Santos nos propone una guía o procedimiento de traducción, la hermenéutica diatópica, con la que pretende alcanzar una reconstrucción intercultural de los derechos humanos como parte de una política emancipatoria de los mismos³⁹. Y en una línea crítica compartida, Joaquín Herrera apuesta por una revisión de los derechos humanos que nos evoca las citadas ideas de diálogo y traducción, materializando «esa voluntad de encuentro que nos induce a construir tramas de relaciones –sociales, políticas, económicas y culturales– que aumenten las potencialidades humanas» y con la que dirigirse hacia una nueva cultura de los derechos humanos alternativa a modelos etnocéntricos y cerrados. Es decir, una cultura de los derechos que sea capaz de recoger *la universalidad de las garantías* y, a la vez, *el respeto por lo diferente*; que requiere, también, mostrarse como una cultura que se identifica con una racionalidad de resistencia, la que conduce «a un universalismo de contrastes, de entrecruzamientos, de mezclas», y que no se entiende, en este entrecruzamiento *impuro*, sino como una racionalidad híbrida, «descentrada y exiliada de lo convencional y lo dominante», vinculada a una práctica intercultural que «creadora y recreadora de mundos esté atenta a las conexiones entre las cosas y las formas de vida que no nos priven de *los otros ecos que habitan el jardín*» (Herrera: 2000; y 2006, 29-51)⁴⁰.

En definitiva –y para acabar con lo que pensamos podrían ser dos sugerentes reflexiones–, tomar en serio el imperativo intercultural con el que comprender la complejidad de nuestras sociedades nos exige, siguiendo a Jahanbegloo en su *Elogio de la diversidad*, aceptar que «nuestro mundo existe como resultado del cruce de fronteras y del entrecruzamiento de las culturas. No hay cultura homogénea que funcione en un horizonte aislado. Dicho de otro modo, el futuro de nuestra civilización global en este frágil y vulnerable planeta depende de

³⁹ Entre otros trabajos del autor arriba citado, SANTOS (2009). Y también resulta de interés, en su reflexión sobre los conflictos de derechos humanos en las sociedades multiculturales, la propuesta «integradora» de cosmopolitismo-multiculturalismo, así como la «interpretación contextualizada» recogida en ALVAREZ (2014: 179-212).

⁴⁰ Entre otros, también me parece interesante recoger RUIZ VIEYTEZ (2011), donde se afirma la importancia de la diversidad a la hora de organizar políticamente una sociedad, se realizan algunas reflexiones y críticas a las respuestas sociales y jurídico-políticas de nuestras sociedades a la diversidad cultural y se apuntan elementos a tener en cuenta –a nivel personal y político-institucional– para articular la respuesta a la diversidad desde claves democráticas.

nuestra capacidad para vivir juntos –con nuestras diversidades–, si no en armonía, sí al menos con capacidad para el diálogo y entendimiento mutuo» (Jahanbegloo: 2007, 18). Y, junto a lo anterior, como sostiene Sami Naïr, insistir en que tal vez el problema de los *bárbaros* no deja de estar en nuestra misma *barbarie*: «Al igual que la actitud racista consiste en juzgar al prójimo con respecto a uno mismo, la construcción imaginaria y negativa del Otro radica en juzgarle no en función de cómo es, sino en función de nuestros propios fantasmas. ¿Cómo se puede resolver esta contradicción? Mediante la relativización, no del Otro, sino de uno mismo, y mediante la aceptación, en la práctica, de la apertura hacia el Otro, lo cual significa hoy en día mestizaje, interculturalidad y universalidad. Solo cabe una definición posible de la barbarie: acusar de bárbaros a los demás. Solo existe una definición aceptable de la universalidad: buscar en los demás lo que tienen de universal» (Naïr: 2010, 78-84).

5. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, S., «Los derechos humanos como valores plurales. Multiculturalismo, cosmopolitismo y conflictos», en A. Ruiz Miguel (ed.), *Entre Estado y cosmópolis. Derecho y Justicia en un mundo global*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 179-212.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, «El coste humano de la fortaleza europea. Violaciones de derechos humanos cometidas en las fronteras de Europa contra personas migrantes y refugiadas», 2014 (accesible, última consulta en diciembre 2014, en: www.es.amnesty.org/temas/refugio-e-inmigracion/documentos/).
- BAUMAN, Z., *La sociedad individualizada*, trad. M.^a Condor, Madrid, Cátedra, 2001a.
- *La globalización. Consecuencias humanas*, trad. D. Zadunaisky, 2.^a ed. México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2001b.
- *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*, trad. J. Alborés, Madrid, Siglo XXI, 2003.
- *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*, trad. P. Hermida, Barcelona, Paidós, 2005.
- *Vida líquida*, trad. A. Santos, Barcelona, Paidós, 2006a.
- *Confianza y temor en la ciudad. Vivir con extranjeros*, trad. J. Sampere y E. Tudó, Barcelona, Arcadia, 2006b.
- *Vida de consumo*, trad. M. Rosenberg y J. Arrambide, Madrid, Fondo de Cultura Económica de España, 2007a.
- *Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*, trad. C. Corral, Barcelona, Tusquets Editores, 2007b.
- *Daños colaterales. Desigualdades sociales en la era global*, trad. L. Mosconi, Madrid, Fondo de Cultura Económica de España, 2011.
- BOTTOMORE, T., «Ciudadanía y clase social, cuarenta años después», en T. H. Marshall y T. Bottomore, *Ciudadanía y clase social*, versión de Pepa Linares, Madrid, Alianza Editorial, 1998, pp. 83-142.

- BROWN, W. «Desear Muros», trad. A. Jerrems, *Relaciones Internacionales*, 19, 2012, pp. 123-147 (accesible, última consulta marzo 2014, en: www.relacionesinternacionales.info).
- CAMARERO, V., *El velo integral y su respuesta jurídica en democracias avanzadas europeas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- CEBOLLA, H. y GONZÁLEZ, A. (coords.), *Inmigración ¿Integración sin modelo?*, Madrid, Alianza Editorial, 2013.
- COSTA, P., *Ciudadanía*, trad. Cl. Álvarez Alonso, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006.
- COUTU, M., «Introduction: Droits fondamentaux et citoyenneté», en M. COUTU, P. BOSSET, C. GENDREAU y D. VILLENEUVE, *Droits fondamentaux et citoyenneté. Une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire?*, Montréal: Éditions Thémis, 1999, pp. 1-20.
- DASSETTO, F., «Pour une théorie des cycles migratoires», en A. BASTENIER y F. DASSETTO, *Inmigrations et nouveaux pluralismes. Une confrontation de sociétés*, Bruxelles, De Boeck, 1990, pp. 11-40.
- DOLADO, J. J., y VÁZQUEZ, P. (eds), *Ensayo sobre los efectos económicos de la inmigración en España*, Madrid, Fundación de Estudios de Economía Aplicada, 2008 (colección Estudios Económicos 01-08; accesible, última consulta marzo de 2014, en: e-archivo.uc3m.es/handle/10016/3219).
- FRASER, N. y GORDON, L., «Contrato versus caridad: una reconsideración de la relación entre ciudadanía civil y ciudadanía social», *Isegoría*, 6, 1992, pp. 65-82.
- GONZÁLEZ ORDOVÁS, M.^a J., *De formas y normas. A propósito del insincero poder del urbanismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- HABERMAS, J., *Más allá del Estado nacional*, 3.^a ed., trad. M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2001.
- HERRERA, J., «Hacia una visión compleja de los Derechos Humanos», en íd. (ed.), *El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y crítica de la razón liberal*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2000, pp. 19-78.
- «Neoconservadurismo “versus” derechos humanos: la construcción de la dignidad. A propósito del debate sobre la “seguridad humana”», en VV. AA., *De los derechos y la seguridad humana, de todos o de nadie*, San Sebastián, Tercera Prensa-PTM-Mundubat, 2006, pp. 29-51.
- JAHANBEGLOO, R., *Elogio de la diversidad*, trad. J. G. López Guix, Barcelona, Arcadia, 2007.
- LUCAS, J. de, *El desafío de las fronteras. Derechos Humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid, Temas de Hoy, 1994.
- *Blade Runner. El Derecho, guardián de la diferencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002a.
- «Algunas propuestas para comenzar a hablar en serio de política de inmigración», en J. de Lucas y F. Torres (eds.), *Inmigrantes: ¿cómo los tenemos? Algunos desafíos y (malas) respuestas*, Madrid, Talasa, 2002b, pp. 23-48.
- *Globalización e identidades. Claves políticas y jurídicas*, Barcelona, Icaria, 2003.
- «Nuevas estrategias de estigmatización. El Derecho, frente a los inmigrantes», en G. Portilla (coord.), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Madrid, Universidad Internacional de Andalucía-Akal, 2005, pp. 205-219.
- «La inmigración y la lógica de “estado de sitio” (a propósito de algunas claves recientes de la política europea de inmigración)», en J. de Lucas y

- Á. Solanes (eds.), *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, Madrid, Dykinson, 2009, pp. 21-40.
- «Inmigrantes. Del estado de excepción al Estado de Derecho. Conferencia de clausura del Curso de Verano: “Los procesos migratorios. Políticas y legislación en el marco de la globalización”», *Oñati Socio-Legal Series*, 1-3, 2011 (accesible online en <http://opo.iisj.net/index.php/osls/article/viewFile/2/200>, última consulta diciembre 2014).
- «Democracia, derechos y políticas migratorias en tiempos de crisis», *Teoría y Derecho*, 12, 2012a, pp. 142-163.
- «Sobre los fundamentos de la igualdad y del reconocimiento. Un análisis crítico de las condiciones de las políticas europeas de integración ante la inmigración», en VV. AA. *Inmigración e integración en la UE. Dos retos para el siglo XXI*, Vitoria, Eurobask, 2012b, pp.11-91 (accesible, última consulta diciembre 2014, en http://eurobask.org/ficherosFTP/LIBROS/UNIVERSITAS_2011.pdf).
- LUCAS, J. de, y ANÓN, M.^a J., «Sobre el proceso de globalización de la xenofobia y el racismo institucionales», *Sistema*, 229, 2013, pp. 41-56.
- MARSHALL, T. H., «Ciudadanía y clase social», en T. H. MARSHALL Y T. BOTTOMORE, *Ciudadanía y clase social*, versión de Pepa Linares, Madrid, Alianza Editorial, 1998, pp. 15-82.
- MARTÍN, G., y GROSGOUEL, R. (eds.), *La islamofobia a debate. La genealogía del miedo al islam y la construcción de los discursos antiislámicos*, Madrid, Casa Árabe-IEAM, 2012 (accesible, última consulta marzo 2014, en www.casaarabe.es)
- MEZZADRA, S., *Derecho de fuga. Migraciones, ciudadanía y globalización*, trad. M. Santucho, Madrid, Traficantes de sueños, 2005.
- MORA, A., «Inmigración, participación e integración ciudadana: hacia una nueva configuración de la ciudadanía», en Á. Solanes (ed.), *Derechos Humanos, migraciones y diversidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 175-207.
- MORENO, F. J. y BRUQUETAS, M.^a, *Inmigración y Estado de bienestar en España*, Barcelona, Obra Social «La Caixa», 2011 (Colección Estudios Sociales, 31; accesible, última consulta marzo 2014, en obrasocial.lacaixa.es/ambitos/estudiossociales/volumenes11_es.html#vol31).
- MOTILLA, A., «La prohibición del burqa islámico en Europa y en España: reflexiones de *iure condendo*», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVIII, 2012, pp. 171-196.
- NAÏR, S., *La Europa mestiza. Inmigración, ciudadanía, codesarrollo*, edición al cuidado de Hélène Fabre, trad. M.^a Cordon y otros, Barcelona, Círculo de Lectores, 2010.
- OCDE, *International Migration Outlook 2013*, OECD Publishing, 2013 (accesible, última consulta marzo de 2014, en www.oecd.org/about/publishing/oecd-outlooks.htm).
- OVEJERO, F., *Contra Cromagnon. Nacionalismo, ciudadanía, democracia*, Barcelona, Montesinos, 2006.
- RAMÍREZ, Á., *La trampa del velo. El debate sobre el uso de pañuelo musulmán*, Madrid, Los libros de la catarata, 2011.
- REAL ALCALÁ, J. A. del, *Nacionalismo e identidades colectivas: la disputa de los intelectuales (1762-1936)*, Jaén-Madrid, Universidad de Jaén-Dykinson, 2007.
- RODIER, CL., *El negocio de la xenofobia. ¿Para qué sirven los controles migratorios?*, trad. I. Barbeitos, Madrid, Clave Intelectual, 2013.

- RUBIO CASTRO, A., y MOYA ESCUDERO, M., «La ciudadanía en Europa y el fenómeno migratorio: nuevas desigualdades y servidumbres voluntarias», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45, 2011, pp. 183-227.
- RUBIO MARÍN, R., «El reto democrático de la inmigración ilegal (a la luz del debate actual en España)», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 36, 2002, pp. 173-96.
- RUIZ VIEYTEZ, E. J., *Juntos pero no revueltos. Sobre diversidad cultural, democracia y derechos humanos*, Maia Ediciones, Madrid, 2011.
- SANTOS, B. DE SOUSA, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, trad. Carlos Lema y otros, Madrid-Bogotá: Trotta-ILSA, 2009.
- SASSEN, S., *Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, trad. M.^a V. Rodil, Buenos Aires, Katz Editores, 2010.
- SAUNDERS, D., *Ciudad de llegada. La última migración y el mundo del futuro*, trad. F. Garí, Barcelona, Debate, 2014.
- SILVEIRA GORSKI, H. C., «Introducción: La vida en común en sociedades multiculturales. Aportaciones para un debate», en íd. (ed.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 11-43.
- SOLANES, Á., «El efecto contaminador de la política de inmigración española», en íd. (ed.), *Derechos Humanos, migraciones y diversidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 139-173.
- SOLANES, Á., y LA SPINA, E. (eds.), *Políticas migratorias, asilo y derechos humanos. Un cruce de perspectivas entre la Unión Europea y España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- SUSÍN, R., *Fronteras y retos de la ciudadanía. El gobierno democrático de la diversidad*, Logroño, Perla Ediciones, 2012.
- TAMAYO, J. J., y FARIÑAS, M.^a J., *Culturas y religiones en diálogo*, Madrid, Síntesis, 2007.
- TODOROV, T., *El miedo a los bárbaros*, trad. N. Sobregués, Barcelona, Galaxia Gutenberg-Círculo de Lectores, 2008.
- *Los enemigos de la democracia*, trad. N. Sobregués, Barcelona, Galaxia Gutenberg-Círculo de Lectores, 2012.
- TORRES, F., *La inserción de los inmigrantes. Luces y sombras de un proceso*, Madrid, Talasa, 2011.
- ZAPATA-BARRERO, R., «Inmigración y multiculturalidad: hacia un nuevo concepto de ciudadanía», en J. Martínez de Pisón y J. Giró, *Inmigración y Ciudadanía*, Logroño, Universidad de La Rioja, 2003 pp. 113-127.
- «La retórica de la ciudadanía y la inmigración», *Claves de Razón Práctica*, 177, 2007, pp. 32-37.
- *Fundamentos de los discursos políticos en torno a la inmigración*, Madrid, Trotta, 2009.

Fecha de recepción: 31/03/2014. Fecha de aceptación: 31/10/2014.

Ciencia jurídica y sistemas normativos.
Dos comentarios a la teoría de la ciencia jurídica
de C.E. Alchourrón y E. Bulygin*

*Legal science and normative systems.
Two commentaries on Alchourron and Bulygin's
theory of legal science*

ÓSCAR VERGARA
Universidade da Coruña

«E otrosí, [las leyes] han de ser sin escatima e sin punto, por que no puedan de el Derecho sacar razón torticera por su mal entendimiento, queriendo mostrar la mentira por verdad o la verdad por mentira. E que no sean contrarias las unas de las otras» (*Partidas*, 1, 1, 8).

RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto analizar la noción de ciencia jurídica de los profesores Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin. Ésta parte del presupuesto de que la ciencia jurídica no está autorizada a crear nuevo Derecho, sino que sólo puede aspirar legítimamente a representarlo de alguna manera. Eso no significa que la suya sea una actividad meramente especulativa, en el sentido etimológico del término. Esto es, la ciencia jurídica no se limita a reflejar, como en un espejo, el Derecho tal y como se nos presenta empíricamente, sino que confiere a éste un importante valor añadido a través de su

* Deseo hacer constar mi agradecimiento al prof. Pedro Serna por sus valiosas sugerencias y observaciones.

sistematización. La primera parte de este trabajo está dedicada a exponer el modelo científico propuesto por los mencionados autores. En la segunda parte se presta especial atención a la cuestión de la separación entre descripción y prescripción en la actividad de la ciencia jurídica. Por último, en la tercera parte se cuestiona la utilidad del modelo propuesto sobre la base de los postulados teóricos de que se le hace partir, a lo que se suman ciertas dificultades metodológicas.

Palabras clave: *Ciencia jurídica, sistemas jurídicos, lógica jurídica, justicia.*

ABSTRACT

This paper tries to analyze the concept of legal science proposed by Carlos E. Alchourrón and E. Bulygin. This concept is based on the assumption that legal science is not enabled to create new Law, but just to describe and represent it. This does not imply that its activity is merely speculative, in its etymological sense. For legal science does not confine itself to reflect, as a mirror, the Law as it empirically appears. On the contrary, legal science grants Law a relevant added value through its systematization. The first part of this paper is devoted to expose the scientific model proposed by the aforementioned authors. In the second part special attention is paid to the question of separation between description and prescription in the functioning of legal science. Finally, in the third part the usefulness of the proposed model is questioned, paying attention to its theoretical foundations and to some methodological difficulties.

Key words: *Legal science, legal systems, legal logic, justice.*

SUMARIO: I. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA CIENCIA JURÍDICA.

1. *El Derecho como sistema.*
 2. *Sistemas normativos y sistemas jurídicos.*
 3. *Modelos científicos. Evolución histórica.*
 4. *Un nuevo concepto de sistema acorde con la evolución de las ciencias.*
 5. *Idealismo y realismo en la noción de sistema jurídico.*
 6. *Elaboración del sistema jurídico.*
- #### –II. DESCRIPCIÓN Y PRESCRIPCIÓN EN LA CIENCIA JURÍDICA.
7. *Una ciencia jurídica descriptiva.*
 8. *Una ciencia jurídica no meramente mecánica.*
- #### –III. ELEMENTOS PARA EL DEBATE.
9. *Manteniendo lo prescriptivo a raya. Dificultad de este propósito.*
 10. *Construyendo el sistema. Hasta donde la lógica alcance.*
 11. *Conclusiones.*
 12. *Bibliografía.*

SUMMARY: I. GENERAL CHARACTERIZATION OF LEGAL SCIENCE. 1. *Law as a System.* 2. *Normative Systems and Legal Systems.* 3. *Scientific Models. Historical Evolution.* 4. *A New Concept of System according*

to Scientific Evolution. 5. Idealism and Realism in the Notion of Legal System. 6. Development of Legal System.—II. DESCRIPTION AND PRESCRIPTION IN LEGAL SCIENCE. 7. A Descriptive Legal Science. 8. A not merely Mechanical Legal Science.—III. POINTS FOR DISCUSSION. 9. Keeping Prescriptive Elements away. Difficulty of this Aim. 10. Building the System. The Boundaries of Logic. 11. Conclusions. 12. Bibliography.

I. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA CIENCIA JURÍDICA

1. El Derecho como sistema

Alchourrón y Bulygin parten del lenguaje ordinario donde el concepto de sistema normativo¹ aparece usado con cierta vaguedad. El objetivo de estos autores es lograr un concepto más exacto a través del método científico. Otro tanto sucede con los conceptos de plenitud, coherencia e independencia (no redundancia), habitualmente usados en el lenguaje jurídico, que conviene también perfilar².

Habitualmente se entiende el Derecho como un orden sistemático que tiene las notas de plenitud, coherencia e independencia. Pero, como de modo realista exponen Alchourrón y Bulygin, esto es *más una apariencia que una realidad*. El origen de esta falsa idea se encuentra, a su juicio, en la concurrencia de tres exigencias legales: *a*) el juez debe resolver todos los casos (supuesta su jurisdicción y competencia, claro está); *b*) sus resoluciones deben estar motivadas, y *c*) esta motivación debe basarse en el Derecho vigente³. De aquí resulta el corolario de que el Derecho no puede tener lagunas ni contradicciones. Pero obviamente esto no es así. El Derecho tiene, de hecho, lagunas y contradicciones. Por eso, cuando el juez se enfrenta a un caso para el que el ordenamiento jurídico no le indica una solución clara, tiende a desarrollar una argumentación que encubre que la solución final no se deduce de modo estrictamente lógico de aquél. Por tanto, Alchourrón y Bulygin precisan que la plenitud y la coherencia (lo mismo que la independencia) son *ideales* de la ciencia jurídica, pero no realidades⁴.

¹ Su obra capital es ALCHOURRÓN C. E. y BULYGIN, E., *Normative Systems*, Viena, Springer, 1971. Hay traducción de los propios autores como *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1975. En adelante nos referiremos a ella como ICMS.

² Cfr: ICMS, pp. 29-30.

³ Cfr: BULYGIN, E., «Die Ideale der Vollständigkeit und der Widerspruchsfreiheit im wissenschaftlichen Denken», en Pfeiffer, H., (ed.), *Denken und Umdenken. Zu Werk und Wirkung von Werner Heisenberg*, Múnich, 1977, p. 100.

⁴ Cfr: *ibid.*, pp. 100-101.

2. Sistemas normativos y sistemas jurídicos

Como se ha dicho, los profesores argentinos elaboran un concepto general de sistema normativo basado en algunas ideas de Tarski⁵. Ahora bien, como señala el propio Tarski, este modelo está pensado para la lógica matemática. Y cualquier otra disciplina a que se pretendan aplicar los principios de la construcción matemática, según afirma Tarski, «presupone la lógica»⁶. Sin entrar en mayores profundidades, es claro que en el proceso de argumentación jurídica no todos los razonamientos que se emplean tienen carácter lógico. Por eso, Alchourrón y Bulygin limitan la aportación de la ciencia jurídica al auxilio que pueda prestar en la vertiente lógica de la actividad argumentativa. Más allá se ingresa en el reino de la valoración, de la que no cabe esperar rigor científico, por lo que la ciencia jurídica nada tiene que hacer ahí⁷.

Alchourrón y Bulygin definen un sistema normativo como un conjunto de enunciados que tiene consecuencias normativas. Consiste, a su juicio, en poner en relación un «Universo de Casos» con un «Universo de Soluciones»⁸. Esto permite detectar lagunas (un caso que no tiene solución), antinomias (un caso tiene soluciones diversas) y redundancias (un caso se resuelve repetidamente de la misma manera).

Se desprende de la definición de sistema normativo que al menos un enunciado de la base tiene que ser un enunciado normativo (en otro caso no podría tener consecuencias normativas). Y, si hablamos de sistema jurídico, al menos un enunciado tiene que tener carácter jurídico.

El sistema jurídico es una construcción de la ciencia jurídica. Su base puede ser más o menos amplia en función del ámbito jurídico que se desea desplegar de manera lógica: algunos artículos de un código, una ley, todas las leyes de una materia, etc. Éstos constituirán los axiomas, que, según Tarski⁹, se asumen como verdaderos (en nuestro caso, válidos).

⁵ Los profesores argentinos citan TARSKI, A., *Introduction to Logic and to the Methodology of Deductive Sciences*, Oxford, 1946 (aquí se maneja la versión castellana: *Introducción a la lógica y a la metodología de las ciencias deductivas*, Madrid, Espasa-Calpe, 1968). También se refieren a TARSKI, A., *Logic, Semantics, Mathematics*, Oxford, 1956.

⁶ TARSKI, A., *Introducción a la lógica...*, cit., p.151.

⁷ El rigor lógico-matemático se espera de aquellas operaciones que consisten en «desplegar la base axiomática elegida, determinando qué soluciones corresponden a los distintos casos», como señala BULYGIN, E., «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», *Doxa* 9 (1991), p. 258.

⁸ Cfr. *IMCS*, p. 23.

⁹ Cfr. TARSKI, A., *Introducción...*, cit., p. 150.

3. Modelos científicos. Evolución histórica

Alchourrón y Bulygin observan, a lo largo de la historia, una evolución en el concepto de sistema. Hasta el siglo xx, esta noción ha estado vinculada al ideal aristotélico de ciencia. Esto ha generado, a su juicio, una serie de errores en la dogmática jurídica que ha tenido como consecuencia que la misma noción de sistema haya sido puesta en cuestión desde posiciones realistas. Pero esto también, opinan, es un error. Es como curar una enfermedad matando al enfermo. En cambio, la concepción moderna de sistema está en condiciones de superar aquellos errores sin esta funesta consecuencia¹⁰.

Según los profesores argentinos, el ideal aristotélico de ciencia está basado en los siguientes postulados:

«I. *Postulado de la Realidad*: Todo enunciado científico debe referirse a un dominio específico de entidades reales.

II. *Postulado de la Verdad*: Todo enunciado científico debe ser verdadero.

III. *Postulado de la Deducción*: Si determinados enunciados pertenecen a una ciencia, toda consecuencia lógica de esos enunciados debe pertenecer a esa ciencia.

IV. *Postulado de la Evidencia*: En toda ciencia debe existir un número finito de enunciados tales, que a) la verdad de ellos sea tan obvia, que no necesite prueba alguna; b) la verdad de todos los demás enunciados pertenecientes a esa ciencia pueda establecerse por medio de la inferencia lógica a partir de aquellos enunciados»¹¹.

