

ANUARIO
DE
FILOSOFÍA
DEL
DERECHO

NUEVA ÉPOCA
TOMO XXXII

2016

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

NUEVA ÉPOCA
TOMO XXXII
2016



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA

BOE BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Director

Prof. Dr. MARIO RUIZ SANZ
Universitat Rovira i Virgili de Tarragona

Secretaria

Prof^a. Dra. ÀNGELES SOLANES CORELLA
Universitat de València

Secretaria adjunta

Prof^a Dra. ENCARNACIÓN LA SPINA
Universidad de Deusto

CONSEJO DE REDACCIÓN

Prof^a Dra. EMILIA BEA PÉREZ
Universitat de València

Prof. Dr. JOSÉ GARCÍA AÑÓN
Universitat de València

Prof^a Dra. ÀNGELS GALIANA SAURA
Universitat Rovira i Virgili de Tarragona

Prof^a Dra. RUTH MESTRE I MESTRE
Universitat de València

CONSEJO ASESOR

Prof^a Dra. ANA RUBIO CASTRO
Universidad de Granada

Prof^a Dra. CRISTINA GARCÍA PASCUAL
Universitat de València

Prof. Dr. JAVIER GARCÍA MEDINA
Universidad de Valladolid

Prof^a Dra. JUANA MARÍA GIL RUIZ
Universidad de Granada

Prof. Dr. RICARDO GARCÍA MANRIQUE
Universitat de Barcelona

Prof^a Dra. MARÍA DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS
Universidad Carlos III de Madrid

Prof^a Dra. MARÍA OLGA SÁNCHEZ MARTÍNEZ
Universidad de Cantabria

Prof^a Dra. ENCARNA BODELÓN GONZÁLEZ
Universitat Autònoma de Barcelona

Prof. Dr. JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ
Universidade de Santiago de Compostela

Prof^a Dra. ALESSANDRA FACCHI
Università degli Studi di Milano

Prof. Dr. MARIO. G. LOSANO
Università del Piemonte Orientale «Amedeo Avogadro»

**El ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas
por los autores de los originales publicados**

**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: 48,00 € (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
tienda@boe.es

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

NUEVA ÉPOCA
TOMO XXXII
2016

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2016

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 AFD 2016

El volumen XXXII (nueva época) del *Anuario de Filosofía del Derecho* contiene las secciones que son habituales en la revista. Cabe mencionar especialmente el monográfico que incluye los textos reelaborados de las ponencias de las XXV *Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía jurídica y política* que llevaron por título «Nuevo Derecho, nuevos derechos», celebradas en la *Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)*, en Madrid durante los días 16 y 17 de abril de 2015. A esta sección se le unen las otras que tradicionalmente han sido incluidas; en concreto, la de *Estudios de Teoría y Filosofía del Derecho* está compuesta por trece artículos sobre diversas cuestiones relacionadas con nuestra área de conocimiento; la parte dedicada a *Crítica Bibliográfica* recoge once reseñas de libros recientes de autores vinculados a la filosofía jurídica y política; mientras que las otras dos secciones dedicadas a *Noticias* y el *Obituario* tratan de las jornadas comentadas y del recuerdo a nuestro compañero José Luis Serrano, recientemente fallecido. Hay que agradecer a Narciso Martínez Morán y a Ana Rubio Castro, respectivamente, su gentileza al hacerse eco de ambos acontecimientos.

Desde hace algunos años, las circunstancias en la universidad han hecho que los esfuerzos para mejorar la calidad de las revistas científicas a propósito de sus niveles de indexación han sido constantes y han centrado buena parte de la dedicación del *Consejo de Redacción del AFD*. Uno de los resultados más satisfactorios de este trabajo continuo ha sido la exitosa superación de la cuarta convocatoria de evaluación de la calidad editorial y científica de las revistas españolas, llevada a cabo por la *Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (FECYT)*. El *Sello de Calidad FECYT*, obtenido en julio del año 2014 por el *Anuario de Filosofía del Derecho* junto a noventa y ocho revistas acreditadas que han superado el complicado proceso de selección de entre un total de trescientas cincuenta y cinco solicitudes evaluadas,

supone un certificado de excelencia editorial y científica importante. Tras la obtención del sello de calidad FECYT, el *AFD* comienza a posicionarse entre las mejores revistas especializadas en el ámbito de las ciencias jurídicas y sociales, por lo que se encuentra en línea ascendente y en una dinámica más que adecuada si se tiene en cuenta los porcentajes y los últimos índices de calidad de las mismas. Por referirse a estas clasificaciones en concreto, el *AFD* se encuentra en la base de datos del CINDOC entre las *Revistas Españolas de Ciencias Sociales y Humanas* (RESH) y figura en el catálogo LATINDEX 32, ANECA 20, y CNEAI 18. En cualquier caso, se siguen haciendo gestiones para su constante mejora y actualización; entre ellas, por ejemplo, se ha revisado las instrucciones a los autores para cumplir con los últimos criterios de calidad del CNEAI, así como se ha obtenido la clasificación *B* en el CARHUS plus y el nivel *A* en el ANVUR (*Agencia Italiana de Evaluación*). El éxito perseguido con tanto tesón permite acometer en un futuro inmediato retos similares con la posibilidad de iniciar nuevas solicitudes de indexación, sobre todo a nivel internacional, para seguir mejorando en su reconocimiento dentro de nuestra área de forma específica y en el ámbito de las ciencias jurídicas y sociales en general.

En cuanto a su difusión, hay que señalar dos últimas informaciones de interés. En primer lugar, tal y como se ha puesto debidamente en conocimiento de los socios, el *Anuario de Filosofía del Derecho*, gracias al convenio con la *Fundación Dialnet* y el *Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia*, está disponible en todos sus números desde el año 1953 hasta el año 2015, por lo que ya no existe un período de dos años entre su edición impresa en papel y la versión digital en *Dialnet*. Sin duda, consideramos que ello reporta una mejora sustancial en el número de colaboraciones, dado que las bibliotecas universitarias de adscripción pueden contar con un nuevo soporte de mayor fluidez y disponibilidad de los artículos del *Anuario* para autores y posibles suscriptores. En segundo lugar, se ha producido en su edición algunos cambios significativos como consecuencia del convenio de colaboración que existe entre el *Ministerio de Justicia* (*Servicio de Publicaciones*) y el *Ministerio de la Presidencia* (*Boletín Oficial del Estado*). La dirección del *Departamento de Programación de la Gestión del BOE* ha asumido hace un año el compromiso de dar la mayor difusión posible a las publicaciones que edita. Para cumplir con esta idea, ha decidido sacar en abierto todos los números de los cuatro Anuarios que publican, entre ellos el de *Filosofía del Derecho*, si bien nuestro *Anuario* seguirá editándose como revista en papel. Sin embargo, que una publicación como es el *Anuario* aparezca en la página principal del *BOE*, puede tener una gran e importante visibilidad pues debe favorecer su difusión internacional y así mejorar la accesibilidad a la misma. Todos son aspectos muy positivos para la indexación de la revista en los diferentes procesos de evaluación o catalogación en bases de datos que sean acometidos. A partir de esto último, ya estamos

trabajando y supervisando el proyecto *on line* de la revista para incidir en que la presentación formal de la misma incorpore las mejoras necesarias exigidas por las publicaciones académicas de mayor impacto.

Para finalizar, me gustaría agradecer a Javier de Lucas y a María José Añón, anteriores directores del *Anuario* y sin cuya iniciativa e insistencia la revista no sería hoy lo que es, su apoyo desinteresado en esta travesía; a los *Consejos de Redacción* y *Asesor* por su amable cercanía; así como a todos los que han colaborado en este número, desde autores, evaluadores hasta lectores, por su interés para que este nuevo volumen se haga una realidad.

Marzo 2016

MARIO RUIZ SANZ
Director del *AFD*



SUMARIO

	Pág.
PRESENTACIÓN: MARIO RUIZ SANZ (Director del <i>Anuario</i>)	5
 I. MONOGRÁFICO:	
PÉREZ LUÑO, Antonio-E. (Universidad de Sevilla): <i>Nuevo derecho, nuevos derechos</i>	15
LUIZ STRECK, Lenio (Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos)): <i>Las transformaciones del derecho: clasicismo y contemporaneidad</i>	37
CUENCA GÓMEZ, Patricia (Universidad Carlos III de Madrid): <i>Derechos humanos y discapacidad. De la reno- vación del discurso justificatorio al reconocimiento de nuevos derechos</i>	53
DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo (UPV/EHU): <i>Por la erradi- cación de un problema global. No más sweatshops</i>	85
IGLESIAS VILA, Marisa (Universitat Pompeu Fabra): <i>¿Los derechos humanos como derechos especiales? Algunas ventajas de una concepción cooperativa de los derechos humanos</i>	119
SOLANES CORELLA, Ángeles (Universitat de València): <i>Una reflexión iusfilosófica y política sobre las fronteras ..</i>	145
 II. ESTUDIOS DE TEORÍA Y DE FILOSOFÍA DEL DERECHO	
CALVO GONZÁLEZ, José (Universidad de Málaga): <i>Desde una encrucijada junto a Borges: sobre ciencia jurídica y producción normativa</i>	187
COMBA, Antonella (CONICET-Instituto de Investigacio- nes Gino Germani): <i>¿Filosofía hegeliana en el Derecho Penal del Enemigo? Distancias entre Günther Jakobs y la filosofía del derecho de Hegel</i>	213

	Pág.
DE DOMINGO PÉREZ, Tomás (Universidad Miguel Hernández de Elche): <i>Una aportación a la reconstrucción del derecho subjetivo en el Estado constitucional de Derecho</i>	235
FERSINI, Maria Pina (Universidad de Málaga/Università degli Studi di Firenze): <i>Derecho y violencia. La apuesta de la diferencia</i>	265
GALIANA SAURA, Ángeles (Universidad Rovira i Virgili. Tarragona): <i>La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa</i>	297
GARCÍA LÓPEZ, Daniel J. (Universidad de Granada): <i>¿Teoría jurídica queer? Materiales para una lectura queer del derecho</i>	323
GONZÁLEZ ORDOVÁS, M. ^a José (Universidad de Zaragoza): <i>Las raíces del viento. Un análisis desde Nietzsche sobre el Derecho como forma reguladora de conocimiento</i>	349
LA SPINA, Encarnación (Universidad de Deusto): <i>El «valor de la convivencia» como argumento fuerte y débil para la prohibición del velo integral en la jurisprudencia europea</i>	383
MARTÍNEZ DE PISÓN, José (Universidad de La Rioja): <i>El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional ...</i>	409
MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio (Universidad de Cantabria): <i>Del sistema a la red: la perspectiva del juez</i>	431
OTERO PARGA, Milagros (Universidad de Santiago de Compostela): <i>La responsabilidad moral. Una lectura crítica de R. Dworkin</i>	451
RÓDENAS, Ángeles (Universidad de Alicante). <i>La métrica de las instituciones políticas: el enfoque trascendental y el enfoque comparativo</i>	475
SEOANE, José Antonio (Universidade da Coruña): <i>Argumentación jurídica y bioética. Examen teórico del método deliberativo de Diego Gracia</i>	489

III. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

ALARCÓN CABRERA, Carlos. <i>Creer en Hitler. El triunfo de la sumisión sobre la libertad</i> , Sevilla: Ediciones Aconcagua, 2016, 421 pp. Fernando Martínez Cabezudo. Universidad Pablo de Olavide	513
ARA PINILLA, Ignacio. <i>La difuminación institucional del objetivo al derecho a la educación</i> , Madrid: Editorial Dykinson, 2013, 360 pp. Helena Nadal Sánchez. Universidad de Burgos	519
CAGIAO Y CONDE, Jorge. <i>Tres maneras de entender el federalismo. Pi y Margall, Salmerón y Almirall. La teoría de la federación en la España del siglo XIX</i> , Madrid:	

	Pág.
Biblioteca Nueva, 2014, 253 pp. Lucía Payero López. Universidad de Oviedo	527
CAPOGRASSI, Giuseppe. <i>El individuo sin individualidad</i> , Edición, traducción y estudio preliminar de Ana Llano, Madrid: Encuentros, colección Mínima política, 2015, 90 pp. José Luis Muñoz de Baena Simón. Universidad Nacional de Educación a Distancia	532
DE LUCAS, Javier. <i>Mediterráneo: el naufragio de Europa</i> , 2. ^a Edición, prólogo de Sami Naïr, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, 170 pp. José Manuel Rodríguez Uribes. Universidad Carlos III de Madrid	537
DÍAZ GARCÍA, Elías. <i>El derecho y el poder. Realismo crítico y filosofía del derecho</i> , Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid: Dykinson, 2013, 219 pp. Mario Ruiz Sanz. Universitat Rovira i Virgili (Tarragona)	545
GARCÍA PASCUAL, Cristina. <i>Norma Mundi. La lucha por el derecho internacional</i> , Madrid: Trotta, 2015, 270 pp. Jose Antonio Saez García. Academia Interamericana de Derechos Humanos. Universidad Autónoma de Coahuila	550
PALAZZANI, Laura. <i>Il potenziamento umano. Tacnoscienza, etica e diritto</i> , Torino: Giappichelli Editore, 2015, págs. XI + 161. Antonio Casciano. Universidad de Navarra	554
RODRÍGUEZ URIBES, José Manuel. <i>Gregorio Peces-Barba, Justicia y Derecho (La utopía posible)</i> , Madrid: Cívitas/Thomson Reuters, 2014, 240 pp. Ángel Pelayo González-Torre. Universidad de Cantabria	560
SUSÍN BETRÁN, Raúl y BERNUZ BENEITEZ, María José (coords). <i>Seguridad (es): y derechos inciertos</i> , Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2014, 354 pp. Jesús García Cívico. Universitat Jaume I	567
ZÁRATE RIVERO, Belén. <i>La tutela de la dependencia en el ordenamiento jurídico español. Principios constitucionales y desarrollo normativo</i> . Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi. 2015, 408 pp. Rita Cavalotti. Universidad Internacional de Cataluña	576

IV. NOTICIAS

XXV Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política. «Nuevo Derecho, nuevos derechos». Narciso Martínez Morán. Universidad Nacional de Educación a Distancia	583
--	-----

V. OBITUARIO

En recuerdo de nuestro compañero y amigo José Luis Serrano. Ana Rubio Castro. Universidad de Granada.....	589
---	-----



I
MONOGRÁFICO



Nuevo derecho, nuevos derechos

New Law, New Rights

Por ANTONIO-E. PÉREZ LUÑO
Profesor Emérito de la Universidad de Sevilla

RESUMEN

Esta Ponencia tiene por objeto el análisis de los principales cambios y transformaciones producidos, en las últimas décadas, en el significado del Derecho y de los derechos. Para ello, en su primera parte, se toma como punto de referencia la metamorfosis de los ordenamientos jurídicos, debida a los desplazamientos producidos en sus elementos constitutivos: la unidad jerárquica, la plenitud y la coherencia. Dichos desplazamientos, o cambios de orientación, obedecen al protagonismo reciente del pluralismo jurídico, la apertura jurisdiccional y la argumentación, en el seno de los ordenamientos jurídicos del presente.

La segunda parte de la Ponencia analiza la transformación de los derechos debida a las repercusiones que para su significado y su garantía se derivan de los impactos de la Nuevas Tecnologías (NT). Se alude aquí, a las consecuencias de las NT en distintos sectores y problemas relativos al disfrute de las libertades. La calidad de vida y la incidencia de las NT en el medio ambiente, la garantía de los datos personales, el tratamiento de las biotecnologías y otros aspectos relativos a los nuevos derechos, constituirán la referencia para comprobar los cambios en el actual estatuto de los derechos.

Palabras clave: *Validez jurídica, pluralismo jurídico, Derecho Global. Fuentes del derecho, razonamiento jurídico.*

ABSTRACT

My intervention addresses the main changes and transformations that the meaning of Law and rights has experienced in the last decades. The metamorphose of legal systems is taken as a reference point due to the displacement of their constituent elements- hierarchical unity, plenitude and coherence. Such displacements or orientation changes may be explained through the leading role played by Legal Pluralism, especially regarding the main legal repercussions of globalization, the widening of courts' jurisdiction and reasoning within contemporary Legal Systems. All these phenomena have an impact both on the very meaning of Law, as well as on the meaning and function that rights and liberties possess today within Legal Systems.

Key words: *Legal validity, Legal Pluralism, Global Law, Sources of Law, legal reasoning.*

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO: LA TEORÍA TRADICIONAL DEL DERECHO Y SU ACTUAL REVISIÓN.-2. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU METAMORFOSIS ACTUAL.-2.1. DESDE LA UNIDAD AL PLURALISMO.-2.2. DESDE LA PLENITUD A LA APERTURA JURISDICCIONAL.-2.2. DESDE LA PLENITUD A LA APERTURA JURISDICCIONAL. -2.3. DESDE LA COHERENCIA A LA ARGUMENTACIÓN.-3. CONCLUSIÓN: LA TRANSFORMACIÓN ACTUAL DEL DERECHO Y DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

SUMMARY: 1. APPROACH: THE TRADITIONAL THEORY OF LAW AND ITS CURRENT REVIEW.-2. THE LEGAL SYSTEM AND THE CONSTITUTIONAL SYSTEM OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND ITS CURRENT METAMORPHOSIS.-2.1. FROM THE UNIT TO PLURALISM.-2.3. FROM THE COHERENCE ARGUMENT.-3. CONCLUSION: THE CURRENT TRANSFORMATION OF LAW AND FUNDAMENTAL RIGHTS.

1. PLANTEAMIENTO: LA TEORÍA TRADICIONAL DEL DERECHO Y SU ACTUAL REVISIÓN

A partir de la codificación, en un periodo de tiempo que se extiende hasta el declinar del pasado siglo, algunas de las más difundidas e influyentes caracterizaciones doctrinales del derecho coincidían en definirlo como: «sistema de normas garantizado por la coacción estatal». A su vez, los derechos fundamentales fueron concebidos como la recepción de los derechos humanos en los ordenamientos jurídicos, en especial, en el marco constitucional de los Estados de derecho. Esta concepción ha sido objeto, en los últimos años, de una profunda trans-

formación que obliga a replantear el significado del derecho y de los derechos en las sociedades democráticas del presente.

En la Primavera del año 2002 fui invitado, en mi condición de profesor de Política Criminal en el Instituto Andaluz de Criminología, a una estancia académica en la Oficina para la Prevención de la Delincuencia Organizada Internacional de Naciones Unidas en Viena. Con ocasión de esa visita, pude asistir y participar en alguna de las sesiones de trabajo celebradas en la sede vienesa del *Hans Kelsen Institut*. En el curso de esas actividades, comprobé la preocupación de los investigadores del Instituto, pertenecientes a distintas áreas geográficas y culturas jurídicas, por mantener indemne el legado doctrinal kelseniano frente al «asedio» científico de determinadas concepciones contemporáneas, especialmente influyentes en los desarrollos de la teoría y la filosofía jurídica (Hart, Rawls, Habermas, Dworkin, Alexy, Häberle...).

Tengo para mí que esas alarmas y esa inquietud obsesiva por defender la teoría pura respecto a doctrinas y posturas teóricas y/o metodológicas sobre el derecho, responde a un error de enfoque. La teoría pura del derecho elaborada por Hans Kelsen es un modelo de coherencia interna y, por tanto, resulta difícilmente atacable desde el interior de las premisas en las que se expresa su fundamento y desarrollo. Por eso, las doctrinas filosóficas y jurídicas que han cuestionado y cuestionan la teoría de Kelsen resultan poco eficaces y convincentes cuando pretenden desvirtuarla «desde dentro»; es decir, desde los propios postulados informadores de sus tesis y desde las inferencias que de ellos dimanar.

Los herederos teóricos de Kelsen se hallan absortos en construir un baluarte especulativo capaz de resistir la confrontación intelectual con las concepciones jurídicas actuales, que reputan opuestas o, en su caso, revisionistas del legado científico del maestro vienes. Personalmente, no puedo convenir con lo que esa estrategia representa. A mi entender, el riesgo de revisión superadora de la teoría pura del derecho no reside en las eventuales críticas que frente a ella directamente se avanzan, sino en las nuevas coordenadas a las que responden los sistemas jurídicos actuales y de las que las nuevas concepciones jurídicas se hacen cargo con mayor precisión y adecuación que la teoría pura del derecho.

La teoría pura del derecho se presentaba y justificaba así misma como una teoría explicativa del derecho positivo. Como quiera que el ordenamiento jurídico de los Estados de derecho contemporáneos han experimentado una importante transformación en su sistema de fuentes¹, así como en sus postulados fundamentadores, hoy se precisa de

¹ PÉREZ LUÑO, A. E., *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Sevilla, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993. Se ha publicado una edición ampliada y actualizada de esta obra en Madrid, La Ley & Wolters Kluwer, 2011. Sobre los nuevos procesos de creación del derecho en el Estado constitucional, vid., también

nuevos marcos teóricos y paradigmas metodológicos capaces de dar cuenta de esa nueva situación.

Las reflexiones que a continuación se avanzan, tienen el propósito de hacerse eco de esa metamorfosis operada en los ordenamientos jurídicos, así como en sus repercusiones en el sistema de los derechos y libertades.

2. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU METAMORFOSIS ACTUAL

En la estructura normativa de las Constituciones se advierten los estímulos de la cultura jurídica de su tiempo. El ordenamiento jurídico y el sistema de los derechos fundamentales, que define la parte dogmática de las Constituciones de los Estados de derecho, se advierten esas influencias teóricas. En el diseño constitucional de esa materia se reflejan algunas de las concepciones doctrinales del sistema jurídico más influyentes en el momento de su gestación. De ello, se infiere que, en el constitucionalismo de las últimas décadas, hayan hallado eco algunas de las concepciones jurídicas más relevantes e influyentes de ese periodo.

La célebre *Teoría del ordenamiento jurídico* elaborada por Santi Romano², la dimensión nomo-dinámica del orden jurídico planteada por Hans Kelsen³ en la segunda edición de su *Teoría pura del derecho* (1960), así como la certera síntesis de ambas concepciones debida a Norberto Bobbio⁴, constituyen fuentes insoslayables para el análisis y la comprensión de la idea del sistema de los derechos fundamentales diseñado en el constitucionalismo vigente en el inmediato pasado⁵.

los estudios de: Ansuátegui Roig, F. J. «Estado constitucional y producción normativa», en *Derechos y Libertades*, n.25, 2011, pp. 17 y ss.; id., «El juez en el constitucionalismo: producción normativa y responsabilidad» en el vol. col., a cargo de D. Jiménez Liébana, *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García*, Pamplona, Universidad de Jaén-Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 27 y ss.

² ROMANO, S., *El Ordenamiento jurídico*, trad. cast., a cargo de S. Martín-Retortillo y L. Martín-Retortillo, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963. La edición original italiana de esta obra data del año 1918.

³ KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, Wien, Franz Deuticke, 2.ª ed. 1960, pp. 196 y ss. (existe trad. cast. de R. Vernengo, México, UNAM, 1979).

⁴ BOBBIO, N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960, (Existe trad. cast. de E. Rozo Acuña, en BOBBIO, N., *Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1991).

⁵ Cfr.: AGUIAR DE LUQUE, L., *Democracia directa y Estado constitucional*, Madrid, EDERSA, 1977; Alzaga Villaamil, O., *Derecho Político español según la Constitución de 1978*, Madrid, EDERSA, 1996.

En el volumen monográfico sobre *Los derechos fundamentales*⁶, tuve ocasión de ocuparme de algunos aspectos básicos de la formación del concepto de sistema en la ciencia jurídica contemporánea, de las relaciones entre los conceptos de sistema y ordenamiento jurídico, de la distinción entre los aspectos extrínsecos e intrínsecos de los sistemas constitucionales, así como del debate doctrinal entre el monismo y el pluralismo como rasgos definatorios de los ordenamientos jurídicos. Sería ocioso reiterar lo ya expuesto. No obstante, sí parece oportuno aludir a los rasgos constitutivos del ordenamiento jurídico y de los sistemas de derechos fundamentales, así como a las metamorfosis operadas en esas categorías jurídicas en los últimos años.

Aludir a un sistema normativo y a un sistema constitucional de los derechos fundamentales sugiere, de inmediato, la cuestión de la interdependencia o mutua implicación existente entre las normas, así como entre los derechos; ya que la unidad de sentido de cada norma y de cada derecho no aparecen como una cualidad de las singulares formulaciones normativas y de cada uno de los derechos fundamentales, sino como una característica de todas ellas y de todos ellos en cuanto conjunto.

El tema de la interconexión orgánica y finalista de las normas y de los derechos fundamentales, es decir, su dimensión sistemática, ha suscitado un interés creciente en la dogmática constitucional de los últimos años. No en vano, el proceso de sistematización de los materiales normativos es un fenómeno paralelo al de la formación del Estado moderno, que ha ido adquiriendo progresiva importancia en la medida en que ha crecido el número y complejidad de las reglas integrantes del derecho positivo estatal. De ahí, que precisamente la sistematicidad sea uno de los rasgos definatorios de los ordenamientos jurídicos más evolucionados, en los que opera como una garantía de la seguridad jurídica. En efecto, la sistematicidad permite un conocimiento, interpretación y consiguiente aplicación del derecho, fundada en criterios precisos y rigurosos, antes que en el arbitrio o en el azar⁷.

Esta idea de orden y regularidad, que irradia del conjunto normativo para proyectarse en sus partes integrantes, es la que permite concebir los derechos y libertades constitucionales como un sistema y, de este modo, abordar su proceso hermenéutico como búsqueda del sistema, o unidad de sentido sistemático, de las normas singulares formuladoras de cada derecho fundamental.

⁶ PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1984, (11.ª ed. 2013); id., «El sistema de los derechos fundamentales», en la obra *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después*, ed. a cargo de Peces-Barba G. y Remiro, M., Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 367 y ss.; id., *La tercera generación de derechos humanos*, Cizur Menor (Navarra), Thomson&Aranzadi, 2006, pp. 163 y ss.

⁷ PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984, (10.ª ed., 2010), pp. 268 ss. y 295 y ss.; id., *Los derechos fundamentales*, cit., pp. 137 y ss.

El Tribunal Constitucional español al igual que las principales jurisdicciones constitucionales de nuestro entorno, ha subrayado este aspecto al recordar que la interpretación del alcance y contenido de los derechos fundamentales «ha de hacerse considerando la Constitución como un todo en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás, es decir, de acuerdo con una interpretación sistemática» (STC 5/1983, FJ 3).

Doctrina corroborada en una decisión posterior en la que, con referencia a un dato clave en la unidad de sentido de los derechos fundamentales –el de su contenido esencial–, indica que tal contenido «puede extraerse en parte de la propia Constitución, interpretada de forma sistemática, dado que la misma es un todo en el que cada precepto adquiere su pleno valor y sentido en relación a los demás» (STC 67/1984, FJ 2).

El reconocimiento explícito, por parte de nuestra más elevada instancia jurisdiccional constitucional, del carácter «sistemático» de nuestra tabla de derechos fundamentales deja abierta la consideración de importantes cuestiones.

En primer término, suscita el tema de la relación entre la idea de sistema constitucional y la noción de ordenamiento jurídico, expresada también en el propio texto de la Constitución. En efecto, la Ley Superior de 1978, a diferencia de los documentos precedentes de nuestra historia constitucional, utiliza literalmente el término «ordenamiento jurídico» en los artículos: 1.1, al enumerar los valores superiores del «ordenamiento jurídico»; 9.1, cuando establece el sometimiento de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y al resto del «ordenamiento jurídico»; 96.1, donde prescribe que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del «ordenamiento interno», y 147.1, al señalar que los Estatutos de las Comunidades Autónomas son parte integrante del «ordenamiento jurídico» estatal.

La alusión explícita de nuestra Constitución al concepto de ordenamiento jurídico no puede considerarse como una figura retórica o un dato casual, sino que responde a las exigencias de funcionamiento del derecho en una sociedad técnicamente avanzada. La Constitución española, como norma suprema de un Estado de derecho desarrollado, al apelar a la noción de ordenamiento jurídico no hace sino reconocer que el conjunto de reglas que integran su Derecho positivo objetivo responde a los principios básicos de: unidad, plenitud y coherencia.

a) *Unidad*, en cuanto que su estructura constituye un todo único, claramente delimitado y específico, cuyas características informan y se manifiestan en cada uno de los elementos que lo integran: las normas se definen a partir de su pertenencia al ordenamiento jurídico, no el ordenamiento en función de las distintas normas singulares que lo componen. Ello conduce a postular que todo ordenamiento jurídico posee una norma o regla fundamental que lo identifica, y que orienta y dirige la interpretación y aplicación de las normas singulares que lo integran. En nuestro ordenamiento jurídico la Constitución asume el

papel de norma fundamental y en su seno aparecen como la cúspide de la estructura jerárquica del sistema el conjunto de los valores, principios y derechos fundamentales, a tenor de cuanto se desprende de los artículos 1. 1 y 10. 1, del propio texto constitucional.

b) *Plenitud*, ya que todo ordenamiento jurídico aspira a ser una estructura completa, en el sentido de ser autosuficiente para regular todos los supuestos que se susciten en su seno, siempre que posean relevancia jurídica. El estatuto constitucional de los derechos fundamentales se presenta como un sistema pleno, en cuanto que pretende responder a todas las exigencias o necesidades básicas personales y colectivas de nuestra coyuntura histórica. Esa vocación de plenitud se manifiesta en cláusulas tales como la postulada en el artículo 10.1, donde se alude al pleno desarrollo de la personalidad, en la que la jurisprudencia y doctrina germanas (a través de *la freie Entfaltung der Persönlichkeit* reconocida en el art. 2.1 de la *Grundgesetz*) han visto una cláusula de garantía del sistema de los derechos fundamentales, que posibilita su adaptación a los fluctuantes valores y necesidades que emergen de la consciencia social.

c) *Coherencia*, esto es, la tendencia de todo ordenamiento jurídico a conformarse como un todo ordenado: un conjunto de elementos entre los que se da un orden sistemático. Si la unidad del ordenamiento jurídico se dirige a definir sus señas de identidad, y la plenitud a evitar las posibles lagunas de su estructura, la coherencia se orienta a eliminar las antinomias o contradicciones que pueden surgir en su seno. Por ello, el sistema constitucional de los derechos fundamentales, en cuanto supone la suprema expresión del orden axiológico de la comunidad, proyecta su unidad de sentido al resto del sistema normativo, siendo el postulado-guía hermenéutico de todo el ordenamiento jurídico y político, al tiempo que religa la constitución formal con la constitución material.

En estos últimos años, se ha producido una tendencia orientada a matizar el sentido de estas notas constitutivas del ordenamiento jurídico y el consiguiente desplazamiento de las mismas hacia nuevas categorías, que expresan los nuevos rumbos de la dimensión sistemática de los derechos fundamentales. Conviene apuntar aquí, por su actualidad y como anticipo a proyecciones futuras, una breve referencia a ese fenómeno.

2.1. Desde la unidad al pluralismo

Uno de los signos más relevantes de la coyuntura presente de los sistemas normativos y de derechos fundamentales en el constitucionalismo democrático, ha sido el desplazamiento de su centro de gravedad desde el postulado de su carácter unitario al de su significado pluralista.

Es probable que haya sido Peter Häberle el constitucionalista más atento a captar y expresar esa nueva condición del sistema de las liberta-

des. Esta multiplicidad de centros de irradiación jurídica, en las sociedades multiculturales y abiertas de nuestro tiempo, se traduce en un pluralismo jurídico como signo del derecho y de los derechos en el presente.

En su obra *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, define certeramente los elementos conformadores de esa instancia pluralista hacia la que ahora se orienta el sistema jurídico y de los derechos fundamentales, así como su consiguiente interpretación. El modelo de pluralismo que postula Häberle se manifiesta como: multiplicidad de ideas e intereses, o viceversa, en el seno de una determinada comunidad política, dentro de los parámetros del *aquí y ahora*. Esta multiplicidad de facetas, se traduce en una pluralidad de instancias creadoras de normas y se nutre de todo un amplio abanico de procedimientos formalmente bien diferenciados y con diferentes grados respecto de su efectividad. Ese conjunto de ideas hace referencia a supuestos fácticos y a valores, concretándose en situaciones de consenso o de conflicto en el seno de las sociedades democráticas. La tensión dialéctica permanente en la que se desenvuelven estos fenómenos e ideas, conduce a determinadas alternativas. El pluralismo implica básicamente la «apertura» del sistema constitucional: «sus teorías y doctrinas, sus interpretaciones e intérpretes –sobre todo a nivel de derechos fundamentales–, y su inherente dogmática jurídica, junto con su posterior desarrollo y progresos»⁸.

Los ordenamientos jurídicos y, en especial su sistema de fuentes, se han visto directamente afectados por el fenómeno del pluralismo. La superación del ámbito de referencia estatal, producto del nuevo orden de relaciones internacionales, se ha traducido en fuentes que expresan una *supra estatalidad normativa*. Pero, el desplazamiento del centro de gravedad en el proceso de determinación de las fuentes jurídicas no solo se ha producido por la aparición de poderes normativos superiores al Estado. De forma paralela, se ha producido una ampliación de competencias normativas por parte de los entes sociales intermedios, situados entre el ciudadano y el poder estatal. Hoy se asiste a un fenómeno de *infra estatalidad normativa* manifestado en el pluralismo de determinación de fuentes jurídicas. Para aludir a esa situación he utilizado la metáfora hidráulica del «Desbordamiento de las fuentes del derecho»⁹.

El pluralismo jurídico se ha visto también potenciado por las repercusiones en el derecho del fenómeno de la globalización. Parafraseando

⁸ HÄBERLE, P., *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, ed. a cargo de E. Mikunda, Madrid, Tecnos, 2002, p. 103; id., *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, trad., cast, de E. Mikunda, Madrid, Tecnos, 2000. En la doctrina española, cfr., la obra colectiva a cargo de Belloso Martín, N. y De Julios Campuzano, A., *El retorno a la sociedad civil. Democracia, ciudadanía y pluralismo en el siglo XXI*, Oñati, Instituto Internacional de Sociología Jurídica, & Dykinson, 2011.

⁹ PÉREZ LUÑO, A. E., *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, cit., pp. 76 y ss.

el título del libro de José Ortega y Gasset, *El tema de nuestro tiempo*¹⁰, podríamos decir que la globalización constituye hoy «el tema de nuestro tiempo», y también «el tema de nuestro espacio», puesto que habitamos en un mundo global.

En su interesante obra *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Francesco Galgano afirma que la sociedad global es una *societas cum iure et sine lege*. Se trata de una sociedad que posee normas, pero en la que sitúa «il contrato al posto della legge»¹¹. La ley estatal ha sido desplazada, en la sociedad global, por normas paccionadas y por usos consuetudinarios, que constituyen una de las más significativas manifestaciones de la globalización jurídica: *la lex mercatoria*. El propio Galgano, autor de una relevante monografía sobre la materia¹², aclara que el término «*lex*» no evoca en esta denominación a la fuente jurídica procedente del Estado, sino al conjunto de reglas reguladoras de las transacciones financieras y comerciales debidas a los propios agentes mercantiles.

El nuevo derecho de la sociedad global y, en particular, la *lex mercatoria* se diferencian del derecho tradicional por:

a) Su *creación*, el derecho de ayer procedía, básicamente del Estado, mientras que el nuevo derecho, es creación de agencias e instituciones financieras, de sociedades y corporaciones multinacionales, que personifican a los «mercaderes» de nuestro tiempo. No obstante, se ha advertido, que esta *lex mercatoria* no ha sido elaborada directamente por los nuevos mercaderes, sino que ha sido el producto de la ingeniería jurídica de las *Law Firms* internacionales de abogados, que actúan como empresas productoras de reglas jurídicas adecuadas a los intercambios y operaciones financieras de las empresas en el mercado global¹³. Pero esta observación invita a plantear dudas sobre la naturaleza consuetudinaria de la *Lex mercatoria*, que parece mas bien fruto de un *Juristen Recht*, es decir, que se trata de una manifestación de doctrina científica.

b) Su *ámbito*, que no se halla circunscrito o localizado en el espacio territorial estatal. El signo de la era global es precisamente la

¹⁰ ORTEGA Y GASSET, J., *El tema de nuestro tiempo*, en *Obras Completas*, Madrid, Alianza Editorial & Revista de Occidente, 1983, vol., 3, pp. 143 y ss.

¹¹ GALGANO, F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2005, p.93. Vid., también, los trabajos de: De Julios Campuzano, A., *La transición paradigmática de la Teoría Jurídica. El Derecho ante la globalización*, Madrid, Dykinson, 2009. id., *La globalización ilustrada*, Madrid, Universidad Carlos III & Dykinson, 2003. Domingo, R., *¿Qué es Derecho global?*, Cizur Menor (Navarra), Thomson & Aranzadi, 2008.; Garrido, M. I., *Las Transformaciones del Derecho en la Sociedad Global*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 2010; Perez Luño, A. E., «Globalización y Derecho» en la obra: *El juez y la cultura jurídica contemporánea*. Tomo II, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2009, pp. 93 y ss.; Walters, M., London, *Globalization*, Routledge, 1996.

¹² GALGANO, F., *Lex mercatoria*, Bologna, Il Mulino, 4.^a ed., 2001, pp. 239 y ss.

¹³ A ello se ha referido, LOPEZ LOPEZ, A., «Hic sut leones. La nueva dimensión jurídica en la era de la globalización», en curso de publicación en *Crónica Jurídica Hispalense*. Revista de la Facultad de Derecho, cuyo texto a la amable deferencia de su Autor.

«deslocalización», es decir, la superación de las fronteras nacionales, para quienes son actores y para la regulación normativa de la *lex mercatoria*. Con frecuencia, para aludir a la morfología del derecho global, se propone, en nuestro tiempo, una nueva imagen. En la etapa anterior, los mapas políticos permitían distinguir, con diferentes colores, a los distintos espacios políticos coincidentes con espacios jurídicos. Hoy, en cambio, el derecho global halla mejor representación en los mapas físicos, en los que los fenómenos geográficos (cadenas montañosas, cauces fluviales, costas marítimas...) y los fenómenos atmosféricos trascienden a las fronteras nacionales; al igual que ocurre con los nuevos fenómenos jurídicos de la sociedad global.

c) Su *estructura normativa*, en la que la coacción ya no aparece, tal como ocurría en el derecho del pasado, como un rasgo constitutivo de la ley estatal, con el que se quería garantizar su inexorable cumplimiento. La *lex mercatoria*, por el contrario hace depender su cumplimiento de la adhesión voluntaria y otros medios de aplicación diferentes de la coacción estatal. Por ello, se designa a este nuevo derecho como una versión blanda «*soft law*» y «difusa» de juridicidad.

Esta observación no implica desconocer que, para quienes realizan transacciones al amparo de la *lex mercatoria* su eficacia normativa sea, casi siempre, mayor que la de los preceptos del Código de comercio. Los «nuevos mercaderes» se sienten, por tanto, obligados a cumplir esas prescripciones que emanan de dicha *lex*. No obstante, la coactividad que garantiza el cumplimiento de esas normas de derecho global, es una coactividad imprecisa, indeterminada y difusa, que contrasta con la tipificación precisa con la que la ley estatal establece la coacción.

La globalización, cuyas consecuencias suscitan crecientes actitudes de recelo y de crítica, nos sitúa, según se infiere de un interesante análisis de Francisco Laporta ante una paradoja insoslayable: los problemas jurídicos que se derivan de la globalización en el orden internacional son «fuertes» mientras que las reglas jurídicas previstas para resolver esas cuestiones son «blandas». Laporta reivindica la función del imperio de la ley, que entraña un Derecho «fuerte» (*hard law*), basado en la exigencia de un consenso internacional, fundado en tratados dotados de *ius cogens* para garantizar su efectividad y hace de esos acuerdos un factor básico del orden internacional propio de la sociedad global¹⁴.

De lo expuesto se infiere que no todo lo «nuevo» representado por el derecho global es «bueno». El carácter impreciso, indeterminado, difuso, y «blando» de este nuevo derecho, implica un menoscabo de un valor fundamental del Estado de derecho: la seguridad jurídica.

¹⁴ LAPORTA, F., *El imperio de la Ley, una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 261 y ss. En relación con la problemática de la legislación «Blanda», vid., también, Zapatero, V., *El Arte de Legislar*, Cizur Menor (Navarra), Thonsom & Aranzadi, 2009, pp. 147 y ss.

Además, supone también un déficit de legitimación democrática con respecto a las normas legales promulgadas por los Estados de derecho. En ellos, la ley es creada por los Parlamentos integrados por los representantes de la soberanía popular, mientras que la *lex mercatoria* es el producto de los acuerdos entre agencias, corporaciones y sociedades multinacionales o de *Law Firms*, carentes de cualquier representatividad democrática¹⁵.

En el sistema constitucional de los derechos fundamentales españoles se advierten manifestaciones de esas tendencias contrapuestas representadas por los principios de unidad y pluralismo.

1) De un lado, se desprende de la CE que nuestros derechos fundamentales constituyen un sistema de valores objetivos dotados de una unidad de sentido y que representan la suprema expresión del orden axiológico de nuestra sociedad, así como también de la comunidad internacional a la que pertenecemos. La existencia de esa unidad de sentido es la que explica la razón de ser de la solemne afirmación constitucional de la dignidad de la persona, en el propio quicio del Título I. Una unidad de sentido que, a continuación, se reitera con la exigencia de que los derechos y libertades constitucionales sean interpretados de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU y los tratados y acuerdos internacionales suscritos por España, en materia de derechos fundamentales. Unidad que se refleja también en el reconocimiento constitucional de un contenido esencial de los derechos fundamentales, lo que supone aceptar que éstos poseen un núcleo previo cuya objetividad deberá respetar el propio legislador (estas tesis han hallado amplio eco en la jurisprudencia constitucional, vid., por ejemplo, las SSTC 11/1981; 13/1984; 196/1987; 71/1994...).

2) Pero, junto a esa unidad básica, nuestro orden axiológico constitucional responde a una estructura abierta y dinámica, corolario del pluralismo político, consagrado también en nuestra Ley de leyes como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico. Nuestro estatuto de derechos y libertades se halla, de este modo, fundado en un orden político pluralista, acorde con una sociedad abierta. Esta estructura pluralista es la que legitima a los representantes parlamentarios para una concreción y desarrollo legislativo de los derechos fundamentales, acorde con las aspiraciones sociales expresadas por las mayorías. De igual modo, el propio proceso hermenéutico constitucional actúa como un cauce abierto a las distintas exigencias y alternativas prácticas, es decir, como una instancia crítica capaz de «ponderar los bienes», a fin de resolver y canalizar los conflictos que puedan darse entre los diversos valores e intereses tutelados por la normativa constitucional (vid., sobre ello, las SSTC 101/1983; 32/1985; 163/1991; 30/1993...).

¹⁵ Cfr., LOPEZ LOPEZ, A., «Hic sunt leones. La nueva dimensión jurídica en la era de la globalización», *op. cit.*,

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional ha tendido a conjugar, a través del equilibrio y la ponderación interpretativa, los postulados de la unidad y pluralismo en nuestro sistema constitucional de los derechos fundamentales¹⁶. Una lectura inicial del artículo 139. 1 de la CE, que postula la igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier parte del territorio del Estado, así como del artículo 149. 1, que corrobora esta idea al prescribir la competencia exclusiva del Estado en lo referente a «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales», podría hacer pensar en la existencia de un absoluto monopolio estatal en la fijación del sistema de los derechos fundamentales. Sin embargo, el alcance de este precepto no es el de consagrar un uniformismo en el régimen de todos los derechos y libertades, sino el de establecer la garantía de su ejercicio en unas condiciones básicas de igualdad. Tesis desarrollada explícitamente por nuestro Tribunal Constitucional al poner de manifiesto que la igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier punto del territorio nacional no puede ser entendida «como una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional, se tienen los mismos derechos y obligaciones». Puesto que la potestad legislativa de que las Comunidades Autónomas gozan potencialmente en nuestro ordenamiento tiene una estructura compuesta, «por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional» (STC 184/1981, FJ2). Doctrina corroborada por una decisión posterior en la que, con respecto a la simultánea articulación de la diversidad de estatutos subjetivos con la unidad del ordenamiento, se establece que: «no es, en definitiva, la igualdad de derechos de las Comunidades lo que garantiza el principio de igualdad de derechos de los ciudadanos (...), sino que es la necesidad de garantizar la igualdad en el ejercicio de tales derechos lo que, mediante la fijación de unas comunes condiciones básicas, impone un límite a la diversidad de las posiciones jurídicas de las Comunidades Autónomas» (STC 76/1983 FJ2). Se desprende de todo ello, que los Estatutos de Autonomía pueden establecer el desarrollo del sistema constitucional de los derechos fundamentales que, respetando las condiciones básicas de la igualdad de su ejercicio (en el sentido de evitar cualquier tipo de privilegio, discriminación o arbitrariedad en su desarrollo estatutario), introduzca modalidades que hagan especial hincapié en aquellos derechos que sean de interés prioritario en su

¹⁶ PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., pp. 295 y ss.; Prieto Sanchís, L. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 175 y ss.; Vidal Gil, E. *Los conflictos de derechos en la legislación y en la jurisprudencia españolas. Un análisis de los casos difíciles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 46 y ss.

respectivo ámbito territorial. Esta posibilidad tiene especial relevancia respecto a la fijación del estatuto de los derechos económicos, sociales y culturales, cuya eficacia queda supeditada a la existencia de una infraestructura que posibilite su implantación. Ha sido aleccionadora al respecto la experiencia de la República Federal de Alemania, donde las constituciones de los *Länder* han desarrollado y completado eficazmente el precario estatuto de los derechos sociales contenido en la *Grundgesetz*. Nuestro ordenamiento constitucional permite articular la unidad básica del sistema de los derechos fundamentales, con el pluralismo de su desarrollo y perfeccionamiento a través de los Estatutos de Autonomía.

2.2. Desde la plenitud a la apertura jurisdiccional

Otro de los signos característicos del nuevo derecho y de los nuevos derechos, con inmediata incidencia en el ordenamiento jurídico y en el estatuto de las libertades, es el de una paulatina relativización del postulado de la plenitud del orden jurídico y su desplazamiento hacia la garantía de una multiplicidad de instancias jurisdiccionales. Con ello, se pretende relativizar el carácter completo del sistema legal, que hoy se considera inalcanzable y sustituirlo por formas pretorianas de respuesta a las demandas y conflictos sociales. El carácter completo y pleno del ordenamiento jurídico era corolario de su condición de sistema único y cerrado. Por eso, cuando hoy se afirma la dimensión plural y abierta del ordenamiento, necesariamente se cuestiona el rasgo de su plenitud.

En la nueva coyuntura, en la que el ordenamiento jurídico estatal se halla trascendido por otras instancias normativas, aludir a la inexistencia de lagunas en su seno ha perdido gran parte del significado que pudo tener en el periodo histórico anterior como garantía de la seguridad jurídica de los ciudadanos¹⁷.

En la coyuntura presente se hace especial hincapié en la apertura al procedimiento jurisdiccional, más que a la plenitud del ordenamiento jurídico, como garantía de la tutela de las libertades. Esa tendencia ha hallado eco doctrinal en la obra colectiva, *Critical Legal Thought*, que vino a ser para los años 90 lo que en la década de los 70 supuso el Congreso de Catania sobre el *Uso Alternativo del Derecho*. En su contribución a dicha obra, Rudolf Wiethölter ha definido la tarea a cumplir en los años inmediatos por la teoría crítica del derecho, como la «Proceduralización» de las categorías jurídicas¹⁸. Esa tarea ha sido

¹⁷ PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991, (2.ª ed.1994). pp. 30 ss y 78 y ss.; id., «La seguridad jurídica y sus paradoja actuales», en *Teoría & Derecho*, 2012, n.º 12, pp.124 y ss.

¹⁸ WIETHÖLTER, R., «Proceduralization of the Category of Law», en el vol. col. *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, a cargo de Joerges, CH. y Trubek, D. M., Baden-Baden, Nomos, 1989, pp.501 y ss.

concretada, en la propia obra, por Erhard Denninger como un esfuerzo hacia la garantía a través del procedimiento de un equilibrio de posiciones entre los miembros de la sociedad democrática, en las relaciones entre particulares y de éstos con los poderes públicos. Ese *status activus processualis*, que completaría la teoría de los status elaborada por Jellinek, constituye un factor clave de los Estados de Derecho para asegurar el ejercicio pleno de todas las libertades. Este status procesal se concibe como el reconocimiento de cada persona de participar activamente y asumir su propia responsabilidad en los procedimientos que le afectan, así como en las estructuras organizativas. En el plano de los derechos fundamentales, implica reconocer la apertura a la protección jurisdiccional de las libertades, así como acoger formas de participación dinámicas y activas por parte de los interesados en los procedimientos tendentes a la formación de actos jurídicos¹⁹.