Este ideal, afirman, entra en crisis alrededor del año 1600, cuando la práctica científica pone de manifiesto que no es posible satisfacer *simultáneamente* todos los postulados. A partir de aquí, la ciencia se escinde en dos categorías distintas: las ciencias empíricas y las ciencias racionales. Un buen exponente de las primeras son la física de Galileo y la física de Newton. Las ciencias empíricas parten de datos experimentales y proceden por análisis. Se ajustan así a los postulados de realidad y de verdad, pero no necesariamente a los postulados de deducción y evidencia. En cambio, las ciencias racionales se basan en el paradigma de las matemáticas. Se ajustan, en consecuencia, a los postulados de evidencia, deducción y verdad, pero no necesariamente al de realidad¹².

¹⁰ Cfr. *IMCS*, pp. 81-82.

¹¹ *Ibid.*, p. 83.

¹² Esta escisión se refleja también en la Filosofía, que, a partir de Descartes y de Locke, se divide también en dos corrientes análogas: racionalismo y empirismo. En este análisis, Alchourrón y Bulygin siguen a BETH, E. W., *The Foundations of Mathematics*, Amsterdam, 1959, pp. 31 ss.

4. Un nuevo concepto de sistema acorde con la evolución de las ciencias

En sintonía con la anterior evolución, los últimos desarrollos en fundamentación de las ciencias han propiciado un nuevo concepto de sistema. Se trata de un concepto que se aleja claramente del ideal de la evidencia y que atenúa la mencionada dicotomía entre ciencias racionales y ciencias empíricas. En cuanto a las primeras, se abandona el postulado de la evidencia y se adopta una concepción más rigurosa de la deducción debido al surgimiento de la lógica simbólica. En cuanto a las segundas, se atenúa el postulado de la realidad y se da cabida a la construcción de sistemas deductivos. Alchourrón y Bulygin destacan, en todo caso, que tanto en las unas como en las otras opera el *mismo concepto de sistema*. Las diferencias entre ambas clases de ciencias se desplazan, por tanto, hacia el problema de la selección de los enunciados primitivos del sistema. En las ciencias empíricas se seleccionan empíricamente. No se exige evidencia, pero sí enunciados verdaderos acerca de la realidad. En las ciencias racionales no es precisa ni la evidencia ni la realidad de los enunciados. Se atiende al cumplimiento de sus propiedades formales: coherencia, completitud e independencia¹³.

A partir de aquí, Alchourrón y Bulygin distinguen dos clases de problemas: *a*) problemas empíricos, que tienen que ver con la selección de la base y *b*) problemas racionales o lógicos, relativos a la deducción de las consecuencias de la base. Ambas clases de problemas son problemas de sistematización y básicamente son los mismos en ambos tipos de ciencias. La noción de consecuencia deductiva pasa, pues, a ocupar el lugar central en la axiomática moderna.

Un sistema axiomático, explican los profesores argentinos, es una especie del género de sistema deductivo que consiste en la totalidad de las consecuencias que se siguen de un conjunto *finito* de enunciados, los cuales forman la base del sistema. Ésta puede estar formada por cualquier conjunto de enunciados. Sólo se requiere que su número sea finito¹⁴. El hecho de que el sistema sea incompleto, incoherente o redundante no le hace perder su condición de tal¹⁵. Su construcción puede llevarse a cabo de dos modos:

«*a*) Cuando el punto de partida es un sistema deductivo, el problema consiste en hallar una base axiomática, es decir, un conjunto finito de enunciados, del que puedan inferirse como consecuencias todos los enunciados del sistema originario.

¹³ Cfr. *IMCS*, pp. 84-85.

¹⁴ Cfr. *ibid.*, p. 88.

¹⁵ Cfr. BULYGIN, E., «Die Ideale der Vollständigkeit und der Widerspruchsfreiheit im wissenschaftlichen Denken», cit., p. 90. Sobre estos defectos del sistema, *vid.* BULYGIN, E., «Incompletezza, contraddittorietà e indeterminatezza degli ordinamenti normativi», en BERNARDO, G. di, *Logica deontica e semantica*, Bologna, 1977, pp. 291-306.

b) Cuando el punto de partida es un conjunto finito de enunciados, el problema consiste en inferir *todas* las consecuencias de los enunciados primitivos (que funcionan como axiomas)¹⁶.

5. Idealismo y realismo en la noción de sistema jurídico

La axiomática jurídica tiene precedentes relativamente cercanos. En los ss. XVII y XVIII se desarrollan los grandes sistemas racionalistas de Derecho natural, desde Grocio y Pufendorf, hasta Kant y Fichte. Se trata de sistemas que parten de ciertos principios evidentes de Derecho natural, desplegados deductivamente. Por consiguiente, la ciencia jurídica cumple aquí con los postulados de la evidencia y de la deducción, pero se debilita el postulado de la realidad, de donde resulta una ciencia jurídica con un acentuado carácter ideal¹⁷.

En el s. XIX, sin embargo, la codificación facilita el abandono del Derecho natural y nace la dogmática jurídica. Las normas positivas sustituyen como axiomas a los principios inmutables y evidentes del iusnaturalismo racionalista. El jurista dogmático, por medio de la inducción jurídica, debe hallar los principios generales que informan estas normas positivas e inferir las consecuencias. Se parte del postulado de la plenitud del Derecho y se busca, en consecuencia, solucionar todos los casos posibles. Sigue siendo, en todo caso, una ciencia racional, donde importan más las propiedades formales del sistema (plenitud, coherencia, independencia) que la realidad. La ciencia dogmática mantiene la estructura deductiva, pero abandona el postulado de la evidencia¹⁸.

En rigor, el recurso a los «principios generales del Derecho» tiene un origen legal positivo, en forma de autorización expresa a los jueces para recurrir a ellos ante la conciencia de la insuficiencia de la ley para resolver unívocamente todos los casos¹⁹. Se trata de una solución práctica, pero sólo formalmente legal, pues es el juez quien en definitiva pone el principio²⁰. En todo caso, a diferencia de la deducción, que es de suyo una operación rigurosamente lógica, la inducción requiere efectuar valoraciones²¹.

¹⁶ ICMS, pp. 88-89.

¹⁷ Cfr. *ibid.*, p. 89. Asimismo, BULYGIN, E., «Zwei Systembegriffe in der rechtsphilosophischen Problematik», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 8 (1967), pp. 329-330.

¹⁸ Cfr. ICMS, p. 90. BULYGIN, E., «Zwei Systembegriffe...», *cit.*, pp. 330-332.

¹⁹ Cfr. Código civil italiano de 1865. Éste establece que cuando no exista una disposición para un caso, éste se resolverá por medio de la analogía y, si todavía no se halla solución, a través de los «principios generales del derecho» (art. 3). El Código civil austriaco de 1816 establecía una regulación similar, pero, en lugar de referirse a los principios generales del Derecho, lo hace a los «principios de derecho natural» (par. 6).

²⁰ No se puede evitar, como aprecia Lombardi, una valoración autónoma del juez. Cfr. LOMBARDI, L., *Corso di Filosofia del Diritto*, Milán, CEDAM, 1981, p. 44.

²¹ Cfr. *ibid.*, p. 105.

En la primera mitad del s. XX se sucedieron diversos intentos de situar la ciencia jurídica sobre una base empírica. Alchourrón y Bulygin citan a Gény, Heck, Kantorowicz, Duguit, Pound y los realismos jurídicos americano (Holmes, Cardozo, Gray, Llewellyn, Frank) y escandinavo (Hägerström, Lundstedt, Olivecrona, Ross). Del ámbito de las ciencias racionales se intentó pasar la ciencia jurídica al ámbito de las ciencias empíricas. Los enunciados de la ciencia jurídica tenían que basarse, por tanto, en la mera observación de hechos empíricos. Se oponían a cualquier sistematización y rechazaban la idea misma de sistema. Ahora bien, su noción de sistema era la misma idea tradicional de sistema que manejaban los dogmáticos; en este caso para rechazarla²².

Esto no es ningún avance para los profesores argentinos y, como se señaló *supra*, equivale a curar la enfermedad matando al enfermo. El carácter empírico de una ciencia, afirman, no es incompatible con su estructura deductiva. Es más, en la nueva concepción, opinan, la sistematización de los enunciados científicos constituye una de las tareas más importantes de la ciencia. La diferencia entre ambos tipos de ciencia radica básicamente en los criterios de selección de los enunciados primitivos, no en la deducción de los enunciados derivados²³.

Hoy en día no tiene razón de ser la distinción entre ciencias puramente formales y ciencias puramente empíricas. Del mismo modo, la ciencia jurídica no es ni puramente racional ni puramente empírica. En su seno se suscitan tanto problemas lógicos como problemas empíricos. Por eso, Alchourrón y Bulygin proponen abandonar la noción clásica de sistema. En relación con el Derecho, esto supone tres cosas:

- a) Que existe un concepto de sistema que se puede aprovechar en el ámbito jurídico.
- b) Que la sistematización es una de las tareas fundamentales del jurista.
- c) Que la ciencia del Derecho se plantea, tanto problemas lógicos, como problemas empíricos.

La clave está en asumir la señalada noción de sistema normativo, entendido como sistema de enunciados que tiene consecuencias normativas²⁴. Esta caracterización es simple, pero muy útil. Presenta varias ventajas:

- a) Nada se dice acerca de los enunciados que componen el sistema. Sólo es necesario que el conjunto de enunciados tenga consecuencias normativas. Con ello se evitan los problemas derivados de definir

²² Cfr. ICMS, p. 91.

²³ Cfr. *ibid.*, pp. 91-92.

²⁴ Cfr. *ibid.*, pp. 92-96.

el sistema normativo como un conjunto de normas, porque es un hecho que muchas veces los sistemas normativos contienen enunciados que carecen de naturaleza normativa; v. gr., las definiciones de palabras, las declaraciones políticas, las expresiones de propósitos, las reglas conceptuales, etc.²⁵

b) Nada se dice acerca de los enunciados que constituyen la base del sistema. Pueden ser los contenidos en un código o en una ley, pero también los extraídos de los fallos judiciales o los provenientes del Derecho natural. Tampoco importa el número de enunciados de la base. Como se señaló arriba, la elección de una u otra base depende únicamente del interés de quien construye el sistema. Los sistemas omnicomprendivos no son prácticos; mayor interés tienen aquellos que sistematizan pequeñas áreas porque permiten una mayor exhaustividad.

c) No se prejuzga acerca del status ontológico de las normas. No se dice que las normas sean enunciados (entidades lingüísticas), ni se dice qué clase de existencia tengan. Sólo se presupone que las normas son expresables en lenguaje por medio de enunciados²⁶.

6. Elaboración del sistema jurídico

Un sistema jurídico no es un objeto dado, sino que es fruto de la actividad del jurista²⁷. Con carácter general, esto es, excluyendo las grandes construcciones dogmáticas del s. XIX, de utilidad bastante dudosa, el jurista tiende a concentrar su interés única y exclusivamente en algún sector concreto del ordenamiento jurídico. Así, con la mira puesta en determinado problema, el jurista busca extraer todas las consecuencias normativas que ofrece el conjunto de enunciados que ha seleccionado como base. Éstos son los presupuestos de esta actividad:

a) *Un problema o conjunto de problemas (materia).*—A la ciencia del Derecho le interesa determinar el *status* normativo que el Derecho confiere a ciertas conductas (universo de acciones) en ciertas circunstancias. El universo de acciones determina la materia. La extensión

²⁵ Kelsen tiene que recurrir a distinguir entre normas completas e incompletas. Cfr. KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed. (1960), Viena, Österreichische Staatsdruckerei, 1992, pp. 237, 243-244. Larenz sigue esta idea. Cfr. LARENZ, L., *Metología de la ciencia del Derecho*, trad. de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 249-257.

²⁶ No obstante, Alchourrón y Bulygin han dedicado un buen esfuerzo a elucidar esta cuestión. Entre otros trabajos, *vid.* ALCHOURRÓN & BULYGIN, «The Expressive Conception of Norms», en Hilpinen R. (ed.), *New Essays in Deontic Logic*, Dordrecht-Boston-Londres, Reidel, 1981, pp. 95-124. Este artículo se encuentra recogido como «La concepción expresiva de las normas» en ALCHOURRÓN & BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, CEC, 1991, pp. 121-153.

²⁷ En este sentido, la sistematización también interesa a juristas prácticos, no sólo al científico del Derecho.

depende del interés del jurista. Es importante destacar que se trata de un sector de problemas limitado²⁸.

b) *Enunciados de Derecho que regulan dicha materia.*—Se trata del conjunto de enunciados de Derecho que constituyen su base axiomática. Como vimos, los juristas llaman válidos a los enunciados que consideran admisibles para figurar en la base de un sistema jurídico, así como a las consecuencias de tales enunciados.

c) *Reglas de inferencia.*—Sirven para determinar las mencionadas consecuencias. Los juristas no suelen estudiarlas con detenimiento. Los filósofos del Derecho, opinan Alchourrón y Bulygin, han empezado a interesarse por ellas, sobre todo a partir del trabajo *Deontic Logic* de G. H. v. Wright²⁹.

II. DESCRIPCIÓN Y PRESCRIPCIÓN EN LA CIENCIA JURÍDICA

7. Una ciencia jurídica descriptiva

Se suele afirmar que «la ciencia no «crea», sino sólo conoce o describe el derecho»³⁰. Alchourrón y Bulygin afirman que esta visión es muy reduccionista, puesto que no tiene en cuenta que la actividad científica tiene un gran componente creativo³¹. Esto es especialmente patente a la hora de reformular el sistema. Esto se hace a través de tres etapas³²:

1.^a *Determinación del universo de casos y del universo de soluciones.*—El universo de soluciones está en función del universo de acciones. Se trata de determinar el *status* normativo de ciertas acciones en ciertas circunstancias. Esto depende del interés del jurista. V. gr., nos interesa averiguar si el propietario de un inmueble puede reivindicarlo contra un tercero poseedor o no.

El universo de casos (si el enajenante actuó de buena fe; si asimismo lo hizo el adquirente, o si la enajenación fue a título oneroso) resulta de una clasificación de los elementos del universo del discurso (enajenación de inmueble que pertenece a tercero) sobre la base de unas propiedades (buena fe del enajenante, buena fe del adquirente y título oneroso). Se desprende que para determinar el universo de casos es necesario saber cuáles son las propiedades relevantes. Por lo común éstas se extraen de los enunciados de Derecho que son la base del sistema (es el propio Código civil el que menciona la buena o

²⁸ Algunos ejemplos de esta sistematización *práctica* del Derecho los podemos encontrar en ALCHOURRÓN & BULYGIN, *Lagunas del Derecho y análisis de los casos*, Buenos Aires, Buschi, 1971, *passim*.

²⁹ Cfr. WRIGHT, G. H. von, «Deontic Logic», *Mind* 60 (1951).

³⁰ *IMCS*, p. 117.

³¹ Cfr. *ibid.*, p. 137.

³² Cfr. *ibid.*, pp. 117-118.

mala fe y el título oneroso). No obstante, a veces se usan otros criterios que no ha tenido en cuenta el Derecho. Es el problema de las lagunas axiológicas.

2.^a *Derivación de las consecuencias de la base.*— Una vez determinados el universo de casos y el universo de soluciones, se trata, según Alchourrón y Bulygin, de aplicar unas reglas de inferencia que permiten desplegar el sistema. A partir de aquí estamos en condiciones de descubrir las propiedades formales del sistema (coherencia y plenitud) y las de la base (independencia).

3.^a *Reformulación del sistema.*— Consiste en la sustitución de la base originaria por otra. Esto suele hacerse sobre todo, señalan estos autores, cuando el número de enunciados de la base es muy elevado. Se trata de una simplificación que no altera el sistema.

Comoquiera que la sistematización permite identificar los casos de incoherencia o laguna, el jurista puede formular *propuestas* para la modificación del sistema, pero ésta es una actividad que, según Alchourrón y Bulygin, excede del marco de la mera sistematización.

No todos los defectos mencionados tienen el mismo alcance. En efecto, como señalan estos autores, la falta de plenitud y la incoherencia afectan al sistema mismo, requiriéndose para su eliminación la modificación del sistema, pero esto no es competencia del científico del Derecho, pues se trata de una actividad política. Sin embargo, la redundancia y el casuismo no afectan al sistema, sino a su presentación o formulación, por lo que no presenta ninguna contraindicación política. Porque, en efecto, se considera por lo común, señalan Alchourrón y Bulygin que el científico no puede crear nuevo Derecho. En consecuencia no puede eliminar lagunas e incoherencias, sino únicamente formular «*propuestas* para su eliminación»³³. En cambio puede suprimir libremente redundancias, reduciendo el casuismo, mediante la reformulación de la base del sistema. Precisamente ésta ha sido tradicionalmente considerada como una de las tareas más importantes de la ciencia dogmática del Derecho. De hecho, la reformulación va ligada a la elaboración de las denominadas partes generales y los principios generales del Derecho³⁴.

Para Alchourrón y Bulygin, la finalidad principal de la reformulación radica en hallar normas generales. Esta operación consiste en la sustitución de la base del sistema por otra base nueva, más reducida y general pero *normativamente equivalente*. Por esta razón rechazan la pretensión de la denominada jurisprudencia de conceptos de extraer *nuevo* Derecho a través de la construcción jurídica. La cuestión es si realmente tiene sentido que el científico del Derecho se limite a generar un sistema que tenga las mismas consecuencias normativas que el sistema objeto de reformulación, lo que se discute en la tercera parte.

³³ *Ibid.*, p. 127.

³⁴ *Cfr. ibidem.*

Por último, señalan que la reformulación tiene a veces carácter simplemente complementario cuando la autoridad normativa procede ella misma de manera sistemática. Por ello, la importancia de la reformulación se pone más de manifiesto cuando falta esta sistematización previa, como en el caso de las elaboraciones jurisprudenciales³⁵.

Cabría apostillar que actualmente también podría desempeñar un papel en medio del actual panorama de fuentes, en el que las fuentes tradicionales del Derecho se ven notablemente desbordadas como consecuencia de diversos fenómenos de alcance muy variado³⁶.

8. Una ciencia jurídica no meramente mecánica

Alchourrón y Bulygin admiten que no todas las actividades en el campo de la lógica son mecánicas. Pensar lo contrario, a su juicio, constituye un gravísimo error³⁷. Una actividad teórica puede ser considerada como mecánica, afirman, si existen procedimientos efectivos para la solución de problemas; esto es, si existe un conjunto de reglas que determina unívocamente cada uno de los pasos del procedimiento a seguir, alcanzándose la solución en un número finito de pasos. En opinión de Alchourrón y Bulygin, esto se da sólo en algunas áreas de las matemáticas, y no en todas. No hay un procedimiento de esta índole, por ejemplo, para la formulación de un nuevo teorema. Se trata ésta de una operación que requiere combinar «factores racionales e intuitivos». Y para llevarla a cabo es preciso tener «talento, intuición, imaginación creadora y, a veces, suerte»³⁸.

En este punto, Alchourrón y Bulygin siguen a Carnap y sostienen su opinión de que no hay procedimientos efectivos para resolver cierta clase de problemas; a saber: *a*) no los hay cuando se trata de obtener una conclusión a partir de un conjunto de enunciados que funcionan como premisas; *b*) tampoco los hay cuando se trata de construir una prueba —esto es, dados dos enunciados se intenta averiguar si el primero de ellos implica lógicamente el segundo—, operación que dista de ser mecánica, pues requiere la intervención de factores «racionalmente no controlables, es decir, elementos creadores». Pero *c*) sí es posible una actividad puramente lógica cuando se trata de examinar una prueba dada: ante dos enunciados y la prueba de que el primero de ellos implica lógicamente el segundo se puede verificar si la pretendida prueba es, realmente, una prueba válida, es decir, si está de acuerdo con las reglas de inferencia³⁹.

³⁵ Cfr. *ibid.*, p. 129.

³⁶ Cfr. PÉREZ-LUÑO, A., *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Sevilla, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, 1993, *passim*.

³⁷ Cfr. ICMS, p. 134.

³⁸ *Ibid.*, p. 135.

³⁹ Cfr. CARNAP, R., *Logical Foundation of Probability*, 2.^a ed., Chicago 1962, § 43, pp. 192-199. Cit. en ICMS, p. 134.

Para los dos primeros problemas –que pertenecen a lo que Reichenbach llama el «contexto de descubrimiento»–, no hay reglas lógicas capaces de reemplazar la actividad creadora del hombre. El tercero, en cambio –que pertenece según este autor al «contexto de justificación»–, sí puede ser incluido en el campo de la lógica formal⁴⁰.

Pues bien, si gran parte de la actividad del lógico o del matemático no es puramente mecánica, menos aún parece que lo pueda ser la actividad del jurista. En efecto, por lo que se refiere a su labor sistematizadora, Alchourrón y Bulygin reconocen que no hay tal mecanicismo. Escriben:

«Resulta claro que a pesar de ser deductivo el razonamiento del jurista que extrae principios generales (normas complejas) de enunciados de derecho dados y a pesar de que la relación entre sus premisas y la conclusión (la nueva base) es la de implicación lógica, la tarea de reconstrucción del sistema o, mejor dicho, de la reformulación de la base que consiste, entre otras cosas, en descubrir los principios generales implícitos, dista mucho de ser mecánica»⁴¹.

Se trata, en todo caso, de una actividad con un gran componente de creatividad. «Esta tarea –añaden– exige un considerable grado de ingenio, imaginación creadora y aquella intuición especial que los alemanes llaman «*Einführung*». Es en este campo donde la diferencia entre el talento y la mera laboriosidad se hace patente y donde es indispensable la presencia del primero»⁴². No se puede, pues, calificar la actividad científica de mera descripción. Resulta excesivo, opinan Alchourrón y Bulygin, el recelo de algunos juristas hacia una excesiva matematización del derecho, porque, a su juicio, es imposible reemplazar la «función creadora» del genio e inviable su reemplazo por autómatas y computadoras⁴³.

Podría parecer que esta «función creadora» a la que se refieren los profesores argentinos está asociada a la importante «función normativa» que, en otro lugar, atribuye Bulygin a la ciencia jurídica, más allá del simple conocimiento del Derecho. Pero esta supuesta función «normativa» es limitada. El propio Bulygin la conecta con la formulación de

⁴⁰ Cfr. REICHENBACH, H., *The Rise of Scientific Philosophy*, Berkeley, Univ. de California, 1951. Se ha consultado la versión castellana: *La filosofía científica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1967, p. 240. Para este autor, el acto de descubrimiento escapa al análisis lógico. A la lógica sólo le interesa el contexto de justificación. El estudio de la inferencia inductiva pertenece a la teoría de la probabilidad (*ibidem*).

⁴¹ *IMCS*, p. 136. Para que sea una operación «deductiva», tal y como la definen Alchourrón y Bulygin (cfr. *ICMS*, p. 131), es preciso que haya una equivalencia normativa entre el sistema formulado y el reformulado, lo que se pone en cuestión bajo el ep. 9.

⁴² *Ibid.*, p. 136.

⁴³ Cfr. *ibid.*, pp. 136-137.

«propuestas para el cambio del sistema existente»⁴⁴, por lo que tiene un carácter meramente auxiliar en relación con los órganos con autoridad para producir normas. En efecto, la función de la ciencia jurídica «no consiste [...] en la creación de nuevos enunciados de derecho, ni se confunde, por tanto, con la creación legislativa»⁴⁵. La actividad científica permanece fiel a sí misma mientras se abstiene de formular propuestas de modificación. Cuando lo hace entra en el campo de la política. En este sentido, consideran Alchourrón y Bulygin que «tales modificaciones son *cambios*, es decir, sustituciones de un sistema por otro nuevo», y como tales deben ser distinguidos claramente de la operación de sistematización, la cual «no tiene por objeto transformar un sistema en otro, no equivalente con el primero»⁴⁶. Sólo cuando las propuestas de modificación son aceptadas por órganos institucionalmente autorizados producen modificaciones importantes en el sistema jurídico⁴⁷.

A pesar de todo lo anterior, Bulygin concede que los dogmáticos del derecho no cambian el Derecho de manera directa, pero *adecuan o ajustan el sistema a ciertas exigencias*. Y se refiere a las exigencias de completitud y coherencia, de carácter «racional», y a la de justicia, de carácter «moral». Se trata ésta de una función normativa que no suelen ejercer de un modo abierto, sino que tratan de disfrazarla por medio de recursos retóricos (como tributo, opina, a la ideología de la separación de poderes)⁴⁸.

En un sentido similar, Alchourrón remarca la importancia de la función descriptiva de la ciencia del Derecho, señalando *a*) que nos permite identificar el Derecho existente, que será objeto de valoraciones críticas; y *b*) que pone de manifiesto las propiedades y eventuales deficiencias del sistema jurídico; a saber, lagunas, contradicciones y falta de justicia, lo cual provee de razones para la crítica y eventualmente determinará el cambio del sistema⁴⁹.

En definitiva, Alchourrón y Bulygin asignan a la ciencia jurídica el papel de factor coadyuvante en el continuo proceso de modificación del Derecho, al poner de manifiesto la necesidad de ajustes en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, éstos deben ser llevados a cabo por las instituciones autorizadas para ello. En otro caso se estará realizando una función normativa encubierta, contraria al principio de separación de poderes.

⁴⁴ Cfr. ambos extremos en BULYGIN, E., «Dogmática jurídica y sistematización del derecho», trad. del autor, en *Análisis lógico y derecho*, cit., p. 477.

⁴⁵ *ICMS*, p. 136.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Cfr. ALCHOURRÓN, C. E., «Systematization and Change in the Science of Law», en AA VV, *Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart*, Berlín, Duncker & Humblot, 1986, pp. 171-184, en particular p. 183.

⁴⁸ Cfr. BULYGIN, E., «Dogmática jurídica y sistematización del derecho», cit., pp. 477-478.

⁴⁹ Cfr. ALCHOURRÓN, C. E., «Systematization and Change in the Science of Law», cit., p. 183.

En todo caso, la ciencia jurídica tiene que hacer algo más que detectar lagunas y contradicciones, puesto que su objeto, el Derecho, tiene una indudable vocación práctica por lo que la actividad del científico del Derecho no puede limitarse a una mera elucubración teórica, como si de una disciplina filológica se tratara⁵⁰. Incluso desde posiciones empiristas extremas, como la escandinava, se ha llegado a afirmar que la no valoración *no es un ideal* de la ciencia del Derecho. Escribe Olivecrona:

«La pretensión de no incurrir en juicios de valor conduce en realidad a una autolimitación voluntaria con la que se estorba no poco la iniciativa y la inspiración de la actividad científica. Sólo cabe exigir una nítida separación entre juicios de valor y enunciados acerca de la constitución de la realidad, pues sólo estos últimos pueden ser emitidos con pretensión de veracidad»⁵¹.

Este autor, en sintonía con todo lo anterior, atribuye específicamente las siguientes funciones a la ciencia jurídica⁵²: 1.^a Determinar y sistematizar las representaciones de las acciones contenidas en la ley y la costumbre, que es la tarea principal de la ciencia jurídica. 2.^a Proporcionar al juez un repertorio de criterios para la resolución de las lagunas que inevitablemente presenta el ordenamiento jurídico. 3.^a Preparar el camino al legislador mediante una investigación anticipada de los problemas que se presentan en la actualidad.

A juicio de Olivecrona no es realista pensar que la ciencia del Derecho se conforme con detectar lagunas y contradicciones, como si la naturaleza de su función fuera exclusivamente de carácter lógico. Si la ciencia del Derecho ha de coadyuvar a la solución de problemas tiene que hacer algo más. Eso sí, tiene que hacerlo de modo abierto y no con carácter críptico.

III. ELEMENTOS PARA EL DEBATE

9. Manteniendo lo prescriptivo a raya. Dificultad de este propósito

La necesidad de que la ciencia jurídica no sea prescriptiva es una opción por la que se inclinan Alchourrón y Bulygin, algo que se acepta «por lo común»⁵³, pero un planteamiento distinto también podría

⁵⁰ Éste es el sentido de la famosa crítica que dirige Jhering a la jurisprudencia de conceptos. Cfr: JHERING, R. von, «En el cielo de los conceptos jurídicos. Una fantasía», en JHERING, R. v., *Bromas y veras en la ciencia jurídica* (1884), trad. de la 13.^a ed. alemana de 1924 de T. A. Banhaf, Madrid, Civitas, 1987, pp. 215-264; en esp., pp. 222-223, 232, 244, 262-263.

⁵¹ OLIVECRONA, K., *Gesetz und Staat*, Copenhagen, Ejnar Munksgaard, 1940, p. 56.

⁵² Cfr. *ibid.*, pp. 50-51.

⁵³ Cfr. ep. 7.

ser legítimo⁵⁴. La cuestión es si es posible mantener a raya la prescripción en la actividad de la ciencia jurídica o, por el contrario, alberga inevitablemente un elemento normativo.

Como se ha visto, Alchourrón y Bulygin afirman que la lógica jurídica no es una actividad puramente mecánica, sino que revela cierto carácter creativo. No hay tal mecanicismo ni a la hora de obtener conclusiones a partir de un conjunto de enunciados que funcionan como premisas, ni a la hora de abstraer principios generales de enunciados de Derecho dados. Pero entonces surge el problema de cómo garantizar la equivalencia normativa entre el sistema originario y su reformulación doctrinal. La finalidad de esta última, según los profesores argentinos, radica en el hallazgo de normas generales, «es decir, en la sustitución de una pluralidad de normas por una norma más general»⁵⁵. La clave de la equivalencia está en que las consecuencias normativas de ambos sistemas, original y reformulado, sean las mismas⁵⁶. ¿Es esto posible?

Aarnio opina que no. Si la sistematización requiere un elemento «creativo», la reformulación del sistema implica, a su juicio, que ambos, el formulado y el reformulado, son distintos. La reformulación tiene que entrañar diferentes consecuencias normativas. Ello se debe, explica Aarnio, a que la tarea de sistematización de la dogmática jurídica tiene por finalidad justamente configurar y enriquecer el sistema⁵⁷.

Frente a ello, Alchourrón objeta a Aarnio que su crítica se basa en la afirmación de que «el ejercicio de la investigación muestra frecuentemente que el resultado de la sistematización no es idéntico con la base del sistema». Pero esto es una afirmación que, según él, está en el plano de la *existencia*, de lo que de hecho sucede, mientras que ellos, Alchourrón y Bulygin, pretenden teorizar sobre la definición de reformulación, lo que se sitúa en un plano *esencial*⁵⁸.

Pero quizás Alchourrón y Bulygin no estén en lo cierto al afirmar que la divergencia entre sistema formulado y reformulado sea una cuestión meramente existencial. Como se ha visto en el epígrafe precedente, Bulygin afirma que el científico del Derecho realiza una labor de ajuste del sistema en torno a tres exigencias: plenitud y coherencia, éstas de carácter racional, y justicia, ésta de índole moral. A

⁵⁴ Hay otras concepciones de la ciencia jurídica bajo cuya óptica se considera legítimo crear nuevo Derecho. Así leemos en Puchta que la tarea de la ciencia del Derecho es no sólo descriptiva, sino también «productiva, de modo que la misma ciencia se incorpora en el número de las fuentes del Derecho», tal y como se afirma en PUCHTA, G. F., *Pandekten*, 3.ª ed. (1845), Goldbach, Keip Verlag, 2001, p. 25.

⁵⁵ *ICMS*, p. 127.

⁵⁶ *Cfr. ibid.*, p. 128.

⁵⁷ *Cfr.* AARNIO, A., «On Changes in the Systematics of Law», *Rechtstheorie*, 11 (1986), *Beiheft* 10, p. 168.

⁵⁸ *Cfr.* ALCHOURRÓN, C. E., «Systematization and Change in the Science of Law», *cit.*, p. 182.

través de ellas supuestamente realiza una función normativa encubierta bajo un discurso retórico⁵⁹. Sin embargo, frente a ello, hay que decir varias cosas.

En primer lugar, no sólo las dos primeras, plenitud y coherencia, son exigencias de carácter racional, sino que también lo es la tercera, la justicia. En efecto, como señala Alexy, todo sistema jurídico tiene una intrínseca vocación de justicia, pues es autocontradictorio pretender directamente la formulación de un sistema jurídico injusto. Si éste fuera el caso no hablaríamos de «sistema jurídico», sino de «sistema de bandidos»⁶⁰. En palabras de S. Agustín, «remota itaque iustitia, qui sint regna nisi magna latrocinia?»⁶¹

En segundo lugar, aunque todo sistema jurídico deba ser justo, de hecho sólo lo es hasta cierto punto. Como afirma Legaz, el Derecho es un *ensayo* de realización de la justicia. Como ensayo es siempre imperfecto. Por ello, la expresión Derecho justo no es un pleonismo, ni la expresión Derecho injusto una *contradictio in adjecto*⁶².

En tercer lugar, como reconocen los mismos Alchourrón y Bulygin, las operaciones de la lógica jurídica no son operaciones mecánicas, sino creativas. Esto es compatible con el necesario concurso de la interpretación, que es una actividad legítima de la ciencia jurídica. Sin embargo, ésta no tiene carácter rigurosamente lógico, sino que es en buena medida valorativa⁶³.

En cuarto lugar, puesto que hay una objetiva tensión normativa que va del sistema jurídico real (ensayo) al sistema jurídico ideal (justo), el jurista debe contribuir a éste a través de sus interpretaciones. Estas interpretaciones son normativas, no porque él las formule (no está autorizado), sino en la medida en que son justas. «El legislador empírico –escribe Radbruch– no hace sino despejar el campo al legislador ideal que

⁵⁹ Cfr. nota 48.

⁶⁰ Cfr. ALEXY, R., *El concepto y la validez del derecho*, trad. de J. Malem Seña, Barcelona, Gedisa, 2004, pp. 37 ss. Cuando la violencia se ejerce de forma reglada, expone Alexy, del orden de bandidos pasamos a un «orden de dominación». Y, en el momento en que este orden concibe la pretensión de ser correcto, en ese mismo momento podemos empezar a hablar de sistema jurídico. Así escribe: «La pretensión de corrección es un elemento necesario del concepto de derecho. [...] cabe señalar que los sistemas normativos que no formulan ni explícita ni implícitamente una pretensión de corrección no son sistemas jurídicos. Todo sistema jurídico formula una pretensión de corrección.» (*ibid.*, p. 40).

⁶¹ SAN AGUSTÍN, *La ciudad de Dios*, IV, 4. Se ha consultado la ed. bilingüe de S. SANTAMARTA. M. FUERTES y V. CAPANAGA, Madrid, B.A.C., 1988, p. 228. Y Radbruch afirma que «derecho es la realidad que tiene el sentido de servir al valor jurídico, a la idea de derecho» (RADBRUCH, G., *Filosofía del Derecho*, 4.ª ed., Granada, Comares, 1999, p. 38.)

⁶² Cfr. LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1961, pp. 331-332. Asimismo señala que el Derecho es ontológicamente una cierta justicia, pues siempre entraña una cierta alteridad y una cierta igualdad (cfr. *ibid.*, p. 333) y que la justicia, como esquema lógico, forma una misma cosa con el Derecho (cfr. *ibid.*, p. 337).

⁶³ Cfr. LOMBARDI, L., *op. cit.*, pp. 53-83.

vive en la ley misma»⁶⁴. La ciencia jurídica significa «explicar el Derecho como realización del concepto de Derecho, es decir, como un dato cuyo sentido reside en la realización de la idea del Derecho; en una palabra, como un intento de realización de la idea de Derecho»⁶⁵.

En quinto lugar, la seguridad jurídica, el otro gran valor del Derecho, promueve una cierta estabilidad en el sistema jurídico⁶⁶. Esto significa que las nuevas conclusiones normativas (entre las que cabría incluir la superación de lagunas y contradicciones) a las que llegue la ciencia jurídica, si están legitimadas por la justicia, deberían funcionar más que como propuestas para el cambio, como propuestas *para el no cambio*, concibiendo éstas, a través de la interpretación, como conclusiones naturales del propio sistema, el cual no debe estar sometido a un estrés de cambio permanente, sino aspirar a cierta estabilidad, acomodándose a diversas interpretaciones posibles. Como señala Radbruch, el intérprete no sólo puede entender la ley mejor de lo que la entendieron sus creadores, sino que la ley tiene que ser mucho más inteligente que sus autores. La interpretación jurídica es, así, pensar una idea hasta su último extremo⁶⁷.

En sexto lugar, cuando no sea posible interpretar el Derecho real de un modo más justo y sea preciso, en consecuencia, formular una propuesta para el cambio, ésta merecerá ser atendida por los órganos institucionalmente autorizados en la medida en que sea justa. Al margen de consideraciones de justicia, las propuestas para el cambio son inanes y no hay ninguna razón para atenderlas cuando provienen de la ciencia jurídica, que no tiene autoridad formal. La justicia proporciona autoridad moral a sus propuestas.

Se podrá argüir que estos argumentos son válidos en el caso de que se acepte la conexión conceptual necesaria entre Derecho y moral,

⁶⁴ RADBRUCH, *op. cit.*, p. 145.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 151. Así, pues, la ciencia jurídica tiene una doble tarea: una elaboración categorial, que expone el Derecho como realización del concepto de Derecho, y una elaboración teleológica, que expone el Derecho como un *intento* de realización de la idea de Derecho (*ibidem*).

⁶⁶ Como señala Montesquieu: «Tampoco deben hacerse variaciones en una ley sin una razón suficiente». MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, lib. XXIX, cap. XVI. Se ha consultado la trad. de N. Buenaventura Selva, t. II, Madrid, Imprenta de D. Marcos Bueno, 1845, p. 317.

⁶⁷ En efecto, la interpretación jurídica está condicionada por la historicidad. Como explica Radbruch, la voluntad del legislador no queda fijada de una vez para todo tiempo, sino que permanece siempre capaz de contestar con nuevas aclaraciones a las nuevas necesidades y problemas jurídicos. También señala que la interpretación jurídica no es una interpretación filológica, sino que se dirige a la aplicación, pero he aquí que los textos legales tienen necesariamente lagunas, oscuridades y contradicciones. *Cfr.* RADBRUCH, *op. cit.*, pp. 143-144. Por ello, el sistema jurídico no se asemeja tanto al modelo axiomático-deductivo, como al axiológico o teleológico, como señala acertadamente Canaris. *Cfr.* CANARIS, C. W., *El sistema en la jurisprudencia*, trad. de J. A. García Amado, Madrid, FCN, 1998, pp. 68-69.

cosa que niega expresamente Bulygin⁶⁸. El problema es que si se niega esta conexión, llegamos al absurdo de que la ciencia jurídica podrá *legítimamente* plantear, tanto propuestas justas para el cambio, como *propuestas injustas para el cambio*, si éste es su deseo⁶⁹. Pero esto es inconsistente con su función. Y, en cuanto a la reformulación del sistema, si ésta ha de ser equivalente con el sistema original, entonces se olvida que la interpretación jurídica está esencialmente abocada a la aplicación⁷⁰, por lo que el sentido de un texto jurídico no puede fijarse plenamente *a priori*, sino que tiene que variar necesariamente en función del caso.

En conclusión, la función de la ciencia jurídica parece más bien normativa y la equivalencia entre el sistema formulado y el sistema reformulado no es ni posible ni deseable.

Por último, unas consideraciones sobre la actividad judicial, cuyo tratamiento presenta cierto paralelismo con el que se ha visto para la ciencia del Derecho, y en el que encontramos alguna iluminación adicional. Bulygin, en un trabajo sobre la creación judicial del derecho, señala que, ante contradicciones o insuficiencias, los jueces se ven obligados a modificar el Derecho, invadiendo la competencia del legislador, y, por tanto, violando el Derecho⁷¹. En un trabajo anterior sobre la interpretación jurídica, Bulygin analiza los criterios empleados por los jueces para integrar los sistemas. No es casualidad que sean los mismos que utiliza la ciencia jurídica, puesto que, en realidad, se trata de exigencias de la propia noción de sistema jurídico. Por un lado exigencias racionales de completitud y coherencia. Por otro, la exigencia moral de justicia⁷².

⁶⁸ Cfr. BULYGIN, E., «Alexy y el argumento de la corrección», en ALEXY & BULYGIN, *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*, trad. de P. Gaido, Bogotá, Universidad Externado, 2001, pp. 41-51. En otro lugar he dado cuenta de esta polémica con más detalle. Vid. VERGARA, O., «Sistemas jurídicos y sistemas normativos en el pensamiento de C. E. Alchourrón y E. Bulygin», en Vergara (ed.), *Teorías del sistema jurídico*, Granada, Comares, 2009, pp. 300-305.

⁶⁹ En efecto, el jurista actuaría inmoralmente en el segundo supuesto, pero Bulygin no puede explicar por qué habría de actuar moralmente. Si se exige al jurista ser justo, entonces la justicia es un valor, pero entonces el Derecho debe también ser justo. Si no se le exige, entonces la justicia no es un valor, y un régimen *jurídico* que se pretenda injusto es plenamente jurídico, lo que lleva al absurdo, pues sería como llamar «escuela» a una institución que pretenda no enseñar nada.

⁷⁰ Cfr. GADAMER, H.-G., *Verdad y método*, trad. de A. Agud y R. de Agapito, Salamanca, Sígueme, 1991, pp. 378 ss.

⁷¹ Cfr. BULYGIN, E., «Creación judicial del Derecho», en BULYGIN *et al.*, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 83.

⁷² Cfr. BULYGIN, E., «Sull' interpretazione giuridica», en BULYGIN, *Norme, validità, sistema normativi*, Turín, 1995, p. 274. Alchourrón también menciona la «falta de justicia» como una eventual «deficiencia» del sistema. Cfr. ALCHOURRÓN, C. E., «Systematization and Change...», *cit.*, p. 183.

Aparentemente, Bulygin otorga a esta última cierto carácter normativo, al afirmar que «un sistema jurídico y las decisiones judiciales que lo aplican deben satisfacer ciertos criterios o *standards* mínimos de justicia»⁷³. Sin embargo, aclara que estos mínimos de justicia *no son esenciales* para el Derecho, aunque sí muy relevantes. Y en otro lugar señala que el sistema jurídico no puede realizar «correctamente» su función principal –regular el comportamiento humano– si no se cumple la exigencia moral de corrección, aunque la disfunción no es tan radical, añade, como si falla en punto a las exigencias de plenitud y coherencia, en cuyo caso, el sistema no puede funcionar *simpliciter*⁷⁴.

Bulygin, como se ha indicado bajo este mismo epígrafe, niega toda conexión conceptual necesaria entre moral y Derecho. No considera esencial la realización de la justicia a través del Derecho. Por eso, cuando dice que, al margen de la justicia, el sistema no puede realizar correctamente su función, parece que hay que entender que el sistema tendrá dificultades para ser obedecido, algo que se sitúa en el campo de la mera vigencia histórica.

Sin embargo, lo que se ha dicho sobre la ciencia jurídica vale *a fortiori* para los jueces, puesto que ellos sí tienen permitido completar el Derecho de acuerdo con criterios de justicia, pues, al menos en nuestro sistema jurídico, están expresamente autorizados, con determinadas condiciones, a través del art. 1.6 Cc., lo que da lugar a incontables principios jurídicos que hoy forman parte del Derecho español.

10. Construyendo el sistema. Hasta donde la lógica alcance

Por último, unas consideraciones metodológicas, que revelan, en conexión con lo antedicho, algunas dificultades en la teoría analizada.

a) Antes de sistematizar es preciso determinar el material que se va a sistematizar. Puede tratarse de leyes, elaboraciones jurisprudenciales, preceptos de ley natural, etc. Esto depende del foco de interés y del tipo de soluciones que busque el científico del Derecho. Ahora bien, esos enunciados necesariamente han de ser interpretados. Pero la interpretación no es una operación ni lógica⁷⁵ ni, en contra de lo que afirma Bulygin, empírica.

En efecto, en relación con esta operación, Bulygin distingue entre el «descubrimiento de un significado existente» y la «adjudicación

⁷³ BULYGIN, E., «Sull' interpretazione giuridica», cit., p. 276.

⁷⁴ Cfr. BULYGIN, E., «Dogmática jurídica y sistematización del derecho», p. 478. Esta «exigencia de justicia» que menciona Bulygin no se refiere necesariamente a la moral social, sino que los mismos juristas «como agentes morales, deben y a menudo efectivamente tratan de adecuar el sistema existente a las pautas de una moral crítica o ideal» (p. 480).

⁷⁵ Es una operación *semántica*. Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Interpretación, subsunción y aplicación del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 31.

(total o parcial) de un significado nuevo». Considera que la primera actividad es en cierta manera *empírica*, porque el significado viene ya dado, bien a través el uso común del lenguaje, bien a través de la intención del autor de la expresión, pudiendo ser *investigado* por medios empíricos⁷⁶. Esto parece una aplicación de la máxima *a claris no fit interpretatio*. Pero para saber si algo está claro, primero hay que haberlo interpretado. Y ésta no es una tarea enteramente objetiva, sino mediada por la tradición, como se ha encargado de mostrar, desde un punto de vista trascendental, la moderna hermenéutica, en particular a partir de Gadamer⁷⁷.

En cuanto a la segunda operación, que tiene lugar cuando resulta imposible descubrir el significado de una expresión por demasiado oscura o por demasiado ambigua, Bulygin confirma, en efecto, que puede ser necesario *asignarle* un significado y reconoce que esta operación no es lógica. Esta asignación suele ser efectuada por los juristas, precisa, a través de definiciones *estipulativas* que operan como propuestas⁷⁸.

En suma, determinar la base del sistema no es una operación ni lógica ni empírica.

b) Una vez determinado el material que se va a sistematizar, puede convenir reformular el sistema, de modo que se simplifique la base del sistema. Para que esta operación sea *deductiva*, tal y como pretenden Alchourrón y Bulygin, es preciso que la verdad de las premisas garantice la verdad de la conclusión⁷⁹. Pero esto es lo que se acaba de poner en cuestión en el epígrafe precedente. Cuando la conclusión que se desprende de las premisas no es más que probable, tenemos que hablar de *inducción*. Pero he aquí que ésta no es una actividad rigurosamente lógica⁸⁰. Como ha puesto de manifiesto Lombardi en relación con la jurisprudencia de conceptos, en la base de toda inducción hay una valoración. En efecto, inducir implica considerar que determinados aspectos que se hallan positivamente presentes en la especie pertenecen a ésta no en tanto que especie, sino en tanto que género, y esto no puede ser hecho sin una valoración. Así, para desplegar un concepto más general, G, a partir de otro más especial, E, es preciso imputar alguna regulación *x* o *y* de E a G, y esto entraña efectuar la siguiente valoración: si E está regulado de modo *x* o de modo *y*, ello es debido a

⁷⁶ Cfr. BULYGIN, E., «Dogmática jurídica y sistematización del Derecho», cit., p. 470.

⁷⁷ Como señala Gadamer, no hay comprensión posible sin pre-comprensión. Cfr. GADAMER, *ob. cit.*, pp. 331 ss. Para Radbruch es claro que el Derecho no adopta ningún concepto elaborado por otras ciencias sin transformarlo. Cfr. RADBRUCH, *op. cit.*, p. 153.

⁷⁸ Cfr. BULYGIN, E., «Dogmática jurídica y sistematización del Derecho», cit., pp. 470-471.

⁷⁹ Cfr. ICMS, p. 131.

⁸⁰ Cfr. POPPER, K. R., *La lógica de la investigación científica*, trad. de V. Sánchez de Zavala, Madrid, Tecnos, 1985, p. 27.

que E forma parte de G. Pero he aquí que no hay ninguna regla lógica que establezca que x o y deban pertenecer a G en tanto que género y no específicamente a E en tanto que especie⁸¹.

En definitiva, la reformulación entraña una inducción, que es una operación que dista de ser una operación rigurosamente lógica.

c) Sin embargo, una vez aceptada esta valoración, sí puede ser lógicamente correcto atribuir la regulación x o y al resto de especies E' y E'', etc. que se engloban en G junto a E. El camino de descenso puede considerarse lógico hasta cierto punto, pues no elimina la necesidad de interpretación. Pero, aunque fuera rigurosamente lógico, no desaparecerían algunas dificultades.

En efecto, Nino ha señalado en relación con la inferencia de las consecuencias lógicas de la base lo siguiente: o bien es una exigencia de imposible cumplimiento si de lo que se trata es de extraer todas las consecuencias de un conjunto de enunciados –ya que las consecuencias lógicas que se siguen de ciertas normas pueden ser infinitas–; o bien, si nos limitamos a aquellas consecuencias jurídicas relevantes y no triviales, las ocasiones en que resulte relevante proceder a hacer explícitas las consecuencias que se deducen de las normas del sistema serán muy escasas, ya que los legisladores suelen formular sus normas de tal manera que no constituyan «ejercicios para el deleite de los lógicos»⁸².

Además hay que hacer una distinción importante. Tomás de Aquino, cuando trata del modo en que la ley humana deriva de la ley natural, establece dos modos en que una norma se puede derivar de otra⁸³. Esto puede ser por dos modos. a) Por *conclusión*, cuando el contenido de una norma se deriva como la conclusión de un juicio o silogismo práctico. V. gr., ejemplifica Tomás de Aquino, el precepto «no matarás» se deriva de aquel otro que manda «no hacer mal a nadie». b) Por *determinación* cuando estamos, en cambio, ante una *opción*, una elección de entre las distintas posibilidades posibles de cumplir una norma. En el ejemplo de Tomás de Aquino, la ley natural establece que el que delinque sea castigado, pero que se le castigue con tal o cual pena es una determinación de la ley natural.

En el ejemplo que ponen Alchourrón y Bulygin en *ICMS*, la regla «permitido votar a las personas con 30 años» es una consecuencia normativa de la norma «permitido votar los mayores de 22 años». Estamos ante una conclusión. Pero el caso es que muchas otras veces estaremos ante determinaciones. Por ejemplo, la Ley básica de autonomía del paciente establece que el menor de 18 y mayor de 16 tiene derecho a decidir libremente sobre cualquier actuación en el ámbito

⁸¹ Cfr. LOMBARDI, L., *op. cit.*, pp. 103-105.

⁸² NINO, Carlos S., *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, 2.ª ed., México, Fontamara, 1995, pp. 66-68.

⁸³ Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teología*, 1-2, q95, a2, c. Se ha consultado la ed. Regentes EPDE, BAC, Madrid, 1988-1994, vol. 2, p. 742.

de su salud, pero si ésta entraña «grave riesgo», el médico deberá informar a sus padres. Pues bien, habrá quien considere válida la derivación «hay que informar a los padres del paciente entre 16 y 18 cuando su médico averigüe que toma drogas» y habrá quien considere que esta norma es inaceptable⁸⁴.

La distinción es muy importante porque tiene consecuencias apreciables. Escribe Tomás de Aquino:

«Por ambos caminos se originan las leyes humanas positivas. Mas las del primer procedimiento no pertenecen a la ley humana únicamente como leyes positivas, sino que en parte mantienen fuerza de ley natural. *Las del segundo, en cambio no tienen más fuerza que la de la ley humana*»⁸⁵.

Dicho de otro modo, cuando estamos ante una determinación, aparece una nueva norma necesitada de justificación. La conexión entre las dos normas no es puramente lógica. En nuestro caso sería preciso justificar por qué en el caso de las drogas hay que avisar a sus padres, lo que conlleva una serie de consideraciones valorativas sobre la libertad, la madurez, las drogas y sus efectos sobre la salud de las personas.