Haciéndose eco de esa inquietud, ha reconocido nuestro TC que: «Para la ordenación adecuada del proceso existen impuestos, formas y requisitos procesales que, por afectar al orden público, son de necesaria observancia por su racionalidad y eficacia», pero sin que ello suponga aceptar la validez de obstáculos procesales que «sean producto de un innecesario formalismo y que no se compaginan con el derecho a la justicia». (STC, 95/1983, FJ.5. Vid. también en sentido análogo las SSTC, 3/1983, FJ 1; 19/1983, FJ 4; 65/1983, FJ 4). Todavía reviste mayor interés, desde el punto de vista del reconocimiento por nuestra jurisprudencia constitucional del derecho a la jurisdicción, cuanto se afirma en la decisión que proclama: «el artículo 24.1 CE reconoce a todas las personas el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos». El TC entiende que el contenido básico de tal derecho «en un orden lógico y cronológico, es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y, como ha declarado este Tribunal Constitucional, poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas» (STC 220/1993, FJ2; vid., también las SSTC 115/1984; 15/1985; 34/1989; 164/1991; 192/1992; 28/1993 y 101/1993).

En lo que respecta a la tensión entre plenitud y apertura jurisdiccional, los enfoques actuales de las libertades deben inclinarse a una postura mediadora. Cabe demandar a los actuales empeños teóricos y prácticos sobre la significación de los derechos fundamentales un esfuerzo de mediación entre las exigencias, hoy prácticamente inalcanzables, de la absoluta plenitud del orden jurídico y un procedimentalismo entendido como respeto a las garantías procesales y apertura a la jurisdicción que son rasgos informadores de las estructuras jurídicas de las instituciones democráticas.

¹⁹ DENNINGER, E., «Government Assistance in the Exercise of Basic Rights» (Procedure and Organization), en el vol. col. *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, op. cit., pp.461 y ss.

2.3. Desde la coherencia a la argumentación

La coherencia, en cuanto ausencia de antinomias o contradicciones normativas, era una condición fácilmente predicable de los ordenamientos jurídicos caracterizados por las notas de la unidad y la plenitud. Cuando esas notas resultan cuestionadas, al haberse erosionado la dimensión unitaria, compacta, cerrada y autosuficiente de los sistemas jurídicos, y su consiguiente decantación hacia el pluralismo, la apertura y la multiplicidad compleja de su estructura normativa, la coherencia ha devenido una condición prácticamente inalcanzable. Por ello, en los ordenamientos jurídicos de los Estados de derecho del presente resulta casi imposible garantizar la inexistencia de antinomias, y se tiende a sustituir esa garantía de seguridad jurídica por la exigencia de un amplio aparato argumentativo tendente a motivar la racionalidad de las posibles contradicciones existentes entre las normas y/o las decisiones judiciales, que son inevitables en ordenamientos abiertos y complejos.

Si se puede considerar a Peter Häberle como el máximo exponente teórico del pluralismo constitucional, con idéntica razón se debe reputar a Robert Alexy como el más cualificado estudioso del papel de la «argumentación iusfundamental». Alexy ha prestado especial atención doctrinal a los procesos actuales tendentes a clarificar la teoría argumentativa en el seno de los procesos rehabilitadores de la racionalidad práctica. En su obra sobre la *Teoría de la argumentación jurídica*, ha llevado a cabo un importante esfuerzo intelectual tendente por sugerir reglas y procedimientos dirigidos a garantizar la racionalidad de la argumentación jurídica. Se pretende evitar, de este modo, que las ineludibles valoraciones del jurista intérprete degeneren en juicios de valor subjetivos y arbitrarios. La referencia a las normas materiales y procesales aplicables al caso, la obligada consideración de los precedentes, así como las pautas orientadoras de la Dogmática jurídica institucionalmente cultivada, constituyen el horizonte en el que se proyecta la racionalidad práctica en el derecho²⁰.

Quizás el mérito principal de la investigación de Alexy resida en su esfuerzo por establecer un acercamiento entre la argumentación jurídica a partir de la racionalidad práctica y el análisis lógico y lingüístico del razonamiento jurídico. Alexy comparte con los teóricos de la argumentación la idea de que la racionalidad jurídica no puede reducirse a esquemas de la lógica formal, y rechaza que la interpretación del derecho sea un acto de subsunción mecánica, tal como se desprende de la actitud metodológica del positivismo legalista. No obstante, entiende que la racionalidad de la argumentación jurídica no deja de ser una forma de

²⁰ ALEXY, R., *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1978, pp. 32 ss y 263 y ss. Existe trad. cast. de M. Atienza e I. Espejo, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990. Ofrece un completo estudio de las tesis argumentativas en el derecho, Atienza A. *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.

«racionalidad», que debe obedecer a premisas de corrección y rigor. El elemento básico para conseguirlo es el *procedimiento*.

El razonamiento jurídico no responde al azar o a la arbitrariedad, sino a «razones» que actúan como modelos justificativos de la creación, la interpretación y la aplicación de normas. Esas justificaciones no solo se basan en factores *estáticos* (la conformidad de las premisas con el contenido de reglas jurídicas positivas o meta positivas-Derecho natural; o la estricta deducción entre las premisas y sus consecuencias...); sino principalmente en un elemento *dinámico*: el procedimiento argumentativo²¹.

Robert Alexy ha acogido, desarrollado y proyectado a la teoría del derecho y a los derechos fundamentales las tesis sobre el discurso práctico y la teoría consensual de la verdad debidas a Jürgen Habermas. Según Alexy, un discurso práctico es racional cuando satisface las condiciones de una argumentación práctica racional. Cuando estas condiciones se cumplen, el resultado del discurso es correcto. La teoría del discurso es, por tanto, una teoría procedimental de la corrección práctica. Las condiciones que garantizan la racionalidad del procedimiento del discurso son resumidas por Alexy en un sistema de reglas que guían la actividad de la racionalidad práctica. Estas reglas responden a una doble exigencia: 1) Las que garantizan la *corrección estructural* de los argumentos y que imponen, entre otras cosas, su no contradicción, la claridad lingüístico-conceptual, la veracidad de las premisas empíricas utilizadas, la exhaustividad deductiva de los argumentos, la consideración de las consecuencias, la valoración comparativa de los argumentos...; 2) Las que garantizan la *imparcialidad del procedimiento* argumentativo y que hacen referencia al reconocimiento del derecho a participar en el discurso en condiciones de libertad y de igualdad (cualquier persona capaz puede intervenir en el discurso, plantear sus puntos de vista, deseos y necesidades; a ningún dialogante se le puede impedir que ejercite sus facultades reconocidas en las reglas del discurso, mediante una coacción establecida, exterior o interior al discurso)²².

Robert Alexy entiende que la argumentación iusfundamental posee algunas peculiaridades respecto a las demás formas de argumentación jurídica. La fundamentación de los derechos en valores éticos y su vinculación con determinadas concepciones y metas políticas, exige que esta forma de discurso práctico se atenga a reglas procedimentales que avalen su racionalidad. En la tarea de construir una argumentación iusfundamental que responda a exigencias de racionalidad, corresponde un especial protagonismo a los Tribunales Constitucionales. Alexy concluye que para dotar de seguridad a la argumentación iusfundamental: «es razonable la institucionalización de una justicia

²¹ ALEXY, R., *Theorie der juristischen Argumentation*, op. cit., pp. 177 y ss.

²² ALEXY, R., *Theorie der juristischen Argumentation*, op. cit., pp. 213 y ss.

constitucional cuyas decisiones pueden y requieren ser justificadas y criticadas en un discurso iusfundamental racional»²³.

Las tesis de Robert Alexy permiten, a mi entender, inferir una doble consecuencia:

1.^a) Que la teoría de la argumentación jurídica ha supuesto, en cierto modo, un desplazamiento desde la hoy cuestionable coherencia del ordenamiento jurídico, a la coherencia, en términos de racionalidad discursiva, de las decisiones jurisprudenciales referidas al derecho y a los derechos fundamentales.

2.^a) Que la teoría de la argumentación racional de Alexy no es ideológicamente neutral. Los presupuestos del procedimiento discursivo son la libertad y la igualdad, o sea, los valores básicos del Estado de derecho y a su vez, la teoría del consenso obtenido a través de la argumentación racional constituye el fundamento legitimador de la legalidad del Estado de derecho. De este modo se advierte una cierta circularidad en esta concepción argumentativa de las libertades: la argumentación exige la presencia de determinados derechos para garantizar su propia racionalidad e imparcialidad; y los derechos fundamentales requieren de la argumentación para poder ser interpretados y aplicados a las situaciones concretas.

En la jurisprudencia constitucional española, al igual que en la de otros Estados de derecho de nuestro entorno político-cultural, se advierte el preponderante papel que asume la argumentación como garantía de la seguridad jurídica de los ciudadanos²⁴. En el marco de la amplia, casi constante referencia del TC a la fundamentación racional de sus argumentos y en relación con aspectos que inciden en la argumentación jurídica, se pueden distinguir tres postulados básicos:

1.º La argumentación racional se considera como requisito básico para la *tutela efectiva* de los derechos fundamentales. Existe una abundante jurisprudencia en la que expresamente se alude a la motivación, en términos de argumentación racional de las decisiones, como elemento nuclear del derecho constitucional a la tutela efectiva. Así, nuestro máximo intérprete de la Constitución proclama que: «Es doctrina reiterada de este Tribunal Constitucional que la tutela judicial efectiva, consagrada en el artículo 24.1 CE, comprende el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, como garantía máxima –dada la esencia de la función jurisdiccional– frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad en la actuación de los poderes públicos» (STC 131/1990, FJ 1.). Doctrina reiterada, entre otras, en la sentencia que sostiene: «La obligación de motivar las sentencias que el art. 120.3 CE impone a los órganos judiciales, puesta en cone-

²³ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad., cast. de E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 554 y ss.

²⁴ Sobre la actualidad de estos aspectos en la actividad jurisprudencial, vid., De Asís, R., *El juez y la motivación en el derecho*, Madrid, Dykinson, 2005.

xión con el derecho a la tutela judicial protegido por el art. 24.1 de la Constitución –entendido como derecho a una resolución jurídicamente fundada–, conduce a integrar en el contenido de esta garantía constitucional el derecho del justiciable a conocer las razones de las decisiones judiciales y, por tanto, el enlace de las mismas con la ley y el sistema general de fuentes, de la cual son aplicación» (STC 14/1991, FJ 2).

2.º La argumentación judicial se concibe como un ejercicio de *racionalidad* tendente a evitar decisiones *arbitrarias*. Un buen número de sentencias de nuestro TC coinciden en exigir una motivación basada en razonamientos argumentativos de las decisiones judiciales, como medio para evitar resultados contradictorios o ilógicos. Ello implica que los jueces deberán justificar racionalmente sus resoluciones y sentencias. Baste como muestra cuanto el TC expresa en los siguientes párrafos: «Es doctrina reiterada de este Tribunal Constitucional que una aplicación de la legalidad que sea arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no puede considerarse fundada en Derecho y lesiona, por ello, el derecho a la tutela judicial... Así ocurre en los casos en los que... la resolución judicial contiene contradicciones internas o errores lógicos que hacen de ella una resolución manifiestamente irrazonable por contradictoria y, por ello, carente de motivación» (STC 184/1992, FJ 2).

3.º La exigencia de argumentación racional no garantiza el *acierto de la decisión judicial*. El TC advierte que el procedimiento argumentativo contribuye a que las decisiones judiciales se elaboren según pautas de racionalidad formal, pero sin que ello necesariamente entrañe que el resultado de esas inferencias racionales represente la justicia material. Como ejemplo significativo de esta orientación, puede valer cuanto se indica en la siguiente decisión del TC, en la que se sostiene que «el derecho a la tutela judicial reconocido en el artículo 24.1 CE conlleva el derecho a obtener una resolución fundada en derecho en relación a la pretensión formulada ante el Juez competente, el cual debe aplicar de manera motivada las normas jurídicas aplicables y resolver razonadamente la cuestión que se le plantea, pero el artículo 24.1 CE no garantiza el acierto del órgano judicial en cuanto a la solución del caso concreto» (STC 55/1993, FJ 5).

3. CONCLUSIÓN: LA TRANSFORMACIÓN ACTUAL DEL DERECHO Y DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

De cuanto hasta aquí se lleva expuesto, se desprende que la definición de derecho de la que partían estas consideraciones ha experimentado una profunda transformación. El derecho ya no aparece como: «sistema normativo, coactivo, estatal». Porque, junto a la dimensión lógico-sistemática del orden jurídico, se afirma hoy la importancia de sus elementos tópicos-argumentativos. La normatividad ya no es sinóni-

mo de legalidad, porque ahora adquieren protagonismo normativo otras fuentes jurídicas. La coactividad no se perfila con los rasgos precisos con los que venía caracterizada en el derecho estatal, pues aparece, en el presente, bajo formas imprecisas e indeterminadas. Por último, el derecho ha dejado de ser solo una realidad estatal por hallarse inmerso en procesos de supra-estatalidad e infra-estatalidad normativa. De ello, se infiere que, en la coyuntura presente, parezca más acorde con la realidad de las cosas concebir el derecho como: «conjunto de normas de diferente naturaleza, dotadas de una coacción indeterminada y procedente de una pluralidad de entes con potestad de creación normativa».

Estas transformaciones se han reflejado también, en el significado, función y garantía de las libertades, en cuyo sistema, tal como se ha tenido ocasión de comprobar *supra*, las nuevas circunstancias jurídicas propiciadas por el pluralismo, la apertura jurisdiccional y la argumentación, han tenido una profunda e insoslayable repercusión²⁵.

Debo advertir, asimismo, que las consideraciones que anteceden no pretenden propugnar la tesis de la superación de la unidad, plenitud y coherencia de los sistemas jurídicos. Sin una proporción adecuada de tales postulados, un ordenamiento jurídico sería impensable. Pero, con el mismo énfasis con el que se reitera la importancia de esos ingredientes básicos de los ordenamientos normativos, se debe admitir la erosión de las categorías teóricas con que fueron elaborados por el positivismo jurídico formalista.

Los desplazamientos de estos postulados hacia nuevas exigencias y pautas funcionales de los sistemas jurídicos, si no significan su abolición, entrañan transformaciones y cambios de incuestionable calado en su significación y alcance. El positivismo jurídico formalista, en particular su formulación más acabada e influyente, o sea, la teoría pura del derecho de Hans Kelsen, ha sido incapaz de hacerse cargo y de explicar adecuadamente esa metamorfosis. De ello, se desprende la profunda crisis que aqueja a esa versión de la ciencia jurídica y la consiguiente aparición de una multiplicidad de teorías «postpositivistas», que, en muchos casos, implican la abierta negación de los postulados-guía de teoría pura y la admisión encubierta de determinados presupuestos metodológicos y teóricos muy próximos a concepciones iusnaturalistas²⁶.

La unidad, coherencia y plenitud del orden jurídico respondían a una concepción jerárquica de su estructura y funcionamiento. La idea kelseniana de la «norma fundamental» (*Grundnorm*), evocaba la imagen de una norma suprema y que, por ser la primera, no tenía por encima otra

²⁵ Entre la amplísima bibliografía sobre la nueva significación, los nuevos derechos y la teoría generacional de los mismos, vid.,: PÉREZ LUÑO, A. E., *La tercera generación de derechos humanos*, Cizur Menor (Navarra), Thomson & Aranzadi, 2006; id., *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, Madrid, Universitas, 2012; id. (ed.), *Nuevas Tecnologías y Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo blanch, 2014; Rodríguez Palop, M. E. *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Dykinson, Madrid, 2.ª ed., 2010.

²⁶ PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 58 y ss.

norma superior o previa. Este rango primero o último, según se quiera entender, imprimía a todo el ordenamiento una estricta conformación jerarquizada, en la que a tenor de la célebre teoría kelseniana de la formación del orden jurídico por grados o peldaños (*Stufenbau der Rechtsordnung*), la validez de cada norma se hacía depender de su estricta vinculación y origen en una norma inmediatamente superior²⁷.

En la parte dedicada por Hans Kelsen, en la segunda edición de su *Reine Rechtslehre*, a la «dinámica jurídica» (*Rechtsdynamik*), explicitaba su concepción jerárquica del ordenamiento normativo. La construcción por grados o peldaños del sistema jurídico, implica una idea jerárquica del orden normativo en la que cada norma se apoya en otra y sirve, a su vez, de apoyo a otras hasta llegar a la cúspide de esa estructura escalonada donde se halla la norma fundamental (*Grundnorm*). A tenor de la teoría kelseniana, de cada dos normas pertenecientes a un ordenamiento jurídico se puede decir que la superior precede a la inferior, la cual es la siguiente o consecuente. En dicho orden jerárquico se precisa una norma que no tenga precedente, ni principio y esa norma es, precisamente, la *Grundnorm*. Todas las restantes normas del ordenamiento son consecuencia de ella y, al propio tiempo, de la validez de esa norma fundamental se deriva la de las normas que le están subordinadas²⁸.

La dinámica jurídica se estructura, según Kelsen, como un todo ordenado, es decir, como un sistema cuyos elementos integrantes o normas forman un conjunto jerarquizado en función de un principio básico que es la norma fundamental. En su obra póstuma *Allgemeine Theorie der Normen*, Hans Kelsen, al explicar la problemática lógica del fundamento de la validez jurídica (*Logische Probleme der Geltungsbegründung*), señala que el orden sistemático del derecho se estructura a partir de la validez, entendida como pertenencia al sistema. Lo que significa que cada una de las normas singulares exhibe la cualidad de la validez como rasgo distintivo de su integración y pertenencia al ordenamiento jurídico. En función del principio de validez, las normas que conforman los sistemas jurídicos, quedan ordenadas de forma que las inferiores se fundan en las superiores, hasta llegar a

²⁷ Cfr.: DELGADO PINTO, J., «El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico» en *Estudios en honor del Profesor José Corts Grau*, Valencia, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de 1977, vol., I, pp. 175 y ss.; id., «Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas», en *Doxa*, 1990, vol. 7., pp. 101ss.; GARCÍA AMADO, J. A., HANS KELSEN y la norma fundamental, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 56 y ss.; PÉREZ LUÑO, A. E., *Trayectorias Contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, Madrid, Tébar, 5.ª ed., 2007, pp. 37 y ss. y 189 y ss.; id., «Abschied von Hans Kelsen? La metamorfosis actual de los sistemas jurídicos y su impacto en la teoría pura del derecho», en *La Filosofía del Derecho en perspectiva histórica*, Sevilla, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2009, pp. 361 y ss.; id., *Kelsen y Ortega. Positivism jurídico y raciovitalismo en la cultura jurídica actual*, Presentación de L. Cervantes, Liminar de D. García Belaunde, Estudio Preliminar y ed. a cargo J. F. Palomino Manchego, Lima, Cuadernos del Rectorado de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2009, pp. 46 y ss.

²⁸ KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, op. cit., pp. 198 y ss.

la norma fundamental. Esta concatenación normativa se concreta, en definitiva, en que la validez de las normas inferiores es inconcebible sin la validez de las superiores y, en última instancia, sin la fuente de toda validez del ordenamiento que es la que fluye de la *Grundnorm*²⁹.

De no existir un fundamento último o un término en la concatenación normativa, todo el sistema quedaría vacío de validez. En la concepción kelseniana del ordenamiento jurídico, la *Grundnorm* desempeña esa función de principio de validez, del que ésta fluye e informa a todas las restantes normas integradoras del sistema; se trata del principio que va a determinar que todas ellas sean válidas.

La «nomodinámica» kelseniana implicaba, en definitiva, una visión jerarquizada del ordenamiento jurídico, que permitía explicar y conjugar sus tres notas o postulados básicos. La *unidad*, en cuanto que tal ordenamiento se concebía como una entidad indivisa, compacta y entera, cuyo rasgo constitutivo identitario (validez) se transmite a cuantos elementos singulares (normas) la integran. La *plenitud*, en cuanto que esa estructura sistemática en que el ordenamiento consiste aparecía como un todo completo y cerrado, que no admitía fisuras, hiatos o vacíos, es decir, lagunas en el seno de ese conjunto normativo. La *coherencia*, a su vez, era también corolario de esa totalidad normativa jerarquizada e imbricada, cuya sistematicidad resultaba inconciliable con cualquier tipo de contradicciones o incompatibilidades (antinomias).

En el interesante intercambio epistolar mantenido por Hans Kelsen con Ulrich Klug, entre los años 1959 a 1965, sobre los aspectos lógico-formales y sistemáticos de la teoría pura del derecho, se explicitan y desarrollan algunos de los aspectos aquí apuntados, en relación con la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico y sus consecuencias en orden a la validez normativa³⁰.

Esta explicación teórica del ordenamiento jurídico constituyó la expresión formal más brillante, acabada e influyente del positivismo jurídico, en la medida en que, en las décadas anteriores, era un marco explicativo adecuado para reflejar la estructura y funcionamiento de los sistemas jurídico-positivos vigentes. Como quiera que las notas básicas conformadoras de los sistemas jurídicos del presente han sufrido una profunda metamorfosis, cuyos aspectos principales en el ámbito del sistema jurídico y de los derechos fundamentales han sido objeto de las reflexiones que anteceden, se plantea ahora la cuestión insoslayable de la aptitud de la teoría pura del derecho para dar cuenta de esas mutaciones.

La morfología del ordenamiento jurídico, inferida de la concepción kelseniana, evocaba la imagen de una pirámide o estructura pira-

²⁹ KELSEN, H., *Allgemeine Theorie der Normen*, ed. a cargo de K. Ringhofer y R. Walter, Wien, Manzsche Verlag-und Universitätsbuchhandlung, 1979, pp. 203 y ss.; *vid.*, cuanto expone el propio Kelsen en su *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 196 y ss. y 228 y ss.

³⁰ KELSEN, H.-KLUK U., *Rechnormen und logische Analyse. Ein Briefwechsel 1959 bis 1965*, Wien, Franz Deuticke, 1981.

midal, cuyo vértice venía constituido por la *Grundnorm*. Frente a esa representación, el actual significado de los sistemas jurídicos reclama una simbolización que se aproxima más a una *bóveda* que a una *pirámide*. Esa estructura abovedada implica la confluencia, involucro o interacción de un conjunto de arcos o cubiertas esféricas, que cierran el espacio comprendido entre muros o columnas. Los actuales desplazamientos desde la unidad al pluralismo, desde la plenitud a la apertura jurisdiccional y desde la coherencia a la argumentación, a cuyo análisis se ha atendido *supra*, en la esfera del sistema de libertades, inducen y avalan ese nuevo enfoque.

El jurista de la hora presente, habituado a la circunferencia del horizonte explicativo tradicional conformado por la teoría pura del derecho, no acierta ahora a encajar en esa perspectiva del positivismo jurídico el nuevo significado de los ordenamientos normativos. Si hasta el presente la teoría jurídica iuspositivista había padecido un exceso de concentración en un punto de gravitación único y jerárquico (*Grundnorm*), hacia el cual se hacían converger todos los procesos normativos, a partir del presente deberá acomodar su óptica de enfoque hacia unos ordenamientos jurídicos policéntricos. Esta nueva perspectiva metodológica para asumir el significado actual de los sistemas jurídicos, denuncia la crisis del iuspositivismo kelseniano. Impone sustituir la imagen piramidal, es decir, jerarquizada del orden normativo, por un horizonte en el que la totalidad del sistema se obtendrá por la intersección de una pluralidad de estructuras normativas, de procedencia heterogénea y que hacinadas formarán un panorama del ordenamiento jurídico bastante parecido a una bóveda.

No huelga advertir, al concluir estas reflexiones, que los riesgos propios de cualquier criterio teórico o metodológico de la ciencia jurídica, se acrecientan cuando se trata de explicar categorías o cuestiones contemporáneas. En este caso, la dificultad de tener que reducir a conceptos la realidad problemática, heterogénea y cambiante de la experiencia jurídica, se ve acrecentada por la necesidad de afrontar unas circunstancias *in fieri*, que se están haciendo y que, en modo alguno, pueden considerarse una experiencia concluida. El filósofo o teórico del derecho que intenta dar cuenta de las transformaciones que se están produciendo en el presente, realiza una forma de *ursprüngliche Geschichte*, en la acepción hegeliana, en la que tiene a su favor el ser, a la vez, cronista y actor de hechos de los que le es dado poseer una vivencia directa o inmediata, pero, como contrapartida, carece de la seguridad que proporciona el distanciamiento. De ahí, que las consideraciones aquí avanzadas sobre la crisis del paradigma iuspositivista, en función de la metamorfosis operada en los sistemas jurídicos actuales y, en el sistema de los derechos fundamentales, ha pretendido solo trazar un marco referencial de orientación de tendencia, más que un esquema rígido, completo y definitivo.

Fecha de recepción: 30/06/2015. Fecha de aceptación: 31/10/2015.

Las transformaciones del derecho: clasicismo y contemporaneidad

The Transformations of Law: Classicism and Contemporaneity

Por LENIO LUIZ STRECK
Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos)

RESUMEN

El texto presenta el dibujo las más representativas transformaciones experimentadas en la teoría del derecho occidental. Así, podemos trazar como objetivo central el análisis del devenir histórico-jurídico a partir de cambios estructurales producidos en las disputas entre los paradigmas jurídicos clásicos hacia la contemporaneidad. El método de abordaje es el hermenéutico-fenomenológico, a fin de replantear el suelo lingüístico que sirvió de asiento a la tradición, de modo que el fenómeno aparezca en su plenitud. Podemos decir que el derecho llega, después de la segunda mitad del siglo xx, de manera distinta, o sea, aportando a su núcleo Constituciones dirigentes comprometidas con las conquistas de la civilización, con el objetivo de que no sean suplantadas por la discrecionalidad u oportunidad de aquellos que detentan poder de decir qué es el derecho.

Palabras clave: *Hermenéutica; derecho y literatura; teoría y historia del derecho; constitucionalismo.*

ABSTRACT

The text retract shortly the transformations that the theory of law has passed along the centuries in the western world. In general lines, we can outline as a main objective the analysis of the historical changes of law since it's structural changes that comes from the disputes between classical law paradigms until contemporaneity. The method of approach is hermeneutic-phenomenological, with the purpose to revolve the linguistic ground where the tradition sits to the phenomenon appears on its fullness. We can say that law arrives, after the second half of the twentieth century, on a different form, namely, bringing in it's core ruling Constitutions compromised with civilization, in order that are not be supplanted by discretion or opportunity of those who hold powe to say what is law.

Key words: Hermeneutic; law and literature; theory and history of law; constitutionalism.

SUMARIO: 1. ELEMENTOS INTRODUCTORIOS.-2. LO CLÁSICO EN DERECHO: MODERNIDAD Y AFIRMACIÓN DE LA SUBJETIVIDAD.-3. LAS TRANSFORMACIONES EN EL DERECHO: EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO.-4. UNA PALABRA FINAL.-5. BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY: 1. INTRODUCTORY ELEMENTS.-2. THE CLASSIC RIGHT: MODERNITY AND ASSERTION OF SUBJECTIVITY.-3. THE CHANGES IN THE LAW: THE CONTEMPORARY CONSTITUTIONALISM.-4. A LAST WORD. 5. REFERENCES.

1. ELEMENTOS INTRODUCTORIOS

Antes de pasar a desarrollar el tema objeto de esta conferencia, me gustaría establecer algunos puntos de partida, presupuestos teóricos –por así decirlo– necesarios para la adecuada comprensión del abordaje que pretendo realizar.

Es así necesario proceder a un ajuste semántico del término «clasicismo», presente en el título de mi conferencia. A este respecto, la expresión «clásico» –en el ámbito de la filosofía, de las letras y de las artes– se encuentra habitualmente asociada a la cultura de los antiguos griegos y romanos. Más en concreto, por lo que concierne al Derecho, el clasicismo se referiría a las configuraciones y coordinadas asumidas por lo jurídico en el contexto de la antigüedad grecolatina. En este marco, y ahora ya en términos filosóficos, es posible afirmar que el carácter identificador de dicho período se hallaría basado en algo que bien puede denominarse como una *visión objetiva de mundo*; es decir,

todo el problema del conocimiento se encontraría presidido por un objetivismo naturalista. Este elemento todavía prevalecerá, en cierto modo, durante el período medieval –al menos en lo que se refiere a la filosofía «oficial» de la iglesia católica, exceptuando, evidentemente, los movimientos nominalistas– y solo tendrá su definitivo golpe de gracia con la llegada de la modernidad cartesiana y la proclamación del imperio de la subjetividad.

Por otra parte, lo «clásico» también se puede predicarse de obras, acontecimientos o instituciones que, por su singularidad y originalidad, resultan indiferentes al transcurso del tiempo, lo trascienden, y asumiendo un aire de perennidad, forman el bagaje de generaciones de lectores, cultivadores, seguidores, etc. Con Ítalo Calvino, podemos decir, que *un clásico es una obra que nunca ha terminado de decir lo que tenía para decir, porque trata de temas que siempre consternan al ser humano*. Es de ese modo que un *Don Quijote*, por ejemplo, puede ser mencionado como un libro clásico, una vez que nos afecta de forma decisiva aún en nuestro mundo contemporáneo. En efecto, aunque escrito en una época cuyas configuraciones culturales eran sensiblemente diferentes de aquellas que predominan en nuestro contexto actual, muchos de los temas y cuestiones que se proyectan del texto de Cervantes nos parecen extremadamente actuales y vigentes y, muy probablemente, así lo seguirá siendo dentro de cincuenta, cien años o más...

Mi abordaje, aquí, buscará ajustarse a esta segunda posibilidad de sentido de «clasicismo». En ese contexto, mi exposición tendrá por base la siguiente pregunta: en términos jurídicos, ¿qué es lo que, proveniente de otros tiempos históricos, aún nos afecta y de alguna forma está presente en nuestro cotidiano contemporáneo? En este caso, la respuesta pasa, necesariamente, por la explotación de los elementos que componen el fundamento de lo jurídico en la modernidad. Es seguro que, como occidentales que somos, nuestras nociones sobre el Derecho emergen de un caldo de cultivo que involucra –como bien lo recuerda el ensayista brasileño J. H. Dacanal– factores derivados de la Hélade, de Roma, y de la tradición judaico-cristiana. Sin embargo, en la modernidad se ha creado una cantidad expresiva de instituciones que, sin paralelo en la historia, han establecido el rumbo de orientación del Derecho hasta los días actuales. Derecho subjetivo, Estado, ciudadanía, etc. son términos que denotan algo nuevo o, si anteriormente existente, completamente renovado a partir de la modernidad.

Por eso, para hablar sobre *clasicismo*, no me referiré directamente a la cultura grecorromana, si bien colocaré como punto de partida el análisis de aquello que ha sido edificado como una especie de santísima trinidad de la modernidad jurídica: el Estado, el derecho subjetivo (posteriormente, derechos fundamentales), y la Democracia. Entiendo que, a partir de esos tres elementos, es posible desplegar las principales transformaciones entre lo «clásico» y lo «contemporáneo» cuando se trata de Derecho. Antes, sin embargo, será necesario detener la mirada en el principal elemento de la modernidad y gran responsable

de trazado jurídico-arquitectónico por el que resultan las instituciones mencionadas en el párrafo anterior; o sea, la subjetividad.

La subjetividad nace, propiamente, con el *cogito* cartesiano (aunque sea justo decir, con Charles Taylor, que ya existía una especie de *proto-cogito* en San Agustín). La revolución de la subjetividad, promovida por Descartes, permite la construcción de un nuevo horizonte para la configuración de los problemas morales y jurídicos: a partir de allí, el mundo objetivo y rígido *del sentido* dado de antemano por estructuras externas al ser humano (naturaleza o Dios) comienza a desmoronarse y el ser humano, por medio de su consciencia, pasa a ser el «constructo *del sentido*.»

Tengo la convicción de que esa revolución es presidida por una bendición mixta: al mismo tiempo que representa una conquista, marca el inicio de un *peso epistémico*, por así llamarlo. Por un lado, es incontestable que el desprendimiento del sujeto con relación a los sentidos que la objetividad naturalista y teológica de la época medieval imponía a los individuos representa una liberación política y del espacio para el desarrollo de potencialidades humanas. Por otro, ese desprendimiento del «mundo objetivo» y la instauración del sentido subjetivo, derivado de la voluntad individual, hace nacer el peso epistémico que es la demarcación de los límites que emergen de ese elemento volitivo que, en algunos casos, parece escapar al control de la Razón y entregarse completamente a las pulsaciones y deseos.

Así, si el legado más grande de la Modernidad es la libertad individual y la «destrucción» de un mundo de representaciones objetivas y deterministas, los retos contemporáneos que presionan los límites de lo jurídico y terminan por producir transformaciones estructurales en la arquitectura jurídica moderna se presentan a partir de la necesidad de establecer puntos de efectiva limitación a las obsesiones voluntaristas y que llevan a la arbitrariedad, sea del Estado, sea del individuo.

Al propio tiempo, otra filosofía cuestionadora de las objetividades y los universalismos clásico-medievales también está a la base de la formación del Estado y de las ideas relacionadas a los derechos (subjetivos) individuales: el nominalismo. Es aquí que Thomas Hobbes asume protagonismo y requiere de un análisis más cuidadoso.

Aclarados esos temas previos, paso ahora a tratar más en detalle los puntos antes mencionados.

2. LO CLÁSICO EN DERECHO: MODERNIDAD Y AFIRMACIÓN DE LA SUBJETIVIDAD

Un punto decisivo para el Derecho es la comprensión del rol asumido por el sujeto en la modernidad. La subjetividad es una construcción moderna. Y, claro, esa transformación paradigmática es de fundamental importancia para los sucesos modernos como el *contrato*

social para la creación del Estado absolutista. Más específicamente: es necesario comprender que la modernidad efectivamente «crea» el sujeto (y el sujeto «crea» la modernidad) y que eso incorpora significativas consecuencias para la teoría del derecho.

Todo eso se puede presentar más claramente si regresamos a aquel que es considerado el «padre de la modernidad». Descartes, por el contexto opresivo y dogmático que el saber escolástico había cristalizado, tuvo la intención de libertar a la filosofía de esa situación indigna. Y lo hizo por medio de la afirmación de la duda. Todos los dogmas y afirmaciones y dogmas de la tradición fueron puestas en duda por el cartesianismo, hasta que esa duda topó con algo que ya no podía ser objeto de duda: mientras se duda no se puede dudar que aquel que duda, existe, y que tiene que existir para poder dudar. En la medida que dudo, *soy*. El *yo* es aquello que no puede ser puesto en duda. De ese modo, antes de la teoría del mundo (ese sí, objeto de duda), debe situarse la teoría del sujeto. De aquí en adelante, la *teoría del conocimiento* es el fundamento de la filosofía que la hace moderna, diferenciándola de la medieval. Sin embargo, lo que Heidegger viene a mostrar es que hay elementos ontológicos de la tradición medieval que perduran en Descartes y, en último extremo, en toda la filosofía moderna.

Eso porque la afirmación de la razón y de una racionalidad absoluta y segura no solo interesaba, como se pretendía por la Iglesia católica, en la medida en que solamente a partir de tal afirmación resultara posible una «prueba» racional de la existencia de Dios. No es casual que todos los racionalistas dogmáticos, y aun después la filosofía crítica de Kant, se ocuparon de ese tema. Eso significa que la pretensión de describir y de aprehender la totalidad desde afuera, que caracterizaba la Metafísica greco-medieval, persistía en la modernidad, habiendo ingresado por las vías del racionalismo dogmático de Descartes, Leibniz, Christian Wolff, Baugartem, etc., con el desplazamiento de esa totalidad para el sujeto racional, *el cogito* de Descartes.

El derecho natural moderno, por tanto, se radica en ese movimiento, que tiene en el *cogito* cartesiano su desencadenamiento. *El yo que pone no se dirige a cualquier cosa previamente dada, sino que se da a sí mismo lo que en ella está.* «Lo que en ella está es *yo* pongo; soy aquel que pone y piensa» (Heidegger: 1992, 107), el Derecho. De ese modo lo afirma Kaufmann, que se postulaba la posibilidad de «establecerse un orden jurídico que, tal como la inmutable razón de los hombres, tendría carácter universal, o sea, sería necesariamente válida para todos los hombres y para todos los tiempos (...) a partir de algunos muy pocos y abstractos principios fundamentales del derecho» (Kaufmann: 2009, 85).

Sin embargo, antes aun de la modernidad, los siglos XIII y XIV ya habían sido ricos en los debates sobre el rol del sujeto (lo que puede ser visto de una forma romanceada en la obra *El nombre de la rosa*, de Umberto Eco). Ya en Guillermo de Ockham hay una genuina revolución

con relación a ese tema, pues el fundamento de la ley es dislocado hacia la decisión voluntaria: el propio sujeto, el *subiectum*, el individuo, se torna legislador. Se trata, en síntesis, del triunfo de la voluntad humana, cuestión que se percibirá en el contrato de Hobbes, donde la voluntad de los hombres (de los individuos) vence a la barbarie.

Ockham inaugura una especie de subjetividad, un poder natural del individuo, que se contrapone individualmente, con su voluntad, en contra aquello que le es dado «en general». Eso solo era posible negando los universales, proponiendo en su lugar que «solamente tienen existencia real los seres individuales». Los universales son apenas nombres que las personas les dan a los objetos de común acuerdo.

El personaje Guillermo de Baskerville, en *El nombre de la rosa*, especifica bien la tesis ockhamiana: «Porque, de hecho, sabemos hoy que son diferentes los nombres que los hombres imponen para designar los conceptos, e iguales para todos son los conceptos, signos de las cosas. Así, es claro que la palabra *nomen* viene de *nomos*, o sea, la ley, ya que justamente los *nomina* son dados por los hombres *ad placitum*, o sea, por libre y colectiva convención» (Eco: 1983, 403). E incluso más, basta recordar el hexámetro con que acaba la obra: *stat rosa pristina nomine, nomina nuda tenemus* (Eco: 1983: 562); *la rosa pristina estña en el nombre, [sólo] tenemos los nombres desnudos*. O sea, la rosa subsiste por su nombre, únicamente, aunque no esté presente ni exista.

Guillermo de Ockham puede ser considerado como defensor de un «mixto de nominalismo y conceptualismo, pues entiende lo universal como un término que corresponde a un concepto por medio del cual nos referimos a esas cualidades o características. Lo universal es, así, referencia de un término y no de una entidad, si bien tampoco es solo una palabra, una vez que existe el correlato mental, el concepto por medio del cual se hace la referencia.

Su posición fue muy influyente en el siglo XIV, dando origen a varios desarrollos por parte de sus seguidores. Es con relación a esa cuestión que debemos comprender la conocida fórmula de la llamada «navaja de Ockham»: *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem; id est*, no debemos multiplicar la existencia de los entes más allá de lo necesario. La cuestión, no obstante, se recuperará posteriormente en la filosofía moderna, prevaleciendo la posición conceptualista (Locke, s. XVIII) sobre nominalista (Hobbes, s. XVII).

Umberto Eco afirma que la solución nominalista puede ser hallada en Hobbes, en *Leviathan*; es decir, una idea puede tener significado universal cuando es retomada, aun en su particularidad, como signo de toda otra serie de ideas semejantes a ella. Pero el problema encuentra su apreciación más rigurosa en John Locke, que podría ser definido como el padre de la semiótica moderna, siquiera por dejar establecida la existencia de esa disciplina y de su identidad y lógica en la conclusión de su *Ensayo sobre el entendimiento humano* (IV, XX) al sostener que las ciencias se dividen en tres especies: la física, como cono-

cimiento de las cosas espirituales y corpóreas; la práctica, como sistema de normas para nuestras acciones; y la semiótica, que es conocimiento de los signos, o sea, de las ideas y de las palabras como instrumentos de otras ciencias. Lo que Locke tiene a la vista con esta conclusión, destaca Eco, se vuelve evidente en el libro III del *Ensayo*, dedicado con especificidad a los problemas lingüísticos, donde, a través de los usos lingüísticos, el filósofo presenta su crítica a la idea de sustancia: las palabras no expresan las cosas, porque las cosas son conocidas por medio de la construcción de ideas complejas a través de la combinación de ideas simples. Las palabras remiten, con respecto a su significado inmediato, a las ideas. Y es por eso que existe una relación arbitraria entre palabras e cosas. El concepto ya no es escolásticamente un reflejo o una imagen de la cosa, es una construcción selectiva; las ideas abstractas no reflejan la esencia individual de la cosa, que nos es desconocida: suministran la esencia nominal. La propia idea, como esencia nominal, ya es signo de la cosa, resumen, elaboración, composición de algunas propiedades, abstracción, que no tiene completamente los atributos y los aspectos de la cosa.

Eco observa (Eco: 2001), además, que, para Locke, a diferencia de lo que ocurrirá con Berkeley y Hume, la esencia nominal como idea abstracta tiene asimismo su dignidad y consistencia mental: pero ya es un producto semiótico. No hay que olvidar que el nominalismo de Hobbes y el conceptualismo de Locke son fundamentales para el tema de filosófico-política relacionado a la emergencia de las tesis contractualistas sobre el Estado. Hay que observar que, en Hobbes, el lenguaje es un instrumento fundamental para la comunicación humana. El pacto, para la formación del Estado, exige comprensión y adhesión, y eso únicamente es posible por medio del lenguaje. La no comprensión exacta del pacto implica en la mala formación del Estado. Con todo, el lenguaje subjetivo de la denominación de las pasiones exige una atención peculiar. Es en la interpretación equivocada y subjetiva que pueden ocurrir los más grandes riesgos de un Estado.

Por lo tanto, Hobbes le asegura al lenguaje una función constitutiva a respecto de las relaciones sociales y políticas. Sin lenguaje no habría entre los hombres ni Estado, ni sociedad, ni contrato, ni paz, tal como no existen entre los leones, los osos y los lobos. Es la filosofía suministrando la estructura teórica a la posibilidad de sostener el origen convencional del Estado y del poder, permitiendo, de esa forma, romper con las tesis metafísico-esencialistas vigentes hasta la Edad Media, y que hasta aquel momento habían suministrado el fundamento al poder.

En las teorías contractualistas se repite lo que ya había ocurrido con la sofística mediante el rompimiento de la posibilidad de la existencia de esencias y verdades inmanentes. Tampoco se puede dejar de registrar que el nominalismo, por su posición de ruptura y enfrentamiento, propicia, no pocas veces, afirmaciones de que la filosofía moderna fue fundamentalmente nominalista. Aunque buena parte de ella pueda ser enmarcada –como dice Ferrater Mora (1979)– en la

amplitud del concepto, en una concepción más estricta no cabe sin embargo encuadrar en esa categoría autores como Spinoza y Husserl.

El propio Locke, señala, fue más conceptualista que nominalista. En contrapartida, filósofos como Hobbes, Condillac y Berkeley fácilmente pueden ser tenidos como nominalistas. En realidad, concluye el autor, es posible hablar de un nominalismo moderado, de un nominalismo exagerado y de un nominalismo absoluto, que guardan en común la idea de que no existen entidades abstractas (ideas universales) y que apenas existen entidades concretas (individuos). Las diferencias surgen cuando se trata de indicar qué función tienen las supuestas entidades abstractas.

Del punto de vista jurídico, la filosofía política de Hobbes representa el momento ejemplar en que el orden jurídico y el Estado se presentan como realidades convergentes. Como lo afirmaba Bobbio (1989), y más contemporáneamente Martin van Creveld (1999), Hobbes puede ser considerado, con buen motivo, el primer teórico del Estado moderno. El detalle más significativo de todo eso indica que el paso del Estado de naturaleza al Estado civil implica, además del paso del no-Estado al Estado, también el de un Estado no jurídico –en el interior del cual no existe un derecho objetivo universalmente válido y políticamente sostenido por una fuerza común– a otro jurídico que, constituido mediante el acto jurídico del pacto de voluntades, y por el que los individuos se asocian y ponen en común los propios bienes y las propias fuerzas atribuyéndolas a un único soberano, se transforma así en la fuente exclusiva del Derecho positivo.

En el ámbito de la filosofía de Hobbes, eso significa que el espacio del Estado de naturaleza en el cual existen derechos subjetivos sostenidos por la fuerza de cada uno, es superado por un elemento público, o político, que impone límites a las voluntades individuales a partir del ejercicio de la fuerza común. Desde el punto de vista empírico, ese tránsito ilustra la superación de la sociedad medieval, caracterizada por un derecho contractual particularista y desigual, que se modificaba según el extracto estamental que se estuviese analizando, hacia un modelo de sociedad moderna, donde existe un derecho único, ya con una proyección de igualdad, y que debe manifestarse como un poder *super partes*.

Un componente polémico –y que divide opiniones cuando se aborda el tema en la obra de Hobbes– se refiere a la posibilidad de algunos de esos derechos subjetivos naturales para resistir la instauración del Estado y, en tal sentido, su capacidad para ser opuestos frente al gobierno. La interpretación predominante, entrañada en las lecturas elaboradas desde el llamado *individualismo posesivo*, termina por atribuir a Hobbes un estatismo absoluto, encubriendo buena parte de la complejidad del pensamiento del autor, principalmente con relación al tema de los derechos naturales –v.g. seguridad, libertad y propiedad– y de la desobediencia civil. De todos modos, es conveniente para cierta historiografía que Hobbes pase para la posteridad como el «padre» del autoritarismo moderno.

Así, es seguro que tales elementos tendrán un tratamiento mejor acabado, desde el punto de vista del liberalismo, con Locke. En este caso, la sociedad natural –espacio de las relaciones familiares y económicas– es sustituida por el Estado en una perspectiva marcada por el pasaje de una sociedad de derecho privado, un derecho imperfecto y sin protección, a una sociedad de derecho público, más perfecto y provisto de protección. Eso porque, en la primera, falta un poder *super partes* capaz de dirimir las controversias de forma *imparcial*, claramente instituido por la segunda. En Locke tenemos claramente la proposición de que algunos de esos derechos subjetivos son llevados por los individuos de la sociedad natural a la civil, y que los mismos representan una esfera inalienable de protección contra los actos comunes y públicos del gobierno.

De la instauración de la subjetividad, con Descartes, a la radicalización de la voluntad en el ámbito de los filósofos nominalistas (que reverbera de alguna forma en Hobbes y en Locke) deviene la construcción de la idea de que los derechos subjetivos naturales –más adelante como derechos fundamentales– actúan de escudos o espacios en los que prevalece la lockeana «sociedad de derecho privado»; garantías de que la «sociedad de derecho público» (vale decir: Estado) que se constituye a partir de la suma de las voluntades individuales, no atropelle a los individuos e incurra en arbitrariedades.

Por lo tanto, existe una correlación entre orden jurídico y Estado. Pero, al mismo tiempo, una reserva especial (que coincide con las dimensiones jurídicas de las libertades) que se mantiene preservada de la acción del público, de la comunidad política (lo que, de algún modo, ya estaba contenido en Hobbes, cuando trató del problema de la «reserva de conciencia»). Se advierte, pues, cierta tensión permanente entre Estado y sociedad civil; entre lo público y lo privado.

Pero ese análisis de aquello que es clásico en la modernidad jurídica no puede estar completo sin un abordaje relativo a J. J. Rousseau. Su obra es esencial para proyectar el horizonte de sentido de la cuestión democrática. Es verdad que el filósofo, referido por muchos como *el ginebrino*, siempre produjo división de opiniones. Nunca alcanzó la unanimidad, principalmente cuando vivo. Durante la revolución francesa llegó a ser elevado a «patrono de la revolución». Influyó, también, en alguna medida, las ideas políticas articuladas y afirmadas en el transcurso de la revolución americana (Berman: 2003, 13-16). Su obra, en ese contexto, está asociada a la defensa radicalizada de la idea de que el titular de la soberanía no es el Príncipe, sino el Pueblo, construyendo las bases de una concepción republicana que será desarrollada por el derecho político moderno (Goyard-Fabre: 2002, 179). Por otro lado, los contrarrevolucionarios y la tradición liberal que se formó a partir del siglo XIX, asocian Rousseau al terror revolucionario, al posible totalitarismo presente en su concepción de *volonté générale*, siendo retratado, por lo tanto, como enemigo de la libertad.