El juego de la determinación es mucho mayor evidentemente cuando lo que tenemos, en lugar de reglas, son principios. Se ha señalado en este sentido que un sistema que incluye principios (más si incluye valores) nunca puede ser plenamente descrito. Esto se puede apreciar en los sistemas formados por textos constitucionales que a diario vemos cómo son aplicados a casos nuevos por la jurisprudencia, descubriendo y definiendo nuevas facetas y dando lugar, los mismos principios, a nuevas manifestaciones⁸⁶.

11. Conclusiones

El modelo de ciencia jurídica presentado por Alchourrón y Bulygin está estrechamente vinculado a la construcción del sistema jurídico. La teoría del sistema jurídico desarrollada por estos autores se basa en una noción de sistema normativo que tiene sus orígenes en modelos matemáticos. Su notable aportación radica en que su noción de sistema normativo no está lastrada por la tradicional división entre ciencias puramente formales y ciencias empíricas, lo que se adapta bien al Derecho, ya que éste contiene, entre otros, tanto problemas empíricos, como problemas deductivos. La teoría propuesta presenta

⁸⁴ Como señala Recasens, elegir implica valorar. Cfr. RECASENS SICHES, L., *Tra-tado General de Filosofía del Derecho*, 2.ª ed., México, Porrúa, 1961, p. 77.

⁸⁵ Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *op. cit.*, 1-2, 95.2c (cursiva añadida).

⁸⁶ Cfr. SERNA, P., «Sobre el “Inclusive Legal Positivism”». Una respuesta al Prof. Vittorio Villa», *Persona y Derecho*, 43 (2000), p. 131.

también una buena dosis de realismo en la medida en que no pretende la utópica sistematización de todo el ordenamiento jurídico, sino que está más orientada a axiomatizar sectores parciales de éste. El rigor con el que desarrollan esta teoría es muy apreciable y constituye una importante aportación a la teoría de los sistemas jurídicos, de la que se ha dado cuenta en la primera parte.

En cuanto a la utilidad del modelo científico propuesto, se puede aceptar que un adecuado despliegue axiomático contribuye a descubrir conclusiones normativas implícitas, a colmar lagunas y a superar contradicciones. Se puede también aceptar la utilidad de recurrir a la reformulación del sistema normativo con la finalidad de evitar las redundancias y el casuismo en general, sobre todo por lo que se refiere a la sistematización de la jurisprudencia. Todo esto es coherente con el postulado de que la ciencia jurídica es una actividad meramente descriptiva. Sin embargo, esto *no es del todo realista*. En primer lugar, porque toda operación de lógica jurídica, de carácter sintáctico, está precedida por operaciones de carácter semántico, ya que es ineludible interpretar los correspondientes enunciados, lo que siempre entraña valoraciones. Y, en segundo lugar, la interpretación jurídica siempre se dirige a la aplicación, lo que hace que carezca de sentido una interpretación del Derecho plena y uniforme *a priori*. Por otro lado, el planteamiento de Alchourrón y Bulygin *tampoco parece correcto*. En efecto, estos autores consideran que sólo las exigencias de plenitud y coherencia son exigencias racionales, a diferencia de la exigencia de justicia. Sin embargo, esto se pone en cuestión en este trabajo, afirmándose que la exigencia de justicia es una exigencia de carácter racional que es inherente a la propia noción de sistema jurídico. Esto cambia completamente el planteamiento y permite apreciar el carácter normativo de la actividad de la ciencia jurídica. Asimismo muestra la inconveniencia de asumir que las reelaboraciones de la ciencia jurídica tengan que alcanzar las mismas conclusiones normativas que el sistema originalmente formulado, además de favorecer la seguridad jurídica evitando que el sistema jurídico tenga estar sujeto a la eventualidad de un cambio permanente. Por último confiere autoridad moral a las propuestas doctrinales para el cambio, lo que es imprescindible, habida cuenta de que la ciencia jurídica suele carecer de toda autoridad formal y que, sin esa conexión, se llegaría al absurdo de que ésta estaría legitimada para formular propuestas injustas para el cambio, lo que no es consistente con su función.

12. Bibliografía

- AARNIO, A., «On Changes in the Systematics of Law», *Rechtstheorie*, 11 (1986), Beiheft 10, pp. 161-170.
- ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., *Normative Systems*, Viena, Springer, 1971.
- Existe versión castellana de los propios autores: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1975.

- *Lagunas del Derecho y análisis de los casos*, Buenos Aires, Buschi, 1971.
- «The Expressive Conception of Norms», en R. Hilpinen (ed.), *New Essays in Deontic Logic*, Dordrecht-Boston-Londres, Reidel, 1981, pp. 95-124. Este artículo se encuentra recogido como «La concepción expresiva de las normas» en ALCHOURRÓN & BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, CEC, 1991, pp. 121-153.
- ALCHOURRÓN, C. E., «Systematization and Change in the Science of Law», en AA VV, *Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart*, Berlín, Duncker & Humblot, 1986, pp. 171-184.
- ALEXY, R., *El concepto y la validez del derecho*, trad. de J. Malem Seña, Barcelona, Gedisa, 2004.
- BULYGIN, E., «Die Ideale der Vollständigkeit und der Widerspruchsfreiheit im wissenschaftlichen Denken», en H. Pfeiffer (ed.), *Denken und Umdenken. Zu Werk und Wirkung von Werner Heisenberg*, Munich, 1977, pp. 90-101.
- «Alexy y el argumento de la corrección», en Alexy & Bulygin, *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*, trad. de P. Gaido, Bogotá, Universidad Externado, 2001, pp. 41-51.
- «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», *Doxa* 9 (1991), pp. 257-279.
- «Creación judicial del Derecho», en BULYGIN *et al.*, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 75-94.
- «Dogmática jurídica y sistematización del derecho», trad. del autor, en *Análisis lógico y derecho*, cit., pp.
- «Incompletezza, contraddittorietà e indeterminatezza degli ordinamenti normativi», en G. di BERNARDO, *Logica deontica e semantica*, Bolonia, 1977, pp. 291-306.
- «Zwei Systembegriffe in der rechtsphilosophischen Problematik», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 8 (1967), pp. 329-342.
- «Sull' interpretazione giuridica», en BULYGIN, *Norme, validità, sistema normativi*, Turín, 1995, pp. 257-277.
- CANARIS, C. W., *El sistema en la jurisprudencia*, trad. de J. A. García Amado, Madrid, FCN, 1998.
- GADAMER, H. G., *Verdad y método*, trad. de A. Agud y R. de Agapito, Salamanca, Sígueme, 1991.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Interpretación, subsunción y aplicación del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1999.
- JHERING, R. von, «En el cielo de los conceptos jurídicos. Una fantasía», en JHERING, *Bromas y veras en la ciencia jurídica* (1884), trad. de la 13.ª ed. alemana de 1924 de T. A. Banhaf, Madrid, Civitas, 1987, pp. 215-264.
- KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed. (1960), Viena, Österreichische Staatsdruckerei, 1992.
- LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1994.
- LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1961.
- LOMBARDI, L., *Corso di Filosofia del Diritto*, Milán, Cedam, 1981.
- MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, trad. de N. Buenaventura Selva, Madrid, Imprenta de D. Marcos Bueno, 1845.
- NINO, C. S., *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, 2.ª ed., México, Fontamara, 1995.

- OLIVECRONA, K., *Gesetz und Staat*, Copenhague, Ejnar Munksgaard, 1940.
- PÉREZ-LUÑO, A., *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Sevilla, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, 1993.
- POPPER, K. R., *La lógica de la investigación científica*, trad. de V. Sánchez de Zavala, Madrid, Tecnos, 1985.
- PUCHTA, G. F. *Pandekten*, 3.^a ed. (1845), Goldbach, Keip Verlag, 2001.
- RADBRUCH, G., *Filosofía del Derecho*, 4.^a ed., Granada, Comares, 1999.
- RECASENS SICHES, L., *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 2.^a ed., México, Porrúa, 1961.
- REICHENBACH, H., *La filosofía científica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1967.
- SERNA, P., «Sobre el «Inclusive Legal Positivism». Una respuesta al Prof. Vittorio Villa», *Persona y Derecho*, 43 (2000), pp. 99-146.
- TARSKI, A., *Introducción a la lógica y a la metodología de las ciencias deductivas*, Madrid, Espasa-Calpe, 1968.
- VERGARA, O., «Sistemas jurídicos y sistemas normativos en el pensamiento de C. E. Alchourrón y E. Bulygin», en O. Vergara (ed.), *Teorías del sistema jurídico*, Granada, Comares, 2009, pp. 225-305.
- WRIGHT, G. H. von, «Deontic Logic», *Mind* 60 (1951), pp. 1-15.

Fecha de recepción: 31/03/2014. Fecha de aceptación: 31/10/2014.

III

CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

CALVO GONZÁLEZ, José. *El escudo de Perseo. La cultura literaria del derecho*, Granada, Editorial Comares, 2012, 408 pp.

José Calvo González es uno de los más reconocidos exponentes de los estudios «Derecho y Literatura». Con una decena de libros, numerosos artículos y capítulos de libros publicados sobre esta materia, además de cursos de postgrado y especialización, Calvo González es, sin lugar a dudas, un referente de esta corriente interdisciplinaria, particularmente en el ámbito iberoamericano. Su último libro en español, *El escudo de Perseo. La cultura literaria del derecho*, es una obra tan monumental como fundamental; compilación de diez y ocho textos que dan cuenta de la exhaustiva labor realizada por el iusfilósofo español en el campo de la crítica jurídica en los últimos años, examinando las diversas perspectivas de la «implicación Derecho y Literatura».

El libro se encuentra estructurado en cinco partes: 1. «Pensamiento jurídico», que a su vez se subdivide en «Siglos XVII-XVIII», «Siglo XIX» y «Siglo XX», 2. «Periodismo jurídico», 3. «Teoría literaria del Derecho», 4. «Educación jurídica», 5. «Y... dos prólogos». Cada una de ellas contiene dos o tres textos.

En una breve presentación, Calvo González sostiene, valiéndose de una bella metáfora, la necesidad de alzar el «escudo de Perseo» frente a la mirada paralizante de la «Medusa» de la Dogmática. El valor de la «cultura literaria del Derecho» no reside sólo en facilitar una vía alternativa de acceso al conocimiento jurídico, sino también en constituir un «remedio vital» frente al «rancio formalismo» de la rigidez dogmática (p. 2). Los estudios jurídicos requieren con urgencia de esa revitalización. La «interacción Derecho y Literatura» ha probado –según el autor– que puede ofrecer las herramientas críticas capaces de realizar esta tarea.

Con este objetivo, Calvo González nos propone en la primera parte, «Pensamiento Jurídico», un acercamiento a ciertas obras literarias de los siglos XVII, XVIII, XIX y XX en las que se observa un productivo y múltiple diálogo con el Derecho. En la subparte «Siglos XVII-XVIII», a fin de demostrar la «interactuación Derecho y Literatura», el autor 1. se detiene en el «fingimiento literario de un tribunal de justicia» (p. 23), así en *El tribunal de la justa venganza* de Luis Pacheco de Narváez, que buscó «poner en tela de juicio» la obra de Quevedo; 2. analiza las nociones de Justicia que se observan en el universo del carnaval de la ópera para marionetas *Vida do Grande*

D. Quixote de la Mancha e do Gordo Sancho Pança, de Antonio José da Silva, destacando la importancia de «lo cómico» para aportar flexibilidad al pensamiento crítico: en ese sentido, escribe, «la filosofía jurídica crítica es una carnavalización del derecho existente» (p. 51). Calvo González advierte el poder crítico de la risa y la parodia para poner en cuestión las anquilosadas estructuras y concepciones jurídicas vigentes.¹

El análisis del «pensamiento jurídico» en la literatura continúa en la subparte «Siglo XIX». Allí el autor presenta 1. un examen sobre el modo en que la novela naturalista hizo uso de categorías jurídico-penales; y 2. un análisis de la recepción de la máxima «odia el delito, y compadece al delincuente» en la antropología cultural y la literatura popular. En este último enfoque destaca la importancia de sostener frente al debate actual sobre política criminal una «idea *fraterna* de dignidad inmanente de todo ser humano» (p. 87). Y es de este modo que comienza entonces a desplegar una rica y sutil reflexión sobre la Justicia, que será asimismo uno de los temas principales del libro.

La subparte «Siglo XX» contiene cinco textos en los que el autor indaga en diversas figuras del mundo literario y jurídico europeo y latinoamericano en las que protagonizan diversas formas de imbricación entre el Derecho y la Literatura. 1. El primero de ellos se detiene en la figura de Anatolii Fedorovich Koni, intelectual y destacado jurista de la Rusia imperial de Alejandro II y Nicolás II, en quien se da paradigmáticamente una conexión entre una «cultura literaria del Derecho» y una «cultura jurídica de la Literatura». Koni encarna el «Derecho desde la Literatura» pues, como jurista, lee literatura con herramientas de análisis jurídico. Pero esta lectura no se limita a generar únicamente una «lectura jurídica de la Literatura», identificando lógicas y principios del Derecho, sino que, al propio tiempo, genera igualmente una «lectura literaria del Derecho», incorporando en el campo jurídico elementos propios de la cultura literaria. 2. El segundo texto es un estudio sobre la recepción literaria y jurídico-social de la obra de Tolstói en Europa, con abundantes referencias a Asia y América, y con un apartado especial sobre Ernest H. Crosby y el confusamente denominado *Tolstoyan anarchism* en EE. UU. El texto incluye como apéndice «Shakespeare and the Working Classes» de Crosby. 3. El tercer texto es un estudio sobre la impronta de Rousseau en Tolstói. El autor sostiene que la influencia no es directa sino que existe una mediación a través de Pushkin. 4. El cuarto texto examina la noción de Justicia en *Trilce* y en *Escalas* de César Vallejo. La escritura cum-

¹ La risa carnavalesca remite a la teorización bajtiniana. Según Mijail Bajtin, la risa del carnaval tiene su origen en la risa ritual: «La risa ritual iba dirigida hacia las instancias supremas: se injuriaba y se ridiculizaba al sol (divinidad superior), a otros dioses, a las máximas autoridades en la tierra para obligarlas a *renovarse*». BAJTIN, M.; *Problemas de la poética de Dostoiévski*, trad. T. Bubnova, México, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 185. Bajtin sostiene que la «ironía socrática» es «la risa carnavalesca reducida». *Ibid.*, p. 192. Cabe destacar que en tiempos socráticos, es probablemente Gorgias quien mejor advierte el poder de la parodia y la risa. Aristóteles comenta en *Retórica* III 18, 1419b 3: «Gorgias, en una recomendación acertada, afirmó que hay que destruir la gravedad de los adversarios con el humor, y su humor con la gravedad» (DK 82 B 12). Hice una lectura de la actualidad del pensamiento de Gorgias para el campo jurídico en ROGGERO, J.; «Gorgias y el derecho. Actualidad iusfilosófica de su retórica logológica», *Revista Dikaiosyne*, año XVI, n.º 28, enero-diciembre 2013, pp. 121-142.

ple una función paliativa del dolor (*Trilce*) y constituye una «forma de rebelión que emancipa –rebelaría como redención– y también como revelación» (*Escalas*) (p. 212). Quizás la «escala» se extiende –en una dual prolongación de ascenso y descenso– desde la injusticia a la justicia, aunque ésta última parece siempre permanecer inaccesible. 5. El quinto texto es una nota biográfica y bibliográfica del juez y poeta peruano Enrique López Albújar. La primera parte aporta, pues, un minucioso análisis de diversas modalidades históricas de la «implicación Derecho y Literatura» que demuestran una asombrosa vigencia.

La segunda parte del libro, «Periodismo jurídico», recoge tres textos. 1. El primero se detiene en una crónica de Tribunales escrita por Charles Dickens, que permite reflexionar sobre el innegable aporte que la literatura de Dickens ha hecho al campo de la filosofía del derecho y la moral contemporáneas, pero también sobre la viabilidad de una «Literatura desde el Derecho» en Dickens. Éste, ciertamente, se intoxica de Derecho en sus ficciones. «Porque, es claro, en la farmacopea del Derecho existen compuestos nocivos. Como se sabe, los venenos resultan generalmente letales. Hay estadísticas imbatibles. No obstante, algunas fórmulas magistrales de la Dogmática jurídica producen con más frecuencia parálisis, o narcolepsia. Y la habitualidad lleva a la adicción. Pero incluso los tóxicos jurídicos, siempre suministrados bajo prescripción médica, pueden a veces operar con efecto vigorizante» (p. 249) Se trata, pues, de saber administrar la dosis del *phármakon* jurídico.² Frente a la «Medusa» de la Dogmática que, con su mirada petrificante, suministra una dosis tóxica que lleva a la parálisis, es necesario alzar el «escudo de Perseo», esto es, administrar la dosis que puede «operar con efecto vigorizante», proveniente de la teoría crítica «Derecho y Literatura». 2. El segundo texto introduce la categoría de «bionarrativa» a fin de aplicarla al «periodismo literario» de César Vallejo. La «bionarrativa» refiere a una «acontecimiento vital que se cuenta», «narratividad vivenciada, fundamentalmente personal e intrínseca, históricamente existente» (p. 254). La «bionarrativa» excede tanto la dicotomía falsedad/autenticidad de la «biografía» como la distancia de la «bioficción», pues se escribe poniéndose en juego desde la primera persona. Las crónicas judiciales de Vallejo constituyen «bionarrativas» sobre la Justicia. «La idea de Justicia

² En su célebre texto «La farmacia de Platón», Jacques Derrida analiza el uso platónico del término *phármakon*, destacando su carácter ambivalente, indecible; carácter que se devela como propio de todo lenguaje. Cfr. DERRIDA, J.; «La pharmacie de Platon», en *La dissémination*, Paris, Éditions du Seuil, 1972, pp 60-167. Eligio Resta en *La certeza y la esperanza. Ensayo sobre el derecho y la violencia*, y Ana Messuti en *La justicia deconstruida*, han trabajado con la noción derridiana de *phármakon* aplicada al ámbito jurídico. Resta destaca el vínculo ambivalente entre derecho, violencia y escritura. «Podemos decir que la insistencia en el carácter immanente, positivamente, posvirtuoso, de la “cura” de la violencia, esto es, el reconocimiento de su naturaleza de *phármakon*, no sólo nos ayuda a mantener una mejor relación con nuestras paradojas, sino también a fundar críticas de la violencia que no pequen de ingenuas...» Resta, E.; *La certeza y la esperanza. Ensayo sobre el derecho y la violencia*, trad. M. A. Galmarini, Barcelona, Ediciones Paidós, 1995, pp. 33-34. Por su parte, Messuti sostiene la necesidad de «deconstruir» la justicia. «La justicia se invoca como un *phármakon* que todo lo cura, y en cuya búsqueda todo está permitido. Pero no hay que olvidar que el *phármakon* es también veneno. Lo que pretende esta deconstrucción de la justicia no es denunciar su deseado predominio frente a su opuesto, sino denunciar su posibilidad de convertirse ella misma en su opuesto». MESSUTI, A.; *La justicia deconstruida*, Barcelona, Ediciones Bellaterra, 2008, p. 21.

que Vallejo introduce provoca un escalofrío ético a la calidez de la justicia kantiana; no la *pura ética* de un *yo justo* determinable en posibilidad *del otro* —*yo podría estar en el lugar* del otro— sino la ética del *yo* y el *otro* determinada por el *contagio* con el lugar en que *el yo estuvo* y *el otro está*» (p. 267). La «bionarrativa» no introduce un esquema meramente teórico y externo, sino que «contagia» e involucra existencialmente a su autor. No puede debatirse sobre la Justicia en el plano aséptico y abstracto de la teoría, sino que debe analizarse desde la experiencia concreta de la práctica. 3. El tercer texto reflexiona sobre la relación entre el estatuto de la intimidad y los *media*, desde la perspectiva del Derecho y la Literatura. El análisis de *The Reverberator* y *The pappers* de Henry James, permite al autor introducir una reflexión sobre un fenómeno nuevo: asistimos a la aparición de «otra ‘cultura’ de la interioridad», a una «desprivatización de la privacidad» que tiende a desvirtuar el derecho a la intimidad (p. 291).

La tercera parte «Teoría literaria del Derecho», contiene dos textos. 1. El primero constituye un detallado análisis metodológico de las diversas posibilidades que ofrece la «implicación Derecho y Literatura». Calvo González sostiene que puede observarse tres tipos de intersecciones entre Derecho y Literatura: 1. la intersección instrumental, propia del enfoque «Derecho en la Literatura», que se articula en una doble dirección: el Derecho como recurso para la Literatura y la Literatura como recurso para la formación ética y sociocultural del jurista; 2. la intersección estructural, propia del enfoque «Derecho como Literatura», que da cuenta no sólo de un «paralelismo» entre el discurso jurídico y el literario (como propone Dworkin, por ejemplo), sino también de una «simetría» (como postulan los *hermeneutic laws-and-lits*); 3. la intersección institucional, que da lugar al «Derecho con Literatura». Según el autor: «El Derecho y la Literatura comparten una misma práctica poética. Ella no es otra que la efectiva capacidad de instituir lo social, de hacer pasar de la naturaleza a la cultura, de tipificar actos y procesos de sentido compartido, esto es, institucionalizar *imaginarios sociales*» (p. 313). Derecho y Literatura se encuentran en una relación de *paraigualdad*, pues ambos comparten la función fundamental de instituir lo social. Esta última intersección que se registra en los niveles de relectura, reescritura y oralidad, permite introducir una nueva perspectiva interdisciplinaria capaz de asumir la difícil tarea de «decidida ruptura epistemológica y profunda re-alfabetización jurídica» (p. 321) que debemos emprender. 2. El segundo texto de la tercera parte, evalúa las diversas modalidades en las que se ha intentado aplicar la «implicación Derecho y Literatura» al Derecho Constitucional estadounidense y es ofrecido como una ordenada y valiosa guía de campo para la profundización en esa directriz de investigación.

La cuarta parte del libro «Educación jurídica» se compone de dos textos en los que se presenta la importancia de la «cultura literaria del Derecho». 1. El primer texto expone los alcances de esta noción. La «cultura literaria del Derecho» no es una cultura que provenga de la actividad de escribir, sino de la de leer. «Como juristas nuestra actividad más cotidiana consiste en resemantizar jurídicamente la comprensión de conflictos» (p. 340). La «lecturabilidad» del texto jurídico nunca es cerrada y única. La actividad lectora puede mejorarse si se ejercita la capacidad de «leer en Derecho» en otros discursos. La «cultura literaria del Derecho» debe procurar integrar al proyecto de los estudios Derecho y Literatura tanto las «lecturas literarias del Derecho» como las «lecturas jurídicas del Derecho». Los «juristas lectores de Literatura» son quienes pueden afrontar con más probabilidad de éxito la difícil tarea de cam-

biar el modo de concebir el Derecho. Si entendemos, pues, que la comprensión lectora es así, por tanto, un recurso didáctico de utilidad, cobran relevancia decisiva las siguientes tres preguntas: a) qué literatura leen los juristas, b) cómo la leen, y c) para qué la leen. Estas tres cuestiones se revelan como las claves para un adecuado planteamiento de la problemática. 2. El segundo texto reflexiona sobre la recepción académica de los estudios Derecho y Literatura en España. Calvo González sostiene que la «interactuación Derecho y Literatura» puede proporcionar el corte epistemológico profundo que el Derecho necesita, pero para lograrlo es necesario otorgarle un estatuto definido en el régimen de ordenación docente.

La quinta parte está conformada por dos prólogos. 1. El primero fue escrito para el libro de Jaime Coaguila Valdivia, *El otro corazón del Derecho. 20 ensayos literarios jurídicos sobre Teoría del Derecho*. Calvo González expresa su convicción a favor de una «cultura literaria del Derecho»: «Juristas literariamente cultivados contribuyen mejor a edificar la convivencia social de su época». 2. El segundo prólogo fue escrito para el libro de Ada Bogliolo Piancastelli de Siqueira, *Notas sobre Direito e Literatura: o absurdo do Direito em Albert Camus*. La «extranjería» de Meursault designa la condición humana misma redescubriéndola, y obligando, en consecuencia, a comprender la necesidad también de una reformulación del Derecho.

Para finalizar, cabe destacar la sutil metodología del autor. Calvo González hace gala de una formidable erudición que erróneamente podría entenderse como ejercicio de vanidad o, en el mejor de los casos, como un recurso simplemente estilístico. Muy por el contrario, la sofisticada intertextualidad de sus textos cumple una función performativa fundamental respecto de la propia teoría. El iusfilósofo español busca que sus lectores juristas adviertan –como Jourdain– que hablan en prosa sin saberlo. La erudición de Calvo González no consiste en otra cosa que en una delicada apelación a las grandes obras literarias de nuestra cultura occidental; obras que nos constituyen, que estructuran nuestro modo de pensar. La operación metodológica del autor busca dar cuenta de la importancia de la «cultura literaria del derecho» demostrando el papel primordial y decisivo que a la Literatura corresponde en nuestra cultura de juristas.

Jorge ROGGERO
Universidad de Buenos Aires

CASHIN, Sheryll. *Place not race. a new vision of opportunity in America*, Boston, Beacon Press, 2014, 176 pp.

Sheryll Cashin, Catedrática de Derecho en Georgetown University Law Center, activista de derechos civiles, acaba de publicar un nuevo libro con el que contribuye positivamente al discurso de la justicia racial, ofreciendo una perspectiva tan novedosa como atrevida, cargada de sólidos argumentos, que fueron germinando a partir de varios artículos publicados en prestigiosas revistas académicas así como ponencias presentadas en diversos seminarios y congresos.