Independientemente de las polémicas y discusiones que la obra de Rousseau levante, el hecho es que casi treinta años antes del Abad Sieyès preguntase acerca de *¿quién es el tercer estado?*, el ginebrino ya había afirmado que la naturaleza de la soberanía solo podía derivar del procedimiento según el cual «la multitud, unánimemente, sustituye las voluntades particulares por la voluntad general: la esencia de la soberanía se identifica, entonces, con la voluntad general» (Vetö: 2005, 173-180). El autor de *El Contrato Social* defendía, así, de modo completamente disonante con relación a lo que pregonaban juristas como Grotius y Burlamaqui, que la soberanía tenía como titular al pueblo, que la ejercía en la forma de una *voluntad general*.

Además, en Rousseau se encuentran los orígenes de una fórmula que tendría éxito en el interior de la modernidad política, derivada de la afirmación de que *el gobierno no manda, sino obedece*. En ese sentido, la obra del filósofo terminó por inspirar –y al mismo tiempo señalar algunas pistas– para la superación del que era, entonces, un Estado Jurisdiccional (sociedad de derecho privado) por un Estado Legislativo (sociedad de derecho público); un Estado de Derecho (Fioravanti: 2004, 16).

La posteridad, pues, se ocupó por operar la cristalización de las tesis de Rousseau alrededor de una lógica política según la cual el poder ejercido por el gobierno se halla limitado por la acción resultante de la voluntad general: la legislación. Algo que reverbera, de alguna forma, en la afirmación de Thomas Paine de que un *gobierno es un gobierno de leyes y no de hombres*.

En esos términos, tenemos por tanto el siguiente cuadro representativo del clasicismo jurídico toadavía presente en nuestros días: el Estado como espacio público de constitución del derecho positivo, los Derechos Fundamentales como escudos que protegen al ciudadano de las acciones desmedidas del gobierno, y la Democracia como fórmula política que identifica en la soberanía popular toda la fuente del poder político. Hobbes, Locke y Rousseau, cada uno a su modo, instituyeron los marcos fundamentales de las principales instituciones jurídicas que son el entorno de nuestra vida contemporánea.

3. LAS TRANSFORMACIONES EN EL DERECHO: EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO

Es evidente que la repercusión empírica de esas ideas no ocurrió de la noche al día. Hubo todo un largo proceso histórico, también marcado por luchas de todo tipo que, en varios sentidos, forma la moldura del espacio pragmático que involucra el despliegue de esas instituciones. Si consideramos el período que va de la mitad del siglo XIX hasta la primera mitad del siglo XX, podemos formarnos una buena idea de a que pretendo aludir.

En el contexto novecentista, observamos una exacerbación, en el ámbito del derecho europeo, del nacionalismo y de la afirmación de los Estados Nacionales. En términos teóricos, tenemos las obras de los grandes publicistas de ese período, entre los cuales los más mencionados e influyentes son, seguramente, Carré de Malberg, en Francia, y Georg Jellinek, en Alemania. En líneas generales, como acertadamente señala Maurizio Fioravanti, la obra de esos autores refleja un elemento estatista, especie de paradoja hobbesiana, en el interior de la cual los elementos derechos fundamentales y democracia se presentan como factores secundarios, derivados en verdad de una opción constitutiva del Estado. Vale decir: en términos jurídicos, nada precede al Estado.

En la construcción de Fioravanti, tenemos que:

En la lógica estatista, semejante entidad colectiva –como el pueblo o la nación– no es pensable antes y fuera del Estado: existe porque una autoridad, una *suprema potestad*, lo representa, lo expresa unitariamente. El reino, como síntesis unitaria que trasciende las infinitas articulaciones territoriales y corporativas, existía *solo a* de la persona del monarca; y más tarde, durante la revolución francesa, no faltará la tendencia a concebir al pueblo como síntesis unitaria que trasciende las facciones *solo* por medio de la asamblea representativa. (...) En tal horizonte – da cultura estatalista (expresión nuestra). – la *sociedad* de los individuos políticamente activos se convierte en tal, pueblo o nación, solo a través de *su representación unitaria* por parte del Estado soberano. Poco importa que después, en diversas fases históricas, tal representación sea dada por un monarca autocrático o por una asamblea más o menos democráticamente elegida. Lo que interesa es el hecho de que uno y otro, en la cultura estatalista, no son *el resultado de una construcción contractualista desde abajo*, a partir del poder constituyente atribuido a la sociedad originaria de individuos políticamente activos, sino *la condición absolutamente necesaria* para la existencia de un cuerpo político unitario, que de otro modo sería una mera *multitud* disgregada y políticamente incapaz de expresarse (Fioravanti: 2004, 50).

Y complementa:

En concreto, si todas las libertades se fundan solo y exclusivamente sobre las normas, se debe por fuerza admitir que existe ahora *un solo derecho fundamental, el de ser tratado conforme a las leyes del Estado*. En otras palabras, toda la problemática de las libertades se reduce a la problemática de la *actio*, de las soluciones jurisdiccionales que se pueden invocar en el caso de que alguien lesione un derecho individual fundado sobre la ley. (...) En definitiva, en un sistema político fundado sobre principios de carácter estatalista es difícil que el juez – no importa si ordinario o administrativo – sea completamente libre para tutelar derechos individuales en el momento en el que éstos chocan con las razones de la autori-

dad (...). El Estado, de tal manera que, en plenitud, no puede aparecer como un tercero neutral entre las razones individuales de los particulares y las razones de la autoridad pública de la burocracia del Estado (Fioravanti: 2004, 120).

En esa medida, se advierte que tal tipo de ajuste teórico termina por establecer la ley como marca principal del Estado, como el ámbito de validez de los derechos fundamentales que, a esa altura, quedan tímidamente cualificados como «libertades públicas fundamentales», simples concesiones hechas por la autoridad estatal a la sociedad civil; por otra parte, la tímida «democracia» capaz de constituir bajo sus alas, estaría siempre marcada por el brazo fuerte del Estado y de su discutible sistema jurídico, estructurado por una forma presuntamente infalible de razón deductiva.

Esos elementos serán como la estopa de los movimientos altamente explosivos de las primeras décadas del siglo xx en Europa. Elementos excepcionalmente descriptos en la polaridad instituida por Mario Losano (2006, 2010) donde lo jurídico queda entre la Razón y la Voluntad; entre el sistema para conocer y el sistema para hacer. Los constantes ataques al modelo conceptualista de derecho, primero por el movimiento del derecho libre y, en una perspectiva posterior, un poco más moderada, por la *Jurisprudencia de los Intereses*, reivindicaban cada vez con mayor vehemencia el ajuste metodológico de la ciencia jurídica a las premisas del positivismo sociológico y, en su estela, el cuestionamiento de algunos de los elementos constitutivos de la modernidad jurídica.

Pero esos movimientos, con elevado potencial de combustión, se perdieron enseguida en las sombras que dominaron a Europa durante el período bélico (incluyendo aquí el conturbado período entreguerras).

Las barbaridades sin precedentes que marcaron el período bélico dejaron una marca imborrable en el derecho europeo que, aún hoy, proyecta sus consecuencias. Denomino ese movimiento de Constitucionalismo Contemporáneo.

En efecto, desde la década de 1950, la dogmática jurídica de matriz europea viene sufriendo profundas transformaciones. La más notable de ellas, sin duda, se refiere al redimensionamiento que se operó alrededor del rol desempeñado por la Constitución y por el derecho constitucional en el contexto de la *praxis* político-jurídica cuya opción en las cuestiones generales sobre el poder será radicalmente democrática. Los juristas que desempeñan sus actividades bajo el arco de influencia del derecho europeo han estado siempre involucrados en las llamadas disciplinas dogmáticas en un contexto de autorreferencia, en el interior del cual las prácticas jurídicas de interpretación y aplicación del derecho tenían sus problemas resueltos a partir de criterios y estrategias desarrollados autónomamente por el área del saber en que se estaba trabajando. En esa medida, el derecho privado producía una dogmática particular y, en la misma línea, también lo hacía el derecho

penal. Para nosotros, brasileños, eso es particularmente significativo, influenciados que estamos por el pensamiento jurídico alemán, en los dos campos antes mencionados.

Sin embargo, en el contexto de aquello que ya ha sido nombrado como *neoconstitucionalismo*, pero que, aquí, en los límites de estas reflexiones, preferimos llamar de Constitucionalismo Contemporáneo, ese reduccionismo metodológico que tradicionalmente operó en el contexto de la dogmática jurídica tradicional, pasó a sufrir un rompimiento. Esa modificación estructural se debe a la llegada de un nuevo tipo de experiencia constitucional vivida por Europa continental a partir del final de la Segunda Guerra Mundial. Jorge Miranda (2000, 30-31; Streck: 2004, 216 y 2012: 253-270) indicó ese nuevo modelo de constitucionalismo como un tipo de «revolución» en el ámbito de la teoría del derecho y de la dogmática jurídica, semejante a aquella proporcionada por Copérnico cuando ofreció una alternativa científica al modelo astronómico de Ptolomeo: tal como la Tierra le cedió lugar al sol como centro de nuestro sistema planetario, los Códigos cedieron lugar a las Constituciones como el centro del sistema jurídico. Hablaba, entonces, el profesor portugués de una auténtica «revolución copernicana» del derecho público.

El discurso del maestro portugués atestaba el hecho de que, a partir de la segunda mitad del siglo XX, las Constituciones dejaron atrás la tradicional concepción que les atribuía la estrecha función de realizar la conformación política del Estado, estableciendo un procedimiento para producción legislativa y de los demás actos del Poder público, volviéndose *jurídicamente* vinculante, pasando a prever un rol de derechos fundamentales que determinaban los contenidos de esa misma producción normativa.

Este es un punto absolutamente fundamental en el contexto que aquí estamos tratando: si, en el ámbito de las teorías estatistas, los derechos fundamentales tenían en la ley su ámbito de validez (el espacio de las llamadas «libertades públicas fundamentales»), a partir de ese nuevo contexto los derechos fundamentales se presentan como el ámbito de validez de las leyes. Hay una inversión radical en la lógica que, en términos actuales, aparece mencionada a partir de la doble dimensión de los derechos fundamentales; o sea, al lado de la dimensión subjetiva, que confiere a los individuos posiciones jurídicas protegidas en el campo de la dogmática de los derechos fundamentales, existe igualmente una dimensión objetiva significada en el condicionamiento efectivo del derecho objetivo/positivo por el sistema de derechos fundamentales. No por casualidad, la Ley Fundamental de Bonn establece expresamente (art. 1.3) la vinculación de todos los poderes públicos a los derechos fundamentales.

Vale decir –en la fórmula consagrada por Konrad Hesse–, las Constituciones del Segundo Postguerra, más que simples «hojas de papel», como quería Ferdinand Lassalle, poseen *Fuerza Normativa*, vinculando directamente las relaciones entre sociedad y Estado. Es

decir: la Constitución no es solo norma (Kelsen), como tampoco más que lo que las relaciones reales de poder establecen (Ferdinand Lassalle). Hay un proceso circular de interacción permanente entre el texto abstracto y la realidad concreta que resulta en aquello que podemos nombrar como fuerza normativa de la Constitución.

En un contexto como este, aunque el derecho privado, que –como vimos antes– desde las primeras ideas relativas al Estado se presentaba como un campo autónomo en relación al derecho público, por cubrir el espacio de la libertad de mercado y de las relaciones familiares, está siendo incluido en esa nueva dimensión, asumida por la Constitución y por los derechos fundamentales en aquello que es llamado, más específicamente, *aplicabilidad de los derechos fundamentales en las relaciones privadas*. Esto es, a partir de la constatación de que las ofensas a los derechos fundamentales no son producidas, necesariamente, por el Estado en el ejercicio del Poder Político. Otras esferas del poder, como así se constata en el campo económico, social o familiar, pueden exponer los derechos fundamentales a las conductas ofensivas y, también por eso, merecen protección. En este caso, cabe leer tales fenómenos a partir de lo que el jurista italiano Ricardo Guastini (2007: 49) denomina como *constitución invasora*. En efecto, para explicar su idea el autor rescata la tesis de la constitucionalización del ordenamiento jurídico que, en sus palabras, debe ser entendido como «un proceso de transformación de un ordenamiento al término de cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente «impregnado» por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.»

4. UNA PALABRA FINAL

Todos los movimientos hasta aquí descriptos en amplios rasgos testimonian el hecho de que ese nuevo ambiente que se ha instalado en el derecho europeo desde finales de la segunda guerra y que, posteriormente, se ha expandido hacia parte significativa de la modernidad periférica (principalmente en países de América Latina) promueve una rehabilitación de la ética del Derecho y del Estado, cuyo último baluarte son los derechos fundamentales, expresamente consagrados.

El recorrido realizado aquí representa una demostración de la marcha del «proceso civilizador» (Norbert Elias: 1994, 57-58) que, a resguardo de adversidades, lejos está de agotarse.

Al contrario de cuanto sostienen los defensores de la postmodernidad, sigo creyendo que los elementos determinantes puestos por la modernidad jurídica representan marcos civilizatorios insuperables.

La modernidad nos ha legado una maldición epistemológica, es cierto: la subjetividad, cuando dejada al azar en los ámbitos de poder, principalmente en la Jurisdicción, provoca gigantescos problemas. Actualmente, no faltan voces para alertar que vivimos una *juristocracia*. Sin embargo, no podemos, so pretexto de limpiar la bañera, tirar el niño junto con el agua del baño. El Estado, los Derechos fundamentales y la Democracia siguen siendo los marcos de la juridicidad en la actualidad. Se han producido transformaciones, presentan diferencias, es cierto. Pero éstas se deben más a los aspectos apocalípticos descritos por los posmodernos, que, propiamente, a un agotamiento de su función. Se modificaron como una exigencia del proceso civilizador que, como afirmaba Norbert Elias, está basado en la convicción de que el hombre se civiliza, y que eso constituye un valor positivo.

Creo que es en este contexto donde debemos interpretar a los *nuevos derechos*. Con la superación del paradigma del esquema sujeto-objeto, la intersubjetividad surge como el *locus* de culminación de nuevos derechos. Son, efectivamente, el reconocimiento «del otro». Así, el derecho subjetivo a la memoria y al olvido, el derecho político a la verdad (histórica) [Tribunales de la Memoria/Transición de Dictaduras a Democracias; Leyes de Memoria histórica...], la re-visión de la (tradicional) masculinidad del *sui iuris* [parejas homo, reasignación de sexos (transsexualidad), *Queer Legal Theory*], consecuencias de lo jurídico virtual (internet) –este *Admirable Mundo Líquido* en que todos hemos sumergido nuestra existencia– sobre el todavía –y quizá por no mucho tiempo– derecho analógico [borrado de datos, disponibilidad y acceso (transparencia) a datos personales, o re-visión del «data protección law» (control y exclusión), etc.]. También el derecho relacionado con las nanotecnologías. En añadido, la renovada atención sobre «eventuales» riesgos –no puramente dialécticos o simplemente paradójicas– de pérdida o aniquilación de la subjetividad a través de las “*community*” (comunitarismos). Y, al fin, las vastas “nuevas fronteras” de la identidad subjetiva: como re-visión del “clásico” *genetic law of Mendel* (Biología y Derecho) en los panoramas de Neurociencias y Derecho, Genoma humano y Derecho.

Es, sin duda, en la contemporaneidad de esas transformaciones se está concretando *el nuevo Derecho de los nuevos Derechos*.

BIBLIOGRAFÍA

- BERMAN, HAROLD. *J. Law and Revolution. II: The Impact of yhe Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, Cambridge: Harvard UP, 2009.
- BOBBIO, NORBERTO. *Thomas Hobbes*. Torino: Einaudi, 1989.
- ECO, UMBERTO. *O nome da rosa*. Trad. A. F. Bernardini e H. F. Andrade, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983.
- *A busca da língua Perfeita*. Trad. de Antonio Angonese. Bauru: Edusc, 2001.

- ELIAS, NORBERT. *El proceso de la civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas* [1977]. Trad. de Ramón Gaqría Cotarelo, México: FCE, 1987, 57-58.
- FERRATER MORA, JOSÉ. *Diccionario de Filosofía*, Madrid: Alianza Editorial, 1979. (5 t.).
- FIORAVANTI, MAURIZIO. «Estado y Constitución» en *El Estado Moderno en Europa: instituciones y derecho*. Trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid: Trotta, 2004.
- GOYARD-FABRE, SIMONE. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. Trad. de Irene Paternot, São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GUASTINI, RICCARDO. «La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano». Trad. José María Lujambio, en: Carbonell, Miguel, (ed). *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta, Madrid: Trotta, 2009.
- HEIDEGGER, MARTIN. *Que é uma coisa?* Doutrina de Kant dos princípios transcendentais, Trad. de Carlos Morujão, Lisboa: Edições 70, 1992.
- KAUFMANN, ARTHUR; HASSEMER, WINFRIED (coords.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009 (2.ed.).
- LOSANO, MARIO G. *Os grandes sistemas jurídicos. Introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Trad. de João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fortes, 2006.
- *Sistema e estrutura no Direito: o século XX*. Trad. de Luca Lamberti, São Paulo: Martins Fortes, 2010.
- MARTIN VAN CREVELD. *The Rise and Decline of the State*. Cambridge: Cambridge UP, 1999.
- MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, t. IV.
- STRECK, LENIO L.. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*, Rio de Janeiro: Forense, 2004 (2.ª ed.).
- «A revolução copernicana do direito e a preservação de sua autonomia diante do panprincipiologismo» en: VV. AA. *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Coimbra: Coimbra Editora, v. VI, pp. 253-270.
- VETŐ, MIKLOS. *O Nascimento da Vontade*. Trad. de Álvaro Lorencini, São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

Fecha de recepción: 30/06/2015. Fecha de aceptación: 31/10/2015.

Derechos humanos y discapacidad. De la renovación
del discurso justificatorio al reconocimiento de nuevos
derechos¹

*Human rights and disability. From the renewal of
justificatory discourse to the recognition of new rights*

PATRICIA CUENCA GÓMEZ
Universidad Carlos III de Madrid²

RESUMEN

La reciente incursión de la discapacidad en el discurso de los derechos humanos posee algunas implicaciones de gran alcance que se proyectan tanto en el plano de la justificación, exigiendo la renovación de algunos de sus referentes básicos, como en la estrategia de reconocimiento de derechos, planteándose novedosas demandas morales susceptibles de ser consideradas nuevos derechos.

Palabras clave: *discapacidad, dignidad, capacidad, autonomía, igualdad, nuevos derechos.*

ABSTRACT

The recent incursion of disability in the human rights discourse has some powerful implications that project both in the justification level, demanding

¹ Este trabajo se ha desarrollado en el marco de la Red «El tiempo de los derechos» (HURI-AGE) financiada en el Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia, DER2014-53503-REDT.

² Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» y Departamento de Derecho Eclesiástico del Estado, Derecho Internacional Público y Filosofía del Derecho.

the renewal of some of its basic assumptions, as in the strategy of recognition of rights, with the emergence of novel moral demands that could be considered new rights.

Key Words: *disability, dignity, capacity, autonomy, equality, new rights*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.–2. LA COMPRESIÓN ESTÁNDAR DEL DISCURSO JUSTIFICATORIO DE LOS DERECHOS HUMANOS.–3. LA RENOVACIÓN DEL DISCURSO JUSTIFICATORIO: 3.1 *La renovación de la dignidad.*–3.1.1 Dignidad y capacidad. 3.1.2 Dignidad y cooperación social.–3.2 *La renovación de la autonomía.*–3.3 *La renovación de la igualdad.*–4. EL RECONOCIMIENTO DE (NUEVOS) DERECHOS A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.–2. THE STANDARD UNDERSTANDING OF JUSTIFICATORY DISCOURSE OF HUMAN RIGHTS.–3. THE RENEWAL OF JUSTIFICATORY DISCOURSE: 3.1 *The renewal of dignity:* 3.1.1 Dignity and capacity 3.1.2 Dignity and social cooperation. 3.2 *The renewal of autonomy.* 3.3 *The renewal of equality.*–4. THE RECOGNITION OF (NEW) RIGHTS TO PEOPLE WITH DISABILITIES.

1. INTRODUCCIÓN

Tan solo en fechas recientes la discapacidad ha comenzado a recibir atención por parte de la filosofía jurídica y política y podríamos decir que incluso por el propio Derecho. Esta atención pone de relieve que si bien la discapacidad no nos plantea problemas radicalmente novedosos sí que nos obliga a repensar desde nuevos parámetros asuntos considerados nucleares en nuestra disciplina contribuyendo a cuestionar respuestas tradicionalmente asumidas.

Desde esta perspectiva el presente trabajo pretende reflexionar sobre algunas de las implicaciones derivadas de la incursión de la discapacidad en el discurso de los derechos humanos. En concreto el núcleo del trabajo se referirá a la necesidad de introducir cambios significativos en la propia teoría de los derechos que suponen una renovada comprensión de sus presupuestos justificatorios básicos. En el último apartado, se aludirá de manera sucinta a la proyección de este renovado discurso en la estrategia de reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad, apuntando la posible aparición de nuevos derechos.

2. LA COMPRENSIÓN ESTÁNDAR DEL DISCURSO JUSTIFICATORIO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Tradicionalmente las teorías de la justicia en general y las teorías de los derechos humanos en particular no se han ocupado seriamente de la discapacidad y cuando lo han hecho han abordado esta cuestión de una manera inapropiada³. Pero, más aún, lo que podríamos considerar como el discurso estándar de los derechos humanos y su referente central –la idea de igual dignidad– se han venido construyendo desde unos presupuestos que resultan excluyentes para las personas con discapacidad o que han permitido tan solo su inclusión subordinada.

En efecto, como ha señalado De Asís, detrás del discurso de los derechos subyace un modelo de ser humano digno caracterizado por la posesión de ciertas cualidades o habilidades cognitivas (como la racionalidad⁴, la autoconciencia, o el sentido del pasado y el futuro). Estas capacidades se consideran, además, rasgos esenciales del concepto de agente moral en tanto determinan nuestra actitud para elegir y perseguir de manera autónoma e independiente nuestros propios planes y proyectos de vida⁵. Por otro lado, el ejercicio de estas capacidades suele ponerse en relación con el papel social de los individuos que se valora de acuerdo con su utilidad o contribución a la comunidad, esto es, en función de la posibilidad de obtener ciertos frutos sociales de su actuación⁶, o, valdría decir, en términos de beneficio mutuo o ventaja recíproca⁷.

³ Las personas con discapacidad –y especialmente las personas con discapacidades cognitivas– raramente aparecen en el discurso filosófico y cuando se han hecho visibles han sido consideradas como excepciones que confirman la regla general, como ejemplos o como casos marginales, CARLSON, L., «Philosophers of intellectual disability: a taxonomy» en KITTAY, E. F., y CARLSON, L., (ed.), *Cognitive Disability and its Challenge to Moral Philosophy*, Wiley-Blackwell, Oxford, pp. 315-329.

⁴ La concepción kantiana de la autonomía y la independencia moral, que influye de manera determinante en la teoría contemporánea de los derechos humanos, otorga un papel central a la racionalidad, *Vid.*, por ejemplo KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989.

⁵ DE ASÍS ROIG, R., *Sobre discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 39 y 40. *Vid.* en relación con esta construcción la idea de dinamismo de la libertad manejada por PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Sobre el fundamento de los derechos humanos. Un problema de moral y de Derecho» en MUGUERZA, J., y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, pp. 265-277.

⁶ DE ASÍS ROIG, R., *Sobre discapacidad y derechos*, *cit.*, p. 42.

⁷ *Vid.* como expresión contemporánea paradigmática de esta conexión la teoría de Rawls, J. quien considera que en la discusión moral participan exclusivamente aquellos individuos que poseen «las capacidades morales, intelectuales y físicas que les permiten ser miembros plenamente cooperantes de la sociedad a lo largo de un ciclo de vida completo», por lo que directamente excluye a las personas con graves discapacidades tanto físicas como mentales e intelectuales, RAWLS, J., *El Liberalismo Político*, trad. de A. Doménech, Crítica, Barcelona, 1996, pp. 216 y 217. He analizado con algún detalle las implicaciones de la teoría rawlsiana en el contexto de la discapacidad en CUENCA GÓMEZ, P., «Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos», *Revista de Estudios Políticos*, 158, 2012, pp. 103-137.

Desde esta forma de concebir la dignidad humana la inclusión de las personas con discapacidad en el discurso de los derechos (entendido como el discurso de los capaces y socialmente productivos) parecería no tener cabida o como mucho la tendría «como objeto de la discusión pero no como sujeto»⁸. Ciertamente, las personas con discapacidad suelen ser tratadas en la teoría de los derechos como pacientes morales que merecen atención, asistencia y cuidado, pero no como agentes morales activos que merecen poder elegir y desarrollar sus propios planes y proyectos de vida⁹. Y, desde esta óptica, que supone la negación de la autonomía de las personas con discapacidad, se justifica la adopción de medidas paternalistas que permiten que otros, quienes se considera cumplen en una medida satisfactoria los rasgos que definen la dignidad humana, diseñen, en su mejor interés, su horizonte moral y dominen su destino.

Por lo que respecta a la igualdad, en la reflexión teórica se ha convertido en un lugar común la denuncia del falso universalismo que atraviesa el discurso de los derechos humanos y la reivindicación de la equiparación en derechos de los denominados colectivos «vulnerables»¹⁰ entre los que, desde hace tan solo algunos años, ha comenzado a tomarse en consideración a las personas con discapacidad. En todo caso, en este contexto, la vulnerabilidad que implica la discapacidad se ha contemplado, en lo esencial, como una desventaja natural e individual imputable a las deficiencias de la persona.

En este sentido, sería posible afirmar que el discurso estándar de los derechos ha venido manejando lo que en el discurso de la discapacidad se denomina el modelo médico o rehabilitador que entiende la discapacidad como un rasgo personal que tiene su origen en las limitaciones individuales ocasionadas por el padecimiento de una deficiencia y que cuyo tratamiento se orienta a rehabilitar a las personas con el objetivo de que puedan integrarse en la sociedad¹¹. Este enfoque está relacionado, además, con el análisis común de la discapacidad en la teoría de los derechos dentro del llamado proceso de especificación¹² que, como es sabido, pretende justificar una atribución de derechos apoyada en el reconocimiento de la especialidad, esto es, la

⁸ DE ASÍS ROIG, R., *Sobre discapacidad y derechos*, cit., pp. 44.

⁹ Como indica GONZÁLEZ AMUSCHASTEGUI, J., *Autonomía, dignidad y derechos. Una teoría de los derechos humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 375 «la única forma de tratar a los seres humanos como personas morales es permitiéndoles que elijan por sí mismas el tipo de vida que quieren llevar».

¹⁰ AÑÓN ROIG, M. J., «Principio discriminatorio y determinación de la desventaja», *Isonomía*, 39, 2013, pp. 27-57.

¹¹ Vid. sobre los rasgos básicos de este modelo PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Colección CERMI, Ediciones Cinca, Madrid, 2008, pp. 66 y ss.

¹² PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Derechos humanos, especificación y discapacidad» en Campoy Cervera, I., y Palacios, A., (coords.), *Igualdad, No Discriminación y Discapacidad*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 359-375

especificación desemboca en el surgimiento de derechos propios de determinados sujetos o colectivos de los que éstos serían titulares por razón de los rasgos que los singularizan o identifican.

Pues bien, aplicando el discurso estándar, se justifica el reconocimiento de algunos derechos especiales a las personas con discapacidad que se desenvuelven, básicamente, en el ámbito médico, asistencial y de la protección social¹³. En todo caso, en teoría, las personas con discapacidad serían titulares también de los derechos humanos «generales» que se reconocen a las demás personas. Ahora bien, en tanto desde esta concepción la normalización de la persona se convierte en un pasaporte para igualdad, cuando los individuos no logran superar sus «desviaciones» se toleran como naturales e inevitables e incluso se justifican como necesarias, en aras de su protección, restricciones en el reconocimiento, ejercicio y/o disfrute de los derechos humanos «comunes»¹⁴.

3. LA RENOVACIÓN DEL DISCURSO JUSTIFICATORIO

Frente a la visión tradicional, el discurso de los derechos debe revisar la relevancia que ha venido concediendo a la discapacidad y el rol que le ha venido asignando. La discapacidad no puede seguir contemplándose como un tema marginal o un problema menor que es posible dejar sin resolver, sino que ha de pasar a entenderse como una cuestión central y como un banco de pruebas desde el que evaluar la validez general de la teoría¹⁵. Por otro lado, es importante cuestionar la explotación conceptual de la que son objeto las personas con discapacidad en el tratamiento de otras cuestiones de derechos, como sucede en la defensa de los derechos de los animales no humanos¹⁶.

¹³ DE ASÍS ROIG, R., *Sobre discapacidad y derechos*, cit., p. 94.

¹⁴ CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis desde la Convención de la ONU*, Cuadernos de la Cátedra «Democracia y Derechos Humanos», Universidad de Alcalá-Defensor del Pueblo, 2012.

¹⁵ NUSSBAUM, M., *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, trad. de Ramón Vila Vernis y Albino Santos Mosquera, Paidós, Barcelona, 2007, p. 110. Y ello no solo porque una teoría satisfactoria de los derechos debe reconocer la igualdad de las personas con discapacidad, sino, también porque debe reconocer «la continuidad» que existe entre las vidas normales, marcadas asimismo por numerosas deficiencias, necesidades y dependencias, y las de aquellas personas que tienen discapacidades permanentes, *Idem*, pp. 110 y 112. Por esta razón se afirma que la construcción de una teoría de los derechos no excluyente para las personas con discapacidad es una tarea que potencialmente afecta y beneficia a todos los ciudadanos WOLF, J. «Cognitive disability in a society of equals» en KITTAY, E. F., y CARLSON, L. (eds.), *Cognitive Disability and its Challenge to Moral Philosophy*, cit., 147-169, p. 147.

¹⁶ A mi modo de ver, de explotación conceptual merece ser calificado el uso interesado de las personas con severas discapacidades cognitivas como protagonistas de lo que puede considerarse el razonamiento estrella de la crítica al especifismo, el llamado argumento de los casos marginales. Ciertamente esta instrumentalización no reporta beneficios a las personas con discapacidad y les genera, además,

Pues bien, tomarse en serio la discapacidad exige, en primer lugar, una aplicación coherente en este contexto de los presupuestos básicos de la teoría de los derechos. Las personas con discapacidad –del mismo modo que ha sucedido históricamente con otros colectivos, como las minorías raciales o las mujeres– son excluidas de la discusión moral desde la consideración de que sus diferencias «biológicas» implican una menor capacidad racional y/o una inferior contribución a la sociedad. Al igual que ocurre con los sujetos integrantes de los colectivos mencionados, esta afirmación simplemente no es cierta, al menos en lo que respecta a muchas personas con discapacidad. En este sentido, resulta crucial superar la frecuente y distorsionadora confusión entre limitación funcional y limitación moral¹⁷. Como consecuencia de la pervivencia de prejuicios y estereotipos las personas con limitaciones funcionales tienden a ser percibidas como personas limitadas en su capacidad racional y en su contribución social cuando en muchas ocasiones poseen en un nivel «normal» las habilidades «estándar» exigidas para la agencia moral y pueden resultar «útiles» para la comunidad¹⁸.

No obstante, esta estrategia de extensión coherente resulta insuficiente, al menos en relación con algunas personas con discapacidad que presentan diferencias relevantes en sus capacidades cognitivas y no pueden contribuir a la sociedad de una manera que pueda considerarse «productiva» en el sentido usual¹⁹. Desde estas premisas, la

relevantes prejuicios tanto teóricos (que básicamente consisten en rebajar su estatus moral respecto de los individuos con habilidades cognitivas estándar) como prácticos (que se proyectan en especial en el campo de la ética aplicada la eugenesia y la experimentación). Un interesante debate entre algunos de quienes defienden (P. Singer y J. McMahan) y quienes critican (L. Carlson y E. F. Kittay) el recurso a esta estrategia puede verse en los podcasts del congreso *Cognitive Disability and its Challenge to Moral Philosophy*, celebrado en la Stony Brown University en 2008 cuyos trabajos se recogen en el libro del mismo nombre que ya ha sido citado. Estas podcasts están disponibles en <http://www.stonybrook.edu/sb/cdconference/podcasts.shtml> (consultado por última vez el 30 de mayo de 2015). En el trabajo de KITTAY, E. F., «The personal is philosophical is political: a philosopher and mother of a cognitively disabled person sends notes from the battlefield», pp. 393-413 incluido en el libro que recoge las ponencias del Congreso se resumen también los puntos centrales de esta discusión.

¹⁷ DE ASÍS ROIG, R., y PALACIOS, A., *Derechos humanos y situaciones de dependencia*, Cuadernos del Instituto de Derechos Humanos, «Bartolomé de las Casas», Dykinson, Madrid, 2008. 51 y 52.

¹⁸ NUSSBAUM, M., *Las fronteras de la justicia*, cit., p. 117. En estos casos el problema se resuelve asimilando a estos individuos al modelo estándar, demostrando que poseen las mismas capacidades y que su actuación pueden generar frutos sociales y estableciendo, en su caso, medidas que compensen la exclusión histórica que han sufrido, SILVERS, A., y FRANCIS, L. P., «Justice through Trust: Disability and the “Out-lier” problem in Social Contract Theory», *Ethics*, 116, 2005, pp. 40–76, pp. 42 y ss.

¹⁹ Se trataría, por tanto, de individuos que no pueden ser asimilados, *Idem*, pp. 42 y 48 y ss. Recurriendo en este punto a una distinción recurrente en los estudios sobre la inmigración, podríamos afirmar que no se trata de *integrar* a las personas con discapacidad en la teoría de los derechos tal cual está diseñada, esto es, para

inclusión de las personas con discapacidad en la teoría de los derechos exige combinar la aplicación consistente de los presupuestos que la presiden y en especial del postulado básico del igual valor asociado a todos los seres humanos con una renovación profunda de la comprensión de los referentes desde los que se afirma esta idea y de las razones en las que se fundamenta.

3.1. La renovación de la dignidad

Aunque la idea de dignidad suele presentarse como definitoria de la «naturaleza» o «esencia» del ser humano, se trata en realidad de una construcción social articulada sobre la base de unos rasgos que, al mismo tiempo que han servido para proteger a algunos individuos también han excluido a otros, entre ellos, a las personas en situación de discapacidad²⁰. Esta circunstancia deriva, en gran medida, de que las cualidades de las que se hace depender la dignidad son rasgos abstractos y genéricos contruidos desde unos patrones de normalidad que han coincidido con los de poderosos y que atienden exclusivamente al plano individual²¹. Así, esta construcción ha dejado de lado la diversidad, ha desconsiderado los factores contextuales, sociales y colectivos que se proyectan sobre estos rasgos y no ha tenido en cuenta las desigualdades de hecho existentes entre los sujetos morales y los impedimentos reales que dificultan el logro y el ejercicio de la autonomía y la independencia.

Ahora bien, en tanto el concepto de dignidad es una construcción humana puede ser reformulado y abrirse a nuevas dimensiones y consideraciones²².

3.1.1 DIGNIDAD Y CAPACIDAD²³

Como se avanzó, el discurso de los derechos ha venido identificando la posesión de ciertas capacidades cognitivas individuales más o menos sofisticadas como justificación determinante del especial valor y consideración moral que merecen los seres humanos. En tanto todos los seres humanos presentan diferencias en sus habilidades cognitivas y en la medida en que también otros seres no humanos las poseen en algún grado, estas capacidades operan como un umbral exigiéndose el

su sujeto abstracto e ideal –en lo que interesa al objeto del presente trabajo las personas sin discapacidad– sino de *incluir* a este colectivo en un discurso adaptado a las necesidades de todos los individuos. *Vid.* esta distinción en OLIVER, M., *Understanding Disability, From theory to practice*, Paalgrave, Malasia, 1996, p. 96.

²⁰ DE ASÍS ROIG, R. *Sobre discapacidad y derechos*, cit., p. 45.

²¹ *Ibidem*.

²² *Idem*, p. 47.

²³ Agradezco a Rafael de Asís la discusión sobre este apartado.

logro de un nivel mínimo en su desempeño para el reconocimiento del estatus moral²⁴.

Esta aproximación se caracteriza, por tanto, por asumir como paradigma del concepto de sujeto moral el modelo del adulto «racional», en el que no todos los seres humanos encajan. Se propone, así, un modelo «de una única talla para todos» que dibuja una línea que divide a los individuos en dos grupos: los «normales» o «típicos», esto es, aquellos que superan el umbral de sofisticación cognitiva exigido y los «anormales» o atípicos²⁵, que no cumplen este requisito. Pues bien, esta línea sitúa a la teoría de los derechos ante el dilema de tener que argumentar que incluso definiendo la dignidad de acuerdo a la posesión de determinadas capacidades la misma es predicable también de los individuos que no las poseen o que no las pueden desarrollar de manera plena o de tener que asumir que se trata de seres humanos que no son igualmente dignos, que tienen mermada su dignidad o que la han perdido²⁶. A mi modo de ver, una teoría de los derechos coherente y que no deje fuera a las personas con discapacidad debe escapar de este dilema sometiendo a un análisis crítico la preferencia por la cognición humana neurotípica como patrón desde el cual se mide a todos los seres humanos y respecto al cual algunos se consideran deficientes.

En este punto resulta crucial señalar que el discurso de los derechos ha tendido a sobrevalorar el papel que desempeña la racionalidad en la toma de decisiones y libre elección de planes de vida. Los estudios en el campo de la psicología cognitiva y de la neurociencia²⁷ demuestran que la toma de decisiones es un proceso en el que se mezclan diversos factores racionales e irracionales, naturales o individuales y sociales. La comprensión y evaluación de la información, el juicio y la revisión crítica de las opciones y de sus consecuencias son aspectos importantes en este proceso, pero también lo son las preferencias, las emociones, las intuiciones y las experiencias. Asimismo, importa resaltar que el umbral de racionalidad, o de competencia «mental» para considerar a una persona capaz de tomar sus propias decisiones es una construcción social diseñada para resultar útil a la mayoría de los ciudadanos «normales», al permitir el óptimo funcionamiento de prácticas consideradas socialmente relevantes, eso sí, al

²⁴ JAWORSKA, A., y TANNENBAUM, J., «The Grounds of Moral Status», N. ZALTA, E., (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford University Press, 2013. <http://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/grounds-moral-status/>.

²⁵ Vid. SILVERS, A., y FRANCIS, L. P., «Justice through Trust», *cit.*, pp. 40 y ss.

²⁶ CAMPOY CERVERA, I., «La discapacidad y su tratamiento conforme a la Constitución española de 1978» en CAMPOY CERVERA, I., y PALACIOS, A. (eds.), *Igualdad, No Discriminación y Discapacidad*, Dykinson, Madrid, p. 145-207, p. 166.

²⁷ DAMASIO, A., *Self comes to mind. Constructing the Conscious Brain*, Pantheon Book, New York, 2010.

precio de excluir del acceso a las mismas a las personas con discapacidades mentales e intelectuales²⁸.

Por otro lado, según se viene advirtiendo, sea cuál sea la capacidad cognitiva –más o menos exigente en los diferentes planteamientos pero reconducible siempre en la aproximación estándar a una cierta idea de racionalidad– escogida como «marca» de la personalidad moral parece claro que no todos los seres humanos (y por lo que aquí interesa los individuos con determinadas discapacidades) la poseerán. Pero, más aún, es necesario asumir que nadie la poseerá a lo largo de toda su vida. Así, esta aproximación convierte el estatus moral de toda la ciudadanía en una propiedad frágil, condicional y temporal²⁹.

Los individuos (en algún momento de su existencia todos los seres humanos) que se sitúan por debajo del umbral de capacidad cognitiva quedan relegados a los márgenes de la comunidad moral. En este sentido, algunos planteamientos llegan explícitamente a apartarlos de la consideración de personas³⁰ reconociéndoles, en su caso, un estatus moral «rebajado» –fundamentado en la posesión de capacidades, más o menos rudimentarias, como la capacidad de sentir placer o dolor³¹– respecto al estatus moral pleno (*full moral status*) del que disfrutarían los seres humanos cognitivamente «normales» –las personas– por razón del mayor valor que se atribuye a sus sofisticadas capacidades. La ruptura de la ecuación que identifica a los seres humanos y las personas morales no es en modo alguno inicua. Por el contrario, esta ruptura conlleva graves consecuencias en tanto abre la puerta a la justificación del distinto (y peor) tratamiento de los seres humanos despojados de la personalidad moral³².

²⁸ WINKLER, D., «Cognitive disability paternalism and the global burden of disease» en KITTAY, E. F., y CARLSON, L. (eds.), *Cognitive Disability and its challenges to moral philosophy*, cit. pp. 181-199.

²⁹ DONALDSON, S., y KYMLICKA, W., «Rethinking membership and participation in an inclusive democracy: cognitive disability, children, animals» en Barbara ARNEIL, B., y HIRSCHMANN, N. (eds.), *Disability and Political Theory*, en prensa. Agradezco a Gema Marcilla que me hiciese llegar este trabajo.

³⁰ *Ibidem*. Vid. por ejemplo TOOLEY, M., «Aborto e infanticidio» en VVAA, *Debate sobre el aborto. Cinco ensayos de filosofía moral*, Cátedra, Madrid, 1992.

³¹ Vid. SINGER, P., «Ética práctica», trad. de R. Herrer Bonet, Cambridge University Press, 2.^a ed., 1995 y SINGER, P., *Liberación animal: el clásico definitivo del movimiento animalista*, Taurus, Madrid, 2011, quien diferencia entre las personas, esto es, los seres humanos autoconscientes que tienen la capacidad de pensar en el futuro y tener deseos y aspiraciones en relación con él y los seres meramente conscientes, esto es, aquellos que pueden sentir dolor, incluyendo en esta segunda categoría a los animales no humanos, a los recién nacidos y a «algunos humanos psíquicamente discapacitados».

³² CARLSON, L., *The faces of intellectual disability*, Disability, Bloomington, Indiana, 2010, p. 135. En opinión de McMAHAN, J., *The Ethics of Killing: Problems at the Margins of Life*, Oxford University Press, Oxford, 2002, la manera en la que un ser debe ser tratado depende en gran medida de sus capacidades intrínsecas y, en particular, de sus propiedades y capacidades psicológicas. De este modo, la *Convergente Asimilación* en la consideración moral que, a tenor de sus comparables capacidades, este autor defiende entre los animales y las personas «severamente retardadas» implica asumir que los límites en nuestro tratamiento a los animales son más estrictos de lo que

En todo caso, esta visión encuentra también serias dificultades a la hora de justificar el igual estatus moral de los individuos que se colocan por encima del umbral de capacidades cognitivas. Y es que una vez que se subraya la importancia definitiva de estas habilidades en la determinación de la condición moral parece que no solo la posesión de la capacidad, sino también lo bien que se ejerce debería ser un factor moralmente relevante. Por tanto, dado que no todos los seres cognitivamente «no deteriorados» ejercen sus capacidades igual de bien, parecería que no todos ellos tienen el mismo estatus moral³³. Desde esta premisa aquel sujeto que más es más racional, más consciente de sí mismo, más capaz de proyectarse en el futuro, tendría un estatus moral más alto³⁴. Esta conclusión, de nuevo enfrentada como el punto de vista del sentido común, tendría, otra vez, consecuencias particularmente negativas para las personas con discapacidades cognitivas —esta vez solo leves o moderadas— que pese a superar el estándar mínimo podrían ejercer sus capacidades peor, desde el patrón manejado por esta concepción, que los seres humanos intelectualmente más dotados³⁵.

A partir de lo anterior, en el cuestionamiento de la aproximación tradicional que privilegia las capacidades cognitivas como núcleo de la condición moral juegan un papel central tres órdenes de consideraciones que atienden a la diversidad de las capacidades, a su valor y al origen de los límites en las capacidades³⁶. En relación con la primera de estas reflexiones debemos ser conscientes de que la idea de capacidad es gradual y relativa. Ciertamente, los individuos pueden tener diferentes capacidades físicas, sensoriales, intelectuales, emocionales, relacionales etc. unas más desarrolladas que otras, y pueden ejercerlas de modos y maneras diversas sin que se pueda justificar que unas capacidades valgan más que otras en un contexto general, que haya formas correctas e incorrectas de desarrollarlas y sobre todo que ello

habíamos supuesto, mientras que nuestro tratamiento de las personas con serias discapacidades está sometido a restricciones más relajadas de lo que habíamos pensado.

³³ JAWORSKA, A., y TANNENBAUM, J., «The Grounds of Moral Status», *cit.*, y WASSERMAN, D.; ASCH, A.; BLUSTEIN, J., y PUTNAM, D., «Cognitive disability and moral status» en N. Zalta, E., (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, *cit.*, <http://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/cognitive-disability/>.

³⁴ *Idem.*

³⁵ Sobre la posibilidad de elevar el nivel de competencia mental requerido para el ejercicio de los derechos civiles construyendo una sociedad diseñada a la medida de los dotados vid. WINKLER, D., «Cognitive disability paternalism and the global burden of disease», *cit.* pp. 195 y 196. *Vid.* también las reflexiones que realiza McMahan, J., en su trabajo «Cognitive disability and cognitive enhancement», en KITTAY, E. F., y CARLSON, L. (eds.), *Cognitive Disability and its challenges to moral philosophy*, *cit.*, pp. 345-367, pp. 363 y ss. en el que pese a considerar irrelevantes las diferencias cognitivas por encima del umbral, sí que defiende el mayor estatus moral de las «supra-personas», individuos cuyas capacidades psicológicas han sido genéticamente mejoradas de tal manera que exceden de las de los cognitivamente normales, más de lo que las de éstos exceden de las capacidades de los animales.

³⁶ DE ASÍS ROIG, R., *Sobre discapacidad y derechos*, *cit.*, pp. 50-52.

implique una mayor dignidad. En relación con lo anterior resulta esencial rechazar la idea de que una mejor capacidad o un mayor talento implican una mayor dignidad y viceversa. Las diferencias mentales, físicas, intelectuales o sensoriales no suponen una menor dignidad, pero sí pueden dificultar el desarrollo moral de los individuos y ser fuente de discriminación en las sociedades contemporáneas. Además, la diferencia en la calidad y ejercicio de las capacidades y los obstáculos que algunas personas con discapacidad pueden encontrar para su ejercicio no siempre tienen su origen en sus rasgos individuales, sino que en muchos casos están ocasionados, y casi siempre se ven agravados, por el diseño del entorno social desde unos referentes que no tienen en cuenta la situación de estos sujetos, que cuando les toman en consideración lo hacen desde su contemplación como no portadores del rasgo de la autonomía moral y que les impiden o dificultan el acceso a ciertos bienes y recursos a los que sí pueden acceder las demás personas.

A mi modo de ver, estas reflexiones aportan poderosas razones para abandonar la presunción de que la dignidad que predicamos de los seres humanos descansa en sus superiores capacidades cognitivas y buscar vías alternativas de fundamentación. Las siguientes consideraciones no aspiran a resolver de forma concluyente este formidable reto teórico pero sí a presentar algunas perspectivas que contribuyen a avanzar en esta línea.

Una primera opción consiste en rebajar el umbral de sofisticación cognitiva determinante del estatus moral, o en redefinir dicho umbral apelando a capacidades diferentes de las presuntamente prototípicas del adulto racional identificando propiedades más inclusivas³⁷ como la capacidad para comunicarse mínimamente con otros seres humanos³⁸; la capacidad para expresar voluntad o intenciones y la capacidad autobiográfica³⁹; la capacidad para dar y recibir amor⁴⁰; la capaci-

³⁷ WASSERMAN, D.; ASCH, A.; BLUSTEIN, J., y PUTNAM, D., «Cognitive disability and moral status», cit.

³⁸ BERUBE, M., *Life as We Know It: A Father, a Family, and an Exceptional Child*, Pantheon, New York, 1996.

³⁹ En relación con la apelación a estas capacidades me parece de interés la propuesta de BACH, M., y KERZNER, L., «A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity», Paper preparado para la Comisión de Derecho de Ontario, octubre de 2010 disponible en <http://www.lco-cdo.org/disabilities/bach-kerzner.pdf> (consultado por última vez 30 de mayo de 2015). La capacidad de comunicar voluntad e intenciones se define como la «capacidad de expresar voluntad/intenciones al menos a otras personas que me conocen bien y que pueden otorgar o atribuir agencia a mis acciones en la descripción de mi comportamiento a los demás», mientras que la capacidad autobiográfica consiste en la «capacidad de decir quién soy, mi historia de vida, valores, objetivos, necesidades y desafíos, o tener una comunidad de conocimiento y valoración de otros que hacen eso por mí y lo usan».

⁴⁰ Vid. en este sentido la aproximación de KITTAY, E. F., *Love's Labour: Essays on Women, Equality and Dependency*, Routledge, Nueva York, 1999 quien plantea como imagen central del pensamiento político la consideración de que «todos somos hijos de una madre» y formamos parte de una red de relaciones de dependencia.

dad de cuidado⁴¹; o la capacidad para participar en determinadas relaciones especiales⁴².

Esta aproximación presenta ventajas evidentes en comparación con la aproximación tradicional. En efecto, las capacidades antes mencionadas ofrecen un fundamento del estatus moral intuitivamente más atractivo y reducen –en diversa medida en función de la capacidad seleccionada, pero, en todo caso, en una relevante medida– la proporción de sujetos excluidos⁴³. Y ello, en primer lugar, porque se trata de criterios más amplios, más neutros y más respetuosos con las diversas maneras de ser, hacer y decir de las personas. Y, en segundo lugar, porque si bien los criterios determinantes del estatus moral son, al igual que en la aproximación tradicional, atributos de la persona integral ahora una dimensión relacional más o menos intensa –en tanto algunos planteamientos requieren simplemente la presencia de otra persona pero no su participación activa y cooperación mientras que otros sí la reclaman⁴⁴– se definen teniendo en cuenta los factores sociales y se reconoce su carácter interdependiente.

No obstante sus fortalezas, esta estrategia no resulta del todo satisfactoria. De nuevo, el establecimiento de una cierta capacidad como central y de un umbral implicará que siempre puede haber alguien que quedará al margen o que se situará por debajo⁴⁵, lo que supondrá atri-

⁴¹ Vid. JAWORSKA, A., «Caring and Full Moral Standing», *Ethics*, 117, 2007, pp. 460–497.

⁴² En este punto merece mencionarse el trabajo de JAWORSKA, A., y TANNENBAUM, J., «Person-Rearing Relationships as a Key to Higher Moral Status», *Ethics*, 124, 2, 2014, pp. 242–271 quienes apelan a la capacidad para participar en relaciones de persona-crianza (*person-rearing relationships*) como un atributo tan valioso como la posesión de sofisticadas capacidades cognitivas que permitiría justificar que tanto los bebés como las personas con graves discapacidades cognitivas tienen el más alto estatus moral (y, por tanto, que poseen un estatus moral mayor que un perro). Se trata de una propuesta sofisticada que partiendo de una teoría de la acción y del concepto de aprender de la práctica considera que el fin al cual se orienta una actividad tienen la capacidad de transformarla. En este sentido afirman que el fin que inspira las relaciones humanas de crianza de una persona es su florecimiento, identificado con la posibilidad de convertirse en un sujeto con pleno estatus moral (*self-standing person*), y que este fin es capaz de transformar actividades sencillas como participar en juegos e intercambiar gestos en manifestaciones incompletas de la agencia moral. A su modo de ver, es razonable y factible adoptar este fin –al menos como guía (*end-standard*)– en relación con los seres humanos con discapacidades severas (para lo cual terminan recurriendo al argumento del potencial intrínseco o a la norma de la especie). Aunque algunas de las afirmaciones de este trabajo me parecen cuestionables (en tanto se sigue privilegiando la aproximación de las capacidades cognitivas) el planteamiento general me ha servido para apoyar y clarificar algunos puntos de mi aproximación. Agradezco a Pablo de Lora que me recomendara su lectura.

⁴³ WASSERMAN, D.; ASCH, A.; BLUSTEIN, J., y PUTNAM, D., «Cognitive disability and moral status», cit.

⁴⁴ Este es el caso de la aproximación de JAWORSKA, A., y TANNENBAUM, J., «Person-Rearing Relationships as a Key to Higher Moral Status», cit., p. 270.

⁴⁵ BERÚBÉ, M., «Equality, Freedom and/or Justice For All: a Response to Martha Nussbaum» en KITTAY, E. F., y CARLSON, L. (ed.), *Cognitive Disability and its Challenge to Moral Philosophy*, cit., pp. 97–110, p. 100.

buirle una menor dignidad. De cualquier forma, conviene insistir en que el carácter más inclusivo de esta aproximación y su mayor sensibilidad hacia la diversidad supone, de un lado, que los casos marginales serán muchos menos y realmente extremos y, de otro, que se tratará, al menos en algunos supuestos, de situaciones reversibles mediante la construcción de redes personales.

Una segunda aproximación, a la que apelan algunas de las teorías anteriores como vía para resolver estos casos marginales, consiste en recurrir al argumento del potencial⁴⁶. El enfoque de la potencialidad se presenta, en efecto, como un camino fértil a explorar en la empresa de construir la noción de dignidad humana sobre la base de criterios no excluyentes para las personas con discapacidad. Ciertamente esta aproximación nos acerca más a la plena inclusión de todos los seres humanos y permite considerar como una obligación de justicia la provisión de los recursos necesarios para que todas las personas puedan desarrollarse moralmente⁴⁷.

En relación con esta aproximación interesa aclarar que su aplicación conforme con las reflexiones anteriores acerca de la diversidad, el valor y los límites de las capacidades exigiría apelar con carácter general al potencial de los seres humanos para desarrollar agencia moral⁴⁸ (de formas más sofisticadas o más modestas) como presupuesto irrenunciable de la teoría de los derechos, a través del ejercicio (actual o potencial, condicionado por el contexto y más o menos dependiente) de diferentes capacidades, posibilidades y talentos⁴⁹. La

⁴⁶ Por ejemplo, JAWORSKA, A., «Caring and full moral standing redux» en KITTAY, E. F., y CARLSON, L., *Cognitive Disability and its challenges to Moral Philosophy*, cit., pp. 369-372, p. 388 consciente de que algunos individuos pueden no poseer los requisitos emocionales y cognitivos –en todo caso diferentes y más flexibles que los exigidas por el criterio de la racionalidad– que definen la capacidad de cuidado situándose por debajo del «umbral de cuidado» recurre a la capacidad potencial de tales sujetos para «convertirse en cuidadores». Interesa también destacar en este punto la propuesta de ISAKO WONG, I., «Duties of justice to citizens with cognitive disabilities», KITTAY, E. F., y CARLSON, L., (ed.), *Cognitive Disability and its Challenge to Moral Philosophy*, cit., pp. 127-146 de leer en clave potencial la teoría de Rawls.

⁴⁷ WASSERMAN, D.; ASCH, A.; BLUSTEIN, J., y PUTNAM, D., «Cognitive disability and moral status», cit.

⁴⁸ Esta visión se aparta así de los planteamientos que consideran como el potencial relevante para la adscripción de estatus moral la capacidad para desarrollar la capacidad racional u otra capacidad cognitiva sofisticada concreta en tanto se considera que éstas no son las únicas relevantes para la agencia moral.

⁴⁹ Me parece que este es el sentido en el que DE ASÍS ROIG, R., *Sobre derechos y discapacidad*, cit., p. 52 se refiere a la «potencialidad en las capacidades». A su modo de ver, el sujeto moral es aquél que, de alguna manera, «cuenta con la posibilidad –actual o potencial, en grado mínimo o máximo, de un modo o de otro– de razonar, sentir y comunicarse, y de dirigir estas facultades hacia el logro de un determinado plan de vida». El marco de la discusión moral «está presidido por el valor que se concede a dichas capacidades y posibilidades en la búsqueda de un plan de vida». En un sentido similar, STEIN, M., «Disability Human Rights», *California Law Review*, 95, 1, 2007, pp. 75-121, pp. 106 y ss. señala que el modelo de los derechos humanos no

agencia o capacidad moral operaría desde este enfoque no como una capacidad-umbral, sino como un ideal o criterio guía.

En todo caso, la aproximación potencial se enfrenta con algunas objeciones de gran envergadura⁵⁰. Un primer desafío, de carácter episódico, radica en la dificultad de discernir qué seres humanos poseen el potencial para desarrollar agencia moral. En efecto, resulta complicado determinar qué condiciones necesita cada individuo para desarrollar su potencial, cuál es exactamente su versión del potencial y cuándo ese potencial florecerá⁵¹. Una segunda objeción incide en la persistencia de los casos marginales. En este sentido, se insiste en que algunos seres humanos con serias discapacidades cognitivas no poseerán nunca el potencial suficiente para desarrollar ninguna capacidad que sea relevante para la agencia moral⁵². Conviene tener presente que detrás esta apreciación subyace en ocasiones un concepto demasiado restringido o estrecho de las capacidades moralmente importantes⁵³ y una concepción estática de la discapacidad cognitiva basada en prejuicios y estereotipos que presupone equivocadamente que los individuos con severas discapacidades carecen de cualquier posibilidad significativa de desarrollo moral y que su condición no cambiará nunca⁵⁴.

Ahora bien, aunque ciertamente muchas personas con severas discapacidades cognitivas pueden desarrollar en formas diversas agencia moral y aunque su situación puede evolucionar y está fuertemente condicionada por la interacción con el contexto, parece que en ciertos supuestos –que de nuevo desde el enfoque se convertirían en casos realmente extremos– existen fuertes evidencias de que una persona no podrá desarrollar de ninguna forma su agencia moral y en los que tampoco la ha desarrollado en el pasado. Respecto de estas situaciones

debe orientarse a establecer un nivel estándar de capacidades básicas, ni una estimación de costes, sino a justificar la obligación de dotar de recursos que permitan que todas las personas puedan desarrollar su propio potencial y sus talentos individuales aunque ese potencial pueda ser diferente y desigual y reconocer su autonomía para dirigir, en la mayor medida posible, su propio desarrollo moral.

⁵⁰ WASSERMAN, D.; ASCH, A.; BLUSTEIN, J., y PUTNAM, D., «Cognitive disability and moral status», cit.

⁵¹ ISAKO WONG, I., «Duties of justice to citizens with cognitive disabilities», *cit.*, pp. 139-141.

⁵² McMAHAN, J., «Challenges to Human Equality», *The Journal of Ethics*, 12, 2008, pp. 81–104, pp. 91-92. Esta visión es también asumida por Singer, P., *Liberación animal*, cit. quien considera el caso de las personas con severas discapacidades cognitivas más fácil que el caso de los niños porque evita la complicación del potencial.

⁵³ Ciertamente la afirmación categórica de que algunas personas carecen totalmente del potencial de agencia moral parece mucho más difícil de sostener si consideramos diversas las capacidades que contribuyen a su desarrollo y las formas en las que se manifiesta.

⁵⁴ CARLSON, L., *The faces of intellectual disability*, *cit.*, pp.141 y ss. *Vid.* también una crítica a esta descripción de la discapacidad cognitiva en KITTAY, E. «The personal is philosophical is political», ya citado y en KITTAY, E. F., «At the Margins of Moral Personhood», *Ethics*, 116, 1, 2005 pp. 100-131.

cabe cuestionar que se pueda realmente hablar de evidencia⁵⁵. Los avances en las investigaciones en el ámbito de la neurociencia y las nuevas tecnologías, podrían llegar a posibilitar que incluso en los casos más difíciles las personas desarrollasen de alguna manera su capacidad moral⁵⁶. Igualmente, cabría preguntarse qué sucedería si la sociedad, en cumplimiento de la obligación de justicia a la que antes me referí, destinase todos los recursos necesarios a hacer realidad esta posibilidad.

De cualquier forma atribuir potencial de desarrollo moral a estos individuos implica, en efecto, el recurso a hipótesis contrafácticas⁵⁷. En este sentido se advierte que el enfoque de la potencialidad resulta sobre-inclusivo en la medida en que implicaría extender el reconocimiento del estatus moral a toda criatura viviente⁵⁸ (incluso a «los árboles, ríos, rocas y glaciares») argumentando que quizá en otras circunstancias, en otra etapa de la vida, o en otro mundo diferente sería posible que desarrollaran capacidad moral.

Como réplica a esta objeción se apela –de nuevo– a la dificultad de evaluar el potencial de los seres humanos, a la persistente tendencia a subestimar las aptitudes y posibilidades de los individuos con discapacidades cognitivas y, sobre todo, al terrible coste y grave peligro que supone negar personalidad moral a ciertos seres humanos como argumentos que hacen preferible el error de la sobre-inclusión al error de la exclusión, teniendo en cuenta, además, las lecciones de la historia⁵⁹. Desde estas premisas, se reclama la asunción de la presunción irrefutable de que todos los seres humanos deben ser considerados como sujetos morales, sin tratar de determinar exactamente donde se encuentran en una presunta escala de funcionamiento cognitivo⁶⁰.

Esta presunción y la atribución de potencial para desarrollar agencia moral a todos los seres humanos podrían encontrar una justifica-

⁵⁵ ISAKO WONG, S., «Duties of justice to citizens with cognitive disabilities», *cit.*, pp. 139 y ss.

⁵⁶ De hecho hay estudios que demuestran diferencias relevantes en los estados y niveles de consciencia de seres humanos que han sido considerados tradicionalmente en estado vegetativo. Así, técnicas como la neuroimagen han evidenciado la existencia de redes neuronales que pueden desarrollarse con el tiempo dando lugar a estados de mínima consciencia en los que los pacientes tienen intención, atención y memoria, y presentan signos de apercibirse de los demás y del ambiente *Vid.*, FINS, J., «Neuroética y trastornos de consciencia. Lo que los poetas ya sabían», *Eidon*, 40, 2013, pp. 39-49.

⁵⁷ WASSERMAN, D.; ASCH, A.; BLUSTEIN, J., y PUTNAM, D., «Cognitive disability and moral status», *cit.*

⁵⁸ ISAKO WONG, S., «Duties of justice to citizens with cognitive disabilities», *cit.*, pp.140 y 141.

⁵⁹ ISAKO WONG, S., «Duties of justice to citizens with cognitive disabilities», *cit.*, pp.140 y 141. *Vid.* WASSERMAN, D.; ASCH, A.; BLUSTEIN, J., y PUTNAM, D., «Cognitive disability and moral status», *cit.*

⁶⁰ Este enfoque se ha denominado «aproximación presuntiva», *Vid.* Idem. Lo asume, por ejemplo, ISAKO WONG, S., «Duties of justice to citizens with cognitive disabilities», *cit.*, p. 142.

ción más sólida recurriendo al argumento del potencial de la especie⁶¹ entendido en un sentido abierto y flexible. De esta forma, sería posible afirmar que los seres humanos –bien por la existencia de lazos de nacimiento⁶², bien por poseer ciertas estructuras orgánicas básicas⁶³, bien por su común humanidad⁶⁴– pertenecen a una especie que se caracteriza por poseer (o quizá mejor que debe considerarse que posee) el potencial para desarrollar agencia moral –persiguiendo fines y objetivos más grandes o más pequeños– a través ejercicio, como antes señalé, de diversas capacidades, posibilidades y talentos.

En todo caso, el recurso al argumento de la «pertenencia de la especie» presenta también algunos problemas que han sido destacados tanto por los estudios sobre los derechos de las personas con discapacidad como por los estudios sobre los derechos de los animales. Aunque no puedo detenerme en el análisis detallado de estas objeciones sí considero relevante realizar algunas aclaraciones y consideraciones.

En primer término importa señalar que un enfoque –como el que aquí se asume– respetuoso con la diversidad de las capacidades exige descartar la versión del argumento que apela a «la norma de la especie», o cabría decir, «a lo normal de la especie»⁶⁵ –no tanto por su incoherencia en relación con casos hipotéticos de miembros «discapacitados» de especies no humanas genéticamente mejoradas⁶⁶– sino

⁶¹ *Idem*, pp. 142 y 143. WASSERMAN, D.; ASCH, A.; BLUSTEIN, J., y PUTNAM, D., «Cognitive disability and moral status», cit.

⁶² SCANLON, T., *What We Owe Each Other*, Harvard University Press, Cambridge, 2010, mantiene que el hecho de descender de seres humanos aporta una poderosa justificación para la adscripción del mismo estatus moral que a otros seres humanos.

⁶³ Así, por ejemplo, LIAO, S. M., «The Basis of Human Moral Status,» *Journal of Moral Philosophy*, 7 (2), 2010, pp. 159-179, fundamenta la consideración de todos seres humanos, incluidos aquéllos con severas discapacidades cognitivas, como sujetos morales en la presencia de una configuración genética para la agencia moral que todos compartiríamos. En todo caso, puesto que actualmente no conocemos completamente la genética de la agencia moral, este autor señala que es teóricamente posible que existan seres humanos sin dicha configuración. Por ello concluye que lo más práctico es asumir que todos los seres humanos la tienen. *Vid.* una consideración crítica acerca de esta aproximación en LORA, P., «La familia humana y otros animales», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 26, 2010, pp. 17-30, p. 20, nota 7.

⁶⁴ Sobre esta aproximación me detendré con algo más de detalle más adelante cuando analice la aproximación basada en «lo especial de la especie».

⁶⁵ Tomo la distinción entre los planteamientos que apelan a «lo normal» y a «lo especial» de la especie de DE LORA, P., «La familia humana y otros animales», ya citado.

⁶⁶ En ocasiones se recurre a la norma de la especie para justificar la diferencia entre un ser humano con discapacidad y un animal no humano con capacidades cognitivas similares argumentado que mientras que el funcionamiento del ser humano no es adecuado en relación con la «norma de su especie» por lo que diríamos que ha sufrido una desgracia, el del animal sí que lo es, por lo que no consideraríamos que es desafortunado. Como contra-ejemplo se propone el caso del Superchimpancé, un chimpancé mejorado genéticamente para que desarrolle las capacidades cognitivas de un niño humano normal de unos diez años que luego las pierde y vuelve a ser un

por no resultar plenamente inclusivo para los seres humanos que no cuentan con expectativas razonables de alcanzar el rango de capacidades considerado como estándar de la especie⁶⁷.

En este sentido, la perspectiva manejada en este trabajo entroncaría con la versión del argumento que recurre a «lo especial de la especie» –o, valdría decir, a la humanidad compartida como un tipo de relación de afinidad o lealtad basada en la consideración de que los seres humanos compartimos un destino común, formas de vida, modos de interactuar, relaciones especiales, reconocimiento mutuo etc.– como base de la consideración moral⁶⁸. Este enfoque –que apela a un concepto más amplio de ser humano de carácter normativo que se considera inseparable del concepto de persona– introduce una manera de ver a los demás seres humanos, incluidos los que tienen graves discapacidades cognitivas, como parte del nosotros y convierte en apropiadas ciertas actitudes y respuestas que –por lo que interesa a la argumentación aquí desarrollada– exigiría tratar a todos los seres humanos como sujetos morales potenciales.

chimpancé ordinario. Según McMAHAN, M., *The Ethics of Killing*, cit., pp. 16 y ss. en este caso también deberíamos decir que el chimpancé ha sufrido un infortunio, lo que minaría la justificación basada en la norma de la especie. Vid. una consideración crítica de este argumento en KITTAY, E., «At the Margins of Moral Personhood», cit., pp. 112 y 113.

⁶⁷ Esta aproximación resulta problemática no solo cuando la norma de la especie se identifica con la capacidad actual o potencial de desarrollar una determinada capacidad cognitiva sofisticada como la racionalidad, la inteligencia o la autoconciencia (como parece que sostendría FINIS, J., «The Fragile Case for Euthanasia: a Reply to John Harris» en KEOWN, J., (ed), *Euthanasia Examined*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, p. 48) sino también cuando la norma de la especie se identifica (como en el caso de NUSSBAUM, M., *Las fronteras sobre la justicia*, cit., pp. 177 y ss.) con una lista, más abierta, de capacidades básicas. Y ello porque para los sujetos que no tienen expectativas de alcanzar un umbral mínimo de desarrollo en las capacidades básicas esta visión conlleva un peligro de estigmatización (en tanto la desviación de la norma se considera una «desgracia terrible», «una situación penosa»); una estrategia de asimilación (en tanto los sujetos desviados no solo deben recibir recursos sociales, sino también ser curados o genéticamente cambiados para ajustarse a la norma) y un menor respeto a su autonomía moral (en tanto la sociedad debe «trabajar sin descanso» para llevar a las personas al nivel de capacidades básicas dictado por la norma de la especie, por lo que esta norma se convierte en el «bien» objetivo para toda la vida de las personas con discapacidad). Vid. un análisis más detallado de estas críticas a la teoría de NUSSBAUM, en mi trabajo ya citado, «La inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos».

⁶⁸ Vid. sobre la aproximación de la co-humanidad WASSERMAN, D.; ASCH, A.; BLUSTEIN, J., y PUTNAM, D., «Cognitive disability and moral status», cit. Como exponentes de esta visión, que presentan diferencias relevantes en sus planteamientos y sus bases filosóficas, DIAMOND, C., «The Importance of Being Human», en COCKBURN, D., (ed.), *Human Beings*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991, pp. 35–62; MULHALL, S., «Fearful Thoughts», *London Review of Books*, 24, 2002; WILLIAMS, B., «The Human Prejudice», *Philosophy as a Humanistic Discipline*, Princeton University Press, Princeton, 2006, pp. 135–152; BYRNE, P., *Philosophical and Ethical Problems in Mental Handicap*, Palgrave, New York, 2000. También KITTAY, E., «At the Margins of Moral Personhood», maneja esta aproximación que es, asimismo, defendida por CARLSON, L., *The faces of intellectual disability*, cit., pp. 154 y ss.

También esta aproximación prometedora –pero que requiere, sin duda, de mayor una mayor fundamentación y profundización– ha sido cuestionada por quienes defienden la posibilidad de adscribir (algún) estatus moral a los animales⁶⁹.

Me parece posible sostener que el argumento central de esta crítica consiste en la consideración de las personas con graves –y a veces no tan graves⁷⁰– discapacidades cognitivas como «radicalmente» otros⁷¹. Así, se afirma que la pertenencia a la especie humana, que es lo único que «nosotros» (se entiende que los cognitivamente capaces) compartimos con «ellos», los «cognitivamente discapacitados», no implica lazos personales, ni simpatía mutua, ni valores compartidos, ni un compromiso con un cierto modo de vida, ni cooperación social ni ningún otro rasgo de los que son fácilmente reconocibles como bases legítimas de la parcialidad⁷²; lo que nos une, por tanto, son criterios estrictamente biológicos que carecen de relevancia moral. Desde esta premisa, la pretensión de conferir a los seres humanos con graves discapacidades cognitivas el mismo estatus moral que nos corresponde a «nosotros» colapsa en el especieísmo, esto es, es expresión de una preferencia arbitraria por los miembros de la propia especie que discrimina injustificadamente a otras especies y que tiene efectos indeseables⁷³.

Pues bien, a mi modo de ver, esta percepción de los individuos «severamente discapacitados» como un grupo absolutamente alejado del resto de los miembros de la sociedad⁷⁴ con el que no compartimos

⁶⁹ Vid. en esta línea el trabajo de McMAHAN, J., «Our Fellow Creatures», *The Journal of Ethics*, 9, 2005, pp. 353–380 con cuyas objeciones coincide DE LORA, P., «La familia humana y otros animales», *cit.*, pp. 22 y ss.

⁷⁰ Y es que, en efecto, estos autores no solo usan en muchos casos una terminología peyorativa sino que en ocasiones olvidan incorporar en sus «etiquetas» el calificativo de grave o severa y aunque sus preferidos son los ejemplos de situaciones extremas, fomentan la generalización de sus conclusiones a otros casos más moderados, e incluso en ocasiones se refieren a ejemplos como el de los niños con síndrome de Dwon.

⁷¹ CARLSON, L., *The faces of intellectual disability*, *cit.*, pp. 144 y ss.

⁷² McMahan, J., «Cognitive Disability, Misfortune, and Justice», *Philosophy and Public Affairs*, 25(1), pp. 3–35, p. 34. Vid. también McMAHAN, J., «Our Fellow Creatures», *cit.*, pp. 363-365.

⁷³ Efectos que se considera no se compensan por lo muy bien que así tratamos a los seres humanos «severamente discapacitados», DE LORA, P., «La familia humana y otros animales», *cit.*, p. 26. La parcialidad, según McMAHAN, J., «Our Fellow Creatures», *cit.*, p.361 tampoco compensa en términos cuantitativos, atendiendo al número de seres implicados.

⁷⁴ Como pone de relieve CARLSON, L., *The faces of intellectual disability*, *cit.*, p. 152 las comparaciones a las que se recurre (que no son las de los grandes simios, sino las de los perros o los cerdos); los ejemplos de situaciones extremas; la discusión solo de los casos más graves (si bien luego se tiende a generalizar sobre su condición), la insistencia de que «ellos» comparten más rasgos con los animales que con «nosotros», y «nosotros» tenemos más en común con ciertos animales o con los marcianos inteligentes que con «ellos» se orientan a deshumanizar a los individuos con discapacidad cognitiva fomentando esta percepción.

nada salvo la biología descansa en la perversa, peligrosa y potencialmente excluyente dicotomía «nosotros/ellos»⁷⁵ que la teoría de los derechos se ha esforzado por derrumbar y no tiene por qué ser asumida como un axioma incuestionable en tanto se basa, de nuevo, en una descripción errónea del colectivo que puede ser contestada apelando a la experiencia y a la historia real de la discapacidad como una historia de horizontes que se van abriendo⁷⁶. Por otro lado, es importante aclarar –y por ello la llamada de atención de los teóricos de los derechos de los animales tiene sentido– que la aproximación desarrollada en estas páginas se orienta únicamente a justificar la igual consideración moral de todos los seres humanos, sin prejuzgar el tratamiento que deba darse a otros seres (sin incurrir, por tanto, en el especieísmo, ni en ningún tipo de explotación conceptual de los animales no humanos)⁷⁷. La argumentación parte de la consideración de que la selección de alguna (o algunas) capacidad cognitiva sofisticada como lo más –o incluso lo único– importante en la determinación de la personalidad moral tiene un componente de arbitrariedad⁷⁸ en tanto desprecia otras dimensiones humanas relevantes constituyendo un privilegio injustificado que discrimina a los seres humanos con

⁷⁵ No podemos olvidar que históricamente el estatus moral de los seres humanos que han sido considerados integrantes de un grupo percibido como «otro» ha sido rutinariamente negado (extranjeros, minorías raciales, mujeres, personas con discapacidad física), JAWORSKA, A., y TANNENBAUM, J., «The Grounds of Moral Status», cit. Y tampoco que esta exclusión ha estado vinculada en ocasiones a su animalización, CARLSON, L., *The faces of intellectual disability*, cit., p. 132.

⁷⁶ KITTAY, E., «At the Margins of Moral Personhood», cit., pp. 126 y ss.

⁷⁷ En este sentido, me parece perfectamente razonable suponer que una teoría puede estar comprometida con la consideración de que todos los seres humanos merecen el mismo respeto porque son nuestros semejantes y no extraer de esta afirmación conclusiones que impliquen justificar ni perpetuar el mal trato que en la actualidad damos a los animales. Considero que no tiene por qué existir un conflicto radical –como los defensores de los derechos de los animales parecen presuponer– entre los intereses de las personas con graves discapacidades cognitivas y los animales no humanos de tal manera que para tratar mejor a los segundos, necesariamente tengamos que tratar peor a las primeras. Pero, más aún, no es solo que la aproximación asumida en estas páginas sea compatible con la atribución de (algún) estatus moral a los animales sobre la base de su capacidad para sentir o sufrir es que, además, la apelación a la capacidad o al potencial de algunas especies para compartir nuestra vida en común de formas diversas pero, en todo caso, importantes podría elevar el estatus de algunos animales más allá de su consideración como pacientes morales y atribuirles algún grado agencia moral. La posibilidad de que otros seres no humanos compartan nuestra vida en común y desempeñen funciones socialmente relevantes destacada por McMAHAN, J., «Our Fellow Creatures», cit., pp. 364 y 355, no sería una debilidad de esta aproximación, sino una fortaleza que, además, podría emplearse para abordar situaciones como la de los robots (Vid, sobre esta cuestión DE ASÍS, R., *Una mirada a la robótica desde los derechos humanos*, Dykison, Madrid, 2015). En todo caso, en este punto otra vez el autor vuelve a considerar erróneamente que algunas personas con discapacidad no pueden participar de ninguna forma en las relaciones humanas que integran nuestra forma de vida y de nuevo considera que los animales pueden participar de forma más significativa que estos individuos.

⁷⁸ KITTAY, E., «At the Margins of Moral Personhood», cit., p. 212.

discapacidad⁷⁹. A mi juicio, los defensores de los derechos de los animales deberían sumarse al cuestionamiento de este privilegio y no contribuir a perpetuarlo y fortalecerlo⁸⁰. Finalmente, conviene insistir en que la aproximación que se ha intentado defender en estas páginas no es parcial. Por un lado, porque de hecho compartimos mucho más de lo que estos autores suponen con los seres humanos con importantes discapacidades cognitivas. Y, de otro, porque tratar a los individuos como sujetos que poseen potencial de desarrollo moral hace mucho más probable su florecimiento efectivo alterando lo que son capaces de hacer⁸¹. En estas coordenadas afirmar la igual consideración moral de todos los individuos no tiene por qué ser interpretada como un «prejuicio humano» que necesariamente atenta contra la condición de otros seres, sino que se presenta como una exigencia moralmente defendible.

Las reflexiones desarrolladas en este apartado han pretendido contribuir a señalar algunos caminos que pueden conducir a tomarnos en serio la idea, tan manida en el discurso teórico y práctico de los derechos, del igual valor inherente de todos los seres humanos⁸². Relacionarnos con las personas con discapacidad considerando que cualquie-

⁷⁹ En este sentido y usando la estrategia de los estudios de los derechos de los animales no sería descabellado calificar esta discriminación de *disablism*, para poner de relieve su conexión con el sexismo o el racismo.

⁸⁰ Y ello no solo porque esta estrategia podría ser mucho más interesante para sus pretensiones, sino también porque los problemas de falta de inclusión, conclusiones contraintuitivas y efectos perversos que les sirven para rechazar la validez general del argumento de la pertenencia a la especie en cualquiera de sus versiones son aplicables con mayor razón a la aproximación de las capacidades sofisticadas que 1) se muestra excluyente –no con ingeniosos experimentos mentales que apelan a casos hipotéticos de marcianos inteligentes y animales genéticamente mejorados que son valiosos en tanto contribuyen a poner de relieve los límites y lagunas de estas teorías pero que no son concluyentes para desacreditarlas totalmente– sino con seres humanos reales que están aquí, ahora y que forman parte de nuestras familias y comunidades, 2) que genera consecuencias sumamente perturbadoras que no se compensan por lo mal que se puede seguir tratando desde este enfoque –que es el tradicional– a los animales no humanos y 3) que se enfrenta a la poderosa intuición comúnmente compartida del igual valor asociado a todos seres humanos. En este sentido DONALDSON, S., y KYMLICKA, W., «Rethinking membership and participation in an inclusive democracy: cognitive disability, children, animals», cit. han señalado que al no cuestionar este privilegio y recurrir a comparaciones perversas se entra en una especie de competición «de suma cero» con respecto a quien cae más cerca de la norma privilegiada que no beneficia a ninguno de los colectivos y han propuesto una nueva alianza entre la teoría de los derechos de los niños, las personas con discapacidad cognitiva y los animales que incide en algunos aspectos que se han resaltado en este trabajo.

⁸¹ JAWORSKA, A., y TANNENBAUM, J., «Person-Rearing Relationships as a Key to Higher Moral Status», cit., pp. 270 y 271.

⁸² La afirmación de que «si tú eres humano, tienes un valor especial» no tiene por qué significar –como interpreta SINGER, P., «Speciesism and moral status», cit., pp. 335– que «solo si tú eres humano, tienes un valor especial», Byrne, P., *Philosophical and Ethical Problems*, cit., pp. 51-52. La interpretación de Singer supone si tú eres un ser humano con capacidades cognitivas, tienes el más alto valor y si eres un ser humano sin esas capacidades o un animal, tienes menos.

ra que sea el tipo y gravedad de su diversidad funcional son sujetos morales que deben poder participar en el debate moral y, por ende, aspirar a desarrollar sus propios planes y proyectos de vida, hasta donde sea posible, es entender que son merecedoras de igual consideración y respeto, esto es, supone reconocer su dignidad.

3.1.2. DIGNIDAD Y COOPERACIÓN SOCIAL

Como antes se indicó, la idea de dignidad se ha relacionado en la versión estándar de la teoría de los derechos con la contribución de los individuos a la sociedad y esa contribución, tradicionalmente, se ha definido en términos de beneficio mutuo y utilidad social. Desde este enfoque, los individuos que participan en la discusión moral se caracterizan por su «homogeneidad», deben ser sujetos racionales, independientes, con necesidades parecidas y capaces de un «nivel normal» de productividad y cooperación social⁸³. Pues bien, según también se advirtió, algunas personas con discapacidad pueden no ser ciudadanos «plenamente cooperantes» de acuerdo con esta visión. En este sentido, la teoría de los derechos humanos –sea, o no, de corte contractualista– debe replantearse la cuestión de los fines de la cooperación social. La ventaja recíproca y la utilidad social no tienen por qué ser considerados necesariamente como los lazos más fuertes que unen a los individuos en una comunidad⁸⁴.

En este ámbito se ha propuesto la relación de confianza mutua como el candidato idóneo para sustituir a la idea de cooperación negociadora orientada al beneficio mutuo. La confianza se presenta en muchos sentidos como una «relación humana paradigmática» como una interacción humana fundacional que resulta esencial para la coo-

⁸³ De nuevo la teoría de Rawls es paradigmática en este sentido. Así, en su construcción la exclusión de las personas con grave discapacidad física se justifica porque, aunque en este caso las personas podrían ser «plenamente cooperantes», en el sentido de «normalmente productivas» siempre que se establezcan ciertas adaptaciones y condiciones sociales, el excesivo coste que puede comportar la adopción de estas medidas parece no compensar al resultar ineficiente en términos económicos, lo que conduce a cuestionar el requisito de la «reciprocidad». Como apunta NUSSBAUM, M., *Las fronteras de la justicia*, cit., pp. 116 y 117 si el acuerdo de cooperación es «para obtener un beneficio mutuo los participantes deberán juntarse con personas de cuya cooperación esperar obtener algo, no con personas con necesidades inusuales y costosas, que no puedan contribuir demasiado al producto social y que, por tanto, reducen el nivel de bienestar del conjunto de la sociedad». En relación con las personas con discapacidades mentales e intelectuales a las razones de productividad y de coste social se suman otras más profundas. Las personas con discapacidad mental e intelectual son directamente descalificadas como ciudadanos porque carecen de las capacidades morales necesarias para comprender los términos del acuerdo de reciprocidad.

⁸⁴ *Idem*, p. 167 señala «No necesitamos ganarnos el respeto de los demás siendo productivos...La sociedad está unida por un amplio abanico de afectos y compromisos, solo algunos de los cuales tienen que ver con la productividad. La productividad es necesaria, e incluso buena, pero no es la finalidad principal de la vida social». *Vid.* también *Idem*, p.140.

peración social y para el desarrollo de un sistema de justicia. En una cultura de la confianza, a diferencia de lo que sucede en una cultura negociadora, las personas con discapacidad pueden ser tanto participantes como beneficiarios igualmente importantes de la empresa de la justicia⁸⁵. En efecto, a diferencia de la negociación, la confianza no requiere de un razonamiento sofisticado y no se basa en las contribuciones materiales de los demás ni en la reciprocidad directa de los beneficios, por lo que no reclama la homogeneidad ni la simetría de las partes. Y se muestra como una relación accesible para todas las personas, de manera que quienes no pueden ser considerados como negociadores racionales e independientes sí pueden, sin embargo, participar en los procesos de creación y fortalecimiento de la confianza⁸⁶. El fin de la confianza ofrece una imagen de la cooperación más compleja que no genera beneficios materiales entre las partes de manera directa, pero que sí genera un importante beneficio social: las interacciones entre los participantes enriquecen a la propia comunidad y la contribución a ese clima social de confianza les reporta beneficios. Según Silvers y Francis, la dinámica social basada en la idea de confiar y recibir confianza refuerza el respeto mutuo, la obligación de los más «capaces» de dar o de dar más a los menos «capaces», y alienta la reciprocidad indirecta basada en la expectativa de ser beneficiado «no por los destinatarios reales de nuestras buenas obras, pero sí mediante la estimulación de un ambiente en el que la gente está dispuesta a ayudar a cada uno de los otros»⁸⁷.

A mi modo de ver, esta reflexión entronca con la importancia del valor de la solidaridad en el discurso de los derechos que debe enfatizarse en el tratamiento de la discapacidad⁸⁸ y reemplaza la imagen de la sociedad como un conjunto de negociadores independientes que actúan en su propio interés para conseguir mutuos beneficios por una imagen de una comunidad de sujetos interdependientes que tienen en cuenta la situación, los intereses y puntos de vista de los demás y que confían, se apoyan y cooperan en el desarrollo de sus planes y proyectos de vida.

3.2. La renovación de la autonomía

La reconstrucción del discurso de los derechos en términos incluyentes para las personas con discapacidad exige reemplazar su consideración como individuos no autónomos por su contemplación como sujetos a quienes se les ha negado la autonomía. Lo anterior implica

⁸⁵ SILVERS, A., y FRANCIS, L. P., «Justice through Trust...», *cit.*, pp. 43 y 44.

⁸⁶ *Idem*, pp. 68 y 73.

⁸⁷ *Idem*, p. 70.

⁸⁸ CAMPOY CERVERA, I., «Una aproximación a las nuevas líneas de fundamentación de los derechos de las personas con discapacidad», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 8, pp. 125-155, pp. 134y ss.

entender la autonomía no como un punto de partida, sino como un punto de llegada⁸⁹ y reclama, de nuevo, tanto la extensión a las personas con discapacidad la visión tradicional de la autonomía como completar y reconstruir esa visión.

Como primer paso es necesario cuestionar la justificación del diferente resultado que la ponderación entre el principio de autonomía y el principio de protección arroja en función de que entre e juego, o no, el factor de la discapacidad. Este balance en el caso de las personas sin discapacidad cae casi siempre, incluso cuando esas elecciones son claramente irracionales y no están basadas en su «mejor interés», del lado de la autonomía. Ciertamente, en situaciones extremas se justifican medidas paternalistas que, como último recurso, pueden implicar la sustitución de la persona en la toma de sus decisiones. En todo caso, se trata de casos excepcionales en los que se exige la concurrencia de una serie de elementos –que permiten considerar a los ciudadanos «normales» puntualmente como incompetentes básicos– y que se rodean de robustas garantías⁹⁰. Sin embargo, en el caso de las personas con discapacidad la ponderación siempre arroja como resultado la primacía del principio de protección sin que se requiera la concurrencia de los elementos ni las salvaguardas que se exigen en el caso de las personas normales⁹¹. Desde esta óptica las personas con discapacidad (generalmente, aunque de nuevo no únicamente, personas con discapacidades mentales e intelectuales) son tratadas como incompetentes básicos «naturales» en relación con todas sus decisiones y son generalmente reemplazados en su adopción.

En este punto, la teoría de los derechos debe re-balancear el conflicto entre la protección y la autonomía atendiendo a la dignidad del riesgo y al derecho de las personas con discapacidad a cometer también sus propios errores como parte del crecimiento humano⁹². Las personas con discapacidad también pueden ser «sujetos» de medidas

⁸⁹ AÑÓN ROIG, M. J., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 197.

⁹⁰ *Vid.* sobre el paternalismo RAMIRO AVILÉS, M. A., «A vueltas con el paternalismo jurídico», *Derechos y Libertades*, 15, 2006, pp. 229-230. Los metacriterios que permitirían declarar la incompetencia básica de una persona serían la ignorancia o falta de información, la compulsión y la ausencia de racionalidad. *Vid.* GARZÓN VALDÉS, E., «¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?», *Doxa*, 5, 1988, pp. 155-173, pp. 165-167.

⁹¹ Así se indica, por ejemplo, que las medidas paternalistas deben orientarse a evitar un daño grave e irreparable a la persona, deben ser lo menos restrictivas posible para su autonomía orientándose a proteger el proceso de formación de su voluntad, deben respetar su concepción del bien, etc. *Vid.* la idea de consentimiento hipotético u orientado hacia el futuro que propone DWORKIN, G., «Paternalismo» en BETEGON, J., y DE PÁRAMO, J. R., (dirs.), *Derecho y Moral*, Ariel, Barcelona, 1990, pp. 156 y ss.

⁹² QUINN, G., «Concept paper. Personhood and legal capacity. Perspective of Paradigm Shift of art. 12 CRDP», HPOD Conference, Harvard Law School, 20 de febrero de 2010, pp. 11 y ss., y Bach, M., y Kerzner, L., «A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity», *cit.*, pp. 86 y 88.

paternalistas, pero nunca por razón de discapacidad y, por tanto, en las mismas situaciones y con las mismas garantías que el resto de los ciudadanos. El paternalismo para considerarse justificado no puede establecer soluciones generales amparándose en la especificidad del colectivo o estableciendo grados de discernimiento, que no resultan neutros y que solo se aplican a las personas con discapacidad.⁹³

En segundo lugar en el contexto de la discapacidad, pero también en otros, debe abogarse por un concepto complejo y robusto de autonomía integrado por dos tipos de contenidos: un contenido negativo, que exige la no intervención o invasión del Estado y de terceros en la esfera de poder de elección autónoma de la persona y que se corresponde con la visión clásica de la autonomía y un contenido de tipo positivo, que reclamaría la intervención activa del Estado y de la sociedad para promover y favorecer el poder de elección autónoma de la persona⁹⁴.

La dimensión negativa de la autonomía requiere el respeto de la libre elección de planes vida que no puede verse restringida por razón de discapacidad. Las elecciones de vida de estas personas han de ser siempre respetadas en la misma medida que las del resto de los ciudadanos. La dimensión positiva de la autonomía reclama que, en aquellas situaciones en las que las diferencias que, efectivamente, algunos individuos presentan en sus capacidades y talentos puedan generar dificultades en la elección de planes y proyectos de vida se adopten las medidas o instrumentos pertinentes para eliminar o paliar dichos obstáculos. De lo que se trata, por tanto, es de promover y maximizar la autonomía y no de negarla, entorpecerla o impedirle. De esta forma, la visión de las personas con discapacidad como sujetos igualmente dignos requiere no solo remover las barreras que restringen su desarrollo moral autónomo, sino también habilitarles, apoyarles y asistirles para que puedan tomar sus propias decisiones.

En relación con esta apreciación, importa también destruir el mito del ejercicio independiente de la autonomía que, de nuevo, se ha mostrado excluyente para las personas con discapacidad que pueden depender de otros en formas importantes para expresar y formular sus concepciones del bien.⁹⁵ Afirmar seriamente que la autonomía prohíbe la asistencia y la interacción con otros en la elaboración y puesta en marcha de planes y proyectos de vida supondría denegar la agencia moral a todos los individuos⁹⁶. Tampoco los sujetos «normales» adoptan sus elecciones de manera aislada y absolutamente independiente.

⁹³ DE ASÍS ROIG, R., *Sobre discapacidad y derechos*, cit., p. 59.

⁹⁴ DE ASÍS ROIG, R., y BARRANCO AVILÉS, M. C., «El derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia» en Barranco Avilés, M. C., (coord.), *Situaciones de dependencia, discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid, pp.107-131, pp. 110 y 111.

⁹⁵ FRANCIS, L. P., y SILVERS, A., «Liberalism and Individually Scripted Ideas of the Good: Meeting the Challenge of Dependent Agency», *Social Theory and Practice*, 33, 2, 2007, pp. 311-334, p. 332.

⁹⁶ Vid. SILVERS, A., y FRANCIS, L. P., «Thinking about the good...», cit., p. 249.

Deciden influidos por el contexto social, económico, familiar etc., y/o aconsejados o asistidos por terceros. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con las personas con discapacidad, estas «dependencias» no acarrearán la pérdida de su libertad para adoptar sus propias decisiones.

En este punto importa destacar que la autonomía no es solitaria, sino que en la práctica es interdependiente o relacional⁹⁷. El concepto de «autonomía relacional» –desarrollado en el ámbito de la filosofía del feminismo– revela que la toma de decisiones no es un proceso exclusivamente «individual», pero, además, insiste en que la propia identidad de la persona se conforma en el contexto de una compleja red de relaciones y está fuertemente condicionada por factores sociales. Nuestra identidad no es algo construido solo en primera persona, sino que también terceras personas contribuyen a su formación⁹⁸. Otra vez los estudios en el campo de la neurociencia prueban que la mente no es una entidad atomista y que su funcionamiento depende tanto de estructuras biológicas como de factores sociales, culturales e interpersonales⁹⁹. En síntesis, de nuevo por lo que respecta a la cuestión de la dependencia, la diferencia entre las personas con discapacidad y sin discapacidad es solo gradual, la situación de las primeras es únicamente una versión más visible y extensiva del lugar común¹⁰⁰. Las personas con discapacidad, al igual que las personas sin discapacidad, tienen concepciones personalizadas del bien que deben ser respetadas aunque algunas de ellas no hayan sido formuladas o comunicadas completamente por ellos mismos.

Algunas personas con discapacidad pueden depender de otros para el ejercicio de su autonomía en diferentes formas y niveles. Pueden necesitar asistencia para comunicar sus elecciones¹⁰¹ y/o para la

⁹⁷ *Ibidem*. También destacan esta idea Bach, M., y Kerzner, L., «A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity», *cit.*, pp. 39 y ss. *Vid.* sobre el concepto de autonomía relacional Mackenzie, C., y Stoljar, N. (ed.), *Relational Autonomy*, Oxford University Press, New York, 2000.

⁹⁸ LINDEMANN, H., «Holding one another (well, wrongly, clumsily) in time of dementia», KITTAY, E. F., y CARLSON, L., *Cognitive Disability and its Challenges to Moral Philosophy*, *cit.*, pp. 161-169.

⁹⁹ En apoyo de esta consideración ver de nuevo Damasio, A., *Self comes to mind*, *cit.*

¹⁰⁰ BACH, M., y KERZNER, L., «A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity», *cit.*, p. 84, FRANCIS, L. P., y SILVERS, A., «Liberalism and Individually Scripted Ideas of the Good», *cit.*, pp. 331 y 332. *Vid.* también QUINN, G., «An ideas paper. “Rethinking Personhood: New Directions in Legal Capacity Law & Policy.” Or How to Put the “Shift” back into “Paradigm Shift”», Conferencia pronunciada en University of British Columbia, Vancouver, Canada, 29 de abril de 2011, disponible en <http://www.nuigalway.ie/cdlp/documents/events/Vancouver%20GQfinal.pdf>. (consultada por última vez 30 de mayo de 2015).

¹⁰¹ En este punto Jennings, B., «Agency and moral relationship in dementia» en KITTAY, E. F., y CARLSON, L., *Cognitive Disability and its challenges to moral philosophy*, *cit.*, pp. 171-182, pp. 176 y ss. propone el concepto de «agencia semántica» relativo a la capacidad para comunicar, participar en relaciones significativas y comprender y evaluar esa comunicación. La comunicación no se identifica con la comunicación semiótica, sino que se amplía a gestos, contactos, expresiones faciales, posturas, contacto visual como medios de expresión de la agencia semántica.

propia formación de sus planes de vida¹⁰², e incluso para la reconstrucción de sus ideales morales¹⁰³. Todas estas relaciones de interdependencia, que deben estar presididas por el respeto de la identidad de la persona, pueden revelar la agencia moral poniéndola en práctica. La teoría de los derechos debe reconocer y valorar estos mecanismos de agencia dependiente y ofrecer parámetros para que la misma se articule no como una forma de restringir la autonomía, sino de potenciarla. Desde estos parámetros un tratamiento adecuado de la discapacidad exigiría establecer entre el modelo antipaternalista que confía en la autorrepresentación de las experiencias subjetivas y el modelo paternalista que confía en el juicio de un tercero acerca del bienestar objetivo –al que responde el estándar del «mejor interés»– un modelo intermedio que permita que las concepciones subjetivas del bien de los sujetos que tienen dificultades para desarrollar su autonomía puedan ser, en diversos grados, mediadas, interpretadas y representadas por otros¹⁰⁴.