El contenido de la obra se desarrolla a través de una introducción, cinco capítulos, conclusión y un epílogo muy emotivo y pedagógico, a modo de carta a sus dos hijos, que recomiendo no sea lea sin haber leído antes el capítulo segundo, titulado «Place Matters», puesto que ayuda a entender mejor su contexto familiar y la razón de ser de esta obra. Sheryll Cashin, ya en las primeras líneas del libro aclara que estamos ante una obra centrada en el tema de la justicia. Su hilo conductor es intentar convencer al lector de que es preferible el criterio del lugar frente al de la raza en el caso de programas de acción afirmativa por razones, fundamentalmente, pragmáticas puesto que con ello se consigue una mayor cohesión y unas mejores políticas sociales. Lo más importante es que además, según la autora, así se ayudará a los verdaderamente desfavorecidos por la segregación. Y es que los que sufren por vivir en ambientes oprimidos y pobres son merecedores de una especial consideración.

La raza resulta ser todavía importante en la sociedad americana, particularmente, en el sistema de justicia penal. Lo que Sheryll Cashin argumenta es que la raza como criterio es, al final, poco inclusivo. La autora recuerda en la introducción las palabras de Walter Benn Michaels, profesor de la Universidad de Illinois, quien escribió en el *Journal of Blacks in Higher Education*: «Cuando los estudiantes y profesores activistas luchan por la diversidad cultural, ellos en buena parte están tratando de combatir algo más que el color de la piel que los niños ricos tienen».

Para la autora de libros como *The Agitator's Daughter and The Failures of Integration*, entre otros, el uso de la raza en las acciones afirmativas ha ido disminuyendo como factor en la admisión en las Universidades. Desde que Ward Connerly puso en marcha una movilización política por todo Estados Unidos en contra de la acción afirmativa a mediados de los noventa, el porcentaje de Universidades públicas que consideran el factor étnico o racial para admisiones ha caído del 60 % al 35 %. En la actualidad, únicamente, el 45 % de Universidades privadas siguen considerando explícitamente la raza como factor relevante, siendo éstas en su mayoría escuelas para la élite socio-económica del país.

Para Sheryll Cashin este descenso evidente del uso de la raza como factor importante en las acciones afirmativas no hay que interpretarlo de un modo negativo ya que la acción afirmativa está pensada para ayudar a gente en situación de desventaja y ésta viene condicionada más que por la raza por el lugar, el ambiente en el que uno crece y se desarrolla como ser humano. De ahí que, por ello, cree conveniente proponer como alternativa al uso de la raza el del lugar, ya que este criterio, a su modo de ver, no va a impedir en ningún caso que niños negros o de color dejen de sentirse ayudados por la políticas públicas, si tenemos en cuenta que muchas veces éstos crecen en

ambientes económicamente muy desfavorecidos. Como la autora misma reconoce, pudiera parecer, a primera vista, que está cometiendo un sacrilegio dentro de la comunidad de defensores de los derechos civiles dando la luz verde a esta obra, todavía más, si pensamos que ella misma es madre de dos niños africano-americanos. Pues bien, a propósito de ello, con valentía, sinceridad y mucha generosidad dictamina en el libro que hay que tratar de cambiar el sistema actualmente vigente para que los niños que viven inmersos en un ambiente que les oprime y les hace vivir dentro de desventajas estructurales injustas, como la segregación, logren un futuro cierto en el que poder desarrollarse en pie de igualdad con otros.

En esta obra, Sheryll Cashin reimagina la acción afirmativa y apuesta decididamente por políticas basadas en el lugar, argumentando que los solicitantes a universidades que han crecido en ambientes o escuelas pobres y desfavorecidos son merecedores de especial consideración frente, por el contrario, a los que han crecido en la opulencia y riqueza. Su propuesta incluye la realización de test opcionales estandarizados, sustituyendo el criterio del mérito basado en objetivos económicos por el criterio de la necesidad, y conseguir reclutar así buenos estudiantes de lugares marginados, en aras de reforzar la deseada alianza entre razas así como la movilidad social. La autora trata de dar argumentos para demostrar cómo los costes sociales de optar por el criterio de las preferencias raciales son muy superiores a los beneficios marginales que se derivan de esta práctica, si lo comparamos con otras alternativas, como la que sugiere la autora, que consideran el criterio de la raza de una forma neutral.

Esta tesis nos obliga al recordar el fallo histórico de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el Caso Brown contra Consejo de Educación de Topeka (1954), que declaró que las leyes estatales que establecían escuelas separadas para estudiantes de raza negra y blanca negaban la igualdad de oportunidades educativas. El fallo fue dictado en forma unánime (9-0) por la Corte Warren y estableció que las «instalaciones educacionales separadas son inherentemente desiguales». Con ello, la Corte Suprema revocó los precedentes existentes desde Plessy contra Ferguson en 1896. Como resultado de esto, la segregación racial fue considerada como una violación a la Cláusula sobre Protección Igualitaria de la Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, lo que abrió el camino para la integración racial y el movimiento por los derechos civiles.

A lo largo de libro, la autora defiende creo que con argumentos convincentes la tesis de que la raza no, por definición, abarca a todos aquellos que sufren de desventajas estructurales de pertenecer a escuelas o barrios marginados u oprimidos. La raza puede llegar a ser demasiado inclusiva, pecando por exceso, al poder incluir también a gente de piel oscura pero que tienen una situación socio-económica aventajada frente a otros. Como resalta Sheryll Cashin repetidas veces en la obra, uno de los aspectos perversos de la diversidad actual que se persigue en las mejores escuelas y universidades es que redundan en beneficio de los niños de inmigrantes africanos que, en su mayoría, son los mejor formados y educados de todos los grupos de inmigrantes, muy por encima de cualquier otro grupo étnico, incluidos blancos y asiáticos. De hecho, en Harvard destacó en 2012 el alto porcentaje de estudiantes admitidos que procedían de Nigeria y Ghana.

En el pasado la raza y el sexo fueron los criterios adecuados para el tipo de exclusión practicada por la mayoría de universidades de blancos. En la actualidad, en cambio el lugar debería ser el criterio e indicador principal que

debería conducir el ingreso en universidades para los que viven en condiciones claramente desfavorecidas. El objetivo para Sheryll Cashin es crear una sociedad donde el desarrollo de la personalidad sea libre y no esté condicionado por las circunstancias o lotería del lugar de nacimiento, algo sobre lo que ya habían insistido, con no pocos sólidos argumentos, pensadores de la talla de John Rawls.

No queda así otra salida si queremos construir una sociedad cimentada en el valor de la igualdad de oportunidades para todos que combatir las injusticias de la segregación, como imperativo moral por encima incluso de la búsqueda de la diversidad en sí misma considerada.

En definitiva, la propuesta de la autora es comenzar una etapa de reconciliación racial a partir de la reforma de la acción afirmativa. Según explica, en menos de tres décadas la mayoría blanca americana va a ser sustituida por una multirracial, multiétnica, América. Esta transición está creando ya conflictos sociales –un conflicto de valores, cultural y de filosofía política–. Habría que estar preparados frente a las amenazas en el ámbito racial que sobrevienen del fenómeno de la globalización y de los cambios tecnológicos.

Tal y como precisa la autora en el capítulo tercero –«Optical Diversity vs. Real Inclusion»–, «cada año el número de solicitantes para ingresar en nuestras mejores escuelas aumenta, mientras que el porcentaje de los aceptados disminuye. El espacio de lo mejor es finito. Aspiraciones y angustias son ilimitadas. Harvard recibe más de 35.000 solicitantes para el curso de 2017 y ha aceptado sólo al 5.8 %, creando un grupo que será cerca de la mitad no blanco».

Recomendaría de un modo especial al lector las páginas del capítulo cuarto «Place, Not Race, and Other Radical Reforms» en las que la autora examina los seis exitosos ingredientes de lo que Tom Parker denominó «el libro de cocina de la diversidad». La alianza interracial sólo se puede conseguir si se cambia el sistema y se hace un uso neutral de la raza en programas como la acción afirmativa pues lo contrario termina haciendo crecer el resentimiento y divide más que une en un contexto de creciente diversidad.

Lo que, por otra parte, deja bien claro la autora en el libro es que del mismo modo que no puede darse un trato preferente a unas razas sobre otras tan poco caben los tratos discriminatorios. Y es que de lo que no cabe duda es que Sheryll Cashin es una abogada apasionada de la integración, tal y como deja patente en una de las frases más bellas de este libro: «Yo creo en el valor de la diversidad y en la idea de que la gente debería estar expuesta «al otro»». Lo que interesa no perder de vista es que la diversidad enriquece y beneficia a toda la sociedad y no sólo al que a priori ha salido beneficiado de un modo directo al recibir un apoyo preferente del sistema. De ahí que se muestra partidaria de lo que ella misma denomina «diversidad práctica» lo que, a su vez, requiere un esfuerzo diario de crear prácticas y estructuras que sean verdaderamente inclusivas y terminen con los prejuicios que muchas veces nos invaden.

El quinto y último capítulo de la obra es claramente reconciliador en términos raciales, como su propio título indica, defendiendo la autora allí lo importante que resulta lograr una alianza multirracial desde el punto de vista teórico y práctico. Sheryl Cashin explica que necesitamos nuevas identidades colectivas que trasciendan las meramente individuales y para ello tenemos que incorporar algunas personas –no todas– que no están en contacto directo con nosotros de una forma natural pero que son valiosas para nuestro entorno existencial. Es evidente, constata la autora, que el proyecto de construcción

de la comunidad multirracial es complicado. Literalmente precisa: «Como un matrimonio requiere trabajo, compromiso, negociación y un grado de consenso que sólo se conseguirá con un esfuerzo intencionado». Lo que nosotros tenemos ahora –añade con cierta desazón– es un prevalente sentimiento de recelo hacia la raza y el cambio social junto a políticas nacionales enfrentadas a este compromiso.

La autora termina el quinto capítulo dejando un mensaje tan contundente como provocador: «La libertad no es gratis. La democracia real se paga con el sudor del trabajo» y en suma no podemos endiosar o demonizar a nadie en función de su apariencia racial.

Sin duda alguna, esta obra de Sheryl Cashin invita a la reflexión teórica pero sobre todo anima a seguir profundizando en una teoría de la justicia que no deja de lado a los débiles o a los que se encuentran en una situación de desventaja por carecer de las mismas oportunidades que los que han tenido la suerte o la fortuna de nacer en un ambiente socio-económico más favorecido. Tenemos que agradecer a la autora africano-americana que nos haya dado las claves en este sugerente libro de cómo abandonar los prejuicios existentes en este tema, tendiendo una mano hacia esa buscada y anhelada alianza interracial superadora de los meros intereses partidistas o individuales egoístas. En definitiva, esta obra merece que se conozca y se lea, no sólo por los juristas sino por el público en general, porque en ella se descubren múltiples mensajes en favor de una sociedad en la que reina la fraternidad interracial, algo a lo que creo que sin duda deberíamos aspirar dentro de este mundo regido por la globalización en el que estamos instalados.

Cristina HERMIDA DEL LLANO
Universidad Rey Juan Carlos

FALCÓN Y TELLA, María José. *La justicia como mérito*, Madrid, Marcial Pons, 2014, 214 pp.

La nueva obra de la profesora M.^a José Falcón y Tella, plantea de una forma innovadora y global cuestiones fundamentales que se enmarcan en el estudio de la justicia. Cuestiones relevantes, llenas de contenido práctico e inmenso interés, que nuestra época demanda una reflexión profunda y una exposición clara a fin de dar respuesta a exigencias de Teoría del Derecho y Axiología jurídica que inciden en otras áreas de la Ciencia Jurídica, como puede ser el Derecho penal, el Derecho civil o la Bioética.

Desde un enfoque global –trátase de una suerte de compendio que se interna en el tema de la justicia–, de una parte expone y da respuesta de manera ordenada y coherente a los interrogantes que han girado en torno a la idea, concepto, fundamento, clases y positivación de la justicia. De otra, destaca en esta obra un análisis de particular interés sobre la incidencia que la noción de justicia cobra en la resolución de problemas nacidos en el contexto social de nuestro tiempo.

Con claridad expositiva, de forma concisa y concreta, la obra se divide en dos partes: la primera bajo el rótulo de «Principales doctrinas teóricas» aparte de aludir a las teorías clásicas sobre la justicia, como las de Aristóteles, Platón, Tomás de Aquino, Maquiavelo, la Biblia o el Corán, lo autora presenta la modernas concepciones de justicia de filósofos del Derecho de nuestro tiempo y así se adentra en la concepción de justicia como equidades de John Rawls, al pensamiento del filósofo alemán Jürgen Habermas, a la teoría de uno de los máximos exponentes del pensamiento anglosajón Ronald Dworkin y también a otras de las principales concepciones de la justicia, como las de Nozick, Posner, Wojciech Saduski, el marxismo o el feminismo entre otras.

En una segunda parte, bajo la rúbrica «Áreas temáticas conexas», el amplio bagaje en la formación de la autora se pone de manifiesto al pasar revista a la otra parte del problema en la relación con la justicia, la que denomina objetiva frente al aspecto subjetivo tratado en la primera parte, analizando de manera profunda y amena, en muchos casos sobre la base del bosquejo histórico de las instituciones, las cuestiones relacionadas con la justicia tales como el castigo, la guerra justa, la tolerancia, la desobediencia civil, el conflicto de haberes, la objeción de conciencia ante una ley injusta, así como su relación con otros conceptos afines como la religión, la equidad, la seguridad jurídica, la igualdad, la libertad, temas de bioética y una amplia exposición de las teorías del contrato social.

Dada la riqueza del libro esto nos impide detallar en una recensión todos los puntos que abarca su contenido. Por ello sólo destacaré de este conjunto, a título de ejemplo, tres de ellos.

En primer lugar, especial interés despierta al lector la concepción de justicia que la autora ha destacado como título de su obra, la justicia como «mérito», idea que ya es vieja, ser justo es dar a cada uno lo que se merece –el «*suum cuique tribuere*» de los «*tria iuris praecepta*» romanos, pero que recientemente ha habido un retorno a la idea de que el mérito es un componente esencial de la noción de justicia, dadas las limitaciones del utilitarismo. Se rastrean seguidores de la teoría del mérito desde Adam Smith e Inmanuel Kant, hasta John Stuart Mill y Henry Sidgwick.

Especial mención dedica la autora al trabajo del filósofo polaco-australiano Wojciech Sadurski, *Giving Deserts is Due: Social Justice and Legal Theory*

cuya teoría del «equilibrio» hipotético de cargas y beneficios –en la que consiste para este autor la justicia–, descansa en la noción central de mérito.

Como teoría del mérito la justicia se logra cuando hay un equilibrio o proporción entre la distribución de aquello que está bien merecido y aquello que no se merece. Como apunta la autora, muchos autores del mérito requieren también que éste vaya ligado a la bondad, a motivos moralmente encomiables. No es éste el caso de Sadurski que no exige en su teoría del mérito un valor moral del individuo, sino sólo un efecto beneficioso para la sociedad, aunque este no sea su móvil. Si bien, como señala la profesora M.^a José Falcón y Tella, si requiere –para que se pueda hablar de *mérito*– que la conducta de alguna manera sea «gravosa», que incorpore un elemento de «sacrificio», trabajo, riesgo, responsabilidad o molestia.

La profesora M.^a José Falcón y Tella, apunta certeramente que aunque el término mérito –«*desert*»– puede ser usado de manera muy amplia, en la teoría de la justicia se entiende como mérito «moral» en un doble sentido: como contrapuesto al mérito convencional o «institucional» y como contrapuesto a «natural», es decir aquello que no acaece de modo que no media elección o intervención humana. Concluyendo, que la teoría del mérito no impide concebir la justicia como modelo de «distribución» y posible «rectificación» de injusticia, en relación con la idea de respeto por la dignidad humana.

Continúa la exposición indicando dónde radica el problema en la teoría del mérito: en las dificultades teóricas y prácticas para medirlo, si bien la autora señala que el problema se reduce si se admite la conducta prudencial como tipo base para el mérito, ya que evitar sanciones e intentar obtener remuneraciones pueden considerarse ejemplos comunes de conducta prudentia, recuperando así el genuino y clásico *ars prudentiae* aplicado a las más modernas teorías sobre la justicia.

En la segunda parte de la obra, queremos destacar el epígrafe de justicia y desobediencia civil. Conociendo la trayectoria investigadora de la autora, su amplio bagaje en el tema de la desobediencia civil que la ha constituido en un citado referente a nivel internacional, su dedicación en la vida académica, el lector de esta obra encontrará en este epígrafe, de forma clara, extensa, profunda y de amena lectura lo más original de las conclusiones alcanzadas en los estudios anteriores sobre esta materia. Por eso no nos resistimos a mostrar un esbozo del mismo.

La posición de la profesora M.^a José Falcón y Tella respecto a la desobediencia civil, apuntada en esta obra, consiste en afirmar la existencia de un cierto «derecho a la desobediencia civil». No sólo un derecho de carácter moral, sino un cierto «derecho subjetivo».

Desde el esquema tridimensional que la mayoría de los autores siguen para la justificación de la desobediencia civil la autora señala que siempre que se den todos los requisitos de la misma, ésta puede resultar: 1. «justificada» en el plano de los valores: y analiza ampliamente y detalladamente la justificación moral desde las doctrinas iusnaturalistas, relativistas o utilitaristas. 2. «Explicada» en el nivel de los hechos y 3. «Excusada» en el ámbito de las normas jurídicas.

En este tercer miembro –en el de las normas jurídicas–, y en la diferencia entre justificar y excusar –la excusa jurídica–, la profesora M.^a José Falcón y Tella apunta el talón de Aquiles o el filón sin explotar que permitiría hablar de un «derecho», «*sui generis*» a desobedecer civilmente, destacando en esta temática una palabra clave «antinomias» que nosotros hemos traducido en el contexto por contradicción o conflicto.

Detalladamente, la autora desciende a supuestos en los que se puede apreciar antinomias entre poderes, y el que ofrece una mayor relevancia en materia de desobediencia civil el de la antinomia normativa, supuesto que analiza y argumenta con claridad lógica, ya que el mismo es el que permite saber si se puede hablar de la existencia de un derecho subjetivo a desobedecer civilmente.

En aquellos supuestos en los que se da la desobediencia civil, se produce un conflicto en el que intervienen al menos tres tipos de normas: 1. La norma que el acto de desobediencia civil viola; 2. La norma que se pretende que la sustituya, –no olvidemos que la desobediencia civil tiene fines innovadores, de sustitución de la legalidad vigente–. 3. La norma en la que se ampara la violación de la norma 1. Tras una justificación de las premisas anteriores, la autora concluye afirmando que la desobediencia en el plano normativo de la excusa jurídica sería un acto ilegal en la medida en que viola una norma jurídica 1, pero cuya legalidad no responde al esquema rígido de los delitos y que además tiene un cierto respaldo legal por la existencia, junto a la norma violada, de otras normas del tipo 2 –norma que sustituye a la violada– y del tipo 3 –norma en la que se apoya la violación normativa–.

Cambiando de tercio, también en la segunda parte de la obra –la objetiva–, especial mención nos merece – si bien a título de ejemplo dada la riqueza y variedad de los temas tratados en esta obra–, el epígrafe que lleva por rúbrica Justicia y equidad. El motivo que lo justifica es doble: de una parte, el conocimiento privilegiado que posee la profesora M.^a José Falcón y Tella de la tradición jurídica en los sistemas de Derecho anglosajón –puesto de relieve en el reconocimiento de prestigiosas publicaciones–, sistemas en los que se ha profundizado y adquiere una mayor importancia la institución de la «*equity*» si la comparamos con los sistemas de Derecho continental–. De otra, hemos seleccionado la Justicia y la equidad porque suele ser ésta una institución atractiva para el jurista de formación continental cuando se adentra en el conocimiento de lo jurídico buscando entender la raíz de su funcionamiento.

En este epígrafe, a modo de síntesis, el lector encontrará de forma rigurosa, clara y muy útil el análisis de estos conceptos jurídicos fundamentales en parte asociados y en parte disociados como son la Justicia y la equidad.

Partiendo de que existe un vínculo entre las nociones de justicia y de equidad: La equidad es una justicia vivificada. Lo justo en su acepción normal, expresa la rectitud de una manera general, esquemática y racional, al modo como lo hacen las leyes. Lo equitativo, al contrario, expresa lo justo en su concreta, espontánea, completa y viva realidad. En rigor, la equidad no juzga ni la modifica a la ley, sino sólo juzga al caso concreto, marginal respecto a la ley. Lo que hace es impedir que alguien sea rigurosa e injustamente tratado al aplicársele la ley de manera general, cuando su caso cae fuera de lo genéricamente previsto en ella.

La profesora M.^a José Falcón y Tella señala que la relación de la equidad con la justicia es compleja y que ésta se manifiesta en diversas manifestaciones. Así, la equidad puede entenderse como una justicia relativa o comparativa, lo que normalmente llamamos justicia igualitaria o niveladora tan importante en el Derecho romano clásico. También puede entenderse como la ponderación del Derecho estricto, como justicia «del caso concreto» o justicia singularizadora o individualizadora. Es la justicia en su acepción griega entendida como *epieikeia*. O también, en cuanto que la remisión a la justicia no descansa en el Derecho estricto, sino en la razón natural, Moral, etc. En este sentido, la equidad vendría a equipararse a la justicia natural.

Si la equidad es una manifestación de la justicia, una dimensión ontológica de la propia justicia, un desenvolvimiento suyo que integra la justicia positiva convirtiéndola en justicia íntegra. No obstante, la autora también apunta notas diferenciadoras entre una y otra: El Derecho es una «ciencia». La justicia es una «virtud». La equidad, un «hecho». Desde esta perspectiva la equidad no es otra cosa que la realización de la justicia. La justicia la realización del Derecho. El Derecho la realización de la naturaleza social del hombre.

Desde otra perspectiva, también señala que la justicia está más en la tarea del legislador, la equidad en la del juez. Y, atendiendo a las diferencias de nociones, que la justicia es un «absoluto», de carácter «metafísico», mientras que la equidad es «relativa» y «experimental» de carácter contingente.

La obra finaliza con un extenso epígrafe dedicado a la Justicia y Contrato Social, en el que tras exponer detalladamente las principales teorías contractualista, con un certero análisis crítico, señala los aspectos negativos y el balance de aportaciones positivas de las mismas, destacando entre éstas últimas: en primer lugar la idea de que ninguna sociedad, gobierno o derecho son legítimos a menos que se basen de una manera directa o indirecta en el consentimiento de los interesados, aunque no es necesario que éste asuma la forma de contrato. En segundo lugar, el considerar que el objeto de la ciencia jurídica es el consentimiento político de los individuos y de los grupos. En tercer lugar, el manifestar que la legitimidad de los gobiernos radica en el respeto de una serie de derechos individuales inalienables, comunes al ser humano en todo tiempo y lugar. En cuarto lugar, el establecer como uno de esos derechos el hecho de que las decisiones han de ser tomadas dentro de un marco democrático, bajo el control popular, por unanimidad o, en su defecto, según la opinión de la mayoría y, en quinto lugar, la idea de que todos los hombres han nacido iguales, como un derecho inalienable, igualdad jurídica, que todo gobierno debe respetar.

La nueva obra concluye con una abundante y seleccionada bibliografía que da muestras del gran valor científico de la misma y del rigor intelectual en su autora.

Se trata de una obra bien documentada, sólida y profunda en las cuestiones que plantea, concreta y clara en la exposición, amena en su lectura, de la cuál el lector podrá sacar provecho y enriquecerse del compendio que la profesora María José Falcón y Tella realiza en el estudio de la cuestiones más relevantes que en relación con la justicia se suscitan en el contexto social actual, resultando de gran interés para todos aquellos estudiosos de Teoría del Derecho y Axiología jurídica.

El libro de la profesora Falcón constituye una síntesis de las principales aportaciones en torno a la justicia y es muy reseñable que lo hace de una manera a la vez profunda y amena. Destaca especialmente las principales doctrinas modernas sobre el tema y busca abordar los principales problemas que el tema de la justicia suscita en el debate filosófico contemporáneo. No esquiva el posicionamiento personal en algunas cuestiones polémicas, como la Guerra de Irak. Está en sintonía con otros estudios anteriores de la autora, por ejemplo, en materia de desobediencia al Derecho, especialmente desobediencia civil y objeción de conciencia. Pero los enfoca desde la perspectiva relevante en materia de justicia, es decir, desde la vertiente de su posible justificación.

Destaca igualmente la cuidada bibliografía que cierra la obra, así como el elenco de notas a pie de página, que en ningún momento intentan engrosar el texto, sino que son fruto de una minuciosa elaboración.

La obra ha sido en el mes de abril publicada en su versión inglesa, en la prestigiosa editorial Martinus Nijhoff, con sede en Leiden y Boston, y distribución a nivel mundial, en esto de igual manera que otras cinco publicaciones anteriores de la autora, que han sido traducidas y editadas por el mismo sello editorial.

Damos la bienvenida, por tanto, a un trabajo que estimamos colme las expectativas del lector y que sabemos que ha sido elaborado con seriedad y rigor, de la mano de Marcial Pons. El estudio del que hemos hecho la reseña no viene a confirmar sino la línea de otros trabajos anteriores de la profesora Falcón, por su erudición, su meticulosidad y su esmerada elaboración. El producto editorial es este nuevo libro, cuya lectura recomendamos a todas aquellas personas interesadas en la filosofía jurídica y en debates éticos. Estamos seguros de que no se verán defraudados.

María de los Ángeles NOGALES NAHARRO
Universidad Católica de Ávila

MIRAVET BERGÓN, Pablo. *Estado social, Empleo y Derechos. Una revisión crítica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, 733 pp.