3.3 La renovación de la igualdad

Como antes se indicó, en el discurso estándar de los derechos la discapacidad, como factor de vulnerabilidad, ha sido abordada desde el enfoque individual, el modelo médico y el proceso de especificación. Pues bien, a mi modo de ver, esta perspectiva contribuye a la estigmatización y minusvaloración de las personas con discapacidad, perpetuando su imagen como sujetos especiales, fuera de lo normal¹⁰⁵. Una aproximación adecuada a la discapacidad exige su tratamiento

¹⁰² SILVERS, A., y FRANCIS, L. P., «Justice through Trust», *cit.*, pp. 247 y ss. plantean el «pensamiento asistido» como una práctica protésica que difiere en extensión e implementación pero no en naturaleza de las interacciones sociales que permiten a las personas «normales» formular sus propias concepciones del bien. Su función sería similar a la de las prótesis que utilizan las personas con discapacidades físicas.

¹⁰³ JENNINGS, B., «Agency and moral relationship in dementia», *cit.*, pp. 176 y ss. alude también al concepto de *memorial personhood* que significa ser una persona en la imaginación y memoria de otros y que exige el esfuerzo de rememorar la historia de vida de la persona para decidir de acuerdo con ella. Como antes se dijo, también BACH, M., y KERZNER, L., «A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity», *cit.*, pp. 63 y ss. abogan por una aproximación narrativa a la agencia humana que es lo que hace razonable las decisiones que dan efecto a las intenciones de las personas que no pueden comunicarse por ningún medio y no el estándar abstracto de la «persona razonable» o del «mejor interés».

¹⁰⁴ DONALDSON, S., y KYMLICKA, W., «Rethinking membership and participation in an inclusive democracy: cognitive disability, children, animals», *cit.*

¹⁰⁵ DE ASÍS ROIG, R. de, «Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos» en Campoy Cervera, I., y Palacios, A., (coords.), *Igualdad, No Discriminación y Discapacidad. Una visión integradora de las realidades española y argentina*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 17-50, p. 34. También Barranco Avilés, M. C., *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 22 y 23.

desde el enfoque de la situación, el modelo social y el proceso de generalización.

Así, en primer lugar, el discurso de los derechos debe proyectar en la discapacidad la renovada comprensión de la vulnerabilidad que ha comenzado a consolidarse en relación con otros colectivos y que encuentra dificultades específicas en este contexto en el que la ideología de la normalización se muestra especialmente resistente¹⁰⁶. Esta nueva visión supone reemplazar la consideración de la vulnerabilidad como una condición personal compartida por los miembros de un grupo que refleja una cierta fragilidad por su comprensión como una situación producto de una construcción social y de relaciones de poder.

En conexión con lo anterior, el discurso de los derechos debe asumir los presupuestos básicos del modelo social de tratamiento de la discapacidad. La idea fuerza de este modelo radica en entender que la discapacidad no es tanto un rasgo individual, sino una situación provocada por la interacción entre la diversidad funcional y el diseño de la sociedad desde los parámetros psíquicos y físicos del estereotipo culturalmente dominante¹⁰⁷. Esta visión, conduce a redefinir el objeto de la normalización que pasa a ser la sociedad, y no las personas, cobrando una relevancia esencial la eliminación de barreras no solo físicas, sino también, comunicacionales, cognitivas y actitudinales. Y, en este sentido, la accesibilidad universal debe convertirse en uno de los grandes principios, conectado intrínsecamente con el principio de igualdad, del discurso de los derechos¹⁰⁸.

En estas coordenadas, el proceso de generalización, que se caracteriza por ampliar o extender la titularidad de los derechos universales haciéndola menos «abstracta» con el objetivo de incluir a más sujetos «reales»¹⁰⁹, se presenta como el punto de vista más adecuado desde el que afrontar el tratamiento de los derechos de las personas con discapacidad. Lo anterior supone que las herramientas básicas para la satisfacción de los derechos de las personas con discapacidad deben basarse en las dos proyecciones clásicas de la igualdad –la diferenciación negativa y la diferenciación positiva– generalizando y haciendo efectivos los derechos humanos a este colectivo y que el discurso de los derechos de las personas con discapacidad debe estar centrado en situaciones y no en rasgos individualizadores¹¹⁰.

En cualquier caso la adopción del modelo social como enfoque como principal no supone que la teoría de los derechos no deba abrirse también a otros modelos.

¹⁰⁶ CUENCA GÓMEZ, P., «Discapacidad, normalidad y derechos humanos» en BARRANCO AVILÉS, M. C., y CHURRUCA MUGURUZA, C., *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Tirant Lo Blanch, 2014, pp. 25-65.

¹⁰⁷ *Vid.* sobre el modelo social, PALACIOS, A., *El modelo social...*, obra ya citada.

¹⁰⁸ DE ASÍS ROIG, R., *Sobre discapacidad y derechos*, cit., pp. 76 y ss.

¹⁰⁹ BARRANCO AVILÉS, M. C., *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, cit., p. 22.

¹¹⁰ DE ASÍS ROIG, R. De, *Derechos humanos y discapacidad*, cit., p. 73.

En este punto cobran relevancia el modelo de la diversidad y el modelo de la identidad. El primero exalta el valor de la diversidad representada por la discapacidad que se considera como un factor enriquecedor de la sociedad¹¹¹. El segundo defendido por la comunidad sorda, considera que esta comunidad constituye una minoría cultural y lingüística con una identidad común, construida en torno al uso de la lengua de signos, que debe ser respetada, preservada y promovida. Desde este punto de vista, el modelo de la identidad se apoya en la especialidad del colectivo y adopta un enfoque del proceso de especificación justificando con argumentos de corte identitario la existencia de derechos propios de la comunidad sorda, que aparecería concebida como una minoría cultural y lingüística¹¹².

A mi modo de ver, una buena teoría de los derechos debe tener en cuenta el valor de la diversidad y combinar la perspectiva universalista, como punto de vista principal, con la visión particularista atenta a las demandas culturales.

4. EL RECONOCIMIENTO DE (NUEVOS) DERECHOS A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Pues bien, la necesaria renovación del discurso teórico, cuyos rasgos esenciales he tratado de esbozar en los apartados anteriores, tiene importantes consecuencias en términos de reconocimiento de derechos. Estas implicaciones han sido, en gran medida, asumidas por la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (en adelante CDPD).

De un lado, desde esta nueva visión, las restricciones y limitaciones que las personas con discapacidad que no logran ajustarse a los parámetros de normalidad encuentran en el reconocimiento, ejercicio y disfrute de los derechos «comunes» ya no se consideran naturales, inevitables o necesarias, sino que se revelan como netamente discriminatorias¹¹³. En

¹¹¹ DE ASÍS ROIG, R. «Presentación» en PALACIOS, A., y ROMAÑACH, J., *El modelo de la diversidad*, AIES, Madrid, 2006, pp. 15-25. Este modelo propugna un cambio terminológico que erradique cualquier connotación negativa relativa a la discapacidad proponiendo el uso de la expresión personas con diversidad funcional y pone el énfasis en la idea de igual dignidad en la diferencia, exigiendo una aplicación coherente en todos los ámbitos –y especialmente en el biomédico– de la consideración de que la vida de todas las personas, con o sin diversidad funcional, tiene el mismo valor y reclamando el respeto de su autonomía.

¹¹² Esta es la posición de LANE, H., «Ethnicity, ethics, and the deaf-world», *Journal of Deaf Studies and Deaf Education*, 10, 3, 2005, pp. 291-310. Vid. sobre este planteamiento RAMIRO AVILÉS, M. A., «Lengua de signos y audismo» en CUENCA GÓMEZ, P. (ed.), *Estudios sobre los derechos de las personas sordas*, Dykinson, Madrid, 2012 pp. 61-98.

¹¹³ Vid. en este sentido la definición de la discriminación por motivos de discapacidad contenida en el artículo 2 de la CDPD y la recurrente insistencia en la formula-

conexión con lo anterior, la efectiva generalización de los derechos universales en condiciones de igualdad exige adaptar su formulación abstracta y sus condiciones generales de ejercicio, pensadas por y para un titular estándar, a la situación, necesidades y circunstancias concretas de existencia de las personas con discapacidad¹¹⁴. En este sentido, podría señalarse que en el contexto de la discapacidad se deben generalizar derechos especificando contenidos, modalidades de ejercicio, medidas instrumentales o garantías adicionales.

Por otro lado, la incursión de la discapacidad en el discurso de los derechos justifica la aparición de nuevas demandas morales que podrían configurarse –en algún sentido– como nuevos derechos¹¹⁵. En conjunto estos derechos –a diferencia de lo que sucede con los derechos «especiales» en el enfoque tradicional– no se desenvuelven prioritariamente en el ámbito de la atención médica y la asistencia social y no tienen por qué considerarse exclusivos de las personas con discapacidad. Estos derechos se presentan como demandas esenciales del discurso de los derechos y de alguna forma como condiciones de disfrute del resto¹¹⁶, se justifican en la necesidad de superar situaciones de discriminación, que afectan especialmente pero quizá no exclusivamente a las personas con discapacidad, y entroncan, por tanto, con la pretensión de universalidad de los derechos. Siguiendo a De Asís podríamos decir que estos nuevos derechos –que aparecen contempla-

ción de los diferentes derechos a la necesidad de reconocerlos en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna.

¹¹⁴ En este punto la CDPD emplea diferentes estrategias añadiendo una textura semántica adicional a algunos derechos, estableciendo con detalle las medidas que se requieren para implementarlos, garantizarlos y hacerlos efectivos, o extendiendo algunos derechos «comunes» dando lugar a novedosas formulaciones o categorías separadas de derechos –aunque no exactamente a nuevos derechos en tanto pueden ser entendidos como una combinación, amplificación o reordenación del contenido de derechos anteriores– que son más sensibles con hacia la realidad de las personas con discapacidad y la responsabilidad que en el origen y mantenimiento de situaciones de discriminación tienen no solo los poderes públicos, sino también los poderes privados y la sociedad en general. Vid. sobre estas estrategias CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad*, cit., pp. 166 y ss., siguiendo a MEGRET, F., «The disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?», *Humans Rights Quarterly*, 30, 2008, pp. 494-516.

¹¹⁵ En este sentido, importa aclarar que es dudoso que puedan considerarse «auténticos» nuevos derechos en el sentido de que no surgen de «una mutación de las circunstancias sociales y del sistema axiológico sino que, más bien, han de ser vistos como instrumentos que permiten hacer efectivo el ejercicio de los derechos y las libertades ya reconocidos» RODRÍGUEZ PALOP, M. E., *La nueva generación de derechos humanos*, Dykinson, Madrid, 2.ª edición, 2011, p. 35. Se trataría en este sentido de derechos que encajarían en la categoría de los «derechos cotidianos» que tienen como objetivo «poner en funcionamiento a los que ya han sido reconocidos en el Ordenamiento jurídico como derechos humanos y/o están consolidados como tales en nuestro sistema político». Así, con estos derechos lo que se pretende es «ampliar el horizonte democrático, a fin de incluir en su seno a grupos que permanecen materialmente al margen de la toma de decisiones y de las estructuras de la sociedad».

¹¹⁶ DE ASÍS ROIG, R., *Sobre discapacidad y derechos*, cit. p. 101.

dos en la CDPD– serían el derecho a la capacidad jurídica (que comprende el derecho a una igual capacidad y a los apoyos necesarios en la toma de decisiones) el derecho a la accesibilidad universal (que comprende el derecho a una igual accesibilidad y a los ajustes razonables) el derecho a elegir una forma de vida (y a la asistencia necesaria para desarrollar las actividades fundamentales de la vida diaria) y el derecho al uso y al aprendizaje de la lengua de signos¹¹⁷.

El derecho a la igual capacidad jurídica, reconocido en el artículo 12 de la CDPD, supone un rechazo radical al modelo paternalista en el que se basa la institución de la incapacitación que niega el derecho de las personas con discapacidad a tomar sus propias decisiones y permite su sustitución por un tercero. De este derecho deriva el derecho de acceso a los apoyos para las personas que puedan encontrar dificultades para el ejercicio de la capacidad jurídica. Estos apoyos –expresión de la dimensión positiva de la autonomía a la que antes me referí– deben basarse en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona y orientarse a posibilitar el ejercicio de todos sus derechos¹¹⁸. En relación con la accesibilidad universal, relacionada en el artículo 9 de la CDPD con la vida independiente y la participación plena y efectiva en la sociedad, pueden diferenciarse diversas construcciones jurídicas que no tienen por qué resultar incompatibles¹¹⁹. En todo caso, la accesibilidad justifica el (nuevo) derecho a los ajustes razonables que cobra sentido cuando no es posible o razonable el diseño inicial o la adaptación universal de los bienes, productos, servicios, etc. y debe realizarse una adaptación particular. El derecho a elegir una forma de vida –que aparece formulado en el artículo 19 de la CDPD como el derecho a la vida independiente y a ser incluido en la comunidad– presentaría los dos

¹¹⁷ *Idem*, pp. 102 y ss.

¹¹⁸ He analizado con algún detalle los rasgos generales de este modelo de apoyo y he apuntado algunas propuestas para su implantación en el sistema jurídico español en CUENCA GÓMEZ, P., «El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española», *REDUR*, 10, 2012, pp. 61-94.

¹¹⁹ Así, la accesibilidad universal puede entenderse 1) como un principio jurídico, configuración en la que procede su consideración como un principio básico del sistema de derechos humanos 2) como parte del contenido esencial de todos los derechos, en tanto se erige en condición necesaria para la satisfacción de los bienes jurídicos protegidos por los derechos con lo que gozaría de una proyección transversal 3) como parte del derecho a la no discriminación, lo que implica defender la existencia de un derecho a no ser discriminado por ausencia de accesibilidad y permite hablar de un derecho a la igual accesibilidad 4) como un derecho autónomo o singular, configuración que parece complicada cuando la accesibilidad se conecta con bienes, productos y servicios vinculados con los derechos humanos en la medida en la que el disfrute de todos los derechos humanos requiere el acceso al bien protegido por el derecho en cuestión, pero que podría tener en sentido cuando se trata de otros bienes conectados con la participación en la vida social, DE ASÍS ROIG, R., *Sobre discapacidad y derechos*, *cit.*, pp. 108 y ss.

grandes contenidos, de no intervención y de promoción, a los que antes he aludido al desarrollar el concepto robusto de autonomía que, a mi modo de ver, ha de asumir la teoría de los derechos. Aunque, ciertamente, resulta complejo individualizar su contenido, una consecuencia específica de este derecho general sería el reconocimiento del derecho a la atención o asistencia en las actividades fundamentales de la vida diaria, esto es, en aquellas que son necesarias para el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales, que vendría a proteger a todos los individuos que se encuentren en una situación de dependencia¹²⁰.

Los derechos hasta aquí analizados se corresponderían con una demanda general y abstracta o con una demanda concreta (cuando no se satisface la demanda general). Así, los derechos a la igual capacidad, a la igual accesibilidad y a elegir una forma de vida son derechos universales que poseen un alcance general y que pertenecen a todas las personas¹²¹. Por su parte, el derecho a los apoyos en la toma de decisiones, a los ajustes razonables, y a la asistencia para la realización de las actividades fundamentales de la vida diaria serían derechos concretos que se tienen en aquellas situaciones en las que existen dificultades para satisfacer la demanda general que, en todo caso, no tendrían por qué ser únicamente situaciones de discapacidad.

Finalmente, el derecho al uso y aprendizaje de la lengua de signos tendría cabida en el discurso de los derechos, desde el proceso de generalización y el modelo social, como herramienta que posibilita el acceso a la información y la corrección de situaciones de discriminación –compartiendo, por ende, los rasgos básicos de los derechos antes analizados– y, desde el modelo de la identidad y el proceso de especificación, como demanda de un grupo cultural¹²².

Comenzaba este trabajo señalando cómo hasta fechas muy recientes nuestra disciplina no se había preocupado de la discapacidad. Con estas reflexiones pretendo haber contribuido a mostrar el interés de esta cuestión y la oportunidad que algunos de los desafíos que plantea nos brindan para avanzar en la construcción de un discurso de los derechos más potente e inclusivo, no solo para las personas con discapacidad sino para todos los seres humanos.

Fecha de recepción: 30/06/2015. Fecha de aceptación: 31/10/2015.

¹²⁰ *Idem*, pp. 125 y ss.

¹²¹ *Idem*, p. 144.

¹²² La CDPD parece combinar ambos enfoques al justificar la relevancia de la lengua de signos como instrumento necesario para el disfrute de todos los derechos (artículo 24.3) y como rasgo cultural e identitario de la comunidad sorda, *Idem*, p. 141. *Vid.* un análisis más complejo de las diferentes concepciones o modelos de este derecho en DE ASÍS, R., «Sobre el derecho al conocimiento y aprendizaje de las lenguas de signos» en CUENCA GÓMEZ, P., (ed.), *Estudios sobre los derechos de las personas sordas*, *cit.*, pp. 99-134.



Por la erradicación de un problema global.
No más *sweatshops*

How to End up with a Global Issue?
No More Sweapshops

Por ÍÑIGO DE MIGUEL BERIAIN
Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano
UPV/EHU

RESUMEN

La existencia de las sweatshops, esto es, talleres de explotación laboral en países menos desarrollados, constituye uno de los fenómenos más vergonzosos de comienzos del siglo XXI. Sin embargo, la conformación de las relaciones políticas en el mundo actual hace muy complejo luchar contra esta lacra con las herramientas tradicionales del Derecho. La división de la soberanía entre los diferentes países convive con una globalización de los mercados. Como consecuencia, las grandes compañías son muy libres de trasladar su producción sobre la base de los costes laborales de los distintos países. En este escenario, las medidas estrictamente jurídicas son mucho menos eficaces que las que tratan de influir directamente sobre las empresas a través de los mecanismos del mercado. El consumo responsable y la inversión socialmente responsable tienen un poder de alterar las estructuras productivas que no puede permanecer inactivo durante más tiempo.

Palabras clave: *Maquilas, derechos humanos, explotación laboral, derechos laborales, consumo responsable, inversión socialmente responsable.*

ABSTRACT

The existence of sweatshops, is one of the most shameful phenomena in the twenty-first century. However, the political framework that rules today's world makes it very complex to combat this scourge according to the traditional legal tools. The division of sovereignty between the different countries coexists with a globalization of markets. As a result, large companies are free to move their production on the basis of labor costs. In this scenario, legal measures are much less effective than the attempts to directly influence companies through market mechanisms. Consumerism and socially responsible investment have a power to alter the productive structures that can not remain idle any longer.

Key words: *Sweatshops, human rights, labour exploitation, labour rights, consumerism, social responsible investment.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.-2. PERO, ¿QUÉ HAY DE MALO EN LA EXISTENCIA DE LAS SWEATSHOPS? -3. LAS OPCIONES DEL DERECHO.-3.1. *La denuncia de la vulneración de derechos laborales en las sweatshops.*-3.2. *Las posibilidades de intervención del Derecho: la intervención de los Estados en defensa de los derechos de los ciudadanos.*-3.3. *La creación de estándares mínimos de derechos laborales aplicables a todos los países de la OMC.*-3.4. *Las posibilidades de intervención del Derecho: una recapitulación final.*-4. LAS ALTERNATIVAS A LA ACCIÓN NORMATIVA DEL DERECHO.-4.1. *Los mercados como herramientas de cambio.*-4.2. *El consumo, herramienta de control del sistema económico.*-4.3. *La inversión responsable como instrumento de control del sistema.*-5. A MODO DE RECAPITULACIÓN FINAL.-BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.-2. BUT, WHAT IS WRONG WITH THE EXISTENCE OF SWEATSHOPS? -3. THE POSSIBILITIES OF LAW.-3.1 *The condemnations of human labor rights violation in sweatshops.*-3.2. *The possibilities of intervention of law: the State and the defense of the rights of its citizens.*-3.3. *The establishment of minimum standards of labour rights applicable to all WTO partners.*-3.4. *The possibilities of law: a debriefing.*-4. THE ALTERNATIVES TO LAW.-4.1. *Markets as tools for change.*-4.2. *Consumerism as a global governance tool.*-4.3. *Social responsible investment as a global governance tool.*-5. A FINAL RECAP .-BIBLIOGRAPHY.

1. INTRODUCCIÓN

El día 24 de abril de 2013, el edificio Rana Plaza, de ocho plantas, se vino abajo, dejando más de mil muertos entre sus escombros¹. El inmueble se hallaba ubicado en Savar, muy cerca de Dacca, la capital de Bangladesh. El arquitecto que lo construyó declaró a *The Telegraph* que el complejo se había diseñado en 2004 para albergar tiendas y oficinas, no fábricas². Sin embargo, en ese instante alojaba múltiples talleres textiles, en los que se elaboraba ropa para muchas de las más prominentes empresas del sector³.

Esta tragedia, con toda su escalofriante magnitud, solo era una más entre otras. Según datos de la Federación Nacional de Trabajadores del sector textil de Bangladesh, en los últimos 15 años ha habido unos 700 muertos y miles de heridos en accidentes ocurridos en fábricas textiles (incendios o derrumbes) en el país⁴. Sin ir más lejos, en 2005, 61 empleados del sector murieron y otros 86 resultaron heridos al desplomarse un edificio de nueve pisos que albergaba fábricas en la misma población, lo que demuestra muy claramente que el caso del Rana Plaza no fue una excepción, sino la más trágica constatación de que en muchas partes de nuestro planeta los trabajadores se encuentran completamente sometidos a una situación en la que sus derechos más básicos no gozan de la más mínima protección⁵. Y es que la situación descrita no es exclusiva de Bangladesh, sino que, con ciertos matices, podría aplicarse perfectamente a otras naciones como Camboya, Pakistán, Filipinas, Tailandia, Guatemala, etc.⁶. Todos estos países comparten una triste característica: la existencia

¹ Véase: http://internacional.elpais.com/internacional/2013/05/09/actualidad/1368072125_361913.html. Última visita: 24/05/2015.

² Véase: <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/asia/bangladesh/10036546/Bangladesh-Rana-Plaza-architect-says-building-was-never-meant-for-factories.html>. Última visita: 24/05/2015.

³ La información proviene de Wikipedia. Véase: http://es.wikipedia.org/wiki/Colapso_de_un_edificio_en_Savar_en_2013. Última visita: 24/05/2015. Mango, no obstante, manifestó que solo había encargado unas pruebas a las empresas locales.

⁴ Véase: NAVARRO, V.; «Lo que no se dice sobre Bangladesh», en: <http://www.vnavarro.org/wp-content/uploads/2013/05/lo-que-no-se-dice-sobre-bangladesh.pdf>. Última visita: 24/05/2015.

⁵ La situación del mercado de trabajo en Bangladesh es, de hecho, deplorable. Baste como muestra decir que el salario mínimo impuesto al sector textil apenas llega a los 28 euros mensuales, una cantidad que no permite a los obreros cubrir siquiera sus necesidades básicas (Véase: BACON, D.; «Bangladesh Disaster: Who Pays The Real Price for Your Shirt or Blouse?», en: <http://laborpress.org/sectors/union-retail/2243-bangladesh-disaster-who-pays-the-real-price-for-your-shirt-or-blouse>. Última visita: 24/05/2015. Al mismo tiempo, derechos básicos, como el de la libre sindicación son continuamente vulnerados, lo que implica incluso la desaparición física de sus promotores (Véase: <http://www.setem.org/blog/es/catalunya/muere-asesinado-un-sindicalista-por-su-lucha-contra-la-explotacion-laboral-en-bangladesh>. Última visita: 24/05/2015).

⁶ Los matices nacionales, con todo, no son nimios. Camboya, por ejemplo, puso hace unos años en marcha el programa *Better Factories Cambodia*, en cooperación con

de estructuras de trabajo en las que los seres humanos desempeñan su actividad en condiciones cercanas a la esclavitud, las habitualmente llamadas *sweatshops* o talleres de explotación laboral⁷.

Ante esta situación, resulta absolutamente necesario que quienes nos dedicamos al Derecho, a la filosofía política, a la ética, a la economía o cualquier otra disciplina propia de las ciencias sociales empeemos por afrontar seriamente la aceptabilidad moral de las *sweatshops*, o, si se prefiere, que seamos capaces de explicar por qué es preferible un mundo en el que solo sean un triste recuerdo del pasado en lugar de una realidad lacerante. A esa tarea irán encaminadas las primeras páginas de este texto, que no pretenden, ni mucho menos, realizar un exhaustivo (y tal vez un tanto repetitivo) análisis de la cuestión, sino más bien recordar los porqués del rechazo a estas formas de explotación. De este modo será más sencillo entender el esfuerzo que emprendemos posteriormente, un esfuerzo encaminado a explicar cuáles son los mecanismos de los que cabría hacer uso para acabar con ellas, tanto a través del Derecho *stricto sensu*, como desde otras fórmulas normativas, lo que constituirá el cuerpo central de este trabajo.

2.- PERO, ¿QUÉ HAY DE MALO EN LA EXISTENCIA DE LAS SWEATSHOPS?

Como acabamos de indicar en nuestra introducción, el primer y fundamental debate que plantean las *sweatshops* es el de su propia legitimidad moral. Y es que, aun cuando a algunos de nosotros nos resulte difícil de concebir, hay múltiples autores que consideran que no es su existencia sino los intentos de acabar con ellas lo que debe ser cuestionado desde un punto de vista moral. De ahí que se opongán a toda iniciativa destinada a modificar la situación vigente, ya sea la introducción de medidas encaminadas a restringir la importación de bienes fabricados en *sweatshops*⁸, los intentos de las organizaciones sindicales por establecer salarios mínimos o mejoras en las condicio-

la *International Labour Organization*, que ha permitido mejorar algo los derechos laborales de sus trabajadores. Véase: SUROWIECKI, J.: «After the Rana Plaza», *The New Yorker*, 2013, en: http://www.newyorker.com/talk/financial/2013/05/20/130520ta_talk_surowiecki. Última visita: 24/05/2015.

⁷ De acuerdo con Wikipedia, un taller de explotación laboral (refiriéndose mayoritariamente a las maquilas), también conocido por la expresión inglesa *sweatshop*, es una fábrica, generalmente en un país en vías de desarrollo o del tercer mundo, y especialmente en Asia, donde la gente trabaja por sueldos muy bajos (el equivalente a 3 euros al día, o unos pocos céntimos la hora), manufacturando ropa, juguetes, calzado y otros bienes de consumo.

⁸ ANDERSON, W.: «Kathie Lee's children», *The Free Market*, núm.14, 1996. En: http://www.niises.org/freemarket_detail.asp?control=45&sortorder=articledate. Última visita: 12/03/2015.

nes laborales en los países arriba citados⁹, o los boicots de consumo a esta clase de bienes¹⁰.

Los argumentos que utilizan quienes sostienen estas opiniones son un tanto divergentes, pero pueden agruparse en dos troncos fundamentales. El primero es el que afirma que no hay nada de malo en la existencia de las *sweatshops*. Esta primera opción sigue un esquema básico que podría describirse así: en primer lugar, se señala que las *sweatshops* son moralmente aceptables, ya sea porque las condiciones que ofrecen no son realmente malas para sus trabajadores¹¹, o porque quienes trabajan en ellas realizan un ejercicio legítimo de su autonomía. A continuación, se afirma que cualquier injerencia en su decisión sería un atentado contra su libertad, que es un derecho humano básico¹². A partir de ahí, se acaba justificando la inmoralidad de todo intento de acabar con las *sweatshops*, ya sea por considerarlo como el fruto de una mala comprensión de los hechos, o por contemplarlo como una forma de paternalismo injustificado que violenta los derechos del ser humano.

La segunda línea argumental, en cambio, acepta en principio la crítica de que las *sweatshops* no son aceptables, pero considera que la única alternativa a su existencia, esto es, su desaparición, empeoraría todavía más la situación de quienes trabajan en ellas¹³. A estas dos líneas fundamentales se une el argumento de que, dado que gracias a la existencia de estas estructuras el dinero fluye hacia países que lo necesitan para sostener a su población, todo intento de acabar con ellas no es, en el fondo, sino una conspiración de los países desarrollados para instaurar medidas proteccionistas que favorezcan sus economías¹⁴. De ahí, por cierto, que sean los países menos desarrollados los primeros en oponerse de manera sistemática a una modificación en las normas que rigen la organización del comercio mundial que introduzca estos mínimos en derechos sociales¹⁵.

⁹ KRUGMAN, P.; «In Praise of Cheap Labor. Bad jobs at bad wages are better than no jobs at all», http://www.slate.com/articles/business/the_dismal_science/1997/03/in_praise_of_cheap_labor.html. Últimavisita: 12/03/2015; MAITLAND, I.; «The great non-debate over international sweatshops», en T. L. Beauchamp y N. E. Bowie (Eds.), *Ethical Theory and Business* (6 ed.), 1996, pp. 593-605.

¹⁰ KRISTOF, N. D., y WUDUNN, S.; «Two cheers for sweatshops», *The New York Times*, 2000, en: <http://www.nytimes.com/library/magazine/home/20000924mag-sweatshops.html>. Última visita: 15/03/2015.

¹¹ POWELL, B, SKARBK, D., «Sweatshops and Third World Living Standards: Are the jobs worth the sweat? *Journal of Labor Research*, vol. XXVII, num. 2, Spring 2006, pp. 263 y ss.

¹² ZWOLINSKI, M.; «Sweatshops, Choice, And Exploitation», *Business Ethics Quarterly*, vol. 17, n. 4, 2007, pp. 689-727.

¹³ ALAM, S.; «Efforts to ban goods made by children are counterproductive», en WILLIAMS, M. E.; *Child Labor and Sweatshops*, Greenhaven Press, 1999, pp. 43-47.

¹⁴ ROCKWELL, L. H., «Campaigns against child labor are protectionist and imperialist», en WILLIAMS, M. E.; *Child Labor and Sweatshops*, Greenhaven Press, 1999, pp. 70-75.

¹⁵ Como han mencionado Gutiérrez y Lobejón, que «Desde el punto de vista de las economías desarrolladas, esta medida estaría plenamente justificada, teniendo en

Estos argumentos, no obstante, contienen severas fallas que merece la pena explorar. Con respecto al primero de ellos, hay que poner convenientemente en duda la auténtica autonomía de unos seres humanos cuyas alternativas consisten en morir de inanición, trabajar en exploraciones locales en condiciones aún más deplorables que las de las *sweatshops* o aceptar un empleo en una de estas últimas¹⁶. Decir que, en estas condiciones, una persona puede expresar voluntariamente su consentimiento es sumamente aventurado, cuando no directamente falaz. Más adecuado parece pensar que en todo ello hay algo (si no mucho) de explotación laboral, tal y como han expresado múltiples autores¹⁷. Es de otra parte necesario tener bien presente que, aun cuando aceptáramos que quienes trabajan en las *sweatshops* lo hacen voluntariamente en uso de su plena autonomía individual, seguiríamos manteniendo que su decisión sería inaceptable, porque la autonomía también conoce límites cuando se perjudican bienes que van más allá de aquellos de los que puede disponer un trabajador. Y estos bienes, sin duda existen. Así, por ejemplo, no forma parte de la autonomía de las partes concluir un acuerdo laboral en el que el trabajador consigue su empleo gracias a la práctica de relaciones sexuales con el empleador, por cuanto ello atentaría contra la dignidad humana. Tampoco resulta aceptable que una persona realice un trabajo que resulta denigrante para el ser humano, por más que desee fervientemente obtener los beneficios que podría reportarle¹⁸. De ahí, sin ir más lejos, que el lanzamiento de enanos fuera prohibido en Francia y censurado

*cuenta tanto los motivos éticos como las consideraciones económicas a las que se ha hecho referencia. Los países subdesarrollados entienden, sin embargo, que se trata de una iniciativa que les perjudica claramente y que, en muchos casos, es simplemente una excusa que trata de ocultar la voluntad de las economías más ricas de incrementar su protección frente a productos originarios de economías con mayores ventajas comparativas» (Véase: GUTIÉRREZ HURTADO, F. J., y LOBEJÓN HERRERO, L. F.; «Cláusulas sociales, comercio internacional y derechos laborales. La perspectiva de los países subdesarrollados», *Revista de economía crítica*, núm. 7, 2009, pp.55-73; BROWN, D. K., DEARDORFF, A. V., y STERN, R. M.; «Labor Standards and Human Rights: Implications for International Trade and Investment», *IPC Working Paper Series*, núm.119, 2011).*

¹⁶ MILLER, J.; «Why economists are wrong about sweatshops and the antisweatshop movement», *Challenge*, 2003, pp. 93-122; ARNOLD, D. G., y BOWIE, N. E.; «Sweatshops and respect for persons», *Business Ethics Quarterly*, 13, 2003, p. 221.

¹⁷ ARNOLD, D. G., y BOWIE, N. E.; «Sweatshops and respect for persons», *Business Ethics Quarterly*, 13, 2003, p. 221; MAYER, R.; «What's wrong with exploitation?», *Journal of Applied Philosophy*, vol. 24, núm. 2, 2007, pp. 137-150; MEYERS, C.; «Wrongful beneficence: Exploitation and third world sweatshops», *Journal of Social Philosophy*, 35, 2004, pp. 319-333; SNYDER, J. C.; «Exploitation and sweatshop labor: perspectives and issues», *Business Ethics Quarterly*, vol. 20, n. 2, 2013, p. 187.

¹⁸ Véase: DORN GARRIDO, C.; «La dignidad de la persona: límite a la autonomía individual», en: http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/a2afd5f8-b399-4eeb-80da-eb299807758a/rev+26_7+la+dignidad+de+la+persona+limite+a+la+autonomia+individual.pdf?MOD=AJPERES. Última visita: 10/05/2015.

internacionalmente¹⁹, o que no sea posible organizar combates de gladiadores en nuestro tiempo²⁰.

El segundo de los argumentos aducidos también es, a buen seguro, falaz. Y lo es porque oculta un dato absolutamente fundamental. En el mundo de las *sweatshops*, la defensa que parte de la idea de que hay que elegir entre explotación o inanición olvida deliberadamente que hay una tercera opción: seguir con la producción, pero bajo unos estándares mucho más acordes con los derechos humanos. Una opción, por cierto, que no destruiría la ventaja comparativa de países como Bangladesh o Camboya: aunque el coste laboral de las *sweatshops* se duplicara, seguirían siendo competitivas frente a cualquier país occidental²¹. Por consiguiente, no podemos ceñir a la discusión a

¹⁹ Véase: Manuel Wackenheimer v. France, Comunicación No. 854/1999, U. N. Doc. CCPR/C/75/D/854/1999 (2002), donde se dice que «El Comité considera que el Estado Parte ha demostrado en el presente caso que la prohibición del lanzamiento de enanos tal y como lo practica el autor no constituye una medida abusiva, sino que es más bien una medida necesaria para proteger el orden público, en el que intervienen en particular consideraciones de dignidad humana, que son compatibles con los objetivos del Pacto. Por consiguiente, el Comité concluye que la distinción entre el autor y las personas a las que no se aplica la prohibición enunciada por el Estado Parte se basa en motivos objetivos y razonables».

²⁰ Aunque evidentemente esta cuestión ni se ha planteado judicialmente, merece la pena que nuestros tribunales se han opuesto incluso a la idea de jugar a matar. Véase: sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el asunto Omega Spielhallen- y Automatenaufstellungs- GmbH y Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, asunto C-32/02, 14 de octubre de 2002, Tribunal de Justicia Unión Europea, Omega Spielhallen y Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, C-32/02, 14 octubre 2004, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62002J0036:ES:PDF>. Última visita: 12/04/2015.

²¹ Hay, de hecho, experiencias que muestran la veracidad de esta hipótesis. Como narra la web del IESE, «En enero de 1999, Camboya firmó un acuerdo con Estados Unidos sobre sus exportaciones textiles. Camboya se comprometía a mejorar las condiciones laborales en ese sector. A cambio, Estados Unidos prometía aumentar un 14% la cuota de importaciones textiles de empresas camboyanas, lo que suponía un aumento de 50 millones de dólares al año. La mayor vigilancia del gobierno camboiano sobre las condiciones laborales tuvo consecuencias positivas para los trabajadores. En un país donde la renta per cápita anual es de 180 dólares y donde los profesores universitarios ganan 20 dólares mensuales, el salario mínimo en la industria textil se fijó en 40 dólares al mes. A partir del acuerdo se autorizó que los trabajadores textiles crearan sindicatos y eligieran a sus representantes. Se hizo obligatorio conceder 19 días de vacaciones pagadas. La perspectiva del aumento de las exportaciones a Estados Unidos hizo que se crearan nuevas empresas que dieron trabajo, sobre todo, a mujeres. Es un trabajo duro: diez horas al día, seis días a la semana, cosiendo una prenda tras otra. Pero consiguieron ahorrar dinero para mantenerse y ayudar a sus familias». Por desgracia, la historia no tuvo un final feliz, por un motivo que da la razón a quienes quieren ver en la presunta defensa de los derechos humanos una forma de proteccionismo. Como narra la misma página, «Llegó el momento de recoger los frutos. Los representantes del gobierno de los Estados Unidos reconocieron que el acuerdo había logrado importantes mejoras laborales en muy poco tiempo. Pero el sindicato norteamericano del textil se opuso al aumento de la cuota de importación de tejidos camboyanos asegurando que en Camboya persistían las violaciones de las normas laborales internacionalmente reconocidas. El gobierno de los Estados Unidos cedió y no amplió la cuota. Después de esta decisión,

la alternativa entre dos premisas que no admiten terceras vías. Por el contrario, éstas existen, son perfectamente plausibles desde un punto de vista económico, y moralmente mucho más aceptables que las dos que se ofrecen habitualmente. Partiendo de estas bases se entenderá, por fin, por qué el último de los argumentos planteados, esto es, la necesidad de favorecer las economías de países subdesarrollados, resulta también erróneo. Y es que, aunque fuera cierto que la esclavitud constituyese el único modo de mantener vivas a miles de personas, esto no la haría nunca moralmente defendible. Mucho menos lo será si tenemos presente que hay una alternativa real a la esclavitud, que no es la muerte, sino un trabajo en condiciones aceptables bajo unos mínimos estándares.

Podemos, en suma, concluir que las *sweatshops* y la quiebra de derechos humanos que implican resulta inaceptable desde un punto de vista moral. La cuestión que esto plantea inmediatamente remite a los medios, los métodos que podemos emplear legítimamente para acabar con ellas. Aferrándonos momentáneamente en exclusiva a la esfera de lo jurídico, hay diferentes acciones que cabría adoptar: en primer lugar, subrayar la universalidad de los derechos laborales en cuanto a los derechos humanos; en segundo lugar, confiar en los propios países en los que se producen estos atentados contra los derechos humanos; en tercer lugar, recurrir a la presión de la comunidad internacional para poner coto a estas prácticas. En el siguiente apartado analizaremos cada una de estas opciones.

3. LAS OPCIONES DEL DERECHO

3.1 La denuncia de la vulneración de derechos laborales en las *sweatshops*

La primera de las grandes iniciativas que pueden emprenderse desde el mundo del Derecho consiste, simplemente, en recordar que las *sweatshops* suponen una vulneración de derechos humanos básicos, como los que figuran en los artículos 23 y 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (y todo ello sin mencionar los derechos que se vulneran en las *sweatshops* que utilizan mano de obra infantil)²². A nuestro juicio, los artículos mencionados son lo suficien-

cerraron 18 fábricas textiles y multitud de trabajadores perdieron su trabajo y sus ingresos. Pero los trabajadores camboyanos tienen el consuelo de saber que los sindicatos norteamericanos velan por sus derechos laborales. No cabe mayor hipocresía. El libre mercado hubiera enriquecido a los trabajadores del textil camboyanos; la intervención estatal, instigada por los intereses de clase, les sume en la miseria» (Véase: <http://web.iese.edu/rterms/acer/acer495.htm>. Última visita: 25/05/2015).

²² Especial interés despiertan, en este sentido, los artículos 23 y 24, que reproduciremos aquí: *Artículo 23:1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección*

temente claros como para afirmar que las condiciones de trabajo en las *sweatshops* constituyen una ruptura del documento clave en la defensa de los derechos humanos. Lo mismo cabría sostener si además tenemos presente el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pacto firmado y ratificado por casi todos los países del mundo²³, que dice en su artículo 7 lo siguiente: *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:*

- a) *Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:*
 - i) *Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;*
 - ii) *Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;*
- b) *La seguridad y la higiene en el trabajo;*
- c) *Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;*
- d) *El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.*

La evidencia que muestran estas breves referencias al Pacto es que los derechos que resultan efectivamente vulnerados por las *sweatshops* se hallan ya proclamados e incluidos en un texto jurídicamente vinculante y, por tanto, existe una obligación legal por parte de los países firmantes de dichos tratados de protegerlos. En consecuencia, hay ya una primera y fundamental base en la que apoyar las reclamaciones en contra de las *sweatshops* que no debe ser soslayada, en cuanto que no se fundamenta en documentos de índole filosófica, sino en tratados de derecho convenientemente ratificados por los países firmantes, con algunas aunque notorias excepciones.

de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. 4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses. Artículo 24: Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

²³ Con algunas llamativas excepciones como los Estados Unidos y Sudáfrica.

3.2. Las posibilidades de intervención del Derecho: La intervención de los Estados en defensa de los derechos de los ciudadanos

En un mundo basado en la idea de soberanía nacional, suele darse por cierta la idea de que todos y cada uno de los diferentes países que lo componen sean los máximos (si no únicos) responsables de la protección de sus ciudadanos. De ahí que haya voces que sostengan que si los propios Estados que alojan a las *sweatshops* no hacen nada por luchar contra ellas (sino más bien todo lo contrario, como ya hemos visto), no se entiende por qué habrían de ser otros quienes asumieran la tarea. Sin embargo, este tipo de formulaciones tienen mucho de engañosas desde diferentes puntos de vista. En primer lugar, por supuesto, porque en muchos de esos Estados pervive una clase política corrupta²⁴ que vela por sus propios intereses antes que por el bienestar de sus ciudadanos²⁵, lo que hace que, a menudo, defiendan la

²⁴ Esta evidencia ha sido muy bien descrita por NAVARRO, quien, refiriéndose al caso de Bangladesh (pero en un reflexión extrapolable a otros muchos países), escribe lo siguiente: «Esta estructura productiva es la que se reproduce por un sistema político que teóricamente se define como democrático y representativo: tiene incluso pluralidad de partidos políticos y elecciones parlamentarias. Este sistema, sin embargo, está influenciado enormemente por el bloque de poder financiero-económico-político constituido por los grandes terratenientes del sector agrícola, que son los que en realidad gobiernan aquel país. Esta enorme concentración de la propiedad de la tierra crea una enorme pobreza. Y la gran mayoría del alimento que se produce se consume fuera del país. Esta oligarquía agrícola está aliada con otros intereses domésticos ligados también a las grandes compañías extranjeras que realizan su producción en Bangladesh a unos costes laborales bajísimos. La población pobrísima expulsada del campo acepta salarios misérrimos, pues no hay otros disponibles. Esta estructura económico-política dictamina que la gran mayoría de la población trabajadora esté totalmente desprotegida, lo cual ocurre en todos los sectores productivos de la economía, incluyendo el textil. Este sector está controlado por las grandes compañías textiles que hoy dominan el mercado internacional, tales como Benetton, H&M o Mango entre muchas otras, y una larga lista de cadenas internacionales de distribución y comercio (...) Pero existe otra forma de represión –que apenas ha salido en los medios–, dirigida por las grandes corporaciones textiles extranjeras que, aliadas con las élites gobernantes del país, configuran las intervenciones públicas que sostienen un sistema basado en una enorme explotación. Y me estoy refiriendo a la gran industria certificadora (que maneja 80.000 millones de dólares) que trabaja para estas compañías textiles. Estas compañías protegen a las compañías explotadoras, defendiéndolas legal y mediáticamente, minimizando y trivializando el daño y la participación (sea textil o no) existen compañías de certificación que intenta minimizar los costes (incluyendo los costes mediáticos de imagen) que estos desastres suponen para las compañías» (Véase: NAVARRO, V., «Lo que no se dice sobre Bangladesh», en: <http://www.vnavarro.org/wp-content/uploads/2013/05/lo-que-no-se-dice-sobre-bangladesh.pdf>. Última visita: 24/05/2015. Véase también, en este sentido: GOMES, W.; «Reason and Responsibility: the Rana Plaza Collapse», *Open Security*, 2013, en: <http://www.opendemocracy.net/opensecurity/william-gomes/reason-and-responsibility-rana-plaza-collapse>. Última visita: 24/05/2015.

²⁵ Resulta en este sentido revelador saber que buena parte de los miembros de la clase dirigente de Bangladesh sean a su vez propietarios de muchas de las industrias

explotación porque les proporciona pingües beneficios. En otras ocasiones, piénsese por ejemplo en los recientes escándalos en la construcción en Qatar, las víctimas de la situación no son ni siquiera los naturales del país, sino trabajadores extranjeros sometidos a una rígida explotación laboral. En tales condiciones, limitarse a reclamar un cambio en sus ordenamientos es tanto como realizar un brindis al sol, cuando no una manera hipócrita de olvidar el problema.

Pero es que, incluso cuando no es así, esto es, cuando un país realiza al menos el esfuerzo de elaborar una normativa que ampare los principales derechos de los trabajadores, acaba dándose una inevitable realidad: que dicha normativa no llega a aplicarse en la práctica. Y no solo porque muchos de ellos no tienen capacidad material para imponer su normativa laboral, ya sea por la corrupción endémica que les azota, por la falta de poder real sobre partes de su territorio, o por la falta de recursos técnicos o económicos para implementar las medidas necesarias. En muchas ocasiones, el principal motivo por el que todos sus esfuerzos fracasan son las amenazas, a veces convertidas en realidades, vertidas por muchas corporaciones transnacionales o, incluso, por los representantes comerciales de algunos Estados²⁶. Piénsese, a este respecto, que en un mundo en el que existe libertad de comercio suficiente como para que una gran empresa pueda subcontratar su producción en un país u otro, resulta muy sencillo para ella cambiar de proveedores en función de los costes, lo que promueve frecuentemente una carrera a la baja (*race to the bottom*²⁷) en las condiciones laborales de los trabajadores de los países en vías desarrollo que acaba generando un fenómeno de *dumping social*²⁸ del que se benefician

textiles locales. Esto hace que, muy a menudo, actúen en función de sus propios intereses, que no son, por supuesto, los de sus trabajadores. De ahí también la profunda represión de los movimientos sindicales y de los derechos civiles que tiene lugar en el país. Véase: GOMES, W.; «Reason and Responsibility: the Rana Plaza Collapse», *Open Security*, 2013, en: <http://www.opendemocracy.net/opensecurity/william-gomes/reason-and-responsibility-rana-plaza-collapse>. Última visita: 24/05/2015.

²⁶ El caso más relevante quizás sea el de la presión ejercida por varias corporaciones americanas, como Wal-Mart, Google, UPS, Microsoft, Nike, AT&T e Intel etc., a través de la Cámara de Comercio de los Estados Unidos en Shanghai (AmCham) sobre el gobierno chino para bloquear la Ley sobre Contratación Laboral, finalmente aprobada en 2008. Dicha norma introducía mejoras significativas en las condiciones laborales de los trabajadores chinos, lo que, en principio, debería haber sido recibido con grandes muestras de alegría tanto por esas corporaciones como por la citada Cámara, si adoptamos como referente las declaraciones sobre Políticas de Responsabilidad Corporativa de dichas empresas lo que las Cámaras de Comercio Americanas dicen sobre ellas. La realidad es que hicieron todo lo posible para impedir un cambio que podría amenazar su posición absolutamente dominante en el mercado laboral (Véase: http://laborstrategies.blogs.com/global_labor_strategies/2007/04/in_a_historical.html- Última visita: 12/04/2015).

²⁷ MIR, O.; *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2004, p. 42, nota 36.

²⁸ Véase al respecto: LOBEJÓN, L. F.; *El comercio internacional*, Akal, Madrid, 2001, p. 119.

principalmente las grandes compañías, pero que para los países menos desarrollados resulta preferible a sus alternativas²⁹. Y es que, antes de afrontar las terribles consecuencias del hundimiento de sus sectores exportadores, cualquiera de ellos prefiere soportar la existencia de *sweatshops* como un mal menor.

Es a partir de esta evidencia cuando se entiende la disfuncionalidad inherente a un mundo como el que hemos construido en los últimos años, basado en la creación de un único marco económico sobre una fragmentación de la soberanía política en diferentes Estados-nación: son siempre los poderes económicos y los Estados a los que éstos se adscriben, que hacen de oportunos guardianes, quienes imponen sus normas sobre todo el resto del colectivo, al que no le queda sino adaptarse, so pena de ser sometido a la pena de exclusión del comercio que sufren quienes se niegan a participar en el proceso globalizador³⁰. La conclusión obvia a la que deberíamos llegar en este apartado es que resulta del todo inadecuado confiar la solución del problema de las *sweatshops* a los Estados en las que éstas desarrollan sus actividades. Ya sea por complicidad o por pura impotencia, ellos difícilmente serán nunca una herramienta fundamental en el cambio que resulta necesaria. De ahí que cobre fundamental importancia el análisis del cuarto factor al que vamos a hacer referencia ahora, la intervención de la comunidad internacional a través de alguno de sus mecanismos como, por ejemplo, la Organización Mundial del Comercio (OMC) o la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

3.3 La creación de estándares mínimos de derechos laborales aplicables a todos los países de la OMC

Si todos estos años de globalización nos han proporcionado algún tipo de conclusión esta es, sin duda, que la ausencia absoluta de regu-

²⁹ Este fenómeno ha sido ampliamente estudiado en la literatura económica, siendo el objeto principal del el Teorema de igualación del precio de los factores o Teorema Heckscher-Ohlin-Samuelson, que pronostica una reducción de los salarios de los trabajadores menos cualificados en los países ricos, como consecuencia del aumento de exportaciones intensivas en ese tipo de mano de obra procedentes de las economías menos desarrolladas.

³⁰ Ramonet ha expresado muy bien esta realidad en el siguiente fragmento: «Y pobre del gobierno que no siga esta línea. «Los mercados lo sancionarían de inmediato —advirtió Hans Tietmeyer, ex presidente del Bundesbank alemán— ya que los políticos están ahora bajo control de los mercados financieros». Marc Blondel, secretario del sindicato francés Force ouvrière, pudo verificar esto en Davos, en 1996: «En el mejor de los casos, los poderes públicos solo son subcontratistas de las grandes multinacionales. El mercado gobierna; el gobierno administra», declaró. Boutros Boutros-Ghali, ex secretario general de Naciones Unidas, señaló por su parte: «La realidad del poder mundial escapa ampliamente a los Estados. Esto es así porque la globalización implica la emergencia de nuevos poderes, que trascienden las estructuras estatales»» (Véase: RAMONET, I., «Impacto de la globalización en los países en desarrollo», en: <http://servicioskoinonia.org/logos/articulo.php?num=081>. Última visita: 02/05/2015).

lación acaba derivando en un juego en el que, al menos, unos ganan mucho más que otros. La apertura parcial del comercio ha generado, de hecho, un detrimento en las condiciones del mercado laboral global que, con todos los matices que conviene incluir, nos recuerdan que un exceso de liberalismo supone en la práctica la pérdida de derechos individuales. Por tanto, resulta necesario abogar por algún tipo de reforma que ponga límites, cotos a la forma de globalización que estamos viviendo, de manera que haya un mínimo, un piso de derechos sociales que no pueda ser lesionado por ningún país o compañía que desee participar del proceso. Y, a partir de ese instante, será más fácil aceptar la fórmula económica de la destrucción creativa y los procesos de movilidad en la producción de bienes y servicios³¹.

La cuestión, por supuesto, consiste en determinar primero en qué consistiría exactamente ese suelo; en segundo lugar, cómo conseguir imponerlo a escala global; y, por fin, cómo realizar un seguimiento de si se cumplen o no esos estándares en la práctica y quién asumiría esa responsabilidad. Sobre lo primero, no nos extenderemos demasiado, ya que es un tema ya muy discutido y en el que la OIT está realizando un continuo trabajo desde hace muchos años, un trabajo que culminó en lo esencial en 1998 con la aprobación de la Declaración sobre los Principios Fundamentales y Derechos en el Trabajo, en la que se consagran los cuatro derechos laborales que, de acuerdo con esta organización, han de respetarse en todo el mundo: la eliminación del trabajo forzado, la ausencia de discriminación en el empleo, la abolición del trabajo infantil y la libertad de asociación y de negociación colectiva³². Lo mismo nos atreveremos a decir con respecto a la tercera de las cuestiones mencionadas, en cuanto que ya existe una tradición jurídica que considera que debería trasladarse tal responsabilidad a la OIT, en colaboración con las Naciones Unidas³³, que se vio confirmada con

³¹ Véase, por ejemplo: WEEKS, J.; «Have workers in Latin America gained from liberalization and Regional Integration?», en HARRIS, R. L. and SEID, M. J.; *Critical Perspectives on Globalization and Neoliberalism in the Developing Countries*, Brill, 2000, pp. 87-114.

³² Véase: DOUMBIA-HENRY, C., y GRAVEL, E.; «Acuerdos de libre comercio y derechos laborales. Evolución reciente», *Revista internacional del Trabajo*, vol. 125, núm. 3, 2006, pp. 207-231; FERNÁNDEZ SCRIMIERY, B.; «Derechos sociales y globalización: soluciones multilaterales», *Información Comercial Española*, núm. 785, 2000, pp. 69-79. Conste, no obstante, que una de las mayores taras de este tipo de declaraciones es que solo se aplicarían a aquella producción destinada al comercio internacional, dejando completamente de lado las condiciones del mercado interior, lo que no tiene sentido. Otros documentos de gran importancia en este mismo sentido, aunque en el estricto ámbito de los Estados Unidos o la UE son la U. S. GSP Renewal Act, de 1984 (GSP Renewal Act of 1984, Pub. L. No. 98-573, 98 Stat. 3019 (1984)) o la Regulation (EU) No 978/2012 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 applying a scheme of generalised tariff preferences and repealing Council Regulation (EC) No 732/2008 (EU).

³³ Baste anotar a este respecto el dato de que en la Carta de la Habana, de 1948, principal resultado de la Conferencia Mundial sobre el Comercio y el Empleo, promovida por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas que debería haber

la aprobación de la Declaración Ministerial de Singapur en diciembre de 1996³⁴, ya en la era OMC.

El segundo factor, en cambio, requiere de mayor atención, en cuanto que demasiado a menudo pasamos por alto algunos factores clave de cara a conseguir la efectiva implantación de ese mínimo exigible. De entre todos ellos destaca, a nuestro juicio, la inexorable unión entre la normativa laboral y la de comercio a la hora de promover los derechos laborales³⁵. Dicho con otras palabras, cuando el acceso a los circuitos comerciales se condiciona al cumplimiento estricto de unos mínimos estándares en términos de derechos del trabajo es cuando estos últimos empiezan, efectivamente, a respetarse. Tanto es así que son muchos los autores que creen que si la cláusula de la OMC que permite excluir del comercio los bienes producidos por mano de obra presidiaria forzada se extendiera a todos los bienes y servicios cuyas condiciones de elaboración o proporción vulneran un suelo de derechos humanos, éste se aplicaría inmediatamente en todo el mundo³⁶.

El problema con el que ahora mismo nos enfrentamos es que la organización que regula el comercio mundial, la OMC, y los tratados sobre los que esta ejercita su función, omiten absolutamente toda referencia a las consideraciones morales sobre las condiciones de la producción como factores justificativos de las sanciones comerciales a un país, con la única excepción del trabajo producido por presidiarios en el cumplimiento de sus penas, contradiciendo así una tradición que ya

originado la Organización Internacional del Comercio, se estipulaba ya que dicha organización colaborara con la OIT para alcanzar el objetivo de implantar un estándar laboral internacional. Véase: BÉZOU, C.; «Le commerce, les clauses sociales et les normes de travail», de C. Deblock, en *L'Organisation Mondiale du Commerce. Oüs'en va la mondialisation*, Fides, Québec, 2002.

³⁴ Declaración ministerial de Singapur. Adoptada el 13 de diciembre de 1996. WT/MIN(96)/DEC. Accesible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min96_s/wtodec_s.htm. Última visita: 21/04/2015. Resulta especialmente relevante a este respecto su punto número 4, que señala que «Renovamos nuestro compromiso de respetar las normas fundamentales del trabajo internacionalmente reconocidas. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) es el órgano competente para establecer esas normas y ocuparse de ellas, y afirmamos nuestro apoyo a su labor de promoción de las mismas. Consideramos que el crecimiento y el desarrollo económicos impulsados por el incremento del comercio y la mayor liberalización comercial contribuirán a la promoción de esas normas. Rechazamos la utilización de las normas del trabajo con fines proteccionistas y convenimos en que no debe cuestionarse en absoluto la ventaja comparativa de los países, en particular de los países en desarrollo de bajos salarios. A este respecto, tomamos nota de que las Secretarías de la OMC y la OIT proseguirán su actual colaboración».

³⁵ Véase, en este mismo sentido: BAGWELL, K., y STAIGER, R. W.; «Domestic Policies, National Sovereignty, and International Economic Institutions», *Quarterly Journal of Economics*, vol. 116, n. 2, 2001.

³⁶ ELLIOT, K. A. y FREEMAN, R. B.; *Can Labour Standards Improve Globalisation?*, Washington, Institute for International Economics, 2003; HOECKMAN, B. M. y KOSTECKI, M. M.; *The Political Economy of the World Trading System. The Uruguay Round and Beyond*, 2.ª edición, Oxford y Nueva York, Oxford University Press, 2001.

existía en el comercio internacional previo al nacimiento de esta organización³⁷. Evidentemente, hay otros mecanismos en el comercio internacional que sí podrían cumplir esta finalidad, como los sistemas de preferencias, los mecanismos de integración y los acuerdos comerciales bilaterales y regionales³⁸, pero ello supondría generar graves discriminaciones entre unos países u otros, que nunca se producirían en un acuerdo global construido sobre unos estándares laborales mínimos en el marco de la OMC.

Sin embargo, una herramienta de estas características no está exenta de problemas tanto conceptuales como pragmáticos. Si a esta postura unimos la enorme complejidad técnica que supone introducir modificaciones en los tratados relacionados con la OMC, dado que esta organización funciona bajo el sistema de «todo o nada» (o se acepta toda su normativa en bloque, sin que quepan excepciones, o se sale del sistema), se comprenderá fácilmente la extrema complejidad que envuelve cualquier tipo de medida que intente impulsar un cambio en las condiciones de trabajo de los países en los que imperan las *sweatshops* gracias a la acción jurídica concertada de la comunidad internacional³⁹. En el mismo sentido, hay que tener presentes las objeciones

³⁷ De hecho, la existencia de normativas destinadas a armonizar las condiciones laborales en diferentes países tiene una larga historia. Sus primeros ejemplos se pueden encontrar al menos en Suiza en 1881. Más tarde, estas cláusulas fueron recogidas en documentos tan importantes como la Carta de la Habana, que señalaba en su artículo 7 que «*Los Miembros reconocen que las medidas relativas al empleo deben tener plenamente en cuenta los derechos de los trabajadores, conforme a las declaraciones, convenciones y convenios intergubernamentales. Reconocen también que todos los países tienen un interés común en el logro y mantenimiento de normas de trabajo equitativas en relación con la productividad y, por consiguiente, en el mejoramiento de los salarios y de las condiciones de trabajo en la medida en que lo pueda permitir la productividad. Los Miembros reconocen que las condiciones inequitativas de trabajo, especialmente en la producción destinada a la exportación, crean dificultades en el comercio internacional y, por consiguiente, cada Miembro adoptará cualesquiera medidas que sean apropiadas y factibles para hacer desaparecer tales condiciones dentro de su territorio.*»

³⁸ Véase: GUTIÉRREZ HURTADO, F. J., y LOBEJÓN HERRERO, L. F.; «Cláusulas sociales, comercio internacional y derechos laborales. La perspectiva de los países subdesarrollados», *Revista de economía crítica*, núm. 7, 2009, pp. 55-73; CAVAGLIA, C.; «Trading with the European Union: the impact of decent work in developing countries», University of Manchester, 2010; COMPA, L. A., y VOGT, J. S.; «Labor Rights in the Generalized System of Preferences: A 20-Year Review», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 22, núm. 199, 2001.

³⁹ Lobejón ha manifestado al respecto lo siguiente: «*El hecho de que la presión ejercida por los países subdesarrollados haya conseguido eliminar del programa de negociaciones de la Ronda de Doha todo lo relacionado con el dumping social hace que pueda afirmarse que, en las actuales circunstancias, los proyectos menos realistas sobre la inserción de la cláusula social en un marco multilateral son precisamente los que asignan a la Organización Mundial del Comercio un papel central. A pesar de esa falta de realismo, carecería de sentido pasar por alto las reflexiones que conceden un gran protagonismo a esa institución, dado que se trata del grupo más numeroso de propuestas y son, además, las que cuentan con el apoyo de más especialistas. La mayor parte de las iniciativas apuestan concretamente por la autorización de*

de quienes nos recuerdan que introducir unos estándares laborales universales y apoyarlos en medidas de bloqueos comerciales favorecería un florecimiento de los sistemas de producción tradicionales de bienes destinados a consumo interno que funcionan en condiciones todavía peores que las de las *sweatshops*⁴⁰. Por consiguiente, hay que tener bien presente que una decidida política de erradicación de estas prácticas sería sumamente compleja de acuerdo con el sistema normativo que actualmente rige el comercio mundial.

3.4 Las posibilidades de intervención del Derecho: Una recapitulación final

A tenor de todo lo que hemos expuesto en los apartados anteriores, es posible llegar a una simple conclusión: la existencia de las *sweatshops* plantea un reto formidable que difícilmente puede ser superado con los instrumentos con los que ahora cuenta el Derecho y el ordenamiento político internacional. La extremadamente compleja conformación del mundo actual, en el que la soberanía nacional convive con el libre movimiento de capitales y la posibilidad de deslocalizar la producción, siempre que las grandes corporaciones lo consideren oportuno, es un factor esencial a la hora de comprender por qué a menudo son los propios países afectados por esta lacra los que prefieren mantener un escenario duro, pero conocido, a arriesgarse a dar un paso hacia lo que podría ser una pérdida de los puestos de trabajo ganados gracias a la globalización. Evidentemente, si lo que podríamos denominar medidas «conservadoras» es tan complicado, aún resulta mucho más difícil pensar en que otras, como la apertura de las fronteras al libre tránsito de los trabajadores propuesta por pensadores de un amplio espectro ideológico, puedan resultar siquiera planteables en el escenario político actual⁴¹.

sanciones por parte de la OMC contra los países que exporten productos en cuya fabricación se hayan vulnerado determinados derechos laborales. Esas sanciones deberían contar con la cobertura de una cláusula social, debidamente respaldada por el contenido de uno o varios artículos del GATT, que tendrían que ser reinterpretados o transformados con ese propósito» (LOBEJÓN HERRERO, L. F.: «Pasado, presente y futuro de la cláusula social. El papel de la organización mundial del comercio», en: http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_843_149-161__5DEFD6E8B10626373C013667C6F5FAFC.pdf. Última visita: 02/05/2015).

⁴⁰ Véase: STERN, R. M., y TERRELL, C.; «Labour Standards and the World Trade Organization», *Research Seminar in International Economics discussion paper*, n. 449, 2003; STEINBERG, F.; «Cooperación y conflicto. Comercio internacional en la era de la globalización», *Akal*, Madrid, 2007.

⁴¹ Véase, por ejemplo: SRINIVASAN, T. N.; «Trade and Human Rights», de A. V. DEARDOFF y R. M. STERN (Eds.), en *Constituent Interests and U. S. Trade Policy*, Ann Arbor: University of Michigan Press, 1998; CLEMENS, M. A.; «Economics and Emigration: Trillion-Dollar Bills on the Sidewalk?», *Journal of Economic Perspectives*, vol. 25, n. 3, 2011, pp. 83-106.

Ante esta evidencia, no queda, en principio, sino o bien propugnar cambios radicales en la conformación política y jurídica del mundo actual, o bien sortear sus limitaciones a través del uso de herramientas que van más allá del Derecho, compitiendo directamente con él en fuerza normativa. Nos estamos refiriendo, como cabría intuir, a la utilización de los mercados y las herramientas que éstos incluyen, esto es, el consumo selectivo y la inversión socialmente responsable, como formas de acción política sobre la conformación del mundo globalizado.

4. LAS ALTERNATIVAS A LA ACCIÓN NORMATIVA DEL DERECHO

4.1 Los mercados como herramientas de cambio

Una de las evidencias que resultan más difícilmente rebatibles históricamente es que los mercados constituyen, por sí mismos, un factor esencial de cambio en las relaciones humanas. A día de hoy esto resulta particularmente cierto, dada la configuración política en la que vivimos. Ya en apartados anteriores hemos explorado las dificultades que ha de afrontar un país concreto cuando intenta mejorar las condiciones laborales de sus trabajadores como consecuencia de la presión de las grandes corporaciones que actúan en los mercados. Sin embargo, lo que a menudo se nos escapa es que ese poder no tiene por qué actuar siempre como una fuerza negativa, sino que, empleado adecuadamente, bien podría tener mucho más éxito en la imposición de mejoras colectivas en las condiciones laborales que el que hemos visto que cabría esperar del Derecho.

Esta afirmación no debería resultar en absoluto sorprendente. Si las grandes corporaciones pueden variar toda la estructura productiva de un país negándose a contratar con empresas que presenten los costes laborales que asociamos a una relación justa, es obvio que también se halla en su poder hacer lo contrario, esto es, condicionar positivamente la conformación del tejido empresarial a través de la promoción de las conductas que favorecen un compromiso más elevado con los derechos humanos, cuando no, directamente, conseguir sustanciales cambios en la misma configuración de la normativa sobre derechos laborales de un país menos desarrollado⁴². Bastaría, en este sentido,

⁴² El caso del Rana Plaza proporciona un ejemplo elocuente en este sentido. Para empezar, la grave alarma social generada por el derrumbamiento del Rana Plaza produjo, efectivamente, un efecto dominó: de un lado, obligó a muchas de las grandes corporaciones del sector a firmar un acuerdo de mínimos sobre las condiciones laborales que deberían cumplir sus proveedores nacionales (Véase: http://www.industrialunion.org/sites/default/files/uploads/documents/final_press_release_july_with_corrections.pdf, Última visita: 12/03/2015); de otro, provocó un cambio normativo en Bangladesh, no ya solo permitido sino incluso alentado por esas mis-

con que se negaran a comprar los productos de empresas que no garantizaran el cumplimiento de los criterios sellados por la OIT, por ejemplo. Sólo ese factor sería razón suficiente para que las compañías que ahora mismo se dedican a producir para esas grandes corporaciones modificaran sus conductas, mejorando sustancialmente las condiciones de sus trabajadores.

Esto, por descontado, no es una aportación original de este trabajo, sino una idea ya incluso clásica⁴³, que conforma la base de la teoría de la soberanía del consumidor⁴⁴, que se halla bien presente en los trabajos de Ludwig von Mises, de la Escuela Austríaca⁴⁵. De acuerdo con ella, el consumidor es soberano y sus decisiones condicionan necesariamente las de quienes desean atraer su atención. Obviamente, esta afirmación general decae en situaciones de escasa competencia o, más aún, de monopolio, pero en un mundo como el que conocemos, en el que múltiples países compiten por atraer el poder de compra de las grandes empresas transnacionales, es obvio que éstas poseen el poder

mas empresas, que contribuirá a aliviar la situación de sus trabajadores. Apenas tres meses después del suceso, el 15 de Julio de 2013, el gobierno de Bangladesh aprobó una nueva normativa que mejoraba el reconocimiento y protección de los derechos laborales en su país.

⁴³ Algunas de sus ideas esenciales se pueden encontrar, cuando menos, en la obra de un economista de la Escuela Austríaca, Frank Feter, quien ya en 1913 establecía comparaciones explícitas entre el funcionamiento de la economía de libre mercado y el del sistema democrático (Véase: FETER, F. A.; *The Principles, of Economics*, Nueva York, 1913, pp. 394-410. A día de hoy, el texto de FETER no puede hallarse prácticamente en ningún sitio, en su edición impresa. No obstante, hay una edición digitalizada por el Ludwig von Mises Institute que puede encontrarse en esta dirección web: <http://mises.org/etexts/fetter.pdf>. (Última visita: 2/05/2015).

⁴⁴ La teoría de la soberanía del consumidor debe su denominación como tal a William H. Hutt quien la acuñó en 1940 (HUTT, W. H.; «The concept of consumers sovereignty», *Economic Journal*, vol. 50, núm. 197, 1940, pp. 66-77. Accesible en: <http://www.jstor.org/discover/10.2307/2225739?uid=20425920&uid=3737952&uid=2&uid=3&uid=16734728&uid=67&uid=62&sid=21102167550473> (Última visita: 12/05/2015).

⁴⁵ Así, en la página 415 de su magna obra «La Acción Humana», de 1949, correspondiente al capítulo XV de su cuarta parte, dentro del epígrafe gráficamente titulado «La soberanía del consumidor. El metafórico empleo de la terminología política», el citado autor señala: «*En la sociedad de mercado corresponde a los empresarios la dirección de los asuntos económicos. Ordenan la producción. Son los pilotos que dirigen el navío. A primera vista, podría parecernos que son ellos los supremos árbitros. Pero no es así. Están sometidos incondicionalmente a las órdenes del capitán, el consumidor. Ni los empresarios ni los terratenientes ni los capitalistas deciden qué bienes deban ser producidos. Eso corresponde exclusivamente a los consumidores. Cuando el hombre de negocios no sigue, dócil y sumiso, las directrices que, mediante los precios del mercado, el público le marca, sufre pérdidas patrimoniales; se arruina y acaba siendo relevado de aquella eminente posición que ocupaba al timón de la nave. Otras personas, más respetuosas con los mandatos de los consumidores, serán puestas en su lugar*» (La tercera edición en castellano de esta obra, publicada en 1980 por Unidad Editorial se encuentra disponible en la siguiente dirección: <http://www.usergioarboleda.edu.co/prime/La%20Acci%C3%B3n%20Humana%20de%20Ludwig%20von%20Mises.pdf>. (Última visita: 12/04/2015).

de compra suficiente como para satisfacer los requisitos de la teoría de la soberanía del consumidor.

La conclusión a la que llegaremos, por consiguiente, es que existe, efectivamente, una alternativa a la acción normativa tradicionalmente ejercida por el Derecho, que estriba en la actuación de las fuerzas que encierran los mercados, una acción que, además, permite mucha mayor flexibilidad que la acción política basada en los mecanismos de la democracia tradicional, en cuanto que el ajuste entre oferta y demanda es mucho más ágil que el que ofrecen las votaciones periódicas⁴⁶. En este sentido, cabe incluso afirmar que el mercado crea un sistema basado en mecanismos democráticos más eficientes que los de la política⁴⁷ y que, de hecho, es más sencillo lograr transformaciones ágiles en problemas estructurales gracias a los movimientos concertados en el sector económico que en el político, siendo las grandes corporaciones una versión muy mejorada y mucho más eficiente como motor de inducción del cambio que los partidos políticos tradicionales. Sin embargo, la cuestión radica en saber por qué las grandes corporaciones deberían actuar de esta forma, esto es, dedicándose a ir más allá de la consecución del máximo beneficio empresarial posible, misión que habitualmente consideramos como su auténtica *alma mater*. Y esta disyuntiva, a su vez, solo tiene dos soluciones posibles: o bien sostener que dicho aforismo sigue siendo válido ya que, en realidad, introducir en sus políticas consideraciones sociales contribuye efectivamente a maximizar sus beneficios⁴⁸; o bien sostener que la

⁴⁶ Y es que, como apuntaba Von Mises, «Por eso se ha podido decir que el mercado constituye una democracia, en la cual cada centavo da derecho a un voto. Más exacto sería decir que, mediante las constituciones democráticas, se aspira a conceder a los ciudadanos, en la esfera política, aquella misma supremacía que, como consumidores, el mercado les confiere. Aun así, el símil no es del todo exacto (...) La elección del consumidor cobra virtualidad tan pronto como el interesado se decide a gastar el dinero preciso en la consecución de su objetivo (p. 417). El paralelismo entre la soberanía del consumidor y la democracia fue posteriormente explorado por otros muchos autores. Véase, por ejemplo: POWELL, E.; *Freedom and Reality*, London: B. T. Batsford, 1969.

⁴⁷ Esto, no obstante, no significa, ni mucho menos, que sea una democracia perfecta. Obviamente, al menos por dos motivos: el primero, que la distribución de poder es claramente desigual, siendo así que hay consumidores que poseen muchos mayores recursos, lo que les dota de una capacidad mucho mayor de influir sobre el mercado que a otros; el segundo, que hay quienes prácticamente no intervienen en los mercados, sustentándose a base del autoconsumo y quedando, por tanto, excluidos de la decisión. Véase: CORTINA, A.; «Ética del Consumo», accesible en Internet en la siguiente dirección: <http://webs.uvigo.es/consumoetico/eticadelconsumo.htm>. Última visita: 12/05/2015; POWELL, E.; «Freedom and Reality», London: B. T. Batsford, 1969.

⁴⁸ De hecho, se ha desarrollado ya la teoría del denominado «*First mover advantage*», que supone que el gestor que, adelantándose o bien yendo más allá de sus obligaciones legales, realiza una estrategia propicia a la inclusión de la idea de responsabilidad social corporativa en sus parámetros de decisión, se verá beneficiado en el largo plazo al situarse en una posición de ventaja competitiva en el mercado, ya que por exigencia legal o por exigencia de los consumidores e inversores, todos deberán ir

maximización del beneficio a cualquier precio no es, en realidad, un objetivo fijo e inamovible de las grandes corporaciones, pese a que a menudo consideramos que así ha de ser⁴⁹, sino que, en realidad, lo que toda empresa debe hacer es ajustar sus fines a aquellos que marquen sus propietarios, esto es, sus accionistas. Ambas consideraciones son, a nuestro juicio, perfectamente válidas. La cuestión está en entender cómo y bajo qué condiciones se transmiten, efectivamente, a la cadena de mando de las grandes corporaciones, lo que significará tanto como estudiar cómo el consumo y la inversión responsable inciden en la toma de decisiones de las empresas. A estudiar estas dos cuestiones dedicaremos, precisamente, los siguientes apartados.

4.2 El consumo, herramienta de control del sistema económico

La primera y más conocida forma de que cualquier persona puede incidir en la toma de decisiones de las grandes corporaciones es a través del poder que ostenta como agente económico que consume. Piénsese, en este sentido, que la teoría de la soberanía del

incorporando medidas de gestión responsable. MARTA DE LA CUESTA ha señalado al respecto que *«este es el argumento que utilizan tanto los directivos y gestores de las empresas que han asumido ya un compromiso público, adhiriéndose a pactos, asumiendo principios relativos a derechos humanos, laborales y medioambientales, y que están empezando a comunicar (en el afán de ser más transparentes) las políticas, procedimientos y resultados de su estrategia RSC»* (Cfr.: DE LA CUESTA, M.; «El porqué de la responsabilidad social corporativa», *Boletín económico de ICE, Información Comercial Española*, 2004, pp. 45-58).

⁴⁹ En este sentido hay que citar por su contundencia un valiente editorial del *Financial Times* (que no es, precisamente, un panfleto antisistema), titulado «Bangladeshi factory workers pay the high cost of cheap clothing» y publicado el día 25 de abril de 2013 (Véase: <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/dea95404-adab-11e2-a2c7-00144feabdc0.html#axzz2Zx1uLPXv>). Última visita: 18/03/2015). En él se podía leer lo siguiente: *«Los minoristas sostienen que no es su trabajo para hacer cumplir la regulación. Eso es cierto. Deben centrarse en el desarrollo de relaciones a largo plazo con fábricas de confianza, y ayudar a los fabricantes a invertir en medidas de salud y seguridad, que se necesitan desesperadamente. Pero también deben utilizar su poder económico presionando al gobierno para que haga su trabajo. El establishment político de Bangladesh es rehén de la industria de la confección, que representa más de tres cuartas partes de las exportaciones del país. Muchos políticos son en sí mismos propietarios de tiendas de ropas y tienen pocas razones para querer que las escasas normativas existentes en materia de construcción, salud, seguridad o trabajo sean reforzadas. Las marcas del mundo de la ropa pueden estar bajo la presión de los crecientes costos de las materias primas y la competencia de precios. Pero no pueden seguir vendiendo prendas que activistas argumentarán han sido fabricados a costa de vidas inocentes. Al final, los beneficios producidos por el bajo coste de Bangladesh no compensarán los daños a la reputación de la firma. Los que murieron en la Plaza Rana no eran las primeras y es poco probable que sean las últimas víctimas de una industria que ha operado por encima de la ley. El Jueves, miles de trabajadores de las fábricas efectuaron una marcha protesta para pedir condiciones de trabajo más seguras. Los grandes minoristas occidentales tienen un obligación moral, y de peso, de liderar ese cambio»*.

consumidor es tan válida en el caso de las grandes empresas como en el de los seres humanos individualmente considerados. Por consiguiente, el consumo responsable constituye, también en el caso del ser humano individual, un arma disponible para la lucha a favor del respeto a los derechos. Ahora bien, la forma en que esta herramienta se emplea conoce variadas y diferentes estrategias. Una de ellas es la preferencia por los productos que han sido elaborados siguiendo unas determinadas pautas o los servicios que se ofrecen de acuerdo con ciertos parámetros morales, estrategias que han dado lugar a iniciativas como la del comercio justo⁵⁰. La segunda, habitualmente denominada boicot, es la que opta por criterios negativos, evitando el consumo de aquellos bienes o servicios que asocian a prácticas que consideran profundamente inmorales. Obviamente, entre ambos extremos se encuentran criterios que reúnen algo de ambas estrategias, como la del «best in class», que explicaremos posteriormente.

Las cuestiones que suscitan estas herramientas son varias. En primer lugar, hay que plantearse su legitimidad. ¿Es legítimo que un consumidor tome decisiones basándose en criterios que van más allá de la maximización de su beneficio? A nuestro juicio, la respuesta a esta primera pregunta ha de ser forzosamente positiva, al menos en sociedades en las que se acepta la idea de libre mercado. Y es que una de las bases de esa libertad ha de ser, necesariamente, que cada demandante elija qué bienes o qué servicios desea adquirir de acuerdo con sus propios criterios, con independencia de si parecen más o menos razonables a un observador externo⁵¹. En este sentido, de nuevo, el funcionamiento del sistema económico se asemeja mucho al de una democracia, en cuanto que al comprador, que actúa como el votante en la esfera de lo político, no le exigimos razones que justifiquen su voto en un sentido o en otro distinto. Cuestión diferente será, por supuesto, determinar la legitimidad no ya de la herramienta, sino de la finalidad para la que esta se emplea. Por poner un ejemplo, la legitimidad de un boicot de compra que pretende excluir

⁵⁰ El comercio justo se define, de acuerdo con los propios agentes que lo promueven como «una asociación de comercio que busca una mayor equidad en el comercio internacional. Contribuye a un desarrollo sostenible ofreciendo mejores condiciones comerciales y asegurando los derechos de productores y trabajadores marginados, especialmente en el Sur. Las organizaciones de comercio justo, apoyadas por los consumidores, están implicadas activamente en apoyar a los productores, sensibilizar y desarrollar campañas para conseguir cambios en las reglas y prácticas del comercio internacional convencional» (Definición ofrecida por FINE, siglas que corresponden a las principales organizaciones internacionales relacionadas con el comercio justo: FLO, IFAT, NEWS y EFTA. Véase: GUTIÉRREZ HURTADO, F. J. y LOBEJÓN HERRERO, L. F.; «Cláusulas sociales, comercio internacional y derechos laborales. La perspectiva de los países subdesarrollados», *Revista de economía crítica*, núm. 7, 2009, pp. 55-73.

⁵¹ El mismo FRIEDMAN partía de esa libertad del consumidor cuando elaboró su teoría sobre el consumo. Véase: FRIEDMAN, M.; *Una teoría de la función del consumo*, Madrid, Alianza, 1973.

los productos extranjeros, por el mero hecho de serlo, plantea muchas más dudas y resulta mucho más discutible que la de otro que se niega, por ejemplo, a contratar los servicios de una empresa concreta porque sus políticas de contratación y despido le parecen contrarias a los derechos humanos. Pero este ya es un dilema que afecta, de nuevo, al fondo de la cuestión, esto es, la aceptabilidad moral de las *sweatshops* y cualquier otra forma de producción que no respete derechos humanos básicos, por lo que nos remitiremos a lo ya dicho anteriormente.

Nos encontramos, por tanto, con que la legitimidad del consumo basado en factores morales es difícilmente discutible. Ahora bien, ¿es, además, una herramienta eficiente? Esta segunda pregunta plantea muchas más dificultades que la primera y no conoce una respuesta única, sino que parece necesario distinguir entre sus diversas modalidades. Empezaremos por enfocar la eficiencia de aquellas conductas de consumo que se basan, fundamentalmente, en factores positivos, como las que asociamos al comercio justo. En este caso, resulta bastante obvio que su capacidad real de producir cambios estructurales en los sistemas productivos se halla considerablemente mermada por el limitado volumen de compra que generan o por las limitaciones en el número de productos que se inscriben dentro de esta iniciativa. Dada, por tanto, la escasa entidad de esos mercados, no esni será sencillo que jueguen un papel transformador fundamental, aunque es innegable que pueden mejorar considerablemente las circunstancias de grandes colectivos humanos. A ello hay que añadir que esta forma de consumo tiene también algunas consecuencias colaterales que pueden contradecir sus finalidades básicas, como la comercialización de productos de comercio justo a través de redes de distribución que no respetan sus principios básicos; la exclusión de comunidades enteras que, aun respetando escrupulosamente sus principios, no pueden financiar la certificación; la creación de una confusión entre carencia de sello de comercio justo y producción no adecuada a estándares morales, etc⁵².

La situación varía ostensiblemente cuando pensamos en las estrategias de selección de consumo que se basan en una elección del tipo «el mejor de la clase» («best in class»). Estas estrategias no buscan seleccionar productos que han sido producidos siguiendo estrictamente unos patrones morales concretos, sino sancionar a quienes no han respetado unos mínimos, eligiendo, de entre todos aquellos que pueden proveer al cliente de una oferta adecuada a sus gustos, el que mejor se ajusta a sus patrones morales. Así, por ejemplo, seguirá esta conducta quien, dispuesto a comprar una camiseta comercializada por alguna de las grandes corporaciones del sector, decide excluir alguna/as marcas

⁵² Véase, sobre el comercio justo, la excelente síntesis publicada por Matthias Schmelzer en: SCHMELZER, M.; «Comercio Justo y Libre Mercado», 1/2007, en: <http://www.trimembracion.org/essays/2007-01-001.html>. Última visita: 21/03/2015.

concretas o, directamente, comprar solo productos de una o unas pocas de ellas siguiendo criterios éticos. En estos casos, si bien las consideraciones sobre la legitimidad de su conducta no varían, las de su eficacia sí que deben matizarse, por cuanto si en el caso anterior no se ponían en liza fuerzas suficientes como para provocar cambios estructurales, en esta ocasión es claro que sí.

La razón es fácil de explicar: las grandes corporaciones son extremadamente sensibles a los cambios en sus patrones de demanda y, a su vez, y como ya hemos indicado, poseen el potencial suficiente como para alterar sustancialmente los patrones de producción globales. De ahí que una estrategia encaminada a afectar sus cifras de ventas tenga efectos determinantes sobre sus decisiones ejecutivas en lo que se refiere a las condiciones de cumplimiento de derechos laborales básicos que impondrán a sus proveedores en países menos desarrollados⁵³. La secuencia lógica es, por consiguiente, esta: si un número suficiente de consumidores finales aúnan sus decisiones de compra en aras a introducir patrones morales en la selección de los proveedores que realiza una gran corporación, ésta se verá finalmente abocada a adoptar esa línea de acción⁵⁴. En este sentido, una estrategia de compra ética que afecte a los productos ofrecidos por las grandes corporaciones posee una capacidad de cambio estructural que es más elevada que la que atribuíamos a las estrategias previamente analizadas⁵⁵.

La primera certeza que debemos tener presente, por tanto, es que el consumo basado en criterios morales posee, efectivamente, fuerza suficiente como para introducir cambios estructurales en el sistema. En consecuencia, es, sin duda, un arma efectiva para mejorar las condiciones laborales de quienes trabajan en las *sweatshops*⁵⁶. Ahora

⁵³ Obviamente, todos los ejecutivos de mundo son plenamente conscientes de la influencia que tienen sobre sus remuneraciones, cuando no sobre la conservación de su puesto de trabajo, los resultados de una compañía, siendo así que intentan, por todos los medios posibles, mantener el volumen de ventas tan elevado como sea posible, para lo que no dudan en emplear los medios precisos. Ante un público en general poco ansioso por atender a otros criterios, utilizarán todas las estrategias del marketing encaminadas a convencerle de que comprar su producto constituye la elección más racional siguiendo la regla de maximización del beneficio. Si los clientes, por el contrario, muestran una extraña tendencia a valorar no ya solo este criterio, sino también otros relacionados con el comportamiento de la empresa, esto es, sus tácticas de producción, distribución o venta, los directivos de la misma tratarán de ajustar sus procedimientos a las preferencias del mercado.

⁵⁴ Esta es la tesis central defendida, entre otros, por Adela Cortina. Véase, por ejemplo: CORTINA, A.; «Ética del consumo: por un consumo justo y de calidad», *Claves de Razón Práctica*, núm. 97, 1999, pp. 36-42; CORTINA, A.; «Por una ética del consumo», Barcelona, Taurus, 2002.

⁵⁵ GJERRIS, M. & SAXE H.; «The choice that disappeared: on the complexity of being a political consumer», en RÖCKLINSBERG, H & SANDIN, P (eds.) *The Ethics of Consumption*. Wageningen Academic Publishers, 2013.

⁵⁶ GOLODNER, L. F.; «Consumer pressure can reduce the use of sweatshops», en WILLIAMS, M. E.; *Child Labor and Sweatshops*, Greenhaven Press, 1999, pp. 48-57.

bien, también resulta bastante obvio que el ejercicio del poder por parte de los consumidores solo constituye una herramienta efectiva cuando se cumplen algunas condiciones concretas, como por ejemplo, que responda a una acción concertada⁵⁷. Un ejercicio de responsabilidad efectuado de forma aislada es efectivo desde el punto de vista de la ética individual, pero poco eficiente para lograr el objetivo de trasladar esa ética al funcionamiento de los mercados o, al menos, a un comportamiento puntual de una empresa o proveedor. Nuestras actuaciones a título individual, de hecho, no resultan ni de lejos tan efectivas como las que adoptamos junto a otras personas⁵⁸. Resulta, por consiguiente, necesario encuadrar el poder individual en núcleos que aglutinen a muchos consumidores aislados, de la misma manera que los partidos políticos o los sindicatos son capaces de organizar las voluntades de muchos ciudadanos o trabajadores para trasladar sus inquietudes de forma eficiente al gobierno del sistema político o del mercado laboral a través de mecanismos como las elecciones o la huelga. Ahora bien, si esta condición se cumple, produciéndose una acción concertada de muchos ciudadanos que deciden aplicar sus valores a su comportamiento como consumidores, o, mejor aún, de un conjunto de corporaciones que deciden emplear su situación de compradores para difundir sus valores, las consecuencias de este fenómeno resultan a menudo devastadoras para el sujeto boicoteado.

La conclusión a la que podemos llegar, en suma, en este punto, es que los consumidores finales tienen, efectivamente, una gran capacidad a la hora de incidir sobre las condiciones de producción de ciertos bienes y servicios en todo el mundo⁵⁹ gracias a su influencia sobre las decisiones adoptadas por las grandes corporaciones, que son quienes, a su vez, ejercen un poder directo y decisivo en la conformación de las prácticas de sus empresas locales proveedoras, lo que implica, sin

⁵⁷ DIERMEIER, D.; «When Do Company Boycotts Work?», *Harvard Business Review*, 6 August 2012, at: <https://hbr.org/2012/08/when-do-company-boycotts-work>. Última visita: 21/03/2015.

⁵⁸ Curiosamente, el mismo FRANCÉS ha escrito que «*Los consumidores tienen, como los votantes en una democracia universal, todo el poder y ninguno. El poder de cada votante o consumidor particular, es despreciable. Pero en conjunto, los votantes pueden derribar gobiernos, así como los consumidores pueden eliminar empresas, o hacer que cambien sus políticas. Se encuentra ahí un nicho de poder que a cualquier reformador social le gustaría explotar. Dueños de ese poder, los consumidores tienen una responsabilidad social que deberían ejercer en cada acto de consumo*» (Cfr.: FRANCÉS, P.; «Ética del consumidor», *5campus.com*, 2001, en Internet: <http://www.5campus.com/leccion/eticonsu>. Última visita: 21/03/2015).

⁵⁹ El sector textil, sin ir más lejos, es un magnífico ejemplo de mercados en los que los compradores imponen las condiciones. Véase: GEREFFI, G.; «The organization of buyer-driven global commodity chains», en GEREFFI, G. y M. KORZENIEWICZ (Eds.), en *Commodity chains and global capitalism*, Westport: Greenwood Press, 1994, pp. 95-122.

duda, la pertinencia de invocar el concepto de responsabilidad moral⁶⁰ en el consumo⁶¹. En todo caso, esta constatación no debe esconder el hecho de que resulta sumamente complejo utilizar esta capacidad de manera eficiente, por cuanto exige de una necesaria cooperación entre miles o tal vez millones de personas, lo que no es, en absoluto, sencillo. Más aún, la extrema complejidad del acceso a una información precisa sobre los parámetros morales atinentes a los productos objeto de consumo hace que resulte frustrante para el consumidor concienzado adoptar parámetros morales en sus decisiones de consumo.

Obviamente, la introducción de nuevas formas de etiquetado que incluyeran información atinente a los procesos de elaboración, distribución y comercialización de los productos resultarían de gran ayuda a la hora de esquivar este obstáculo, pero la experiencia demuestra cuántas y cuán complejas son las dificultades que todo ello incluye⁶². La fragmentación de los sellos de calidad moral o las dudas sobre la propia legitimidad de quienes otorgan o no esos sellos, o la existencia de sobornos o turbios manejos⁶³, son solo

⁶⁰ El concepto de responsabilidad es, de por sí, sumamente complejo. El que utilizaremos aquí es el que se asocia con la posibilidad de acción, tal y como veremos más adelante. Véase, en lo que atañe a este punto: HARDIN R.; «Moralidad institucional», en GOODIN, R. E. *Teoría del diseño institucional*, Barcelona, GEDISA, 2003, pp. 163-197; GARCÍA-MARZÁ, D.; «La responsabilidad social de la empresa: Una definición desde la ética empresarial», accesible en Internet en la dirección: <http://www.ifs.csic.es/postgrad/jurilog/I2-empres.pdf>. Última visita: 24/05/2015.

⁶¹ En sentido opuesto, FRANCÉS ha escrito que «*El acto de consumo solo merece un análisis ético cuando afecte directamente a otra persona. Si el acto no perjudica o beneficia injustamente a nadie directamente (y hay que suponer que en un mercado libre nadie se siente perjudicado por las transacciones voluntarias) no habría razón para cuestionarlo. El hecho de que, por ejemplo, el artículo comprado haya sido fabricado o intercambiado con violación de algún principio moral (explotando a un niño, contaminando un río, destruyendo un bosque, engañando a un intermediario, sobornando a un funcionario) no tiene por qué hacer moralmente responsable al consumidor. En cuanto ciudadano, ese comprador podría ser responsable si conociera fehacientemente alguno de estos hechos y no los denunciase. En cuanto persona, podría sentirse culpable si, conociéndolo, no lo impidiese u obstaculizase. Pero me parece un error analítico cargar al mero consumidor con esta responsabilidad. Tal vez al hablar de ética del consumo estamos confundiendo los términos» (Cfr.: FRANCÉS, P.; «Ética del consumidor», *5campus.com*, 2001, accesible en Internet: <http://www.5campus.com/leccion/eticonsu>. Última visita: 12/04/2015). El problema del autor citado es que parece olvidar que el conocimiento de una injusticia debería llevar al ser humano a luchar contra ella de todas las formas que le fuera posible. No tiene, desde luego, ningún sentido pensar que, si admitimos su responsabilidad como ciudadano, neguemos la que le compete como consumidor. Los seres humanos ocupan varios roles en los distintos sistemas, pero su responsabilidad moral, su sentido de lo bueno o malo, es (o debe ser) único. Quien afirme lo contrario, debería asumir lo ridículo que puede llegar a ser denunciar, por ejemplo, la explotación de mano de obra infantil de una marca concreta de ropa mientras se lleva puesta su última camiseta.*

⁶² GOLODNER, L. F.; «Consumer pressure can reduce the use of sweatshops», en WILLIAMS, M. E.; *Child Labor and Sweatshops*, Greenhaven Press, 1999, pp. 48-57.

⁶³ IOVINE, J. V.; «Product Labeling Programs May Not Reduce Child Labor», en WILLIAMS, M., (Ed.), *Child labor and sweatshops*, Greenhaven Press, 1999, pp. 82-84.

algunas de las cuestiones más acuciantes⁶⁴. Una intervención institucional en este sentido, que permita superar las limitaciones de las garantías otorgadas por entidades no públicas⁶⁵, resulta, por tanto, necesaria, tal y como han postulado ya otros autores⁶⁶, pero no parece que haya a día de hoy grandes motivos por los que sentir esperanzas, sobre todo si tenemos en cuenta que la implicación que han mostrado hasta ahora en este sentido no va mucho más allá de lo meramente cosmético⁶⁷.

⁶⁴ Véase: BARTLEY, T. y SMITH, S. N.; «Communities of practice as cause and consequence of transnational governance: the evolution of social and environmental certification», en DJELIC, M. L. y S. QUACK (Eds.), *Transnational Communities. Shaping Global Economic Governance*, Cambridge University Press, 2010, pp. 347-374.

⁶⁵ MUTERSBAUGH, T.; «Fighting standards with standards: Harmonization, rents, and social accountability in certified agrofood networks», *Environment and Planning*, 2005, A 37, pp. 2033-2051; SEIDMAN, G.; «Beyond the boycott: Labor rights, human rights and transnational activism», New York: Russell Sage Foundation/ASA Rose Series, 2007; LOCKE, R., QIN, F., y BRAUSE, A.; «Does monitoring improve labor standards? Lessons from Nike», *Industrial & Labor Relations Review*, 2007, 61, pp. 3-31.

⁶⁶ Así, por ejemplo, Adela CORTINA ha escrito que «*los consumidores carecen de la información necesaria sobre las consecuencias de los productos para el conjunto de la sociedad y para el entorno, razón por la cual es preciso complementar esta dimensión individual de la ética del consumo con una institucional*» (CORTINA, A.; «Ética del Consumo», accesible en Internet en la siguiente dirección: <http://webs.uvigo.es/consumoetico/eticadelconsumo.htm>. Última visita: 12/04/2015. Véase también, a este respecto: VV. AA.; «Impact Investment: The Invisible Heart Of Markets. Harnessing the power of entrepreneurship, innovation and capital for public good», *Report of The Social Impact Investment Taskforce*, 2014. En: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:qz0dkmAys-qYJ:www.socialimpactinvestment.org/reports/Impact%2520Investment%2520Report%2520FINAL%5B3%5D.pdf+&cd=2&hl=en&ct=clnk&gl=es>. Última visita: 12/03/2015).

⁶⁷ Así, por ejemplo, la Administración Clinton protagonizó en 1997 un tímido intento en esta dirección, impulsando la creación de un Código de Conducta («No Sweatshop» para las compañías de vestido y calzado americanas, que éstas podían suscribir voluntariamente, recibiendo a cambio los beneficios publicitarios correspondientes. Sin embargo, dicho Código distaba mucho de suponer un auténtico freno a las prácticas que teóricamente intentaba enmendar, por diferentes motivos: no fijaba otro salario mínimo que el establecido por las autoridades nacionales, aunque es bien sabido que éstas tienden a cifrar cantidades muy bajas para atraer capital; permitía que los trabajadores se sometieran a jornadas de 60 horas o más bajo ciertas circunstancias; no establecía remuneraciones razonables para las horas extras; y tampoco establecía ningún tipo de medida por la que las compañías americanas tuvieran que abogar por la creación de sindicatos libres, presionando a los gobiernos locales, por ejemplo (Véase: BENJAMIN, M.; «Workplace Codes will not prevent sweatshop abuses», de Mary E. Williams (Ed.), en *Child labor and sweatshops*, San Diego: Greenhaven Press, Inc., 1999, chapter 14, pp. 79-80, en: http://www.dikseo.teimes.gr/spoudastirio/e-notes/c/child_labor_and_sweatshops_viewpoints.pdf. Última visita: 12/04/2015; CONNOR, Tim, «Clinton's New "No Sweatshop" Agreement. A small step or a great leap forward for the rights of workers?», September 22nd, 1997, at: <http://www.corpwatch.org/article/%20http://article.php?id=3032>. Última visita: 2/04/2015).