Tras unas breves, pero siempre necesarias, precisiones terminológicas –de esas que nos ayudan a saber de qué estamos hablando, en este caso sobre Estado social y Estado del bienestar; cuestión esta, la del esfuerzo por la precisión, que viene a repetir luego, por ejemplo, con el tema de «paradigma», p. 485 y ss.–, Pablo Miravet nos presenta un trabajo que, como él mismo nos refiere en las primeras páginas de la «Introducción», se vertebra en tres partes –que muestran equilibrio hasta en la misma extensión, aproximadamente igual en cada una de ellas–. En la primera, capítulos 1 y 2, encontramos un sugerente análisis crítico del Estado social (Estado del bienestar), de sus presupuestos estructurales, su transformación y elementos a tener en cuenta en lo que ha sido su crisis a partir de la década de los setenta. En la segunda parte, capítulos 3 y 4, se refiere Miravet a los tipos y variantes de desarrollo del Estado social en el ciclo postbélico, apuntando ya en estos capítulos, especialmente en el 4, que su objetivo va a estar en la crítica de una reforma marcada por la filosofía neo-empleocentrista. Finalmente, una tercera parte, perspectiva o dimensión de análisis, capítulos 5 y 6, focaliza la atención en este neo-empleocentrismo como ideología, presentando una mirada multidisciplinar que desde distintos niveles –sociológico-empírico, filosófico-político, pero, sobre todo, semiótico y discursivo– centra su atención en ese giro neo-empleocentrista que va a marcar el significado del propio Estado social y su reforma; mirada en la que, como decimos, se va a atender, especialmente, al análisis crítico del discurso político, del lenguaje, vocabulario y representaciones vinculados a las estrategias de legitimación de la reforma de los sistemas de bienestar de acuerdo con esta ideología neo-empleocentrista.

Ya desde las primeras páginas, desde esas que encontramos como «Introducción», Miravet se descubre como un investigador analítico, concienzudo y fiable. Tal vez, al ver el tema del trabajo –que enuncia con dos partes, siendo la primera: *Estado social, empleo y derechos*– pudiéramos quedarnos en la idea de que no se trata si no de un trabajo más –quizás, eso sí, extenso, y bien documentado–, de un tema sobre el que ya existe abundante literatura. Sin embargo, como digo, ya desde esas primeras páginas intuimos que podemos encontrarnos ante un trabajo que tiene valores añadidos que se hacen visibles en el mismo título, que viene a completar a lo anterior con *Una revisión crítica*.

De esta forma, en esta publicación se nos presenta un trabajo que refleja las capacidades del autor para investigar en sentido riguroso, para coger un tema, analizarlo seriamente y conducirnos, desde territorios conocidos –la realidad de crisis del Estado del bienestar y su reestructuración–, a otros que son menos visibles –el valor del neo-empleocentrismo normativo en esta reestructuración y el vínculo entre trabajo y derechos sociales–, y que son, estos últimos, los temas menos visibles, los que, realmente, deberían requerir de nuestra atención si queremos entender más correctamente el significado de lo que se apunta en el libro como «el ingreso de los Estados del bienestar en su edad de bronce» (2007-2008 en adelante).

Pero vayamos por partes. Como decimos, el libro se vertebra en las tres dimensiones o perspectivas de análisis referidas en las que encontramos sólido aparato conceptual y una argumentación a la que resulta difícil resistirse.

Con estas tres dimensiones se conforma una equilibrada estructura en la que se va avanzando sin concesiones, incorporando distintos materiales –siempre con el afilado estilete analítico de Miravet– que nos ayudan a comprender mejor en qué momento estamos cuando hablamos de Estado del bienestar. Y todo ello hasta llegar a un «Epílogo» en el que, como adelantábamos, se apunta este tránsito actual, esta «deriva» en época de crisis –y de aplicación de políticas de crisis, de políticas de austeridad– hacia una «edad de bronce» que no es, si se me permite el juego de palabras, sino *conclusión lógica* de la *mala lógica* aplicada en las reformas llevadas a cabo en las políticas de garantía de rentas y de empleo de la «edad de plata» (década de los setenta a 2007-2008); hablando claro, lo que plantea el autor sería algo así como que *de aquellos barros vinieron estos lodos*.

Para llegar aquí, incluso a apuntar una medida alternativa como la renta básica sobre la que luego volveremos, Miravet se ha preocupado en ir desmontando como un minucioso artesano la maquinaria perversa de una intervención social y una reivindicación exagerada de la centralidad y los valores del empleo que nos ha ido alejando de la libertad real y la justicia social, sin que hayamos abandonado, por lo menos formalmente, el marco de referencia que supone el Estado del bienestar; lo cual no deja de ser una especie de trampa que nos hace creer que vivimos, y somos, donde ni vivimos, ni somos; o dicho de otra manera, pensamos una realidad y nos toca vivir en otra.

De esta forma, en los dos primeros capítulos que conforman la primera parte, el autor –como él mismo nos precisa– trata no tanto del propio Estado del bienestar o del Estado social, sino de los elementos, de las condiciones, del contexto tal vez; o, como también él nos indica, de los «presupuestos» estructurales del desarrollo de este modelo de regulación social en los momentos de su denominada «edad de oro», desde el final de la II Guerra Mundial a 1973. Por eso, en estas páginas se fija la atención en esos «presupuestos estructurales» que nos han de servir para comprender cómo se ha desarrollado, y cuáles han sido, en su diversidad, «las condiciones de «la maduración del Estado social postbélico».

Sin anclarse de forma exclusiva en ninguna teoría sobre este Estado social, recogiendo elementos de diferentes marcos teóricos, teniendo en cuenta factores tanto exógenos como endógenos, tanto del lado de la demanda como de la oferta, Miravet atiende al significado del Estado, a sus crecientes funciones, al tema de la democracia política representativa y a la cuestión de la identidad nacional; a un modelo de crecimiento y desarrollo capitalista sostenido en los planteamientos keynesianos y, con ellos, en el compromiso entre los diferentes agentes productivos, capital-trabajo –elemento central, precisamente, del pacto keynesiano– y en el mantenimiento del pleno empleo como objetivo político clave; al fordismo como modelo de regulación económica y social y modelo de desarrollo del capitalismo, y, vinculado-integrado con esto, a la sociedad de consumo y en ella a la cultura de masas, haciendo también oportuna referencia a las críticas a estas, y al capitalismo, más allá de las posiciones marxistas más convencionales; a la centralidad del trabajo asalariado como pilar del capitalismo, tal y como ya apuntan algunas de las críticas anteriores y avanzando hacia posiciones que no vinculan de forma exclusiva la condición de ciudadanía social al empleo; a la existencia de una especie de pacto capital-trabajo que, sin olvidar la tutela ejercida a través de la intervención laboral y las políticas sociales, tenía un efecto de inclusión social alejando al trabajador de la pobreza –aunque de forma temporal, a modo de un «paréntesis histórico», como se ha visto con la generalización de los actuales

working poor–; a, finalmente, de un lado, aquellas condiciones socio-demo-gráficas que, en el marco de un crecimiento económico sostenido, permitieron el desarrollo –y legitimación– de un pacto intergeneracional por el que los activos financiaban el retiro de los jubilados, y, también, de otro lado, a la existencia, implícita, de otra especie de pacto que tuvo que ver con la conside-ración como modelo de referencia de la familia nuclear, estable y en la que el ingreso principal provenía del trabajo del hombre.

Expuestas, con detalle y precisión, estas cuestiones que son las que sir-vieron para el desarrollo del Estado social en esa «edad de oro», Miravet se ocupa de ver qué ha ocurrido con ellas, lo que, a su vez, le permitirá centrarse, posteriormente, en pensar sobre el significado real, más allá de barnices, que está teniendo la reestructuración neo-empleocentrista y, en ella, el neo-empleocentrismo como ideología. Así, en el contexto de la «edad de plata» del Estado del bienestar, el capítulo 2, «La crisis del Estado social: el cambio de los presupuestos estructurales», recoge un completo mapa comentado de los cambios que a partir de 1973 han tenido lugar en los presupuestos estruc-turales de este modelo que, en su complejidad, debemos entender como todo un modelo de regulación social.

Se trata de transformaciones del modelo desarrollado durante las tres décadas posteriores a la II Guerra Mundial y que no dejan de tener que ver con la crisis actual, la que se desata en 2007-2008, y que nos ha instalado en una deriva absolutamente impredecible, salvo en lo que concierne, precisa-mente, al triunfo de la incertidumbre y la inseguridad. Son cambios estruc-turales que no pueden ser agrupados fácilmente y cuya explicación, en la complejidad de un mundo *enredado*, requiere tener en cuenta cuestiones que, efectivamente, afectan al modelo económico de desarrollo y produc-ción y al origen económico de la crisis, pero, más allá, trascienden estos planos y alcanzan a los ámbitos político-ideológico, socio-demográfico y simbólico-cultural. Entre ellos, para lo que luego ha de tratarse, nos parece especialmente interesante lo ocurrido en el ámbito político-ideológico, con los relatos que se tejieron desde diferentes, y opuestos, posicionamientos ideológicos y que conviene tener delante cuando pensemos en la (no)-vigen-cia del paradigma político postbélico y con él de la idea de democracia, ciudadanía y derechos; o lo que es lo mismo, cuando pensemos en la misma legitimidad del sistema.

Además, este ocuparse de las transformaciones estructurales del modelo de Estado social, en el que también hay tiempo para tratar algo de cómo queda la posición del Estado con el proceso de internacionalización-globalización de la economía y, en nuestro caso, de integración en la Unión Europea, concluye con la parte de este capítulo a la que el autor –en buena lógica de acuerdo al plan general del libro– dedica más tiempo y atención, la que tiene que ver con las transformaciones que tienen lugar en la esfera del trabajo, páginas 178 a 231. En ellas Miravet expone buena parte de la clave sobre la que construye el resto de su trabajo. De este modo, comienza remitiendo su discurso a la crisis del empleo y contextualizándolo, oportunamente, en un momento –las tres últimas décadas– de intensa transformación de los elementos que confor-maron el modelo de regulación y producción de los años posteriores a la II Guerra Mundial. El rigor del autor le lleva a intentar aportar algo de luz sobre lo que considera una cuestión no exenta de equivocidad, la pérdida de la cen-tralidad del empleo. En este punto –sobre el que Robert Castel ya nos advirtió que quizás no es tanto pérdida de importancia del trabajo para las personas, sobre todo para los que no tienen trabajo y lo buscan, o para un precario que

teme perder lo que tiene, como pérdida de su consistencia—, trabaja Miravet, como también ha hecho en páginas anteriores, una diferenciación entre la dimensión descriptiva y la normativa. Así, va a ser la segunda, la normativa, la que, tras algunos comentarios al hilo de los cambios en el ámbito de lo productivo-laboral acontecidos en los últimos tiempos, dé pie a las reflexiones que sobre la relación del empleo con los derechos y prestaciones sociales nos acompañen hacia lo central del trabajo que nos ocupa: el significado de la ideología neo-empleocentrista.

De esta forma, tras un capítulo que, sin ánimo negativo, puede ser leído como de transición, el capítulo 3, donde se nos presentan las distintas formas de Estado social postbélico y el modelo empleo-centrista propio de esa época de «edad de oro» del Estado del bienestar —con la referencia básica de las aportaciones de Esping-Andersen—, el capítulo 4 recupera la cuestión de la reestructuración de los Estados del bienestar, centrándose en la cuestión neo-empleocentrista. Un recorrido comparado en el que se nos muestra la reacción de los distintos sistemas de bienestar a las transformaciones estructurales indicadas en páginas anteriores, a través de diversas experiencias de políticas de activación (y *workfare*), y señalando, también, los puntos de convergencia de las diferentes reformas. En este recorrido, el autor fija la mirada en cómo han evolucionado en el período de «edad de plata» las políticas de garantía de rentas y de mercado de trabajo, destacando, por encima de cuestiones cuantitativas —y creo que también de percepciones— que el elemento que resulta relevante para acercarnos a la nueva filosofía dominante en el Estado del bienestar lo encontramos en los cambios que el neo-empleocentrismo impone a modo de estrecha lógica relacional entre el empleo y los derechos y prestaciones sociales. Características institucionales, principios distributivos y niveles de condicionalidad se presentan como los conjuntos de parámetros estructurales o cualitativos a tener en cuenta en el análisis sobre cómo se articula la nueva lógica apuntada y con ella el cambio de paradigma que, en mi opinión, nos aleja —con pocas perspectivas de cambio— de las posibilidades de que el modelo que representa el Estado del bienestar suponga un avance con garantías hacia una *sociedad decente*, sin que ello conlleve desconocer que estas nuevas lógicas no son sino una manera de preservar la equivalencia tácita existente entre ciudadanía social y laboral en cualquier época del Estado social.

Finalmente, los capítulos 5 y 6 conforman la tercera parte del trabajo, la que, sin dejar de lado la necesidad de las dos anteriores —más si cabe cuando entre los objetivos del trabajo se apunta el de realizar una «mirada retrospectiva» que nos permita contrastar las distintas edades del Estado social—, podría ser la más sugerente en cuanto a lo que aporta al conocimiento con sus reflexiones sobre qué supone el ingreso de este modelo en una «edad de bronce» marcada por la ideología neo-empleocentrista. Para ello, dedica estos dos últimos capítulos, antes de cerrar con el «Epílogo», a profundizar en el análisis del neo-empleocentrismo desde distintas perspectivas, sociológico-empírica, normativa o filosófico-política y semiótico-discursiva, siendo esta última la que da pie para una serie de reflexiones y consideraciones sobre ideas, discursos y representaciones anejas a esta ideología.

De este modo, comienza esta parte de la publicación con algunas consideraciones relativas al nivel sociológico-empírico —centrándose en la eficacia y efectividad de las reformas impulsadas en clave neo-empleocentrista y en apuntar la conveniencia, para este análisis, de tener en cuenta la existencia en

estas políticas de funciones no sólo manifiestas, sino también latentes–; junto a un breve tiempo para el nivel filosófico-político en el que se piensa sobre la justicia –y deseabilidad– de este neo-empleoctrismo y se abre algo el debate hacia la opción de la renta básica –ya trabajada por Miravet en alguna ocasión anterior–, que tiene cada vez un mayor eco que trasciende lo meramente académico y detrás del cual, entre otras cosas, se encuentra el debate sobre la (in)-condicionalidad absoluta de un ingreso básico, y desde allí otras controversias con fuerte contenido moral, como es el caso de la criminalización de los pobres y de todos aquellos que quedan fuera de un mercado de trabajo cada vez más estrecho.

Después de lo anterior –y como nos referíamos más arriba– siguen los epígrafes que Miravet dedica al nivel semiótico-discursivo, al que se ocupa de las ideas, discursos, lenguajes, imaginarios, signos y representaciones sobre los que se levanta y desarrolla el edificio de la filosofía neo-empleoctrista en los nuevos modelos de intervención social y en la misma reestructuración del Estado del bienestar como modelo de regulación social. Se fija el autor en el interés que estas cuestiones, las ideas, las prácticas discursivas, la construcción de representaciones, las cuestiones terminológicas, los marcos interpretativos, tienen para la comprensión de los procesos de cambio y reforma institucional en su pleno significado y, sobre todo, como piezas de una estrategia de persuasión que haga posible la referida reforma.

En una sociedad que, de momento, se sigue pretendiendo todavía como una sociedad preocupada por construirse como una sociedad más justa –o, por lo menos, que reconoce el camino de perfectibilidad de su realización de la justicia– esta parte de análisis del discurso resulta especialmente relevante, cuando –como sabemos, o deberíamos querer saber– no dejan de ser decisiones políticas, marcadas por ejercicios de voluntad, las que nos llevan a índices de desigualdad insoportables, incremento de la pobreza, fractura y atomización social. No se trata tanto de difuminar responsabilidades, pero sí, tal vez, de encontrar en el lenguaje, sus signos, discursos y representaciones un parapeto –tramposo parapeto– donde esconder la responsabilidad que existe detrás de toda esta miseria moral que impulsa políticas de recortes de derechos, de precarización generalizada y dominación de las personas en base a robarles su capacidad de decidir en el presente y proyectar sus decisiones al futuro. Como decíamos hace un momento, se trataría de atender a cómo este nivel semiótico-discursivo nos acerca al conocimiento de una vía persuasiva para barnizar las políticas impulsadas por la filosofía neo-empleoctrista como algo no sólo necesario, sino positivo para avanzar en la mejora de los sistemas de bienestar existentes.

Así, Miravet, tras unos breves epígrafes a modo de «consideraciones preliminares», páginas 483 a 527, que podríamos reconocer como de orden epistemológico, se centra en el análisis del discurso impulsado por la ideología neo-empleoctrista, en *cómo es* y en *qué hace* –en su performatividad mediata–; para pasar a continuación al *qué hace* el análisis crítico del discurso político –tomando la referencia del Análisis Crítico del Discurso, en sentido restringido; y sin dejar de lado otras cuestiones como los límites y malentendidos en torno al análisis crítico del discurso–; a la justificación del neo-empleoctrismo como una ideología –la ideología dominante en las últimas décadas, las de la «edad de plata»– entendida como sistema ordenado de creencias, ideas y representaciones de la realidad; y, finalmente, a algunas cuestiones sobre el marco metodológico que ha de servir para analizar las representaciones del discurso neo-empleoctrista.

Con estas cuestiones se abre la puerta al último capítulo, el 6, en el que se indaga, y se aporta luz, sobre la articulación discursiva y argumental que desde el neo-empleoctrismo ha servido para legitimar la necesidad –casi «natural»– de las reformas del Estado del bienestar de acuerdo a los principios normativos neo-empleoctristas. En este sentido, comienza el autor destacando algunos rasgos de esta narrativa y de su vocabulario y retórica: la referida necesidad –«naturalizada»– ante los cambios estructurales; la desconflictualización de la realidad en una especie de dinámica funcionalista detrás de la cual no debería resultar difícil intuir un objetivo de acabar con toda idea de cambio y transformación, a la vez que proteger la redacción asimétrica del pacto social del lado del capital y a costa de trabajo; y, finalmente, y relacionado con la anterior representación postconflictiva del orden social, el sincretismo ideológico y político en tanto que marco simbólico –neutral, pragmático, desideologizado– sobre el que se han ido construyendo y desarrollando las representaciones del discurso y del imaginario neo-empleoctrista como hegemónicos.

Apuntados los rasgos básicos citados, Miravet se refiere a la resemantización que desde la ideología neo-conflictualista tiene lugar en distintos fenómenos, realidades y procesos del mundo social con el fin de facilitar un marco que sirva, al mismo tiempo, para interpretar y diagnosticar los problemas sociales y para legitimar las reformas de las políticas sociales y de las políticas del mercado de trabajo teniendo a la subjetividad como clave de bóveda. De esta forma, y analizando distintos materiales político-normativos, se ocupa de cuestiones vinculadas a los giros discursivos y resemantizaciones ocurridas en torno al riesgo social; al binomio exclusión–inclusión social; a las dicotomías independencia–dependencia y políticas activas–bienestar pasivo; y a las representaciones del desempleo y los desempleados bajo la sombra subjetivadora de la idea de (*des*)-empleable y (*des*)-empleabilidad. Vinculado con esto último, va concluyendo este capítulo 6 con el comentario a la colonización de la ciudadanía y de las políticas sociales que tiene lugar a través de un lenguaje neo-contractualista que impone la reciprocidad de los deberes para redefinir el equilibrio con los derechos. En este sentido, me gustaría entender –también por el bien de lo social– que lo que se quiere poner de manifiesto –y comparto– no es tanto la crítica a la relación derechos-deberes, como la impertinencia de esta vinculación en el ámbito de las prestaciones sociales y por desempleo, así como el hecho –no exento de imprecisión conceptual– de fijar la atención excesivamente en lo que se exige y poco en lo que se da, especialmente, a determinadas categorías de población. En definitiva, entiendo que lo que se está haciendo es abrir la puerta a la denuncia de la obsesión, el *síndrome*, en torno al contrato como ariete simbólico de que la economía ha dejado sin espacio a la política y a lo social, y, también, como vía estratégica de control del riesgo.

Y sin dejar de estar relacionado con lo anterior, el último epígrafe de este capítulo 6 ya puede presentarse como un avance de lo que luego se cerrará como «Epílogo». De esta forma, en las páginas 677 y siguientes, Miravet recoge lo que considera «la dimensión más relevante de la nueva filosofía de intervención social», aludiendo con ello al tránsito hacia la subjetividad en el que deriva el discurso neo-empleoctrista. Y como también recoge un poco más adelante, «se plantea aquí como tesis de partida que el discurso neo-empleoctrista ha sido, en esta dimensión, funcional para legitimar lo que podría llamarse la individualización invasiva en la provisión de bienestar». Esto es, cuando la «edad de plata» del Estado del bienestar decae hacia una

«edad de bronce» parece que tiene lugar una nueva representación de la subjetividad y de la relación individuo-Estado; representación que va más allá de lo económico y lo social y que alcanza, desde nuevos significados de la autonomía personal de los sujetos perceptores de prestaciones, a la instauración discursiva de modelos de conducta que cumplen funciones de regulación social y, con ellos –y con el diseño de las nuevas políticas de protección social y del mercado de trabajo–, de estrategias postdisciplinarias de gobierno reflexivo de la persona, pasando por las nuevas representaciones de las relaciones entre esos sujetos y el Estado, así como de las funciones de este en el ámbito de la protección social.

Así, pues, en estas páginas que nos ocupan vamos encontrando útiles herramientas para desvelar la falsedad de la inevitabilidad que se nos presenta en unos discursos y en un diseño de unas políticas que significan la realización «natural» de la ideología neo-empleocentrista. Esto es, en este trabajo, apoyados en un análisis retrospectivo que nos permite enlazar el devenir del Estado del bienestar en la «edad de plata» con la crisis actual, encontramos argumentos para poner en cuestión una intervención social –y en ella una forma de acceso a las prestaciones de los sistemas de protección social– consolidada en las últimas décadas y levantada sobre la valorización del empleo y la reafirmación de su centralidad normativa; una intervención social asentada en la consideración del empleo, en abstracto, como un valor moral, como *valor en sí* sobre el que seguir sosteniendo ordenadamente una «sociedad del trabajo» de, paradójicamente, escasez de trabajo, precariedad y degradación laboral generalizada.

Pero, junto a lo anterior, y aunque nos pueda parecer que el autor pasa de puntillas por aportar alternativas que más allá de esta hegemónica ideología neo-empleocentrista afronten el problema de la necesidad de adecuar los sistemas de protección social a los cambios estructurales que afectan al modelo de Estado social, este trabajo de Pablo Miravet nos ha de servir para dejar de lado el corsé que supone el extendido mantra de «crecimiento y creación de empleo». Y, a partir de allí, nos ha de servir para pensar soluciones radicales, que vayan a la raíz del problema, la desigual redistribución de la riqueza, y con ello, en lo *enredado* de la situación, y dejando de lado las urgencias atropelladas de la cultura de la inmediatez por la que transitamos no pocas veces, nos ha de servir para concluir que pretender la recuperación hoy de unos ciudadanos en tanto que ciudadanos activos –en un sentido que el mismo autor nos advierte ha de ser alejado del impuesto por el neo-empleocentrismo– invita a pensar soluciones que, como la renta básica, se presentan, cuando menos, dignas de tenerse en cuenta.

Por lo demás, nos encontramos ante un trabajo bien estructurado, extenso, pero equilibrado; que no permite hacer las trampas de mal lector a las que en más ocasiones de las deseadas recurrimos, y que exige, por lo tanto, atención y tiempo. En este trabajo, apoyado en numerosa y bien seleccionada bibliografía, Pablo Miravet nos aporta un recorrido completo –y complejo, en el buen y necesario sentido de la palabra– por el Estado social, y por cómo se ha ido definiendo la relación empleo-derechos en este, hasta llegar al análisis del neo-empleocentrismo normativo del que, parafraseando al Miravet de otros lugares, *habríamos preferido una mentira más pop*.

Sin embargo, al mismo tiempo que ofrecen mucho, también conviene saber que estas páginas exigen una lectura templada que vaya enlazando, sin perder detalle, una parte del texto con otra, como en ese *pulso vibrátil* que en su mundo de *Vacancias* llevó a Miravet al poema «Audición»; aquel

en el que encontramos lo que, tal vez, podría resultar ser un reflejo de su pensamiento en torno al discurso neo-empleocentrista y la relación empleo-derechos: «Acomodado en una fiebre pasajera/ de café, cigarros y más café,/ escucha en la radio una charla/ indeciblemente vacua:/ «volveremos al pleno empleo»/ Para su gusto, el hablante debiera ser mudo;/ nadie se animará sin embargo a abofetear/ metafóricamente su rostro/ con el panfleto de Lafargue»¹.

Raúl SUSÍN BETRÁN
Universidad de La Rioja

¹ MIRAVET, P., *Vacancias*, Madrid, Celesta, 2014, p. 30; texto donde, además, se encuentra el «Miravet de otros lugares» al que nos referíamos unas líneas más arriba.

SOLANES CORELLA, Ángeles, y LA SPINA, Encarnación (eds.). *Políticas migratorias. Asilo y Derechos Humanos. Un cruce de perspectivas entre la Unión Europea y España, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, 455 pp.*

Nos encontramos ante un nuevo trabajo que surge del solvente grupo de investigación consolidado en la Universidad de Valencia en torno al Institut Universitari de Drets Humans. Aunque sus líneas son más amplias y abarcan otros temas de interés, siempre con el filtro temático de los derechos humanos y con esas miradas fronterizas que nos proporcionan disciplinas como la Filosofía del Derecho y el Derecho Internacional –a los que se unen otras del ámbito jurídico-social–, lo cierto es que este centro ha dedicado buena parte de su tiempo a trabajar las cuestiones ligadas a la inmigración y la multiculturalidad, y a la relación de estas con los derechos humanos, normalmente con análisis críticos por la falta de ellos (de los derechos humanos), cuestión sobre la que se ocupa el texto que ahora comentamos.

De la misma forma, aunque la existencia del centro mismo, el Institut, es reflejo de un trabajo colectivo, de una construcción comunitaria, también es cierto que, entre nosotros –me refiero a los que se apuntan como lectores potenciales de este *Anuario*–, han sido los profesores Javier de Lucas y María José Añón a quienes hemos tomado como referencia a la hora de hablar del Institut o, simplemente, de los trabajos, investigaciones y proyectos que vienen de los colegas del área de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia. Estos dos profesores colaboran con sendas aportaciones en el libro objeto de comentario, pero creo que su aportación va más allá en lo que significa dentro del subconsciente colectivo de la Filosofía del Derecho de nuestro ámbito académico cuando se trata de trabajar sobre un libro que tiene su origen en el Institut y que trata sobre políticas migratorias y derechos humanos.

Llegados a este punto, y antes de que a alguien –probablemente con razón– le pudiera parecer extraño encontrarse con una crítica bibliográfica de un libro sin *hablar* de él, creo que resulta conveniente compartir que libros colectivos como este son una buena oportunidad para reivindicar la existencia de grupos de investigación, tan necesarios para la buena salud de cualquier disciplina académica. En este sentido, lo que intento poner de manifiesto es que el trabajo *Políticas migratorias, Asilo y Derechos Humanos. Un cruce de perspectivas entre la Unión Europea y España*, editado-coordinado por la profesora Ángeles Solanes Corella y la doctora Encarnación La Spina, es un trabajo que, aunque sea fruto directo de un encuentro celebrado en junio de 2012 (si no tengo mal las fechas), el VI Encuentro Internacional de Investigadores en Derecho de Inmigración y Asilo, refleja una identidad construida a lo largo de varios años de investigaciones, de tesis doctorales, de discusiones, seminarios y proyectos..., en los que el tema del derecho de inmigración y asilo, las sociedades multiculturales y sus conflictos y, de forma más general, como haciendo mía una frase que encuentro en la «Introducción» del texto, «las complejas tensiones e interacciones entre migraciones y derechos humanos» han sido no sólo un objeto de investigación, sino, también, por la forma en que estos investigadores expresan sus planteamientos de denuncia y crítica en aquellos foros en los que podemos compartir con ellos sus sugerentes ideas, una constante, y honesta, preocupación.

En esta ocasión, tenemos que agradecer a dos investigadoras expertas en cuestiones de inmigración, Ángeles Solanes, de la que ya conocemos nume-

rosas publicaciones en la materia, y Encarnación La Spina, que elaboró su tesis doctoral sobre cuestiones vinculadas a la reagrupación familiar como vía de integración de los inmigrantes en España, Italia y Portugal, y que también se ha prodigado en publicaciones sobre la materia, el esfuerzo –a veces algo ingrato– de haber sabido recoger, ordenar y llevar a buen puerto todas estas reflexiones en forma de publicación, y de ser ellas, así, las encargadas de presentarnos este trabajo colectivo.

En él se reúnen las aportaciones de expertos nacionales e internacionales que reflexionaron, en el marco del VI Encuentro antes citado, sobre el «estado de la cuestión» en torno a las políticas y normativas migratorias y de asilo, teniendo presente que su perspectiva crítica, la que les lleva a ejercer una especie de «derecho de desertar» de lo que no les gusta, también tiene el correlato responsable de la obligación de aportar ideas al modo de enunciados performativos. Así, se trataría de unas ideas que son puestas en el papel con la intención de que contribuyan a la reflexión sobre la situación actual de las políticas migratorias en la Unión Europea y en España y para articular políticas y estrategias normativas que resulten coherentes con los principios del Estado de Derecho; todo ello con la referencia irrenunciable de un grado suficiente de protección de los derechos humanos y una expectativa de integración de los inmigrantes acorde con lo que se supone debe exigirse en una sociedad que pretenda llamarse democrática.

En el texto que coordinan estas dos investigadoras, Solanes y La Spina, se puede adivinar la presencia de dos bloques temáticos que, si bien no se encuentran establecidos como tales en lo que es el índice del trabajo –tal vez se podía haber realizado formalmente esa división, o incluso alguna más, pues toda ayuda es poca para el lector–, sin embargo, sí que queda indicada la misma en las páginas que las coordinadoras del volumen realizan como «Introducción». En esos dos bloques encontramos trabajadas distintas cuestiones, todas ellas compartiendo su oportunidad en cuanto a –como se indica en las primeras páginas– servir como un instrumento desde el que «persistir y sensibilizar al lector sobre la importancia del debate acerca de la construcción normativa de la inmigración y el asilo, con una mirada global y bidireccional tanto desde la Unión Europea como desde España»; con el objetivo último, también siguiendo la declaración de intenciones de las coordinadoras, de alertar «sobre cómo la falta de reconocimiento y protección de los derechos enfatiza la xenofobia institucionalizada en un retroceso preocupante en el Estado de derecho y en la calidad de la democracia».

Más en concreto, en esta publicación colectiva podemos encontrar reflexiones sobre las políticas de inmigración y asilo y la vinculación de las mismas con los derechos humanos; aportaciones sobre la cuestión de la integración, y la discriminación, de nacionales de terceros países en la Unión; cuestiones más específicas vinculadas con la relación migración y desarrollo, como son la movilidad de estudiantes e investigadores extracomunitarios y los instrumentos financieros de la Unión relacionados con la migración, las políticas migratorias y la acción exterior de estas; trabajos que desarrollan más al detalle el tema del asilo en la Unión y, con él, realizan una revisión tanto del conocido como *sistema de Dublín*, con la referencia –presente en todo el volumen– de la protección de los derechos humanos, como una crítica de las debilidades del proceso de armonización legislativa existente en la materia; contribuciones que tratan cuestiones relacionadas con la extensión de la xenofobia y el racismo y que se centran en conflictos originados por las medidas de expulsión de personas de etnia gitana en países de la Unión y en la incitación a la

xenofobia desde partidos políticos, así como en la respuesta jurisprudencial que se da a esta incitación valorando los límites de la libertad de expresión; así como una serie de trabajos centrados en la realidad político-normativa de España y entre los que encontramos, de una parte, algunos que nos ponen al día en cuanto a cómo la crisis económica, pero también social e institucional, no ha resultado gratis –especialmente con la respuesta a la misma traducida en las medidas de ajuste– a las políticas y normativas migratorias, de extranjería y de asilo, sobre todo, en lo que se refiere a los derechos de las personas migrantes, a los principios del Estado de Derecho y a la misma democracia, y, de otra parte, aportaciones para pensar cuestiones más precisas relacionadas con la expulsión de residentes de larga duración, con el tema del arraigo familiar, con la adaptación de la normativa española a las directivas comunitarias en el marco de la lucha contra la trata de seres humanos, para acabar, con algunas reflexiones que a modo de evaluación se realizan de las iniciativas público-institucionales frente al racismo en España.

Entrando algo más al detalle, y si como apuntábamos más arriba podemos atender a la existencia de dos bloques «virtuales», en el primero de ellos «se llevan a cabo algunas reflexiones de partida sobre las más recientes claves de las políticas de inmigración y asilo europeas definidas desde 2008 como prioritarias en el Pacto Europeo de Inmigración y Asilo». Así, comienza esta parte con un grupo de tres trabajos de Yves Pascouau, Mariona Illamola Dausà y María José Añón donde, siempre con la constante presente en todo el volumen de integrar la reflexión teórica con la preocupación práctica, se realiza una mirada serena en torno a la integración de los inmigrantes y los derechos humanos, a partir del entramado normativo e institucional europeo de los últimos años. De esta forma, Yves Pascouau inicia su aportación señalando la responsabilidad moral de la Unión Europea –que recibió, nos recuerda el autor, en diciembre de 2012 el Nobel de la Paz por su «contribución durante más de seis décadas al avance de la paz y la reconciliación, la democracia y los derechos humanos en Europa»– en un tema, el ámbito de la política de migración, donde los conflictos en clave de derechos humanos no son escasos. De esta forma, Pascouau en su trabajo, como el mismo recoge, «muestra que los mecanismos existentes y que la Unión Europea pone en marcha para prevenir los abusos de los derechos humanos de los migrantes no funcionan correctamente»; y también, ahora como una especie de responsabilidad moral del autor con la realidad que le toca vivir, en su aportación podremos encontrar apuntadas distintas líneas de actuación que en las vías judicial, política y de reforma del Tratado de la Unión pueden contribuir a que la Unión Europea y los países que la integran se rearmen en su compromiso con los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho.

Tras esta primera aportación, que nos puede servir como correcta declaración de intenciones de lo que luego nos iremos encontrando en el conjunto de trabajos, Mariona Illamola Dausà nos proporciona unos «apuntes» sobre la política de la Unión Europea, esta vez centrada en la cuestión de la integración de los nacionales de terceros países. Constatada la diversidad creciente y la realidad de la inmigración, su preocupación pasa el tema de la cohesión social de nuestras sociedades y, en ella, por la conveniencia de que existan estrategias de integración. Esto es, en su trabajo plantea una vinculación más que estrecha entre la inmigración y la integración, a las que reconoce como «las dos caras de la misma moneda» y a las que hay que atender en distintas fases y desde distintos ámbitos. Desde su perspectiva de especialista en cuestiones de derecho comunitario comienza su capítulo dando

algo de luz sobre qué se entiende por integración de nacionales de terceros países y, a partir de allí, nos va dando elementos para que conozcamos cómo se ha construido, qué significa hoy y cómo se ha desarrollado –a través de qué instrumentos– la política de integración de la Unión Europea. Concluye su aportación con una serie de preguntas que, más allá de su superficie retórica, entiendo que pretenden advertir del margen de actuación y responsabilidad política que en el tema de la integración tiene la Unión Europea y, también, los propios Estados miembros.

Cierra este bloque de tres primeros trabajos la aportación de María José Añón, quien sigue ocupándose de la integración, ahora con la presencia del vector de la (no)-discriminación. Añón desarrolla su tesis de que «la no discriminación de los extranjeros es una vía ineludible de la integración»; integración que, además, nos recuerda la autora, «es crucial tanto para el bienestar y la estabilidad social como para el desarrollo económico». A lo largo de su aportación –donde sobrevuela de forma permanente esa relación igualdad-diferencia(-reconocimiento) que le ha ocupado otras veces– va avanzando desde el marco normativo europeo en la lucha contra la discriminación y la promoción de la igualdad, a la realidad española en lo referente a la discriminación racial y étnica. En esto último, Añón se fija tanto en el plano sociopolítico, donde no se muestra muy optimista con la realidad que nos acompaña, como en el plano normativo, donde trata de la regulación de los actos que nuestra legislación de extranjería y nacionalidad califica como discriminatorios, centrándose en los distintos supuestos de «actos de discriminación» que recoge el artículo 23.2 de la Ley Orgánica 4/2011, de 11 de enero («ley de extranjería»), al tiempo que –tal vez desde un sano escepticismo, y más sano y necesario si cabe si lo que hacemos es contrastar la realidad normativa con la realidad *real*– va refiriéndose a algunos factores con un potencial de riesgo de discriminación, como, entre otros, los Centros de Internamiento de Extranjeros o la reforma regresiva que ha supuesto el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril. Finaliza su recorrido –en plena lógica con su hipótesis de que las políticas de integración mejoran con el desarrollo de políticas y normativas antidiscriminatorias– con unas páginas en las que la discriminación se piensa a través de las garantías que supone el acceso (efectivo) a la justicia en sus dimensiones de igual accesibilidad y calidad de los resultados, y señalando algunos «obstáculos por vencer» en este ámbito.

Continúa esta primera parte de trabajos abriéndose a temas más específicos con otro pequeño bloque donde «se abordan las sinergias entre migraciones y desarrollo analizando dos cuestiones interrelacionadas». De una parte, Francina Esteve García escribe sobre cuestiones ligadas a la movilidad de estudiantes e investigadores extracomunitarios; mientras que Paula García Andrade aborda la cuestión de la financiación de la dimensión exterior de la política migratoria de la Unión Europea. En lo que se refiere al capítulo firmado por Francina Esteve, en él, además de reconocer al Espacio Europeo de Investigación como una vía para la incorporación de trabajadores –y conocimiento– cualificados, se atiende a este como una posibilidad donde realizar la dimensión exterior de la Unión a través de la cooperación internacional en materia de investigación e innovación. A partir de allí, analiza la fragmentación de estatutos que configuran el derecho migratorio europeo, haciendo referencia a la Directiva de estudiantes extracomunitarios, Directiva 2004/114/CE, y a la de investigadores no comunitarios, Directiva 2005/71/CE. Una vez expuestas las características de cada una de ellas, señalados algunos de sus déficits y problemas, y a la espera de una reforma de las Directivas que trabajaje

sus puntos débiles, la autora realiza unas consideraciones finales en las que concluye la necesidad de una evaluación de los resultados obtenidos, especialmente teniendo en cuenta una posible mejora de los procedimientos de admisión y del estatuto de ambos colectivos, y demanda un mayor esfuerzo de planificación y gestión coordinada de cara a una colaboración entre organismos de investigación y autoridades públicas de origen y destino (sin olvidar al sector empresarial), con el fin de obtener una «circulación del conocimiento que pueda beneficiar a todas las partes implicadas».

A su vez, dando continuidad a este interés por la dimensión exterior, Paula García Andrade profundiza en la interconexión entre migración y desarrollo, identifica sus vinculaciones, y se centra en los instrumentos financieros de la Unión relacionados con la migración, las políticas migratorias y la acción exterior de estas. En las páginas de su capítulo, Paula García atiende a los objetivos de estos instrumentos y a sus bases jurídicas, trascendiendo lo que podría ser un análisis meramente descriptivo y poniendo sobre la mesa las controversias políticas y jurídicas. Así, señala la inadecuación de fundamentar los instrumentos de financiación de la dimensión exterior de la política migratoria en bases jurídicas que deberían servir para perseguir objetivos de cooperación, advirtiendo del efecto contaminante que para estos últimos, los objetivos de cooperación, puede tener tal estrategia y realizando algunas propuestas de solución «en busca de la base jurídica correcta».

A continuación, otro pequeño bloque de dos trabajos, los firmados por Silvia Morgades Gil y Gábor Gyulai, se ocupa de aspectos relativos al asilo. Así, Morgades Gil propone una revisión formal y normativa del *sistema de Dublín* –«primer mecanismo del que se dotaron los Estados miembros de la actual Unión Europea en los años noventa del siglo pasado para gestionar en común aspectos relativos al asilo»– de acuerdo a una serie de acontecimientos que señala la autora y que tienen lugar durante el 2011 (situaciones de hecho que dificultan su aplicación y distintas resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos-TEDH y del Tribunal de Justicia de la Unión). De esta forma, con los cambios de hecho, y tras las resoluciones de ambos órganos jurisdiccionales, «se confirma la necesidad de emprender una revisión del sistema de Dublín que tenga en cuenta la realidad del contexto en que este se aplica»; pero quizás lo importante, en línea con el conjunto de esta publicación, es que la actuación que se apunta debe ser una revisión que no resulte ajena a la protección de los derechos fundamentales (teniendo en cuenta, además, que no parece que sea efectivamente cierta la premisa del sistema de que todos los Estados de la Unión comparten, más allá del papel, un mismo estándar de protección de los derechos fundamentales) y esté «basada en un verdadero espíritu de solidaridad de todo el sistema para adecuarlo a una realidad que supone un peso desproporcionado para algunos Estados con fronteras exteriores del espacio común».

Y tras esta aportación, siguiendo en el ámbito del asilo, Gábor Gyulai se ocupa de la cuestión de la armonización normativa en la Unión Europea en materia de asilo y, sin entrar en cuestiones de índole de oportunidad que recoge como *ruleta del refugiado*, centra su atención en presentarnos dos ejemplos de áreas que han resultado excluidas completamente del proceso de armonización, tanto a nivel sustantivo (estatutos de protección) como procesal (procedimientos de revisión judicial), concluyendo con el análisis del papel –débil papel– del Tribunal de Justicia de la Unión en esta tarea de armonización, y destacando que ese órgano «no es todavía un director eficaz de la orquesta sin armonía de los Estados miembros». Gabor Gyulai aporta,

finalmente, y a modo de propuesta de mejora, una serie de aspectos a los que atender, inclinándose, de este modo, por un *realismo realizable*.

Para acabar esta primera parte de trabajos tenemos los capítulos que, desde una perspectiva comparada, nos ofrecen Encarnación La Spina, sobre el conflicto originado por las expulsiones de ciudadanos de etnia gitana en Francia e Italia, y Andrés Gascón Cuenca, quien se ocupa de acercarnos el tratamiento jurisprudencial ante distintos casos de incitación a la xenofobia. En lo que refiere al primero de los trabajos, Encarnación La Spina viene a evidenciar la paradoja de que ciudadanos de la Unión sean expulsados de países miembros de la Unión. En la resolución de esta paradoja, que supone una cierta afección a la proclamada libertad de circulación y residencia de los ciudadanos comunitarios, encuentra La Spina claves que nos remiten a la obsesión securitaria que atraviesa nuestras sociedades –temerosas y *libres*– y que no duda en arrasar con derechos y libertades fundamentales. De esta forma, Francia e Italia utilizan su transposición de la Directiva 2004/38/CE, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, para poner en marcha medidas de exclusión que van más allá de lo securitario y podría pensarse que alcanzan tintes xenófobos en la medida en que suponen la expulsión colectiva de ciudadanos de etnia gitana. La autora hace un recorrido por estas cuestiones, señalando los puntos de conexión en el tratamiento jurídico de estas expulsiones en Francia e Italia, con sus *particulares* transposiciones de la Directiva; a lo que sigue un comentario de los riesgos que estas actuaciones suponen en cuanto a su compatibilidad con instrumentos internacionales de protección de derechos humanos en el ámbito europeo y, también, en relación a su dudosa eficacia en materia de cohesión social, a la puesta en cuestión de la seguridad jurídica y a su escasa legitimidad por entenderse que no están moralmente justificadas; y, finalmente, unas conclusiones en las que, con estos casos, y con la tibieza –o inacción– de las instituciones europeas en los mismos, se pone de manifiesto la involución de hecho del sistema de protección y garantías jurídicas en los países de la Unión, al tiempo que se extraña la ausencia de medidas que implementen el compromiso con la inclusión social de la minoría étnica más importante de Europa. En resumen, un más que correcto ejemplo de que, como bien dice la autora parafraseando a Orwell, «todos los ciudadanos europeos son iguales, pero *malheureusement* algunos son más iguales que otros».

El siguiente trabajo que cierra este bloque y esta primera parte es, como apuntábamos, el firmado por Andrés Gascón Cuenca. En él encontramos un, aunque conocido, inquietante (y actual) inicio: «Es extremadamente preocupante la escalada de ataques racistas y xenófobos que se están produciendo en nuestra sociedad». A partir de allí, Andrés Gascón se refiere a la utilización de estereotipos negativos, marginalizantes, por parte de algunos partidos políticos, y se centra en discursos fundamentalistas y excluyentes de dirigentes políticos en Turquía, Francia, Bélgica y España, sobre todo, en la dimensión de conflicto de derechos –libertad de expresión frente a dignidad personal– que suponen. En sus páginas nos acerca a cómo el TEDH ha respondido a estos conflictos provocados por dichos discursos que incitan al odio y socavan la convivencia pacífica de nuestras sociedades, analiza cada uno de los tres casos –Turquía, Francia y Bélgica– y, de acuerdo al diferente sentido de cada una de las resoluciones, extrae como conclusión que para el Tribunal la libertad de expresión es un pilar fundamental del Estado de Derecho, que su limitación debe ser muy cuidadosa, especialmente en lo referente a los discursos de los dirigentes polí-

ticos, y que para esta restricción se ha de tener en cuenta el propósito perseguido por el autor del discurso. La explicación de estas resoluciones, que seguirían la máxima ilustrada de Voltaire de que *no comparto tu opinión, pero daría mi vida por defender tu derecho a expresarla* (y también el modelo de democracia no militante declarado por el Tribunal Constitucional y al que se refiere el autor), se completa con el comentario crítico de la respuesta de la Audiencia Provincial de Cataluña –basada en una deficiente redacción del 510 del Código Penal y no adaptada a la jurisprudencia del TEDH, al no atender al contenido, finalidad, contexto..., del discurso– a unas manifestaciones programáticas del líder de la xenófoba Plataforma per Catalunya que van más allá de la exposición de unas ideas políticas y se presentan como una declaración de intenciones de una futura «cacería del diferente».

A continuación, los trabajos de Javier de Lucas y Ángeles Solanes abren la segunda parte del volumen, en la que se nos ofrecen reflexiones más centradas en el ámbito interno, en las tensiones que entre inmigración y derechos humanos podemos encontrar en el contexto español en tanto que país de la frontera sur del espacio Schengen. Así, estos autores vienen a poner el énfasis en ciertos aspectos claves del ámbito de la extranjería y del asilo que han supuesto, en el marco de la actual crisis económica, y a través de las últimas reformas legislativas en España, una preocupante regresividad en el reconocimiento de la igualdad en los derechos. En este sentido, Javier de Lucas –si sirve la expresión, y recurriendo al enunciado de su capítulo– disecciona al enfermo, identifica los síntomas de la patología y aporta elementos para un diagnóstico. Para desarrollar esta tarea y, como hace en otros de sus trabajos, sospechando de lo que relatan las evidencias enuncia algunas constantes en torno a la inmigración que conviene tener en cuenta en estos tiempos de crisis, tras lo que apunta dos líneas de acción, dos desafíos de las políticas migratorias de España y de la Unión que nos hacen volver la mirada a la relación con los países de origen de la inmigración, de un lado, y a la política de integración, de otro. Recurriendo a esas imágenes que siempre se agradecen, rescata el valor de crítica social de *Los viajes de Gulliver* para intentar ejemplificar el recorrido de España, y algo también de la Unión, en lo que se refiere a nuestra relación con el otro, al tratamiento de la inmigración, del extraño, y también, en general, de los más vulnerables. Denuncia Javier de Lucas que estos, los más vulnerables, y entre ellos los inmigrantes, son objeto, con los recortes que han sufrido en materia de derecho a la salud vía Real Decreto-ley 16/2012, y en el marco de las políticas neoliberales de desinversión del Estado del bienestar, de una xenofobia institucionalizada que delata un peligroso retroceso –y esto nos afecta a todos– del Estado de Derecho y de la calidad de la democracia. Pero como no se trata sólo de denunciar, de Lucas también enuncia propuestas, soluciones o, cuando menos, «líneas de actuación y prioridades», para lo que mira a una iniciativa de la Comisión Europea de julio de 2011 (la Agenda Europea para la Integración...) y, entre otras cosas, apunta a la necesidad de entender el proceso de integración como un proceso bidireccional.

Por su parte, siguiendo con estos oportunos planteamientos críticos, Ángeles Solanes, después de introducirnos en el problema a través de «una breve aproximación al marco normativo» relativo al derecho de asilo, analiza «los avances y retrocesos que en la práctica ha supuesto la aplicación» de la Ley 12/2009, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (hoy modificada en su art. 40, relativo a la extensión familiar del derecho de asilo o de la protección subsidiaria, por la Ley 2/2014, de 25 de marzo, y a la

espera todavía del necesario desarrollo reglamentario). A continuación, con la referencia de lo que supone, y ha de suponer, el Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) en cuanto a situar «a los Estados miembros en una posición única para responder coherentemente y de manera justa a las necesidades de los hombres, mujeres y niños que buscan protección en la Unión», Ángeles Solanes centra su aportación en analizar el acceso al derecho de asilo –atendiendo a cuestiones como la formación en esta materia, la protección internacional en España de los nacionales de países miembros de la Unión, el tema de los lugares de presentación de las solicitudes y las dificultades vinculadas que condicionan la obtención del estatuto de refugiado y el disfrute del derecho, o la situación de los solicitantes en Ceuta y Melilla–; continúa con lo que considera uno de «los aspectos más sensibles en el ejercicio efectivo del derecho de asilo», la identificación de los potenciales solicitantes; y cierra su análisis con un acercamiento a cuestiones relacionadas con la inadmisión y denegación de solicitudes. Concluye su aportación señalando que en el ámbito del derecho de asilo queda mucho más camino por recorrer que el deseado, apoyándose para ello en la autoridad de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia-ECRI, en la del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre racismo, discriminación racial..., Mutuma Ruteerem, y en la del Defensor del Pueblo, subrayando, entre otras cosas, la necesidad de atender especificidades territoriales (Ceuta y Melilla) y subjetivas (sujetos que por su vulnerabilidad requieren de especial protección) y, con todo, abriendo una prudente ventana al optimismo en la medida en que se consiga la consolidación del SECA y con él del asilo como derecho.