4.3 La inversión responsable como instrumento de control del sistema

Analizado ya el uso del consumo como forma de control del sistema económico, dedicaremos ahora esta parte final de nuestro texto a la exposición de la otra herramienta fundamental en este sentido, la inversión que incluye consideraciones morales, a menudo denominada inversión socialmente responsable (ISR). Para entender en qué consiste esta idea, tal vez merezca la pena comenzar recordando una idea básica: como es de sobra conocido, la noción de propiedad privada es absolutamente fundamental en un sistema capitalista. Sin ella no existe libre mercado, que es el verdadero pulmón del capitalismo, ni tiene sentido alguno la idea de beneficio, que es el motor del sistema. Ahora bien, la noción de propiedad privada conlleva necesariamente la aceptación de la idea de responsabilidad individual. Si yo soy el propietario de una vivienda, yo soy el responsable de su cuidado. Si la vivienda se hunde y causa un daño a otras personas, yo seré responsable de ese daño. Esto, que es palmariamente cierto en el caso de la propiedad sobre las cosas, lo es también en el caso de la que se halla ligada a las empresas. Si yo soy el propietario de una carnicería, por ejemplo, y mis clientes se intoxican porque vendo carne en mal estado, yo seré responsable del mal causado.

Esto, que resulta evidente en el caso de los empresarios individuales, pierde, no obstante, buena parte de su fuerza con la irrupción de las figuras societarias, que diluyen en buena medida la relación entre propiedad y responsabilidad. *A priori*, es perfectamente posible afirmar que todos los accionistas, en cuanto que tales, son propietarios de una sociedad. Sin embargo, en el caso de sociedades de grandes dimensiones, en las que la propiedad se diluye entre millones de acciones, la noción de propiedad mengua progresivamente. Tanto, en realidad, que a día de hoy la mayor parte de los inversores consideran una acción como un simple medio de inversión, un depósito de valor, antes que una certificación de su dominio sobre una empresa. La consecuencia más obvia de este fenómeno ha sido que las empresas se han ido desligando de sus propietarios, adquiriendo una vida propia, en la que quienes, efectivamente, ejercen el control de las compañías son los altos directivos⁶⁸. Y éstos, a su vez, adoptan habi-

⁶⁸ Tanto es así que algunos autores han hablado de responsabilidad moral de las corporaciones, como algo diferente a la de sus accionistas (Véase: FRENCH, P.; *Responsibility Matters*, Lawrence: University Press of Kansas, 1992; DAVIDSON, D.; *Essays on Actions and Events*, Oxford: Clarendon Press, 2.ª Ed., 2002. Desde nuestro punto de vista, no obstante, quienes sostienen estos análisis olvidan, en buena medida, que las corporaciones, por sí mismas, no son sino ficciones jurídicas, que no poseen, desde luego, voluntad propia, como puso de relieve el propio FRIEDMAN en su famoso artículo de 1970 (FRIEDMAN, M.; «The Social Responsibility of Business is to Increase Its Profits», *The New York Times Magazine*, 1970), al que nos referiremos con detenimiento más adelante. No existe una voluntad de la Coca-Cola, por ejemplo, sino una voluntad de sus directivos, su Consejo de Administración y sus propietarios. Si a veces utilizamos sentencias del tipo «el Santander quiere introducirse en el mercado americano» es porque nos

tualmente la política de maximizar los beneficios de las compañías a corto plazo, aun a costa de obviar toda restricción moral (y, a veces, incluso legal), ya que asumen (no sin razones) que el inversor solo desea ver cómo se incrementa la cotización del título a corto plazo.

Este fenómeno se ha visto reforzado a partir de la creación de los fondos de inversión colectivos⁶⁹. Un fondo de inversión no es sino una figura que se limita a aglutinar capital procedente de unos inversores, cuyos recursos gestiona siguiendo, en general, solo unas pautas relativas al riesgo asumible y el beneficio esperable. De este modo, quienes en otro tiempo aún se consideraban accionistas, asumen ahora el papel de participantes, esto es, de poseedores de participaciones⁷⁰ en un fondo de inversión, que es quien finalmente adquiere las acciones de unas empresas u otras. En consecuencia, los fondos actúan como auténticas cajas negras, como entidades inmateriales que corren una cortina opaca entre el ser humano que invierte y el objeto final de su inversión. El inversor habitualmente en qué fondo deposita sus recursos, pero habitualmente no cuenta con información detallada sobre qué adquisiciones concretas realiza éste. El resultado final es que un ser humano que actúa de manera militante como ciudadano se convierte en un ente amoral cuando ejerce como agente económico. Así, por ejemplo, no resulta extraño encontrar veganos que son capaces incluso de poner en riesgo su vida para defender a los animales y que, sin saberlo, son a un tiempo propietarios de participaciones de un fondo de inversión que posee acciones de McDonalds.

permitimos licencias lingüísticas que, sin embargo, no deberían enmascarar la realidad. La empresa no posee voluntad y, en consecuencia, no es, no puede ser, el último agente moralmente responsable, sino que siempre habrá otros (personas de carne y hueso, como accionistas o directivos) que serán quienes tomen realmente las decisiones. Afirmar lo contrario es tanto como desvirtuar la verdadera estructura de asignación de responsabilidad. Véase al respecto: MAY, L.; *Sharing Responsibilities*, University of Chicago Press, 1992; DE GEORGE, R. T.; *Business Ethics*, Upper Saddle River: Prentice Hall, 1999.

⁶⁹ Un resumen detallado de lo que es un fondo de inversión, incluyendo las ventajas que incorpora para sus suscriptores puede hallarse en: ANDREU, J. M.: «Sobre los fundamentos del dinero y la banca», Madrid, Dykinson, 2000, p. 284 y ss.; BELTRÁN, H.: «Fondos de inversión. Guía del Inversor I», Madrid, Recoletos, 1993, p. 17 y ss.; MASCAREÑAS, J., LÓPEZ, J., y BORREGO, Á.: «Acciones, bonos y fondos de inversión», Madrid, Pirámide, 1997, p. 113 y ss.; LOPEZ PASCUAL, J.: «Los fondos de inversión. Cien preguntas clave y sus respuestas», Madrid, Dykinson, 1995, p. 19 y ss.; CASADO, J., y MARTÍNEZ, L. J.: *Conocer los fondos de inversión*, Barcelona, Gestión 2000, 1992, p. 33.

⁷⁰ El artículo 4 del Reglamento de la Ley 35/2003, de 4-11-2003 (RCL 2003/2601), de instituciones de inversión colectiva los define de la siguiente forma: «*La participación es cada una de las partes alícuotas en que se divide el patrimonio de un fondo. Dentro de un mismo fondo o, en su caso, de un mismo compartimento, podrán existir distintas clases de participaciones que se diferenciarán por las comisiones que les sean aplicables. Las diferentes comisiones derivarán tanto de la propia política de comercialización como de otros aspectos como el volumen de inversión, la política de distribución de resultados o la divisa de denominación, entre otros. Cada clase de participación recibirá una denominación específica, que incluirá la denominación del fondo y, en su caso, la del compartimento*».

Conscientes de las repercusiones morales que semejante situación conlleva, algunos colectivos comenzaron a desarrollar instrumentos financieros capaces de introducir parámetros morales en sus decisiones de inversión⁷¹, esto es, herramientas capaces de afrontar el reto de conciliar los valores del ciudadano y el inversor, de manera que fuera posible evitar la esquizofrenia que conlleva separar ambas facetas del ser humano⁷². Así, los fondos de ISR se definen como aquellos que «*permiten a los inversores combinar los objetivos financieros con sus valores sociales, vinculados a ámbitos de justicia social, desarrollo económico, paz y medio ambiente*»⁷³.

⁷¹ Los antecedentes más remotos de la ISR se encuentran ya en el siglo XIX. Los cuáqueros, una de las numerosas ramas de la familia protestante, decidieron entonces romper toda relación comercial con las empresas y las personas implicadas en el comercio de seres humanos, veto que más tarde se amplió a todo lo relacionado con las bebidas alcohólicas o con la fabricación de armamento, por ejemplo. (Véase: FEHRENBACHER, S.; *Put your money where your morals are. A guide to values-based investing*, Nashville, Tennessee: Broadman & Holman Publishers, 2001, p. 88). Curiosamente, esta autolimitación hizo que los cuáqueros de Gran Bretaña invirtieran en productos como el chocolate, por ejemplo.

⁷² Véase, en torno al origen y desarrollo de estos fondos el interesante trabajo del Centro de estudios Persona, Empresa y Sociedad, de ESADE (CEPES, Observatorio de los fondos de inversión éticos, ecológicos y solidarios en España, Barcelona, 2001, p. 11 y ss.). Véase también: SHEPERD, P.; «A history of ethical investment», <http://www.uksif.org/J/Z/Z/lib/2001/05/art-ps-histupd/index.shtml>. Última visita: 12/05/2015; GROSSMAN, B., y SHAPE, W.; «Financial Implications of South Africa Divestment», *Financial Analysts Journal*, núm. 42, 1986; BRILL, H., BRILL, J. A., y FEIGENBAUM, C.; *Investing with your Values: Making Money and Making a Difference*, Princeton, Nueva Jersey: Bloomberg Press, 1999, pp. 36 y ss.

⁷³ Esta definición ha sido propuesta por el foro británico de inversión social (UKSIF). Puede hallarse en su página web: <http://www.uksif.org>. CAMINO, por su parte, define los fondos de ISR como «*aquellos fondos en los que en su política de inversión prevalecen determinados valores sociales (medio ambiente, salud, justicia, etc.) sobre los estrictamente financieros, por decisión de sus partícipes. Estos fondos basan la elección de la estructura de su cartera, tanto a través de información pública, como a través de un seguimiento por parte de expertos independientes de las empresas objeto de análisis*» (CAMINO, D.; «Los fondos de inversión éticos», *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, vol. 22, núm. 75, 1993, pp. 397-417). El Centro de estudios Persona, Empresa y Sociedad, por su parte, ha escrito en su más reciente informe lo siguiente al respecto: «*Un fondo de inversión ético y con responsabilidad social es un fondo que introduce, explícitamente, criterios de preselección en las actuaciones empresariales a partir de valores éticos y de responsabilidad social y medioambiental. Para ello, incorpora en su estructura aquellos elementos que le permiten introducir sus propios criterios en los procesos de toma de decisiones. En este sentido, consideramos que un fondo de inversión ético y con responsabilidad social incluye los siguientes elementos:*

Política de inversión ética y con responsabilidad social que define los criterios del fondo.

Preselección de la cartera-catálogo o universo de valores invertibles.

Equipos de investigación sobre ética y responsabilidad social de la empresa; bien sean equipos internos de la gestora o bien centros de investigación externos.

Institución de control independiente.

Partícipes o inversores.

Véase a este respecto: CEPES, Observatorio de los fondos de inversión éticos, ecológicos y solidarios en España, Barcelona, 2001, pp. 15 y ss.

Desde su creación hasta nuestros días, la ISR ha conocido un desarrollo muy importante, sobre todo en los países anglosajones, pero todavía no se ha convertido en una herramienta eficiente para influir en el sistema económico a través de la introducción de restricciones morales en su funcionamiento. A ello contribuyen factores que no tienen que ver con el retorno de estos fondos, que se ha demostrado muy similar al de los que no incluyen estos parámetros, sino variables relacionadas, entre otras cosas, con la falta de una percepción social adecuada sobre la materia. La escasa penetración de esta idea de amplios sectores de la población o la fragmentación de los datos relevantes sobre el comportamiento de las diferentes empresas son razones de gran peso a la hora de explicar las razones de este relativo fracaso.

A nuestro juicio, esta evidencia tiene mucho de trágico, por cuanto creemos firmemente que la mayor parte de los seres humanos no aceptarían jamás la idea de maximizar su beneficio aun a costa de traicionar sus principios morales. Menos aún, por supuesto, si esa traición ni siquiera les supondría contar con la certeza de un mayor beneficio. De ahí que la situación actual resulte completamente disfuncional. Lo más lógico sería que la acción concertada de los inversores a través de fondos de inversión socialmente responsables sirviera para transmitir sus valores a las empresas de las que son, si bien a través de un intermediario, propietarios. Y es que, como hemos anticipado ya, la adopción de iniciativas de este tipo sería, junto con las estrategias de consumo responsable, una efficacísima forma de motivar a las grandes corporaciones para que ejerciesen el poder que ostentan a la hora de fijar las condiciones laborales en países menos desarrollados. Por tanto, y de nuevo, es nuestra obligación, en primer lugar, alertar de la existencia de estas posibilidades y, en segundo lugar, fomentar la creación de un marco institucional más favorable a las mismas, que contribuya a un mayor éxito entre la población de los países desarrollados. De todo ello dependerá, seguramente, que la ISR se convierta en una herramienta efectiva de cara a garantizar la introducción de parámetros morales en la toma de decisiones de las grandes corporaciones.

5. A MODO DE RECAPITULACIÓN FINAL

Al principio del presente texto nos planteábamos dos cuestiones principales. La primera de ellas tenía que ver con la legitimidad de los modelos productivos que desafían los derechos laborales más básicos. La segunda, que suponía una respuesta negativa a la primera, consistía en estudiar cuáles son los mecanismos más adecuados para evitar dichas violaciones sistemáticas de los derechos de los trabajadores. Al final de estas páginas creemos hallarnos en condiciones de suscribir la opinión manifestada por todos aquellos que consideran que la posible mejora en las condiciones de vida de quienes viven en situación de

grave deterioro de sus derechos humanos fundamentales no podrá nunca legitimar la creación de bolsas de exclusión de la efectividad de derechos laborales básicos, sobre todo cuando existe una alternativa razonable que va más allá de esa disyuntiva: crear puestos de trabajo adecuados a los criterios mínimos establecidos por la OIT que seguirían siendo competitivos frente a los de los países más desarrollados.

En cuanto a la segunda de las cuestiones tratadas, que es la que ha ocupado la mayor parte de este texto, hay varias conclusiones que merecen subrayarse. La primera, y tal vez más deprimente para quienes nos dedicamos al mundo de lo jurídico, es la escasa vigencia de las herramientas tradicionalmente utilizadas por el Derecho para encontrar soluciones efectivas a este problema. Es, nos tememos, la servidumbre que ha trazado un mundo globalizado en lo económico, pero todavía sometido a las trabas que impone la soberanía nacional en el marco de la defensa de derechos universales. Frente a ello solo caben, desde nuestro punto de vista, dos posibilidades: o bien entablar una lucha por instaurar un nuevo marco jurídico universal, o bien potenciar herramientas normativas complementarias al Derecho, que permitan una efectiva mejora de los derechos humanos en el mundo. Siendo la primera opción extremadamente compleja, esta aportación ha intentado dotar de algo de luz a la segunda, tradicionalmente mucho menos explorada en nuestra tradición jurídica. Gracias a todo ello cabe ahora sostener que, efectivamente, el sistema económico contiene herramientas más que suficientes como para proceder a autorregularse, introduciendo en la toma de decisiones consideraciones morales. Dicho esto, no obstante, convendrá tener bien presente que la efectividad de esas herramientas dependerá, fundamentalmente, de su popularización, esto es, de la posibilidad de que todos y cada uno de nosotros lleguemos a plantearnos la moralidad de los actos que realizamos como agentes económicos del mismo modo en que lo hacemos cuando funcionamos como ciudadanos. De ello dependerá, a buen seguro, la efectividad final de estas herramientas.

BIBLIOGRAFÍA

- ALAM, S.; «Efforts to ban goods made by children are counterproductive», en WILLIAMS, M. E.; *Child Labor and Sweatshops*, Greenhaven Press, 1999, pp. 43-47.
- ANDREU, J. M.; «Sobre los fundamentos del dinero y la banca», Madrid, Dykinson, 2000, p. 284 y ss.
- ARNOLD, D. G., y BOWIE, N. E.; «Sweatshops and respect for persons», *Business Ethics Quarterly*, 13, 2003.
- BAGWELL, K., y STAIGER, R. W.; «Domestic Policies, National Sovereignty, and International Economic Institutions», *Quarterly Journal of Economics*, vol. 116, n. 2, 2001.

- BARTLEY, T. y SMITH, S. N.; «Communities of practice as cause and consequence of transnational governance: the evolution of social and environmental certification», en DJELIC, M. L. y S. QUACK (Eds.), *Transnational Communities. Shaping Global Economic Governance*, Cambridge University Press, 2010, pp. 347-374.
- BELTRÁN, H.; «Fondos de inversión. Guía del Inversor I», Madrid, Recoletos, 1993, p. 17 y ss.
- BÉZOU, C.; «Le commerce, les clauses sociales et les normes de travail», de C. Deblock, en *L'Organisation Mondiale du Commerce. Oùs'en va la mondialisation*, Fides, Québec, 2002.
- BRILL, H., BRILL, J. A., y FEIGENBAUM, C.; *Investing with your Values: Making Money and Making a Difference*, Princeton, Nueva Jersey: Bloomberg Press, 1999.
- BROWN, D. K., DEARDORFF, A. V., y STERN, R. M.; «Labor Standards and Human Rights: Implications for International Trade and Investment», *IPC Working Paper Series*, núm.119, 2011.
- CAMINO, D.; «Los fondos de inversión éticos», *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, vol. 22, núm. 75, 1993, pp. 397-417.
- CASADO, J., y MARTÍNEZ, L. J.; *Conocer los fondos de inversión*, Barcelona, Gestión 2000, 1992.
- CAVAGLIA, C.; «Trading with the European Union: the impact of decent work in developing countries», University of Manchester, 2010.
- CLEMENS, M. A.; «Economics and Emigration: Trillion-Dollar Bills on the Sidewalk?», *Journal of Economic Perspectives*, vol. 25, n. 3, 2011, pp. 83-106.
- COMPA, L. A., y VOGT, J. S.; «Labor Rights in the Generalized System of Preferences: A 20-Year Review», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 22, núm. 199, 2001.
- CORTINA, A.; «Ética del consumo: por un consumo justo y de calidad», *Claves de Razón Práctica*, núm. 97, 1999, pp. 36-42.
- «Por una ética del consumo», Barcelona, Taurus, 2002.
- DAVIDSON, D.; *Essays on Actions and Events*, Oxford: Clarendon Press, 2.^a Ed., 2002.
- DE GEORGE, R. T.; *Business Ethics*, Upper Saddle River: Prentice Hall, 1999.
- DE LA CUESTA, M.; «El porqué de la responsabilidad social corporativa», *Boletín económico de ICE, Información Comercial Española*, 2004, pp. 5-58.
- DOUMBIA-HENRY, C., y GRAVEL, E.; «Acuerdos de libre comercio y derechos laborales. Evolución reciente», *Revista internacional del Trabajo*, vol. 125, núm. 3, 2006, pp. 207-231.
- ELLIOT, K. A. y FREEMAN, R. B.; *Can Labour Standards Improve Globalisation?*, Washington, Institute for International Economics, 2003.
- FEHRENBACHER, S.; *Put your money where your morals are. A guide to values-based investing*, Nashville, Tennessee: Broadman& Holman Publishers, 2001.
- FERNÁNDEZ SCRIMIERY, B.; «Derechos sociales y globalización: soluciones multilaterales», *Información Comercial Española*, núm. 785, 2000, pp. 69-79.
- FETER, F. A.; *The Principles, of Economics*, Nueva York, 1913.
- FRENCH, P.; *Responsibility Matters*, Lawrence: University Press of Kansas, 1992.
- FRIEDMAN, M.; «The Social Responsibility of Business is to Increase Its Profits», *The New York Times Magazine*, 1970.
- *Una teoría de la función del consumo*, Madrid, Alianza, 1973.

- GEREFFI, G.; «The organization of buyer-driven global commodity chains», en GEREFFI G. y M. KORZENIEWICZ (Eds.), en *Commodity chains and global capitalism*, Westport: Greenwood Press, 1994, pp. 95–122.
- GJERRIS, M. & SAXE H.; «The choice that disappeared: on the complexity of being a political consumer», en RÖCKLINSBERG, H & SANDIN, P (eds.) *The Ethics of Consumption*. Wageningen Academic Publishers, 2013.
- GOLODNER, L. F.; «Consumer pressure can reduce the use of sweatshops», en WILLIAMS, M. E.; *Child Labor and Sweatshops*, Greenhaven Press, 1999, pp. 48-57.
- GROSSMAN, B., y SHAPE, W.; «Financial Implications of South Africa Divesment», *Financial Analysts Journal*, núm. 42, 1986.
- GUTIÉRREZ HURTADO, F. J. y LOBEJÓN HERRERO, L. F.; «Cláusulas sociales, comercio internacional y derechos laborales. La perspectiva de los países subdesarrollados», *Revista de economía crítica*, núm. 7, 2009, pp. 55-73.
- HARDIN R.; «Moralidad institucional», en GOODIN, R. E. *Teoría del diseño institucional*, Barcelona, GEDISA, 2003, pp. 163-197.
- HOECKMAN, B. M. y KOSTECKI, M. M.; *The Political Economy of the World Trading System. The Uruguay Round and Beyond*, 2.ª edición, Oxford y Nueva York, Oxford University Press, 2001.
- HUTT, W. H.; «The concept of consumers sovereignty», *Economic Journal*, vol. 50, núm. 197, 1940, pp. 66-77.
- IOVINE, J. V.; «Product Labeling Programs May Not Reduce Child Labor», en WILLIAMS, M., (Ed.), *Child labor and sweatshops*, Greenhaven Press, 1999, pp. 82-84.
- LOBEJÓN, L. F.; *El comercio internacional*, Akal, Madrid, 2001.
- LOCKE, R., QIN, F., y BRAUSE, A.; «Does monitoring improve labor standards? Lessons from Nike», *Industrial & Labor Relations Review*, 2007, 61, pp. 3–31.
- LOPEZ PASCUAL, J.; «Los fondos de inversión. Cien preguntas clave y sus respuestas», Madrid, Dykinson, 1995, p. 19 y ss.
- MASCAREÑAS, J., LÓPEZ, J., Y BORREGO, Á.; «Acciones, bonos y fondos de inversión», Madrid, Pirámide, 1997, p. 113 y ss.
- MAY, L.; *Sharing Responsibilities*, University of Chicago Press, 1992.
- MAYER, R.; «What's wrong with exploitation?», *Journal of Applied Philosophy*, vol. 24, n. 2, 2007, pp. 137-150.
- MEYERS, C.; «Wrongful beneficence: Exploitation and third world sweatshops», *Journal of Social Philosophy*, 35, 2004, pp. 319-333.
- MILLER, J.; «Why economists are wrong about sweatshops and the anti-sweatshop movement», *Challenge*, 2003, pp. 93-122.
- MIR, O.; *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2004.
- MUTERSBAUGH, T.; «Fighting standards with standards: Harmonization, rents, and social accountability in certified agrofood networks,» *Environment and Planning*, 2005, A 37, pp. 2033-2051.
- POWELL, B., SKARBK, D., «Sweatshops and Third World Living Standards: Are the jobs worth the sweat? *Journal of Labor Research*, vol. XXVII, num. 2, Spring 2006, pp. 263 y ss.
- POWELL, E.; *Freedom and Reality*, London: B. T. Batsford, 1969.
- ROCKWELL, L. H., «Campaigns against child labor are protectionist and imperialist», en WILLIAMS, M. E.; *Child Laor and Sweatshops*, Greenhaven Press, 1999, pp. 70-75.

- SEIDMAN, G.; «Beyond the boycott: Labor rights, human rights and transnational activism», New York: Russell Sage Foundation/ASA Rose Series, 2007.
- SNYDER, J. C.; «Exploitation and sweatshop labor: perspectives and issues», *Business Ethics Quarterly*, vol. 20, n. 2, 2013.
- SRINIVASAN, T. N.; «Trade and Human Rights,» de A. V. DEARDOFF y R. M. STERN (Eds.), en *Constituent Interests and U. S. Trade Policy*, Ann Arbor: University of Michigan Press, 1998.
- STEINBERG, F.; «Cooperación y conflicto. Comercio internacional en la era de la globalización», *Akal*, Madrid, 2007.
- STERN, R. M., y TERRELL, C.; «Labour Standards and the World Trade Organization», *Research Seminar in International Economics discussion paper*, n. 449, 2003.
- VV. AA.; «Impact Investment: The Invisible Heart Of Markets. Harnessing the power of entrepreneurship, innovation and capital for public good», *Report of The Social Impact Investment Taskforce*, 2014.
- WEEKS, J.; «Have workers in Latin America gained from liberalization and Regional Integration?», en HARRIS, R. L. and SEID, M. J.; *Critical Perspectives on Globalization and Neoliberalism in the Developing Countries*, Brill, 2000, pp. 87-114.
- ZWOLINSKI, M.; «Sweatshops, Choice, And Exploitation», *Business Ethics Quarterly*, vol. 17, n. 4, 2007, pp. 689-727.

Fecha de recepción: 30/06/2015. Fecha de aceptación: 31/10/2015.

¿Los derechos humanos como derechos especiales?
Algunas ventajas de una concepción cooperativa
de los derechos humanos

*Human Rights as Special Rights?
Some Advantages of a Cooperative Conception
of Human Rights*

Por MARISA IGLESIAS VILA¹
Universitat Pompeu Fabra

RESUMEN

Este trabajo reflexiona sobre cuál es la forma adecuada de concebir los derechos humanos para dar cuenta de su rol como razones para la acción internacional. Frente a la concepción ética tradicional y la visión política estatista, propongo entender los derechos humanos desde una concepción política que denomino «cooperativa», que los concibe como derechos especiales basados en exigencias mínimas de inclusión de todas las personas en un orden global con elementos de interdependencia, institucionalización y cooperación. En la segunda parte presento algunas ventajas de esta comprensión frente a las dos anteriores. Muestro, en especial, la utilidad de la concepción cooperativa para ofrecer una lectura equilibrada de la subsidiariedad y el incrementalismo, dos estándares que contribuyen a la unidad, coherencia y continuidad de la práctica internacional de los derechos humanos.

Palabras clave: Derechos humanos, interdependencia, institucionalización, cooperación, subsidiariedad, incrementalismo.

¹ Este trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación DER2013-48066-C2-2-R (MINECO).

ABSTRACT

This work elaborates on what is the proper way of conceiving human rights to account for their role as reasons for international action. Contrasting with the traditional ethical understanding and the statist political conception, my proposal is to approach these rights from a political conception which I call «cooperative». Human rights are here special rights grounded in minimal demands for inclusion of all human beings in a global order with elements of institutionalization, interdependence and cooperation. In the second part I present some advantages of this understanding compared to the previous two. I show, in particular, the usefulness of the cooperative conception to provide a balanced reading of subsidiarity and incrementalism, two standards which contribute to the unity, coherence and continuity of the international practice of human rights.

Key words: Human Rights, Interdependence, Institutionalization, Cooperation, Subsidiarity, Incrementalism.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. HACIA UNA CONCEPCIÓN POLÍTICA COOPERATIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS.—3. ALGUNAS VENTAJAS DE LA CONCEPCIÓN COOPERATIVA: SUBSIDIARIEDAD E INCREMENTALISMO.—4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.—2. TOWARDS A POLITICAL COOPERATIVE CONCEPTION OF HUMAN RIGHTS.—3. SOME ADVANTAGES OF THE COOPERATIVE CONCEPTION: SUBSIDIARITY AND INCREMENTALISM.—4. REFERENCES.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años se ha reabierto el debate en torno a la naturaleza de los derechos humanos, en sintonía con un interés creciente por la filosofía del derecho internacional. Desde que John Rawls apuntó en *The Law of Peoples* su idea política de los derechos humanos, muchos teóricos se han sumado a un giro político, funcional o práctico en la manera de entenderlos². A pesar de sus diferencias, estas nuevas propuestas (por ejemplo, las de Charles Beitz, Joseph Raz, Joshua Cohen o Cristina Lafont)³, que suelen ser englobadas en el rótulo de *concepción política* de los derechos humanos, parten de la práctica internacional de los derechos humanos como ámbito discursivo y se

² Véase RAWLS (1999, 78-82).

³ BEITZ (2009), RAZ (2010a y 2010b), COHEN (2004), LAFONT (2012).

concentran en la función que estos derechos desempeñan para justificar y demandar acciones dentro de este marco⁴. Al mismo tiempo, comparten una aproximación crítica a la teoría tradicional, naturalista, ética o humanista de estos derechos. Una de las principales objeciones que han vertido sobre esta última concepción, a la que denominaré *ética* para evitar confusiones con el debate iusnaturalismo-positivismo⁵, es su déficit de operatividad para orientar críticamente el sistema internacional⁶.

Un primer problema de operatividad vendría por la disonancia entre derechos. Es cierto que en los documentos internacionales encontramos trazos de esta visión. A pesar de ello, numerosos derechos humanos incorporados en estos textos (y también muchos de los que son objeto de reivindicación tanto en el discurso como en el activismo internacional) no coinciden con derechos morales pre-institucionales. Muchos de ellos solo tienen sentido dentro de un contexto de instituciones⁷. Otros no es obvio que reflejen intereses básicos y urgentes, asociables a derechos morales que las personas poseen por su mera humanidad⁸. A su vez, los instrumentos jurídicos que los reconocen suelen incorporar cláusulas de limitación. La previsión de su balance con razones de interés público les debilitaría como derechos morales, algo que no parece casar bien con el peso que tradicionalmente se ha atribuido a los derechos humanos desde una concepción ética. La disonancia también se produce en dirección inversa. Hay bienes muy valiosos para las personas, como el amor de los allegados, que no constituyen ni derechos morales ni derechos humanos, y hay derechos morales que no tienen cabida en el elenco de derechos humanos, como el derecho a que no nos mientan o al cumplimiento de las promesas⁹.

Un segundo déficit de operatividad proviene de un problema de asimetría. Dada su naturaleza, la concepción ética tiende a concentrarse en los beneficiarios de estos derechos y en las razones últimas que

⁴ No estoy asumiendo que la práctica internacional de los derechos humanos se reduzca a una práctica jurídica. La regulación internacional es solo un aspecto de esta práctica, que es básico por la fuerza del Derecho como mecanismo de garantía. Pero hay otros aspectos de esta práctica social más amplia que tienen funcionalidad y peso en el devenir de los derechos humanos en la esfera global, i.e., relaciones internacionales, activismo organizado, el peso de los lobbies y las dinámicas económicas.

⁵ Sobre este debate en el ámbito de los derechos humanos véase, por ejemplo, PÉREZ LUÑO (1983, 7-71).

⁶ Véanse, en general, BEITZ (2009, cap. 3), RAZ (2010a, 322-327), BAYNES (2009, 371-375)

⁷ Entre otros, BEITZ (2009, 55-56) y RAZ (2010b, 40). Sobre esta crítica véase, también, GILABERT (2012, 442-443).

⁸ Para la concepción ética, si el derecho a unas vacaciones periódicas pagadas, reconocido en el artículo 24 de la Declaración Universal, no encajase en la idea de derecho moral básico, ello sería suficiente para no calificarlo como genuino derecho humano. Para la concepción política, en cambio, esta consideración no bastaría para negarle este estatus. Sobre este punto, véanse, GRIFFIN (2010, 340); BAYNES (2009, 372-373).

⁹ Véanse, especialmente, RAZ (2010a, 325), MONTERO (2013, 470-471).

justifican su disfrute universal, sean éstas condiciones mínimas de agencia o vida decente, capacidades para funcionamientos básicos o la dignidad humana en general¹⁰. La comprensión ética presta, en cambio, poca atención a los obligados por estos derechos y a las razones que justifican atribuir deberes de respeto y protección a agentes determinados. Esta asimetría encaja mal con pensar los derechos humanos como razones que imponen límites a la soberanía estatal y justifican la acción internacional, idea que es central en la dinámica de la práctica internacional¹¹. Los derechos morales universales no tienen por sí mismos la fuerza práctica adecuada para realizar esta función justificatoria, ni siquiera cuando los asociamos a las necesidades o intereses personales más elementales. Como categoría normativa, los derechos humanos dependen de un cúmulo de razones y factores institucionales que son relevantes para valorar críticamente la acción dentro de la práctica internacional¹².

Para suplir estas deficiencias de la concepción ética sin renunciar a la categorización moral, se han propuesto múltiples versiones corregidas o mixtas, con metodologías diversas, que revisan la forma en que los derechos universales que poseemos por nuestra mera humanidad se transforman en derechos humanos. En una línea similar a la conocida concepción dualista, que en nuestro entorno defendió principalmente Gregorio Peces-Barba, muchas de estas teorías ubican los derechos humanos dentro de la historia, defienden que su naturaleza les orienta a la traducción jurídica, asumen que las contingencias sociales y las razones de viabilidad los limitan conceptualmente o proponen contemplar los derechos humanos como concreciones contextualizadas de derechos morales más abstractos¹³.

¹⁰ No desarrollaré otras críticas que los defensores de la concepción ética han recibido por sus tesis en torno al fundamento último de los derechos humanos, fundamento que suele ser o bien sobreincluyente o bien subincluyente respecto a los derechos humanos reconocidos en el seno de la práctica internacional.

¹¹ BEITZ (2009, 59-72).

¹² Véase, por todos, RAZ (2010a, 335-336; 2010b, 42-44).

¹³ Para esta concepción ética compleja o híbrida de los derechos humanos, véanse, por ejemplo, el modelo dualista en Peces-Barba (1989) y también Fernández (1994, 215-234). Esta caracterización híbrida también es defendida desde la ética discursiva de HABERMAS (2010), BENHABIB (2011) o FORST (2010). Pero también podemos incluir aquí la concepción práctica de Lafont o de otros autores que, a pesar de adscribirse a una concepción política, defienden, coherentemente o no, que la identificación de qué derechos humanos poseemos incluye un aspecto de razonamiento moral ordinario o reflexión ética que va más allá de construir una tesis antropológica sobre cuáles son los intereses humanos básicos. Este razonamiento moral ordinario es el que permite identificar derechos morales universales asociados a estos intereses, razonamiento que se toma como el primer paso, aunque no el único, en la categorización de los derechos humanos. A pesar de la ambigüedad de muchas propuestas actuales de revisión del concepto tradicional de los derechos humanos, diría que el punto de inflexión relevante para calificar estas perspectivas, que yo usaría para incluirlas o no en la concepción política, es su respuesta a la cuestión de si un derecho moral básico, que poseemos por nuestra mera humanidad, dejaría de ser un derecho

Desde estas versiones mixtas, que incorporan un componente político, los derechos humanos, a diferencia de los derechos morales pre-institucionales, poseen dos rasgos distintivos. En primer lugar, son derechos cuya vocación práctica requiere su paulatina plasmación jurídica. Un derecho humano debe ser susceptible de positivación a través del Derecho, es decir, ser apto para actuar como estándar jurídico que orienta la dinámica institucional. Como observa Jürgen Habermas en este sentido, los derechos humanos están conceptualmente orientados hacia su reconocimiento positivo por los cuerpos legislativos¹⁴. Joseph Raz lo expresa incluso de forma más rotunda. Para este filósofo, la calificación de derechos humanos se reserva para ciertos derechos morales que deberían ser protegidos e implementados por el Derecho; en el medio jurídico, es donde pueden desempeñar su función de establecer límites a la soberanía estatal¹⁵.

Un segundo rasgo de los derechos humanos es su carácter dinámico¹⁶. Estos derechos pueden variar a lo largo del tiempo porque son fruto de una mezcla entre razones y contingencias. Identificar qué derechos humanos poseemos y también, una vez identificados, cuál es su fuerza relativa frente a otros fines que sea valioso perseguir, involucra cuestiones como las siguientes: 1) qué tipo de amenazas afectan actualmente a bienes humanos fundamentales¹⁷, 2) cuál es el modo

humano si no existiera un marco institucional desde el que implementarlo, esto es, si la ausencia de instituciones afectaría no solo a la materialización efectiva de derechos humanos sino a su identidad como tales. Mi asunción a lo largo de este texto será que una concepción genuinamente política supone un desafío profundo a la concepción ética no solo porque asume que los derechos humanos son el producto de un balance entre razones y contingencias, algo que también admitiría, por ejemplo, un defensor de la conceptualización ética tradicional como Tasioulas. Lo que separa conceptualmente una concepción política de la ética no es su carácter interpretativo, funcional o práctico, sino la tesis de que los derechos humanos se originan dentro de marcos institucionales, y son exigencias relativas al funcionamiento de estas instituciones en lo que atañe a intereses humanos básicos. En este sentido, como destacaré, los derechos humanos serían derechos especiales que, en contraste con los derechos morales generales, constituyen demandas de justicia relacional. Propuestas recientes de compatibilización entre las concepciones ética y política las podemos encontrar, por ejemplo, en GILBERT (2011) y VALENTINI (2012).

¹⁴ HABERMAS (2010, 470). En la misma línea, véanse, por ejemplo, BESSON (2011, 211-245); PECES-BARBA (1989, 265-277). En sentido contrario, Tasioulas (2012, 42-43; 2007, 76-77).

¹⁵ RAZ (2010b, 43).

¹⁶ Estoy usando la terminología de LAFONT (2012, 30). Sobre este punto véanse, especialmente, BEITZ (2009, 31), RAZ (2010b, 41-47), BUCHANAN (2010, 57, 75 y 86). La idea de que los derechos humanos son dinámicos es común tanto a la concepción política como a las concepciones híbridas, que combinan elementos éticos y jurídico-políticos. Véase, por ejemplo, desde esta última perspectiva, Ansuátegui (1999, 206-210). Véase también la conexión que, desde una ética discursiva, se efectúa en RODRÍGUEZ PALOP (2011, 40-41) entre este carácter dinámico y los nuevos derechos humanos.

¹⁷ En este punto sigo a BEITZ (2009, 110) y su idea de que estos bienes básicos son aquellos que se considerarían relevantes para las personas en un «wide range of typical lives that occur in contemporary societies: for example, interests in personal

más efectivo de enfrentarlas en función de los instrumentos institucionales de los que disponemos o podemos disponer, 3) qué agentes, a los que sea razonable exigir su protección, están mejor situados para ello, y 4) hasta qué punto contamos con instituciones lo suficientemente imparciales y confiables para salvaguardar el respeto a estos bienes en un mundo cultural y políticamente plural¹⁸.

Estas correcciones a una concepción ética nos conducen a una idea de los derechos humanos que se ajusta mejor a la práctica internacional. Ahora bien, no estoy segura de que una teoría híbrida, a la vez ética y jurídico-política, esté exenta de tensiones internas. Pero no es mi intención en este trabajo ahondar en este punto. Lo que me interesa es examinar otra alternativa, una concepción estrictamente política de los derechos humanos, que no los percibe como demandas éticas, ya sean cualificadas o no cualificadas, sino que los ubica dentro de las relaciones de justicia institucional. Esta concepción de moralidad política contrasta de modo distinto con la concepción ética que las propuestas político-prácticas de Raz o Beitz. Las aportaciones de ambos autores, a pesar de ofrecer una poderosa argumentación contra la perspectiva ética, podrían ser criticadas por terminar sirviendo al *statu quo* internacional. Raz ha defendido una concepción política de los derechos humanos sin una teorización profunda acerca de sus fundamentos, y en algunos aspectos su aproximación resulta muy apegada al funcionamiento efectivo del sistema internacional¹⁹. Beitz, también desde una línea de apego a la práctica, y reivindicando aquí el agnosticismo en el debate filosófico sobre la justicia global, contempla los derechos humanos como una categoría *sui generis*, que no es ni puramente moral ni puramente jurídica, pero sin dejar muy claro de qué categoría se trata²⁰.

Una posibilidad para otorgar una base política más robusta a este concepto normativo parte de que los derechos humanos, además de ser dinámicos y protegibles jurídicamente, son derechos especiales cuya existencia, por tanto, requiere algún tipo de relación previa que justifica exigir la protección de ciertos bienes. En contraste con los derechos morales generales, los derechos humanos son un tipo de derechos especiales de carácter asociativo que forman parte de las

security and liberty, adequate nutrition, and some degree of protection against the arbitrary use of state power». Ya en otro nivel, la cuestión de si los bienes ejemplificados (u otros que también podamos considerar básicos en este sentido) califican para su protección o si, de nuevo en palabras de Beitz, «a particular form of protection of an interest qualifies as a human right, calls for a normative judgment». Este juicio normativo depende tanto de la urgencia del interés y de la posibilidad actual de una amenaza como de otras consideraciones que voy a mencionar a continuación.

¹⁸ Sobre esta última pregunta y su importancia véase RAZ (2010b, 39-47; 2010, 334-337).

¹⁹ RAZ (2010a; 2010b).

²⁰ BEITZ (2009, caps. 5 y 6). Mi línea de trabajo también se distancia de aquellas posiciones que tienden a ser escépticas respecto al fundamento de los derechos humanos. Véanse, entre otros, Ignatieff (2001, 3-100); BOBBIO (1991, 53-62).

relaciones de justicia. De un lado, se originan y adquieren cuerpo como razones de justicia dentro de marcos de interacción institucionalizada. Sin estructura social podemos seguir poseyendo derechos morales, pero no derechos humanos. De otro lado, son demandas con las que evaluamos el funcionamiento de las estructuras institucionales en aquello que atañe a intereses y bienes humanos básicos²¹.

En línea con la idea de los derechos humanos como derechos especiales, algunas propuestas recientes (pienso por ejemplo en las de Joshua Cohen o Jean Louis Cohen²²), entienden que estos derechos tienen su base en la relación de membrecía en la comunidad política. Los derechos humanos constituyen exigencias mínimas de inclusión política que se justifican por la presencia del vínculo de membrecía y también para asegurar su continuidad. Ignorar los intereses asociados a estos derechos supone negar las condiciones mínimas que permiten ser ciudadano y, por tanto, es como expulsar a los individuos de su calidad de miembros de la comunidad nacional o, en la terminología de Hannah Arendt, privarles de su derecho a tener derechos²³. Cuando un estado niega de este modo a su población deja de poseer legitimidad para usar el argumento de la soberanía estatal como escudo en la esfera internacional. Los derechos humanos imponen límites a la soberanía del estado, entonces, porque constituyen exigencias básicas de inclusión²⁴.

Ésta sería una posibilidad para dar cuenta de los derechos humanos como límites a la soberanía de los estados que encaja con aspectos centrales del funcionamiento de la práctica internacional. Sin embar-

²¹ Un enfoque institucional de los derechos humanos contrasta con un enfoque interaccional. Siguiendo a Pogge, podríamos decir en general que una perspectiva institucional de valoración moral se preocupa por el funcionamiento de nuestras estructuras sociales y sus efectos en la vida de las personas. La pregunta que nos formulamos desde esta visión es la de cómo deberíamos organizar estas estructuras para obtener resultados justos. Una perspectiva interaccional, en cambio, se preocupa por cómo deben actuar los individuos o las entidades colectivas y por los efectos de sus acciones u omisiones en la vida de las personas. La pregunta aquí es qué deben hacer estos individuos y entidades colectivas para actuar de forma justa. Véase, por ejemplo, POGGE (2002, 45, 64-70, 170-177).

²² Véanse, especialmente, COHEN (2004; 2006) y COHEN (2008). También BESSON (2011).

²³ Desde esta perspectiva, el derecho a tener derechos sería el derecho humano básico cuya ignorancia implica la expulsión de la comunidad política, la pérdida de la condición de ciudadano que permite a las personas ser sujetos de derechos y no meros objetos. Para algunos defensores de una concepción estatista de los derechos humanos, éste sería realmente el único derecho humano de carácter eminentemente internacional porque la responsabilidad primaria del orden internacional es garantizar que las comunidades políticas, en cuyo interior se hacen efectivos los derechos humanos, no excluyan a sus miembros de la condición de ciudadanos, exclusión que se produce cuando sus derechos son ignorados o despreciados de manera profunda y sistemática. Véanse, por ejemplo, COHEN (2008, 586-588) y BESSON (2011). Sobre la idea de un derecho a tener derecho véase ARENT (1951, 292-299).

²⁴ Véanse, por ejemplo, COHEN (2004, 197-198; 2006, 237-238) y BAYNES (2009, 383-387).

go, asociar el carácter especial de estos derechos con la inclusión en la comunidad política constriñe en exceso la pregunta acerca de cuál es el origen de estas demandas de justicia. También limita de modo injustificado el rango de instituciones a las que podríamos asignar responsabilidad directa por su respeto y protección. El punto más criticable de esta concepción es que conduce a una visión estatista de estos derechos. Un enfoque estatista asume que el deber de respetar derechos humanos recae en los estados y que su responsabilidad básica es proteger los derechos de sus propios ciudadanos²⁵. La comunidad internacional solo entra en escena por defecto, pues carece aquí de responsabilidades directas de satisfacción. Las estructuras globales, ya sea interfiriendo o asistiendo, se limitan a garantizar que los estados cumplan sus obligaciones en tanto miembros de la comunidad internacional; en otras palabras, se limitan a asegurar que los estados no impidan de esta forma la continuidad de la relación política.

El estatismo que subyace al fundamento de la membrecía en la comunidad política no da plena cuenta del rol justificatorio que los derechos humanos pueden desempeñar en la práctica internacional. Cabría observar, por una parte, que la salvaguarda de intereses primarios como la vida o la seguridad personal, o la protección contra la tortura, para poner algunos ejemplos, es exigible más allá de la relación doméstica de ciudadanía²⁶. Por otra parte, la concepción estatista debilita o incluso desdibuja las obligaciones extraterritoriales de los estados en materia de derechos humanos²⁷. Asimismo, este fundamento ni siquiera casa con muchas declaraciones, documentos oficiales y diseños institucionales que encontramos en el sistema internacional. Como han insistido entre otros Cristina Lafont y Margot Salomon, estos documentos proclaman el objetivo de la comunidad internacional de asegurar, de forma cooperativa, la protección efectiva y el respecto universal de los derechos humanos, algo que va más allá de establecer límites a la soberanía estatal²⁸. Por último, la visión estatista conduce a una priorización no instrumental del ámbito doméstico en la protección de estos derechos. La intervención internacional se acaba concibiendo como un instrumento para asegurar la continuidad del vínculo de ciudadanía, la única relación moral que se considera verdaderamente relevante desde esta visión. Tal aproximación diluye la distinción funcional entre dere-

²⁵ Sobre la visión estatista, LAFONT (2012, 11). Ahora bien, algunos defensores de un enfoque estatista mantienen, aunque con argumentos que me resultan débiles o no del todo convincentes desde la propia concepción estatista, que la responsabilidad de los estados por el respeto a los derechos humanos no tiene por qué reducirse a sus propios ciudadanos. Véanse, por ejemplo, aunque desde diferentes perspectivas, BESSON (2011) y MONTERO (2013, 474-476).

²⁶ JOSHUA COHEN, que asume una visión estatista de los derechos humanos, reconoce que los derechos que he mencionado no están solo vinculados a esta membrecía. Véase COHEN (2006, 238).

²⁷ Véase LAFONT (2012, 23-24).

²⁸ LAFONT (2012, 39-43), SALOMON (2007, cap. 1).

chos constitucionales y derechos humanos y, en suma, dificulta la comprensión del carácter global de estos últimos²⁹.

Para que una concepción política se ajuste mejor al sistema internacional de los derechos humanos en sus dos dimensiones, supervisora y cooperativa, debería encontrar un fundamento más amplio. Mi sugerencia en el próximo apartado es expandir este fundamento desde una concepción política que denominaré «cooperativa» de los derechos humanos.