A continuación, se ofrecen cuatro estudios sobre los diferentes hitos normativos que han marcado y están llamados a determinar la legislación de extranjería española. Así, Diego Boza Martínez realiza unas consideraciones sobre lo que considera un error interpretativo de distintas sentencias en la aplicación de determinados artículos de la normativa de extranjería española para la expulsión de residentes de larga duración por condena penal y atiende a su contraposición con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Tras iniciar su aportación con un siempre conveniente «Planteamiento de la cuestión» –donde ya intuimos que, de nuevo, podemos estar ante un tema de ausencia de garantías y déficit de derechos–, entra en materia con algunas consideraciones en torno al artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 como causa de expulsión de residentes de larga duración, aportando algo de luz sobre el referido error que, por otra parte, parece que no deja de tener respaldo en jurisprudencia del Tribunal Constitucional asentada en una tesis que Diego Boza califica como «discutible», y criticando cómo no se está realizando una interpretación integradora que tenga en cuenta las limitaciones establecidas en el artículo 57.5.b) de la LO 4/2000. Continúa Boza refiriéndose a esta jurisprudencia constitucional que ha categorizado la expulsión del 57.2 como *medida* impuesta administrativamente en razón de una condena penal, y no como sanción en sentido estricto, y ello, como recoge el autor, «con el objetivo de salvar el respeto del principio *non bis in idem*»; y, desde allí, enlazando con el art. 57.5.b), critica lo errático de la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores en este ámbito y el sentido de la construcción jurisprudencial mayoritaria en estos órganos, que no parece extender los límites que establece el referido artículo a la aplicación del 57.2. Para seguir aportando algo de luz sobre el tema, dedica unas páginas a la jurisprudencia del TEDH sobre la relación entre expulsiones y vida familiar, donde unas y otra se contraponen, siendo el derecho a la segunda límite de las primeras. Finalmente, la combinación

de esta jurisprudencia con el contenido de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre, lleva al autor a reclamar un pronunciamiento del Supremo que aporte seguridad y salvaguarde el cumplimiento de la Directiva y de la jurisprudencia del TEDH, extendiendo a las expulsiones del 57.2 las limitaciones del 57.5.

Sigue a este capítulo el análisis que realiza Sonia García Vázquez sobre la transposición al ordenamiento jurídico español de las Directivas comunitarias 2004/81, 2011/36 y 2011/99, todas ellas normativas que tienen ver, más directa o más indirectamente, con la lucha contra la trata de seres humanos y su posterior explotación. Más en concreto, la primera de ellas se refiere a las condiciones para la concesión de permisos de residencia a los nacionales de terceros Estados que, habiendo sido víctimas de trata de seres humanos, cooperen en la lucha contra la misma y contra la inmigración ilegal, cuestiones, sobre todo, de índole administrativo sobre el procedimiento de expedición, la no renovación y la retirada del permiso de residencia y, entre otras, el trato dispensado antes y después de la expedición de este permiso a los solicitantes. La segunda se ocupa de la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y de la protección de las víctimas, y establece, entre otras cosas, normas mínimas relativas a las infracciones penales y sanciones en el ámbito de la trata de seres humanos, además de disposiciones sobre prevención de este delito y asistencia, apoyo y protección a las víctimas. Finalmente, la última de estas normas comunitarias, a la que Sonia García dedica menos tiempo, es la relativa a la orden europea de protección, y permite, básicamente, mantener más allá de las fronteras de cada Estado miembro la medida de protección otorgada a una persona en un Estado concreto. A lo largo del capítulo nos vamos acercando al contenido de estas normativas, especialmente al de la primera, la Directiva 2004/81 y, también, al de la segunda, Directiva 2011/36, destacando novedades, avances y efectos beneficiosos que derivan de su transposición en nuestro ordenamiento, así como alguna muy puntual preocupación, por ejemplo, por alguna especie de laguna en la transposición, alguna insuficiencia material en la práctica o alguna indeterminación de nuestro ordenamiento.

Vamos llegando al final del volumen con dos últimos trabajos. El primero, el penúltimo, lo firma Diana Marín Consarnau, y en él encontramos argumentos contrastados sobre la singularidad de la figura del arraigo familiar como aspecto clave en la regularización y desarrollo de la vida familiar de los progenitores extranjeros de menores españoles. Aunque esta introducción al tema pueda parecer un curioso juego de palabras (los *padres extranjeros de menores españoles*), creo que resume de forma correcta lo complejo y, si sirve la expresión, *mestizo*, del fenómeno migratorio y de sus consecuencias. Tras apuntarnos las barreras y problemas surgidos de imprecisiones y ausencias normativas y, también, de desconfianzas que esas paradojas generan en ocasiones, va a ser, precisamente, de las luces y sombras del arraigo familiar como solución a estas situaciones de lo que trata el trabajo de Diana Marín. Para ello nos presenta un completo recorrido por cuestiones jurisprudenciales y normativas, internas y comunitarias, y donde destaca, junto a algún asunto de interés conocido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, su atención por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril y por cómo recoge la opción del arraigo familiar para estas situaciones.

Finalmente, cierra este conjunto de trabajos la aportación de Pier-Luc Dupont, quien realiza una evaluación de las políticas públicas españolas de lucha contra el racismo. Abundando en la misma perspectiva crítica que

hemos podido apreciar en el conjunto de la publicación y que ha mantenido siempre constante la relación entre políticas migratorias y de asilo y derechos humanos, con esta última aportación se consigue un buen cierre del volumen en este sentido, y más si cabe teniendo en cuenta que en la actualidad nos encontramos con peligrosas expansiones tanto de un racismo y una xenofobia social como institucional. De esta forma, y en línea con los demás análisis, Pier-Luc Dupont no se queda en la superficie de las políticas e iniciativas públicas contra el racismo, sino que, como él mismo nos presenta, «el objetivo principal consiste en desvelar las actuaciones concretas que los discursos oficiales tienden a ocultar, distorsionar o embellecer, así como contrastarlas con las orientaciones prescriptivas proporcionadas por la investigación empírica sobre la etiología del prejuicio y la discriminación». Para ello, tras unas primeras líneas a modo de introducción que se mueven dentro de una escepticismo moderado –reconoce la importancia de estas iniciativas jurídico-políticas en los procesos de integración, valora sus avances, pero solicita una mejora–, trabaja tres líneas-enfoques a través de los que categoriza las políticas españolas de lucha contra el racismo: la disuasión, la educación y el reconocimiento; apunta algunas fuentes del racismo y menosprecio al inmigrante y sus descendientes que tienen que ver con determinadas políticas estatales; y concluye, tras su balance, en mi opinión, con más pesimismo que con el que empezó, reconociendo el valor de estas medidas antidiscriminatorias y su trascendencia simbólica, pero denunciando sus déficits actuales, tales como la falta de asunción práctica, la ausencia de desarrollos político-normativos contra discriminaciones cotidianas o encubiertas, los retrocesos en algunos planos, los problemas con el encauzamiento de los recursos invertidos..., y reclamando un «compromiso decidido de todos los responsables políticos con competencias en estos ámbitos».

En definitiva, un volumen colectivo y coherente –lo cual ya es un mérito, tanto por colectivo como por coherente–, que recoge trabajos serios, ajenos a posiciones metafísicas, reales, pero sin por ello perder el rigor académico, la calidad dogmática y, aunque a alguien le pueda parecer paradójico, la fuerza crítica, que en los tiempos que corren se agradece, y más si el *derecho a desertar* de una sociedad que no nos gusta lo sabemos acompañar, como es el caso a lo largo de esta publicación, de propuestas de acción hacia una sociedad más cohesionada y donde el respeto al otro se traduzca en reconocimiento efectivo de derechos y garantías. Bienvenido sea.

Raúl SUSÍN BETRÁN
Universidad de La Rioja

IV

NOTICIAS

Crónica del Congreso Internacional «*El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI*», Cádiz 5, 6 y 7 de junio de 2014

Los días 5, 6 y 7 de junio se celebró en Cádiz el *Congreso internacional «El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI»* organizado por proyecto Consolider-Ingenio 2010 «El tiempo de los derechos» (HURI-AGE).

Expertos académicos nacionales e internacionales de reconocido prestigio se dieron cita en la Universidad de Cádiz en este Congreso que se articuló como un foro de debate sobre la realidad actual de los derechos humanos y sus desafíos con el que se pretende contribuir, a través de la reflexión científica, a que el siglo XXI se convierta en el tiempo de los derechos.

Investigadores de los 12 grupos que componen el equipo HURI-AGE y personal de apoyo estuvieron trabajando durante los meses previos en la configuración del programa, la organización y la difusión del evento.

En la inauguración del Congreso participaron Miguel Ángel Pendón Vicerrector de Docencia y Formación de la Universidad de Cádiz, Miguel Revenga Sánchez-Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz y Rafael de Asís Roig, Catedrático de Filosofía del Derecho y coordinador del *Proyecto Consolider Ingenio 2010 «El tiempo de los derechos»*.

El Congreso *El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI* se estructuró en *cuatro grandes Paneles* temáticos que abarcaron las principales líneas de investigación que configuran HURI-AGE: «Concepto, fundamento y didáctica de los derechos humanos», «Democracia, constitucionalismo y justicia», «Nuevas encrucijadas para los derechos» y «Derechos sociales y culturales: igualdad y no discriminación» y que se dividieron, a su vez, en ponencias centrales y mesas de comunicaciones.

Las ponencias corrieron a cargo de los siguientes expertos nacionales y extranjeros:

- María del Carmen Barranco Avilés, Profesora Titular de Filosofía del Derecho del *Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid* que abordó el tema «Las teorías de los derechos humanos en el siglo XXI».

- Sara Chandler, Profesora en Educación jurídica Clínica, London South Bank University «Formación en Derechos Humanos que disertó sobre la cuestión «¿Cómo deberemos entender la educación en la justicia y los derechos humanos en el mundo en que vivimos?»»
- Gaby Lasky, abogada defensora de derechos humanos que trató el tema «Democracia, derechos y movimientos sociales. El caso de Israel y los Territorios Ocupados»
- Guillem Cano Palomares, Letrado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con una intervención sobre «Diálogo entre jurisdicciones supranacionales de derechos humanos: Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos».
- Paolo Bonetti, *Professore associato confermato* de Derecho Constitucional de la Università degli studi di Milano-Bicocca que reflexionó sobre «Libertad y Seguridad en el Estado Constitucional Democrático».
- David Bondía García, Profesor Titular de Derecho Internacional de la Universidad de Barcelona y Director del Institut de Drets Humans de Catalunya que abordó el tema «Derechos humanos emergentes: El inicio del proceso de interacción de los derechos humanos».
- María José Añón Roig, Catedrática de Filosofía del Derecho, Institut de Drets Humans de la Universitat de València que trató la cuestión «Principio de efectividad de los derechos sociales: claves interpretativas».
- Eduardo Ruiz Vieytez, Profesor de Derecho Constitucional y Director del Instituto de Derechos «Pedro Arrupe» de la Universidad de Deusto cuya ponencia versó sobre el tema «Diversidades Culturales: Cien años perdidos (1914-2014)».

Durante el *Congreso* se discutieron más de 40 *comunicaciones* relacionadas con los ejes temáticos del programa.

Además en el marco del Congreso se presentó la Colección de monografías «El tiempo de los Derechos» publicada por Tirant Lo Blanch e integrada por un total de 7 volúmenes *Los Derechos en el contexto ético, político y jurídico; La eficacia de los derechos sociales; Democracia, gobernanza y participación; Nuevas tecnologías y derechos humanos: Derechos emergentes: desarrollo y medio ambiente; Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos y Terrorismo y derecho bajo la estela del 11 de septiembre.*

Asimismo en la Sede de la Asociación de la Prensa de Cádiz tuvo lugar la presentación de la obra «Historia de los Derechos Fundamentales. Siglo xx» publicada por la editorial Dykinson en la que han participado más de 170 autores y en la que se muestran las últimas piezas teóricas con las que articular el discurso actual de los derechos humanos. La obra ha sido editada por la *Fundación Gregorio Peces-Barba para el estudio y cooperación en derechos humanos* y el *Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid*. En su presentación se contó con la presencia de Antonio-Enrique Pérez Luño, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla.

El Congreso *El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo xxi* que contó con la asistencia de más de 90 investigadores de diversas universidades españolas y extranjeras, cumplió con su objetivo de promover la investigación de frontera en el campo de los derechos humanos y fomentar la transferencia y difusión del conocimiento en esta materia. Este objetivo

seguiría siendo prioritario en el trabajo de la nueva Red «El tiempo de los derechos» que continúa la labor iniciada por el programa consolidar y que ya ha comenzado a funcionar.

Las ponencias del Congreso se publicarán en una obra colectiva que verá la luz en la editorial Dykinson y las comunicaciones en los *Working Papers* del proyecto «El tiempo de los derechos» que están disponibles en la siguiente dirección:

<http://www.tiempodelosderechos.es/materiales/working-papers.html>

Puede consultarse la web del Congreso y tener acceso al material multimedia generado en:

<http://congresotiemposdelosderechos.wordpress.com/>

Patricia CUENCA GÓMEZ
Universidad Carlos III Madrid

V

NECROLÓGICAS

Willem Johannes Witteveen (1952-2014)

Willem Johannes Witteveen (Rotterdam, Holanda. 5 de mayo de 1952), profesor responsable desde 1990 de las enseñanzas de *Encyclopedie van de rechtswetenschap* (Teoría del Derecho y Ciencia jurídica), con orientado interés en los últimos años al campo de la argumentación y la retórica jurídica [«Recht als systeem, recht in fragmenten: twee visies op juridische argumentatie» en Evelin T. Feteris et al. (eds.) «*Alles afwegende...*» *Bijdragen aan het Vijfde Symposium Juridische Argumentatie*, Rotterdam 22 juni 2007, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2007, pp. 17-24, y «Law and rhetoric: a misunderstood relation», en *Law and method: interdisciplinary research into law*, Sanne Taekema & Bart van Klink, eds., Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, pp. 237-252], Jefe del Departamento de Publiekrecht, Encyclopedie en Rechts-geschiedenis (Derecho público, Filosofía jurídica e Historia del derecho) en la Faculteit Rechtsgeleerdheid Universiteit van Tilburg, Warandelaan. Netherlands, cofundador del Centrum voor wetgevingsvraagstukken (Centro para asuntos legislativos), falleció el pasado 17 de julio. Witteveen era uno de los pasajeros del vuelo de Malaysian Airlines MH17, en ruta desde Schiphol (The Netherlands) a Kuala Lumpur (Malaysia), que fue derribado en Hrabove, Ucrania oriental, por un misil tierra-aire procedente de la zona de operaciones bajo control de las fuerzas pro-rusas en conflicto con el gobierno del presidente de Ucrania, Petro Poroshenko. Le acompañaban su esposa Lidwien L. Heerkens, presidenta de la Junta del LAK-theater van de Universiteit Leiden y asociada a la Faculteit Geesteswetenschappen Universiteit van Tilburg, y su hija Marit Witteveen, estudiante de segundo año de ese mismo centro. La tragedia deja huérfano a Freek, segundo de los hijos del matrimonio.

Witteveen había cursado estudios universitarios en sus diferentes niveles (1979-1989) en la Faculteit Rechtsgeleerdheid Universiteit Leiden, donde presentó su disertación *De retoriek in het recht: over retorica en interpretatie, staatsrecht en democratie* Willink, Zwolle, 1988. XIII, 537 pp., obteniendo con calificación *Cum laude* la borla del Doctorado en Derecho el 1 de junio de 1989. Miembro de la International Society for the History of Rhetoric y de la Internacional Association for the Semiotics of Law, entre sus trabajos más recientes destaca *Het wetgevend oordeel: studies over wetgeving en communicatie* (Boom Juridische Uitgevers, Den Haag, 2010, xix, 337 pp.), particularmente centrado en los problemas de técnica legislativa y

comunicabilidad del mensaje jurídico. Esta obra resume, creo que con fidelidad, las intersecciones temáticas con que se entretendió su fecunda investigación científica, concretada en una riqueza de líneas de trabajo que de modo transversal aúnan materias de teoría de la legislación, lenguaje jurídico y retórica, semiótica e interpretación jurídicas. El temprano interés por una labor hermenéutica interdisciplinaria ya se revela su paper «The rhetorical labors of Hercules», debatido en la sesión sobre «hard cases» del Annual colloquium IV of the International Association of Law and Semiotics, Penn State University, May 1988 (Onderzoekscentrum Sturing van de Samenleving, Leiden, 1988, 12 pp.). La dedicación a cuestiones de semiótica jurídica, con un enfoque hacia la teoría y técnica legislativa en vínculo de especial referencia a aspectos de eficacia, validez y vigencia jurídicas, es patente en los estudios titulados «De jacht op de wet» (*Wat maakt de wet symbolisch?*, Willem Witteveen, Paul van Seters & Bert Roermund, eds., W. E. J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1991, pp. 115-136), «Legislation and the Fixation of Belief» (*The Eyes of Justice. Seventh Round Table on Law and Semiotics*, Roberta Kevelson, ed., Peter Lang, New York, 1994, pp. 319-343), «Seeing rhetoric as law as literature» (*Conscience, consensus, & crossroads in law: eighth Round Table on Law and Semiotics*, Roberta Kevelson, ed., Peter Lang, New York, 1995, pp. 387-401), y «Significant, symbolic and symphonic laws Communication through Legislation» (*Semiotics and legislation: jurisprudential, institutional and sociological perspectives*, Hanneke van Schooten, ed., Deborah Charles Publications, Liverpool, 1999, pp. 27-70).

Una significativa profundización en esta área conduciría a Witteveen en posteriores trabajos a incumbir la teoría y práctica en la actividad operativa de la *juristenvak* igualmente de perfiles sociales, de la relación entre derecho y moral –mediante una relectura de Lon L Fuller (1902-1978)– y del aporte de lo que bien podríamos denominar como el «giro comunicativo». Así, en *Het theater van de politiek: publieke retorica en de paspoortaffaire* (Amber, Amsterdam, 1992, 259 pp.), *De geordende wereld van het recht: een inleiding* (Amsterdam University Press, Amsterdam, 1996, 449 pp., donde con exhaustivo detalle amplía el previo acercamiento llevado a cabo en «Het paspoort van de politicus» para *Het Retorische antwoord*, Radboud Engbersen, Thijs Jansen, Willem Witteveen (eds.), Stichting Grafiet, Utrecht, 1991, pp. 39-55, y como editor, junto a Wibren van der Burg, de *Rediscovering Fuller: Essays on Implicit Law and Institutional Design* (Amsterdam University Press, Amsterdam, 1999, 489 pp.), o bien, junto a Nicolle Zeegers y Bart Van Klink, de *Social and Symbolic efforts of Legislation under The Rule of Law* (Edwin Mellen Press, Lewiston, N. Y., 2005, xx, 362 pp.). Para ambos, respectivamente, sus contribuciones «Rediscovering Fuller: An Introduction» (pp. 21-48), «Law of Lawmaking» (pp. 313-345), y «Turning to communication in the study of legislation» (pp. 17-44) e «Interpretive communities and symbolic effects» (pp. 317-337).

Éste habría sido el *methodo* recorrido por Witteveen para, desde un análisis simbólico y de teoría social, rivalizar y apartarse de las perspectivas instrumentalistas en la legislación. La consecuencia fundamental de todo ello es la toma en consideración de la influencia de las comunidades –*interpretative communities*– en la recepción de las reglas de interpretación jurídica y la defensa de una teoría política del legislador que no oculta los peligros de la idea de gobernabilidad democrática en un Estado de derecho a través del poder legislativo en su dimensión de derecho regulatorio, como en particular ya mostró, en orden al control de legalidad en materia de legislación adminis-

trativa, en *De Terugred van regelgevers: meer regles, minder sturing?* (Thijs G. Drupsteen, Wim Derksen, Willem J. Witteveen (eds.), Tjeenk Willink, Zwolle, 1989, 320 pp.), y en fecha más reciente con sus discusiones en *Alternative regelgeving* (Willem Witteveen, Ivo Giesen, Joan Lodewijk de Wijkerslooth de Weerdestein, eds., Kluwer, Deventer, 2007, 207 pp.).

Witteveen desembocó, por tanto, en el campo de una teoría política del funcionamiento de la ley, y a partir de ésta –incorporando dimensiones psicológicas– en el comportamiento ciudadano. Es por eso importante subrayar la indudable conexión de sus inquietudes iusfilosóficas a las de un intelectual preocupado también por las implicaciones políticas de su análisis, y de ahí, pues, por la Teoría de la democracia legislativa en la idea de un «legislador convincente» (*De overtuigende wetgever*, Willem J. Witteveen en Bart van Klink (eds.), W. E. J. Tjeenk Willink/ Schoordijk Instituut. Centrum voor wetgevingsvraagstukken, Deventer, 2000, 279 pp.), así como respecto de las condiciones del Estado de derecho, no menos que por la legitimación en él de los jueces como aplicadores de la ley. Véanse, en este sentido, *Evenwicht van machten: rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar encyclopedie der rechtswetenschap aan de Katholieke Universiteit Brabant op vrijdag 15 febr. 1999* (Tjeenk Willink, Zwolle, 1991, 100 pp.), *Het primaat van de politiek: Staatsrechtconferentie 1999* (W. E. J. Tjeenk Willink, Deventer, 2000, VIII, 70 pp.) y, junto a Bart van Klink, *De sociale rechtsstaat voorbij: twee ontwerpen voor het huis van de rechtsstaat* (Sdu Uitgevers, Den Haag, 2002, 245 pp.) en lo correspondiente a la parte primera («De wending naar rechtsstatelijkheid», pp. 15-126), redactada con la colaboración de Wouter de Been.

De estas preocupaciones se abastecería asimismo su disposición práctica para la vida política holandesa. Witteveen, con antecedentes familiares fuertemente ligados a historia parlamentaria nacional –biznieto del político socialdemócrata Florentinus Marinus Wibaut (1859-1936) e hijo de Hendrikus Johannes Witteveen (n. 1921), senador, ministro, vicepresidente entre los años 1958 y 1973 y luego Director del FMI– obtuvo acta de Senador por el Partido laborista holandés (1999-2007, y 2013-2014), y en la actualidad era portavoz de la Comisión de Seguridad y Justicia. En el compromiso de su actividad en política expresó una decidida voluntad por la renovación del socialismo holandés, como así puso de relieve publicaciones de juventud – *Het Schip van staat: beschouwingen over recht, staat en sturing* (W. E. J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1985, 298 pp), más adelante en *Het primaat van de politiek* (Willem J. Witteveen, Hendrikus R. B. M. Kummeling, Frederik A. M. Stroink, eds., W. E. J. Tjeenk Willink, Zwolle, 2000, 70 pp., en esp. «Het politieke primaat als regie van de wetgever», pp. 1-23), y de manera explícita en *De Denkbeeldige Staat: Voorstellingen Van Democratische Vernieuwing* (Amsterdam University Press, Amsterdam, 2000, 285 pp.).

Con la trágica desaparición de Willem Johannes Witteveen pierde la cultura jurídica europea a uno de sus más valiosos representantes. Deja en el haber comunidad científica, resultado de una constante y rigurosa labor de investigación, el bagaje más de 250 publicaciones científicas. Jurista culto, con excelente conocimiento de autores como Montesquieu o Hegel, además, recamaba su escritura de lujosas e iluminadoras metáforas musicales y literarias. Como legislador se sentía poeta; véanse *Tijdens de werkzaamheden, buiten de orde: de wetgeversgedichten* (Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2007, 42 pp.).

En todo momento sugestivo, lograba atraer e interesar siempre con planteamientos llenos de personalidad (*De fascinatie: wat wetgevingsonderzoekers bezighoudt: berichten uit het Centrum voor wetgevingsvraagstukken* (Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2004, 157 pp.). Superando la muerte, una última obra, ya entregada y pronto a editarse en el otoño de este mismo año, *De wet als kunstwerk* (Uitgeverij Boom, Ámsterdam, 2014, 450 pp.) nos permitirá aprender y disfrutar del saber y artístico estilo de su conocimiento. Es el obsequio del destino.

Trasladamos a sus dolientes familiares y afligidos colegas de la Faculteit Rechtsgeleerdheid Universiteit van Tilburg expresión del más sincero pesar y profunda tristeza por tan significativa pérdida. Nuestro mensaje de solidaridad también con las inocentes víctimas cuyas vidas extinguió de modo tan repentino el horrible desenlace de este trágico suceso aéreo.

José CALVO GONZÁLEZ
Universidad de Málaga

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 *idem*, *ibidem*, *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. Por ello, los autores deben eliminar los metadatos del mismo en el texto, para evitar que los evaluadores puedan identificar su autoría. 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.

V. Compromiso ético para la publicación de artículos

El *Anuario de Filosofía del Derecho* se adhiere a las directrices del EASE (European Association of Science Editors) y del COPE (Committee on Publication Ethics) que pauta unas buenas prácticas para la gestión, edición, revisión y publicación de resultados científicos en revistas de diferentes áreas de conocimiento. Brevemente de acuerdo a lo allí establecido:

A. Los autores se comprometen a remitir trabajos inéditos, que no hayan sido publicados anteriormente y que no se encuentren sometidos a evaluación por otras revistas mientras no se complete el proceso de evaluación por parte de esta revista. El envío de trabajos para su evaluación requiere omitir cualquier dato que pueda ser identificado por los revisores respecto a su autoría y de igual modo implica aceptar las normas de publicación, revi-

sión y evaluación de la revista que se detallan a tal fin en cada número de la revista.

B. Los revisores de los trabajos asumen el compromiso de realizar una revisión crítica, honesta, constructiva sobre la calidad científica del texto dentro el ámbito de sus conocimientos y habilidades. Por ello, solo revisarán un trabajo si se sienten competentes con la temática a revisar y si no existen conflictos de interés.

C. El Consejo de Redacción y los editores se comprometen a respetar la imparcialidad y mantener la confidencialidad de los trabajos enviados, sus autores y revisores, de forma que el anonimato preserve la integridad de todo el proceso de evaluación. A tal fin garantizarán la selección de los revisores más cualificados y especialistas en la materia para emitir una apreciación crítica y experta del trabajo. Asimismo en la medida de lo posible, evitarán todo tipo de conflictos de intereses así como cumplir estrictamente con los tiempos de evaluación, edición y publicación que exige la periodicidad de la revista.

El Consejo de Redacción del *AFD*