2. HACIA UNA CONCEPCIÓN POLÍTICA *COOPERATIVA* DE LOS DERECHOS HUMANOS

Hoy en día pocos negarían que haya otras relaciones relevantes de moralidad política además de la relación de ciudadanía. La globalización y el pluralismo de entramados institucionales que actúan en todos los niveles, por encima, por debajo y paralelamente al estado, también conforman estructuras sujetas a estándares de justicia relacional³⁰. Estas dinámicas de interacción, que se imponen a los individuos, están tamizadas por una multiplicidad de actores e instituciones, con objetivos muy diversos, y cuyo efecto en la vida de las personas es obvio. Esta relación global institucionalizada ha sido utilizada por muchos autores como origen y fundamento de demandas de justicia global. Trayendo a colación algún ejemplo, Thomas Pogge la ha usado para justificar deberes de acción en el marco de la pobreza extrema, Charles Beitz para extender del principio de la diferencia más allá del estado o Iris Marion Young para globalizar la responsabilidad por las consecuencias de la opresión³¹.

Ahora bien, desde una visión institucional de los derechos humanos como la que sostiene Pogge, las demandas de protección de estos dere-

²⁹ Vistos como demandas morales, diría que los derechos constitucionales están vinculados a la legitimidad interna del estado con respecto a sus propios ciudadanos. Son exigencias internas a una relación especial de moralidad política (la relación de ciudadanía). Los derechos humanos, en cambio, afectan también, y especialmente, a su legitimidad externa, a los límites de su soberanía o inmunidad frente a la injerencia internacional. Estas dos legitimidades pueden complementarse pero no son idénticas. Ciertamente, ambos tipos de derechos tienen muchas similitudes de contenido por su carácter de exigencias de moralidad política, pero actúan en ámbitos justificatorios diferenciables, lo que posibilita que su contenido y alcance no coincidan. De ahí que la pérdida de inmunidad del estado en nombre de los derechos humanos dependa de cuestiones de legitimidad externa y otros factores que no pasan necesaria ni exclusivamente por la vulneración de los derechos constitucionales de sus ciudadanos. Véanse, en este sentido, RAZ, (2010a, 330) y TASIOLAS (2012, 48-50). Sobre la importancia de distinguir entre derechos constitucionales y derechos humanos véanse, también, RAWLS (1999, 78-81), LAFONT (2012, 20-21). En sentido contrario véase, por ejemplo, WALDRON (2013, 14-15).

³⁰ Sobre los diversos tipos relacionales y no relaciones de demandas de justicia véase RISSE (2012, cap. 1).

³¹ Véanse POGGE (2002), BEITZ (1979), YOUNG (2006).

chos están vinculadas a los daños injustos producidos por el funcionamiento del sistema de interacción mundial. Se trataría, empleando los términos de Kenneth Baynes, de derechos que se activan por la imposición de estructuras globales injustas³². La no satisfacción de bienes básicos pasaría a ser una vulneración de derechos humanos solo cuando estas estructuras entorpecen injustificadamente el acceso seguro a estos bienes³³. Pero esta asociación resulta débil. Tal aproximación al vínculo entre instituciones globales y derechos humanos mira el orden mundial solo desde su potencial para generar daños impuestos de los que se debe responder. La importancia moral de estas estructuras puede sin embargo ir más allá de la justicia compensatoria, fijándonos también en su potencial para mejorar el acceso a bienes básicos. Ambas potencialidades me parecen decisivas cuando pensamos en la relación global que puede dar fundamento a los derechos humanos como demandas de justicia. Mi sugerencia es comprender estos derechos desde una base de justicia relacional que permita definirlos como exigencias de inclusión en el sistema internacional como un todo y pueda, por tanto, otorgarles un carácter eminentemente global³⁴.

Este paso podemos darlo cuando consideramos que la interacción mundial posee una mezcla compleja de tres condiciones que involucran relaciones de justicia: interdependencia, institucionalización y cooperación³⁵. Tanto a nivel regional como planetario, estas condiciones se dan en un grado suficiente y con la estabilidad necesaria para dar cuerpo a algunas demandas de inclusión equitativa en el orden global. Quizá sea cierto, como muchos han argumentado, que estos niveles de interacción no bastan para justificar un esquema igualitario de justicia distributiva, pero sí pueden justificar exigencias suficientaristas de inclusión, esto es, niveles mínimos, razonables o decentes en términos de bienestar, oportunidades e intereses de todas las personas³⁶. Lo que propondría es entender los derechos humanos desde este

³² BAYNES (2009, 381-382).

³³ Véase POGGE (2002, cap. 2, esp. 44-46, 64-67). Para POGGE, alguien puede tener acceso seguro a un bien básico en un contexto institucional que no está organizado para proveer de acceso seguro a ese bien. Y alguien puede no acceder a un bien básico en un marco institucional bien organizado para asegurar el acceso a ese bien. Sólo en el primer escenario estaríamos ante un problema de derechos humanos.

³⁴ Esta idea más amplia de inclusión está latente en la concepción de JOSHUA COHEN, aunque este autor se acaba decantando, a mi modo de ver erróneamente, por vincular estos derechos a la relación de membrecía en la comunidad política. Véanse COHEN (2004; 2006) y COHEN y SABEL (2006, 173-174).

³⁵ Sobre estas condiciones y su vínculo con las relaciones de justicia véase COHEN y SABEL (2006, 158-174). Sobre este vínculo entre justicia e interdependencia y cooperación globales ya había insistido BEITZ a finales de los años setenta del siglo pasado. Véase BEITZ (1979).

³⁶ Véase COHEN y SABEL (2006, 154). El alcance de la justicia igualitaria es una cuestión diferente y mucho más controvertida. Para estos autores, estas tres condiciones dan origen a exigencias de justicia que son más fuertes que las de carácter humanitario, pero no tienen por qué ser tan fuertes como las exigencias igualitarias de justicia distributiva que podemos justificar en el seno de la relación de ciudadanía. En

tipo de demandas aunque, como explicaré, son exigencias basadas en un umbral de suficiencia que no tiene por qué quedar fijado en un punto determinado; puede ir aumentando en profundidad y amplitud.

En esta visión más amplia, los estados, en lo que atañe a los derechos humanos, desempeñarían un papel instrumental básico. En un orden global dividido en estados, garantizar la membresía nacional es indispensable para la satisfacción de derechos humanos. Pero el sistema internacional y transnacional como un todo, que incluye también a las instituciones nacionales, no constituye solo otro instrumento de protección. La existencia de un orden mundial sería el origen de los derechos humanos como razones de justicia global, y este orden también sería el destinatario de las responsabilidades de satisfacción.

Si adoptamos esta aproximación, la salvaguarda de estos derechos condiciona la legitimidad interna del sistema internacional e involucra, aunque de maneras diferentes, a todos sus actores (comunidades políticas, instituciones de derechos humanos, organismos y agencias internacionales, ONGs, actores económicos y poderes fácticos). Las responsabilidades de la comunidad internacional no pasan necesaria ni meramente por la posibilidad de interferir en la soberanía estatal porque no es el estado la única fuente relevante de interacción.

No entraré ahora en cuáles podrían ser estas responsabilidades y cómo deberían distribuirse en una división del trabajo institucional entre lo doméstico, lo regional y lo global. Lo que me interesa destacar es que si estas responsabilidades se ignoraran sistemáticamente, la consecuencia para los individuos no sería solo su expulsión de la membresía nacional; se les estaría negando la inclusión en el orden global en tanto estructura con elementos de interdependencia, institucionalización y cooperación. De este modo, el rol justificatorio que los derechos humanos desempeñan en la práctica internacional, en tanto ámbito de moralidad política, va más allá del que una visión estatista asumiría. Su función es asegurar las condiciones mínimas de membresía y *standing* de las personas en la sociedad internacional, no solo a través de su vínculo doméstico, sino desplegando todos los mecanismos de garantía disponibles. Las personas son tratadas como miembros de un orden global que se les impone y les afecta cuando sus intereses cuentan, y las razones de derechos humanos identifican, tomando prestada la idea de Joshua Cohen, bienes que son socialmente fundamentales porque son exigencias de inclusión³⁷. Cumplir con estas demandas asegura tratar a todas las personas como sujetos de derecho dentro de un contexto asociativo tan amplio como es la humanidad en su conjunto. La no satisfacción de estos intereses, en resu-

este sentido, «egalitarian justice is the internal morality of the association of equals that is formed by a legal order in which the subjects of the law are represented as its authors». (*Idem* 161). La cuestión, no obstante, es si los límites de las demandas igualitarias de justicia distributiva coinciden con los límites fronterizos de los estados.

³⁷ COHEN (2004, 198).

men, pasa a ser un problema de derechos humanos cuando erosiona la inclusión de los individuos en el orden global.

Este fundamento permite ofrecer una lectura no estatista de la idea de Arendt de un derecho a tener derechos. Pero, a la vez, busca una lectura menos densa moralmente que la que plantea Seyla Benhabib desde una ética discursiva cosmopolita³⁸. Arendt afirmaba lo siguiente:

«This new situation, in which “humanity” has in effect assumed the role formerly ascribed to nature or history, would mean in this context that the right to have rights, or the right of every individual to belong to humanity, should be guaranteed by humanity itself. It is by no means certain whether this is possible. For, contrary to the best-intentioned humanitarian attempts to obtain new declarations of human rights from international organizations, it should be understood that this idea transcends the present sphere of international law which still operates in terms of reciprocal agreements and treaties between sovereign states; and for the time being, a sphere that is above the nations does not exist»³⁹.

Arendt percibe el derecho a tener derechos desde el efecto devastador que la expulsión de la comunidad política tuvo en el mundo dividido en estados-nación del período entre guerras del siglo xx. Mi idea es que la evolución del sistema internacional desde entonces, a pesar de sus contradicciones y complejidades, puede ir adquiriendo parte de esta responsabilidad garantista que Arendt menciona y que también proclama el artículo 28 de la declaración universal⁴⁰.

En conclusión, esta concepción política de los derechos humanos, que propongo denominar «cooperativa», contempla estos derechos como razones para la acción internacional y da cuenta de las dos tesis comunes a una concepción política. Por una parte, refleja el origen institucional de estos derechos pero atiende a un marco amplio de interacción institucionalizada que afecta a todos los seres humanos y que, como he indicado, involucra a todas aquellas estructuras y actores que intervienen, directa o indirectamente, en el orden global. Por otra parte, entiende que estos derechos están históricamente situados y son el producto de un balance entre razones y contingencias sociales que permean una práctica con plasmación jurídica. La lógica inclusiva no es opaca a las consideraciones de viabilidad, efectividad y legitimidad institucional, y el Derecho es un instrumento indispensable para asegurar la inclusión.

³⁸ Véase BENHABIB (2007, 7-32; 2011).

³⁹ ARENDT (1951, 298).

⁴⁰ El artículo 28 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reza como sigue: «toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos».

Mi intención hasta ahora ha sido apuntar esta concepción política de los derechos humanos de modo más bien tentativo, solo como una posibilidad que valdría la pena seguir explorando con mayor profundidad en un estudio ulterior⁴¹. De todos modos, en lo que resta del trabajo destacaré algunas de sus ventajas frente a la concepción ética y la visión estatista para comprender y orientar la dinámica de la práctica internacional de los derechos humanos.

⁴¹ Mi propuesta en este punto tiene algunas afinidades con la línea de trabajo que está siguiendo MATHIAS RISSE. Este autor percibe los derechos humanos como derechos de membrecía en el orden global desde diferentes fundamentos, alguno de los cuáles está vinculado al tipo de interacciones que encontramos a nivel mundial. RISSE (2008) menciona diversas justificaciones que, conjunta o separadamente, servirían para dar fundamento a su idea de los derechos humanos: la propiedad común de la tierra, el auto-interés reflexivo, la interconexión global y otras consideraciones morales como el deber natural de ayuda o los deberes de rectificación. Una perspectiva crítica con el proyecto de RISSE la podemos encontrar en POGGE (2009). Entre otras cosas, POGGE objeta a RISSE que entender los derechos humanos como derechos de membrecía en el orden global, primero, se aleja del discurso habitual de los derechos humanos, que los asocia a derechos morales que poseen universalmente todas las personas por el hecho de serlo; segundo, desvincula las responsabilidades de satisfacción del nexo causal y, tercero, ofrece una base demasiado débil para dar fundamento a los derechos humanos y captar su importancia moral. A mi modo de ver, la crítica de POGGE, aunque sería aplicable a alguno de los fundamentos que RISSE utiliza, no sería determinante para la visión que estoy defendiendo. Por una parte, ya he comentado que la idea de que los derechos humanos son aquellos que poseen todas las personas por su mera humanidad resulta muy problemática para dar cuenta de estos derechos como razones para la acción en la esfera internacional. Es cierto que, desde el enfoque que sugiero, al igual que desde la propuesta de RISSE, los derechos humanos serían solo contingentemente universales, pero cualquier concepción que no sea la comprensión ética tradicional requiere matizar la universalidad de estos derechos haciéndola compatible con consideraciones temporales, históricas y de viabilidad. Por otro lado, aunque también la concepción cooperativa asume que las responsabilidades de satisfacción van más allá de la responsabilidad causal y de las razones de justicia compensatoria, esto no me parece un déficit de esta posición, ya que, como he indicado, es la propuesta de POGGE la que resulta demasiado restrictiva. POGGE (2009, 43) plantea el siguiente escenario: un régimen opresivo viola los derechos humanos de sus ciudadanos pero las reglas y prácticas del orden global no contribuyen a que este régimen sobreviva (no lo reconocen internacionalmente ni permiten que venda sus recursos internos, impiden su financiación externa y no se usa el soborno para asegurar inversiones dentro de ese estado). En este escenario, POGGE diría que, a diferencia de la responsabilidad que posee el régimen opresor, las instituciones externas y el orden global no poseen una obligación de intervenir basada en derechos humanos. Desde mi perspectiva, en cambio, la comunidad internacional no queda aquí liberada de sus responsabilidades en la protección de los derechos humanos de los habitantes de ese estado porque, en un contexto mundial de clara interdependencia, marcos institucionales desarrollados y amplias posibilidades de cooperación, hay suficientes mecanismos que pueden ser utilizados (y, por tanto, deben ser utilizados) para forzar los cambios necesarios en ese régimen opresor o para buscar otras alternativas para proteger a sus ciudadanos. Por último, creo que el fundamento de justicia relacional que estoy usando para comprender los derechos humanos no sería tan débil como POGGE presupone. Centrarse en las exigencias mínimas de inclusión no implica rechazar que los seres humanos posean valor intrínseco. Es ese valor intrínseco lo que da sentido a la moralidad en general y, en lo que atañe a los derechos humanos, es también lo que permite entender qué tipo de relevancia de moralidad especial y qué exigencias podemos incorporar en un contexto asociativo que abarca al conjunto de la humanidad.

3. ALGUNAS VENTAJAS DE LA CONCEPCIÓN COOPERATIVA: SUBSIDIARIEDAD E INCREMENTALISMO

Lo primero que destacaría de la concepción cooperativa es que parece resistir mejor que la concepción ética las críticas habituales a la doctrina de los derechos humanos. Las objeciones recurrentes acuden al carácter parroquiano e imperialista de la ética liberal que sustenta estos derechos, pero también se ha culpado a la concepción ética de facilitar que el sistema político del capitalismo neoliberal asegure su hegemonía, transformando sus prioridades ideológicas en principios universales⁴². Con independencia de lo atinado de estos juicios, esta concepción política está menos abierta a tales críticas al moverse en el ámbito de la moralidad especial y no presuponer ningún posicionamiento concreto en torno a los valores últimos de la vida humana. La lógica inclusiva es en este sentido filosóficamente modesta; su pretensión es extraer demandas de justicia en la forma de derechos de las relaciones de interacción global que afectan a los individuos. Por esta razón, esta caracterización de los derechos humanos podría ser compatible con diferentes puntos de vista acerca del fundamento de los derechos morales y de la moralidad en general, siempre que se admita que nuestras estructuras de interacción global, dada su dinámica, están sujetas a algunas demandas mínimas de justicia relacional vinculadas a bienes básicos de las personas. Al mismo tiempo, la concepción cooperativa no se pronuncia ni sobre otras cuestiones de justicia global (las vinculadas, por ejemplo, a principios igualitarios de justicia comparativa), ni sobre otros aspectos de moralidad humana (pienso en deberes personales que están involucrados en los problemas globales⁴³) ni tampoco sobre otras funciones que los derechos humanos puedan desempeñar además de constituir razones para la acción internacional⁴⁴.

⁴² Sobre estas críticas véanse, por ejemplo, BUCHANAN (2008), IGNATIEFF (2001), TASIOLAS (2010), DOUZINAS (2007).

⁴³ La concepción cooperativa parte de un enfoque dualista en la caracterización de los derechos humanos (esto es, asume que son los entramados institucionales y no los individuos los destinatarios directos de los deberes vinculados a estos derechos) porque se pretende dar cuenta del rol justificatorio primario que los derechos humanos desempeñan en la práctica internacional. Ahora bien, ello es compatible con defender una teoría de la justicia global que también asigne deberes personales a los individuos frente a problemas de escala global. No estoy presuponiendo en ningún momento que las demandas de justicia global se agoten en el respeto a los derechos humanos ni que la moralidad global se agote en demandas de justicia institucional. Ni todos los derechos morales son derechos humanos ni todas las responsabilidades que podemos asignar a los seres humanos en problemas de escala global son de carácter institucional. Para una crítica al enfoque institucional de Pogge en este sentido, defendiendo la necesidad de tratar el problema global de la pobreza extrema desde un «complementarismo» entre exigencias institucionales y exigencias interaccionales que se dirigen directamente a los individuos, véase, IGLESIAS VILA (2011, 1170-1190). Sobre la distinción entre dualismo y monismo véase, especialmente, MURPHY (1999, 254-255).

⁴⁴ Esta propuesta de caracterización no excluye que los derechos humanos tengan otras funciones en la práctica internacional o, como diría RAZ, en un orden global

Junto a la consideración anterior, la concepción cooperativa tiene otro tipo de ventajas de carácter funcional⁴⁵. Esta aproximación a los derechos humanos es una buena aliada para dar cuerpo a principios de funcionamiento que contribuyen a la identidad, coherencia y continuidad del sistema internacional de los derechos humanos. Aquí me concentraré en dos de ellos: el principio de subsidiariedad y el incrementalismo. Primero me referiré al ámbito regional, a un contexto con un alto grado de cooperación institucionalizada como es el sistema del Convenio Europeo de Derecho Humanos⁴⁶. Luego ampliaré la mirada respecto a la utilidad de la concepción cooperativa.

El principio de subsidiariedad se ha convertido en un estándar central de distribución de autoridad en el derecho internacional de los derechos humanos. En lo que atañe al Convenio Europeo, la sujeción a este principio parece ser cada vez más intensa, aglutinando los equilibrios complejos que enfrenta la adjudicación internacional. El protocolo n.º 15 al Convenio Europeo de Derechos humanos, que está en este momento abierto a la ratificación de los estados parte del Consejo de Europa, se hace eco de esta realidad compleja. Por esta razón, incluirá en el preámbulo del Convenio una referencia a que la responsabilidad primaria de asegurar los derechos convencionales recae en los estados, y una mención expresa al principio de subsidiariedad y al margen de apreciación nacional en su aplicación⁴⁷.

emergente. Siguiendo a RAZ (2010b, 46), podríamos afirmar que los derechos humanos tienen otras tres funciones importantes: 1) Expresar el valor de los seres humanos, 2) hacer que la agenda global tenga otras preocupaciones más allá de las relaciones intergubernamentales o el beneficio de las grandes corporaciones y 3) legitimar a los individuos y a las asociaciones para presionar políticamente e influir en el orden internacional. Sobre las diversas funciones que los derechos humanos pueden desempeñar véase, también, NICKEL (2006, 270).

⁴⁵ Aunque son temas que no podré examinar en este trabajo, valdría la pena explorar en qué medida un adecuado desarrollo de esta concepción política de los derechos humanos permitiría superar la tradicional separación entre derechos negativos y derechos positivos, dirigiendo a una visión unificada de los derechos humanos. También sería interesante analizar el rendimiento de esta concepción para dar cuenta de los denominados «nuevos derechos humanos» (i.e., derecho al medio ambiente, al desarrollo, a la paz, a la autodeterminación de los pueblos y al patrimonio común de la humanidad) en tanto derechos que van de la mano de la consolidación del orden global como estructura de interdependencia, institucionalización y cooperación. Sobre los nuevos derechos humanos véase, por ejemplo, RODRÍGUEZ PALOP (2010).

⁴⁶ Me centraré en la dimensión jurídica de este sistema regional y me referiré solo a la división del trabajo entre los estados del Consejo de Europa y el Tribunal de Estrasburgo. Ello no implica que el resto de instrumentos del orden global y el activismo en derechos humanos carezcan de importancia en cómo se orienta esta práctica regional en tanto parte del sistema universal. Pero mi propósito aquí es contrastar la concepción cooperativa con la comprensión ética y la visión estatista en relación con esta dimensión jurídica.

⁴⁷ Protocol N.º 15 amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Estrasburgo, 24 de junio de 2013. El artículo 1 del Protocolo reza como sigue: *At the end of the preamble to the Convention, a new recital shall be added, which shall read as follows: «Affirming that the High Contracting*

Este protocolo ha sido muy criticado por algunas de las principales ONGs del panorama internacional, que en una declaración conjunta han mostrado su preocupación porque el preámbulo vaya a mencionar solo estos estándares y no otros principios básicos en la interpretación del Convenio, como el de protección efectiva, el principio de proporcionalidad o la interpretación evolutiva⁴⁸. Su temor es que este paso acabe debilitando el sistema europeo de protección de derechos humanos. ¿Está justificada esta preocupación?

Asumiendo que el Convenio canaliza una práctica jurídica cuya fundamentación axiológica bebe del discurso justificatorio de los derechos humanos, ¿Qué lectura deberíamos dar al principio de subsidiariedad? Si partimos de una concepción ética de los derechos humanos, nuestro interés en la subsidiariedad como forma de distribuir autoridad entre diversas unidades de poder será más bien menor. Como comenté anteriormente, la concepción ética está más concentrada en las razones para ser beneficiario de estos derechos que en las razones y contingencias que intervienen en la asignación de responsabilidades de satisfacción. Esta perspectiva no encaja bien con la importancia que está adquiriendo este estándar en la práctica internacional de los derechos humanos, rodeada de muchas reivindicaciones de legitimidad dirigidas a los órganos supranacionales de protección, que torna clave determinar quién tiene autoridad y sobre quién puede ejercerla. Una concepción estatista, en cambio, al otorgar prioridad a la protección nacional tenderá a interpretar el principio de subsidiariedad con un sesgo favorable a los estados. Como resaltaré, la consecuencia de este sesgo es una imagen westfaliana del sistema internacional, muy dependiente del *status quo* y la voluntad doméstica, con pocos incentivos para el avance integrado en la satisfacción de estos derechos. Una concepción cooperativa, a mi juicio, puede ofrecer una visión más equilibrada del principio de subsidiariedad, especialmente, como estándar de adjudicación internacional en el marco del Convenio Europeo.

Pensemos en el Tribunal Europeo de derechos humanos como un actor dentro de la práctica internacional; pensemos también en el Convenio como uno de los instrumentos jurídicos que expresan los objetivos a los que esta práctica sirve. El principio de subsidiariedad, usado como estándar de adjudicación, está cobrando cada vez mayor prota-

Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention».

⁴⁸ «Protocol 15 to the European Convention on Human Rights Must not Result in a weakening of Human Rights Protection», Joint NGO Statement, 24 de junio de 2013, pp. 2-3.

gonismo en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo⁴⁹. Los motivos son diversos: el hecho de que el Tribunal sea un órgano internacional, la presión política que este órgano ha recibido cuando sus sentencias han disgustado a los estados y el incremento enorme de casos sometidos a su jurisdicción. En un reciente artículo, Robert Spano, un juez del propio tribunal, ha llegado a considerar que el tribunal de Estrasburgo está entrando en una «era de la subsidiariedad»⁵⁰.

Pero hay diferentes sentidos en los que podemos apelar a un principio de subsidiaridad. Desde un punto de vista formal, este principio incide en que el Tribunal solo interviene en la protección de derechos convencionales por vía contenciosa y una vez se han agotado los remedios internos. No es éste sin embargo el sentido de subsidiariedad que acompaña a las críticas que el Tribunal ha recibido en el asunto Hirst, donde en 2005 condenó a Gran Bretaña por negar el derecho al voto a los reclusos, o las que provocó la sentencia de la Sala en el asunto Lautsi, que condenaba a Italia por imponer la presencia del crucifijo en las escuelas públicas, sentencia que fue rectificadas convenientemente por la Gran Sala en 2011⁵¹. Estas críticas se refieren al modo en que el tribunal ejerce la competencia jurisdiccional que se le ha asignado en aplicación del principio formal de subsidiariedad, objetando la falta de *self-restraint* en su ejercicio competencial. Estas posiciones críticas manejan una visión estatista del principio de subsidiariedad, que proclama la prioridad de las decisiones nacionales en caso de una eventual divergencia con el criterio de la autoridad supranacional. Esta noción normativa insiste en que el Tribunal de Estrasburgo posee una legitimidad política derivada y, por tanto, le corresponde adoptar una actitud deferente ante el criterio estatal⁵².

⁴⁹ Como indica PAOLO CAROZZA, aunque el principio de subsidiariedad suele ser percibido como un recurso para distribuir competencias entre diferentes niveles de gobierno en el marco de una unidad política y, por tanto, serviría, como sucede en la Unión Europea, para distribuir autoridad soberana, este principio también puede usarse de modo general en el derecho internacional de los derechos humanos. Su inclusión en el preámbulo del Convenio iría en esta dirección. Véase CAROZZA (2003, 57).

⁵⁰ SPANO (2014).

⁵¹ STEDH LAUTSI y otros c. Italia, de 3 de noviembre de 2009 y SGSTEDH HIRST c. Reino Unido (n. 2), de 6 de octubre de 2005. Sobre las reacciones ante el primer asunto véase, especialmente, MCGOLDRICK (2011). En el asunto Hirst, fue notoria la reacción desafiante de David Cameron ante el fallo de Estrasburgo.

⁵² Sobre esta distinción, véase LETSAS (2006, 722). Sobre los distintos sentidos y concepciones normativas de la idea subsidiariedad, véase en general FØLLESDAL (1998, 190-218; 2013, 37-62). La jurisprudencia de Estrasburgo ha sido siempre consciente de esta crítica y la ha canalizado creando la doctrina del margen de apreciación estatal, que también ha sido elevada a recurso hermenéutico oficial por el Protocolo 15. Con esta doctrina, el tribunal suele otorgar cierta deferencia al criterio de los estados en situaciones de interferencia a derechos convencionales, bajo algunas condiciones y con diferentes intensidades según lo que esté en juego, y especialmente cuando no hay consenso entre los estados miembros en cuestiones sensibles de moralidad pública y el estado puede estar mejor situado para decidir. Sobre esta doctrina véase, por todos, Arai-Takahashi (2002)

Si a partir del protocolo 15 el Tribunal de Estrasburgo acabara acogiendo esta noción estatista, su función judicial en aplicación del Convenio quedaría visiblemente erosionada. Pero no solo esto; el Tribunal de Estrasburgo tendería a convertirse en un actor superfluo dentro de la práctica internacional de los derechos humanos. Quizá esta superfluidad sería bienvenida para la visión estatista de los derechos humanos. Para la línea que defiende, en cambio, se trataría de un déficit importante. Desde la concepción cooperativa, el principio de subsidiariedad tiene otro significado que está vinculado a una adecuada división del trabajo en esta materia.

La base de este estándar podría explicarse a través del siguiente razonamiento. Como he comentado, la inclusión de las personas en la sociedad internacional se consolida desde su membresía a una multiplicidad de estructuras con elementos de interdependencia, institucionalización y cooperación, unas más alejadas y otras más cercanas al individuo, pero todas con efectos profundos en su bienestar. Por lo que respecta a los derechos humanos, estos entramados institucionales son a la vez amenazas potenciales a bienes humanos básicos e instrumentos determinantes para su satisfacción. Al mismo tiempo, persiguen sus fines de modos distintivos, dada su historia y circunstancias particulares, lo que impide subsumirlos en una unidad homogénea⁵³. Estas estructuras, por todo ello, requieren al mismo tiempo autonomía para alcanzar sus fines y supervisión mutua⁵⁴.

En el ámbito de la adjudicación internacional en derechos humanos, esta idea es trasladable a una noción que también denominaré «cooperativa» del principio de subsidiariedad, que busca obtener un equilibrio entre la autonomía del estado y la supervisión internacional. Este estándar aboga por una división del trabajo en la protección de derechos que respete el pluralismo desde una vocación de unidad de propósito y que, por tanto, genere deberes tanto de no interferencia como de intervención⁵⁵. Siguiendo a Ken Endo o Paolo Carozza, la

⁵³ CHARLES TAYLOR diría que estamos ante diferentes rutas hacia el mismo fin. Se trataría de respetar la libertad de tomar diferentes rutas hacia ese fin común, lo que requiere que los derechos humanos se integren con el conocimiento local. Citado en CAROZZA (2003, 76).

⁵⁴ Este mismo razonamiento es seguido por CAROZZA (2003), aunque desde una concepción ética de los derechos humanos basada en el valor intrínseco de la dignidad humana.

⁵⁵ Esta concepción cooperativa de la subsidiariedad queda reflejada en el propio preámbulo del Convenio Europeo de Derecho Humanos en los términos siguientes: «Considerando que la finalidad del Consejo de Europa es realizar una unión más estrecha entre sus miembros, y que uno de los medios para alcanzar esta finalidad es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; Reafirmando su profunda adhesión a estas libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democrático, y, de otra, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos de los cuales dependen».

lógica de este estándar incluiría dos dimensiones⁵⁶. Una es negativa. La institución internacional no puede arrogarse aquellas funciones que la institución más cercana a los individuos puede realizar adecuadamente o con mayor eficacia. Otra es positiva. La institución internacional adquiere el deber de actuar cuando la institución nacional no puede lograr sus fines de modo satisfactorio o cuando se enfrentan problemas que trascienden la escala doméstica.

La dimensión negativa del principio de subsidiariedad debería dirigir al Tribunal de Estrasburgo, por una parte, a no interferir en las formas nacionales de protección de derechos convencionales cuando la no interferencia vaya en beneficio del sistema europeo de derechos humanos. El estado está más cerca de la realidad cotidiana de los individuos y en un conflicto concreto puede estar mejor situado para valorar cuál es el curso de acción adecuado dada su coyuntura interna. Por otra parte, esta dimensión negativa también exige al tribunal de Estrasburgo, en el momento de juzgar una posible violación de derechos, tener presentes otros fines valiosos que el estado persigue en tanto estructura compleja, algo que ya contemplan, por ejemplo, las cláusulas de limitación de los artículos 8 a 11 del Convenio⁵⁷.

La dimensión positiva del principio de subsidiariedad, en contraste, refuerza la responsabilidad judicial del Tribunal en la protección efectiva de los derechos convencionales. La refuerza en aquellos casos en los que el estado resulta incapaz de satisfacer mínimamente estos derechos o cuando el estado, como ha sucedido en algunos conflictos religiosos y de moralidad pública, carece de la imparcialidad necesaria para una adecuada protección. En estos últimos casos el estado tiende a privilegiar a un determinado grupo social o cede ante la presión de la moralidad dominante, con lo que deja de estar mejor situado que un órgano internacional para resolver la conflictividad interna que esta falta de imparcialidad pueda comportar⁵⁸. Aquí una declaración de violación del Convenio puede expresar esta dimensión positiva de la subsidiariedad. Por esta razón, la inclusión de este principio en el preámbulo no tiene por qué suponer un retroceso de los derechos humanos en Europa. Al contrario, puede conllevar una mejor división del trabajo dentro de esta estructura cooperativa, contribuyendo a que

⁵⁶ CAROZZA (2003, 44), Endo (1994).

⁵⁷ Como es bien sabido, cada una de estas cláusulas reconoce un derecho convencional en su primer párrafo, pero incluye un segundo párrafo donde se explicita en qué condiciones un estado parte puede restringir este derecho sin violar el Convenio.

⁵⁸ En algunos ámbitos, esta dimensión positiva de la subsidiariedad ha sido desatendida por el Tribunal de Estrasburgo. Un ejemplo claro lo encontramos en materia de simbología religiosa, donde, por lo general, ha dejado prevalecer la perspectiva del estado a pesar de que la regulación nacional mostraba claramente una falta de neutralidad o imparcialidad ante su pluralismo religioso interno. Son llamativos en este aspecto los asuntos Şahin c. Turquía (SGSTEDH, de 10 de noviembre de 2005), el ya mencionado Lautsi c. Italia y el reciente S. A. S. c. Francia (SGSTEDH, de 1 de julio de 2014).

el sistema del Convenio actúe como motor regional de inclusión protectora en lo que se refiere a bien básicos de las personas.

Además de propugnar una división del trabajo entre lo local, lo regional y lo global, resaltaría otra ventaja práctica de la concepción cooperativa de los derechos humanos, que es su utilidad para entender la importancia y necesidad de una dinámica incremental en las exigencias de protección efectiva. La presencia global estabilizada (no puntual) de relaciones de interdependencia, institucionalización y cooperación otorga forma a un discurso universal de los derechos humanos, abriendo paso a una lógica de inclusión en la sociedad internacional como un todo. Pero, al mismo tiempo, las razones de moralidad especial que justifican estas demandas de inclusión también atienden al hecho de que estos elementos se alimentan mutuamente. A una interdependencia cada vez mayor corresponde la necesidad de una mayor institucionalización, la cual posibilita, a su vez, mejorar la cooperación en la persecución de la inclusión global. El incremento de esta posibilidad de cooperación institucionalizada justifica, por su parte, elevar de modo paulatino nuestras exigencias en torno a sus efectos en los intereses básicos de los individuos. Ello origina nuevas responsabilidades de justicia vinculadas a derechos humanos, lo que permite consolidar y ampliar demandas de satisfacción.

Tal concepción se incardina bien en un orden global complejo y diversificado, en el que encontramos niveles muy distintos de protección y estructuración institucional, así como diferentes tiempos en el desarrollo de una cultura pública de los derechos humanos. Explica, de un lado, por qué los documentos internacionales atienden a esta realidad compleja, graduando tiempos, formas de cumplimiento y niveles de responsabilidad. Esta graduación es también exigible por razones de equidad frente al pluralismo de sistemas; evita que la agenda de los derechos humanos sea marcada solamente por una parte del mundo en función de su propio momento histórico, circunstancias y condiciones sociales⁵⁹. De otro lado, permite sujetar el orden global a una dinámica inclusiva que es *path-dependent* en lo que atañe a derechos humanos. Orienta normativamente la práctica internacional hacia una exigencia progresiva en la realización de estos derechos, que no desconozca las realidades regionales y la diversidad cultural, económica y política existente, pero sin que la comunidad internacional deje de impulsar ese pluralismo hacia mejores consensos y reformas estructurales.

Como observa Eva Brems, un problema en la protección internacional de los derechos humanos es la tendencia de los órganos supranacionales de monitorización y supervisión a centrarse en el control

⁵⁹ En palabras de BREMS (2009, 367), «The countries of the global North and West have always dominated the human rights agenda; and they put certain issues on the agenda when they are ready for them; i.e. when cultural change in their societies has either been accomplished or is well on track».

de su violación desde un estándar mínimo siendo, al mismo tiempo, indiferentes en cuanto al grado de protección de derechos humanos que los estados ofrecen tanto por encima como por debajo de este umbral⁶⁰. Tal tendencia no genera ningún incentivo en los estados para hacer más de lo que el mínimo internacional les exige. El resultado de esta falta de incentivos puede ser un estancamiento general de los derechos humanos, el cual no sería simplemente el producto de que haya otros fines valiosos perseguidos por el estado o de las limitaciones económicas sino, en muchos casos, también de las resistencias culturales internas que frenan ciertos avances. En este escenario, los estados pueden evitarse el coste político de reducir estas resistencias.

La alternativa al control de violaciones desde un umbral de mínimos no es calificar las violaciones desde un estándar de máximos, ya que la práctica internacional de los derechos humanos debe poder dejar espacio para reconocer y alabar las buenas prácticas institucionales y las agendas con compromisos fuertes, algo que no tiene cabida cuando la supervisión se centra en valorar si hay incumplimiento. La alternativa es adoptar la perspectiva del progreso paulatino, que no se reduce a la cuestión de si ha habido o no una violación y, por tanto, puede contribuir a que los derechos humanos sean percibidos como metas que orientan las políticas públicas e incentivar un compromiso creciente por parte de los estados. Al mismo tiempo, facilita el uso de un lenguaje más amplio de responsabilidades vinculadas al respeto, protección y satisfacción⁶¹.

⁶⁰ Así, desde esta perspectiva centrada en el control de violaciones, una violación grave cuenta de la misma forma que una violación muy grave o que una más leve. De forma paralela, por encima de la situación de violación, el estado cumple sea cual sea su nivel de protección del derecho en juego, lo que resta relevancia a la diferencia entre registros decentes, buenos y excelentes. Véase, BREMS (2009, 353-354).

⁶¹ Estoy siguiendo aquí a BREMS (2009, 365-372). En la práctica internacional, la idea de progreso paulatino se ha asociado generalmente a los derechos económicos, sociales y culturales, pensando en una línea de horizontes más que en la violación de derechos, centrándose en las buenas prácticas más que en las obligaciones taxativas de cumplimiento y con un umbral mínimo más básico que el reservado para derechos civiles y políticos. La atractiva propuesta de Brems es ampliar la idea de progreso paulatino para dar cuenta de las responsabilidades de respeto, protección y satisfacción de los derechos humanos en general, algo que dirigiría a un enfoque unificado y sustituiría tanto una visión minimalista como una visión maximalista. A mi modo de ver, esta perspectiva es compatible con considerar que el estándar mínimo puede ser más básico en unos derechos que en otros. Al mismo tiempo, esta perspectiva no tiene por qué dirigir a rechazar la importancia de un control internacional basado en estándares mínimos de protección; solo requiere asumir el carácter dinámico e incremental de este umbral y, por tanto, que lo que hoy todavía no juzgamos como una violación de derechos humanos, en otro momento puede llegar a serlo si se dan las condiciones oportunas. Por esta razón, no estaría de acuerdo con BREMS (p. 359), que no parece distinguir entre derechos constitucionales y derechos humanos, cuando afirma que a medida que el límite se mueve hacia arriba abandonamos la lógica de umbral mínimo. A mi juicio, este incrementalismo sigue siendo de estándares mínimos siempre que quepa imaginar niveles más elevados de protección de los bienes en juego que puedan garantizarse, por ejemplo, en la esfera nacional y que, incluso, sean

En los contextos todavía «pre-cooperativos», con bajo nivel de institucionalización, donde la protección de derechos humanos queda todavía al compromiso voluntario de los estados, esta lógica incremental dirige a ir ampliando responsabilidades y a perseguir fórmulas para el avance efectivo a nivel global. Pero también en contextos cooperativos y fuertemente institucionalizados, el incrementalismo es determinante para orientar la práctica internacional⁶². Si nos centramos de nuevo en el Convenio Europeo, buena parte de su éxito como motor regional en la protección de estos derechos pasa por alcanzar un buen equilibrio entre el principio cooperativo de subsidiariedad y la lógica incremental. De hecho, el Tribunal de Estrasburgo ha seguido esta línea de realización progresiva de derechos convencionales en ámbitos importantes. La ha seguido, por ejemplo, en todo lo que afecta a los derechos de las personas transexuales y homosexuales. Aquí el Tribunal ha tendido a ir aumentando gradualmente los estándares de protección, atento al estado del consenso europeo, pero también impulsándolo hacia adelante con un garantismo que se ha ido incrementando con cada nueva decisión⁶³. Esta dinámica evolutiva es la que va asegurando la inclusión de estos grupos sociales dentro del marco protector del sistema europeo de derechos humanos.

Para una concepción ética, la idea de progreso paulatino resulta extraña. Si estamos pensando en derechos morales que poseemos por nuestra mera humanidad, y éstos generan deberes universales de protección, parecería que solo la imposibilidad fáctica, la ausencia de recursos o la afectación de otros derechos humanos evitarían que la falta de satisfacción plena constituyese una violación. De este modo,

internamente exigibles dada la relación de ciudadanía. También quiero destacar que este umbral de mínimos movable sigue permitiendo atender a las buenas o malas prácticas y a los grados de satisfacción como algo diferente a la lógica todo o nada de violación/cumplimiento.

⁶² Sobre el incrementalismo como un factor de éxito en la adjudicación internacional de derechos humanos véanse, especialmente, HELFER y SLAUGHTER (1997, 314-318), KRISCH (2010, cap. 4) y GERARDS (2015).

⁶³ Para mencionar algunos de los asuntos en los que el TEDH ha ido marcado una línea evolutiva en los niveles de profundidad y amplitud en esta protección, yendo desde la descriminalización de conductas al cerco cada vez más estrecho a las diferencias legales, véanse, por lo que respecta a los derechos de las personas homosexuales, especialmente, Dudgeon c. Reino Unido (SPTEDH, de 22 de octubre de 1981), Lustig-Prean & Beckett c. Reino Unido (STEDH, de 25 de septiembre de 1999), Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal (STEDH, de 21 de diciembre de 1999), Karner c. Austria (STEDH, de 24 de julio de 2003), E. B. c. Francia (SGSTEDH, de 22 de enero de 2008), X y otros c. Austria (SGSTEDH, de 19 de febrero de 2013) y Vallianatos y otros c. Grecia (SGSTEDH, de 7 de noviembre de 2013). En lo que atañe a los derechos de las personas transexuales véanse, especialmente, B. c. Francia (SPTEDH, de 22 de marzo de 1992, Goodwin c. Reino Unido (SGSTEDH, de 11 de julio de 2002), Schlumpf c. Suiza (STEDH, de 9 de enero de 2009), Identoba y otros c. Georgia (STEDH, de 12 de mayo de 2015).

la concepción ética se ajusta mejor a una visión de máximos⁶⁴. Para la concepción estatista, la idea de progreso paulatino resulta difícilmente aceptable si se adelanta a los consensos domésticos. Por esta razón, el estatismo buscaría una visión de mínimos, claramente pactados, y con un control externo deferente con el criterio nacional.

Para una concepción cooperativa, en cambio, esta dinámica incremental va de la mano de su lógica inclusiva. La idea de inclusión global que he asociado a los derechos humanos, a pesar de moverse en el piso de los estándares mínimos en lo que atañe al respeto, protección y satisfacción de bienes básicos de las personas, tiene un carácter graduable. Ello le dota de la flexibilidad necesaria para orientar la práctica internacional hacia el horizonte de los derechos humanos como meta que la humanidad en su conjunto debe ir alcanzando a medida que se van dando las condiciones para ello. La división del trabajo que el principio cooperativo de subsidiariedad demanda y el progreso paulatino que el incrementalismo propugna son, a mi entender, dos instrumentos que pueden permitirnos avanzar en este objetivo humano sin más excusas.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAI-TAKAHASHI, Y. (2002), *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Interstetia, Oxford.
- ARENT, H. (1951), *The Origins of Totalitarianism*, Harcourt Brace Jovanovich, Nueva York.
- ANSUÁTEGUI, F. (1999), «La Declaración Universal de Derecho Humanos y la Ética Pública», *Anuario de Filosofía del Derecho*, v. XVI, pp. 199-222.
- BAYNES, K. (2009), «Toward a Political Conception of Human Rights», *Philosophy and Social Criticism*, n. 35, pp. 371-390.
- BEITZ, Ch. (1979), *Political Theory and International Relations*, Princeton University Press, Princeton.
- (2009), *The Idea of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford.
- BENHABIB, S. (2007), «Universalism: On the Unity and Diversity of Human Rights», *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*, v. 81, n. 2, pp. 7-32.
- (2011), *Dignity in Adversity: Human Rights in Troubled Times*, Polity Press, Cambridge, Mass.

⁶⁴ Una forma de evitar esta conclusión tan estricta desde una concepción ética es considerar que los derechos humanos no tienen fuerza práctica por sí mismos o asumir, como hace por ejemplo Amartya Sen, que los derechos humanos solo justifican otorgar una consideración razonable a las acciones que dirigen a satisfacer el derecho. Véase Sen (2004, 322-323 y 338-345). Pero este debilitamiento de los derechos humanos como razones no cuadraría con el papel que desempeñan en la práctica internacional de los derechos humanos. Aunque debe reconocerse que también desde una concepción política se ha defendido una visión débil en torno a la fuerza que identifica los derechos humanos como razones. Beitz (2009, 109), por ejemplo, considera que los derechos humanos son básicamente razones para un *international concern*.

- BESSON, S. (2011), «Human Rights: Ethical, Political...or Legal? First Steps in a Legal Theory of Human Rights», en Childress III, D. (ed.), *The Role of Ethics in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 211-245.
- BOBBIO, N. (1991), «Sobre el fundamento de los derechos del hombre», en *El Tiempo de los derechos*, editorial Sistema, Madrid, (trad. R. de Asís Roig), pp. 53-62.
- BREMS, E. (2009), «Human Rights: Minimum and Maximum Perspectives», *Human Rights Law Review*, v. 9, n. 3, pp. 349-372.
- BUCHANAN, A. (2008), «Human Rights and the Legitimacy of the International Legal Order», *Legal Theory*, v. 14, n. 1, pp. 39-70.
- (2010), *Human Rights, Legitimacy, and the Use of Force*, Oxford University Press, Oxford.
- CAROZZA, P. (2003), «Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law», *The American Journal of International Law*, v. 97, n.1, pp. 38-79.
- COHEN, J. (2004), «Minimalism About Human Rights: The Most We Can Hope For?», *The Journal of Political Philosophy*, v. 12, n. 2, pp. 190-213.
- (2006), «Is There a Human Right to Democracy?», en Sypnowich, Ch. (ed.), *The Egalitarian Conscience: Essays in Honour of G. A. Cohen*, Oxford University Press, Oxford, pp. 226-248.
- COHEN, J. L. (2008), «Rethinking Human Rights, Democracy, and Sovereignty in the Age of Globalization», *Political Theory*, v. 36, n. 4, pp. 578-606.
- COHEN, J. y Sabel, Ch. (2006), «Extra Rempublicam Nulla Justitia?», *Philosophy & Public Affairs*, v. 34, n. 2, pp. 147-175.
- DOUZINAS, C. (2007), *Human Rights and Empire. The Political Philosophy of Cosmopolitanism*, Routledge-Cavendish, Abingdon.
- ENDO, K. (1994), «The Principle of Subsidiarity: From Johannes Althusius to Jacques Delors», *Hokkaido Law Review*, v. 46, n. 6, pp. 553-652.
- FERNÁNDEZ, E. (1994), «Los derechos humanos y la historia», en A. A. V. V. (coord.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 215-234.
- FØLLESDAL, A. (1998), «Survey Article: Subsidiarity», *The Journal of Political Philosophy*, v. 6, n. 2, pp. 190-218;
- (2013), «The Principle of Subsidiarity as a Constitutional Principle in International Law», *Global Constitutionalism*, v. 2, n. 1, pp. 37-62.
- FORST, R. (2010), «The Justification of Human Rights and the Basic Right to Justification: A Reflexive Approach», *Ethics*, v. 120, n. 4, pp. 711-740.
- GERARDS, J. (2015), «Diverging Fundamental Rights Standards and the Role of the European Court of Human Rights», en Claes, M. y De Visser, M. (eds.), *Constructing European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford.
- GILABERT, P. (2011), «Humanist and Political Perspectives on Human Rights», *Political Theory*, v.39, n. 4, pp. 439-467.
- GRIFFIN, J. (2010), «Human Rights and the Autonomy of International Law», en Besson, S. y Tasioulas, J. (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, Oxford.
- HABERMAS, J. (2010), «The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights», *Metaphilosophy*, v. 41, n. 4, pp. 464-480.
- HELPER, L. y Slaughter, A. (1997), «Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication», *Yale Law Journal*, v. 107, pp. 273-391.

- IGLESIAS VILA, M. (2011), «La pobreza extrema en tiempos de crisis: ¿Contribuye el institucionalismo a nuestra inestabilidad moral?», en Gascón, M., González, M. C. y Cantero, J. (eds.), *Cuestiones de derecho sanitario y bioética*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1151-1194.
- IGNATIEFF, M. (2001), «Human Rights as Politics and Idolatry», en Gutmann, A. (ed.), *Human Rights as Politics and Idolatry*. Michael Ignatieff, Princeton University Press, Princeton, pp. 3-100.
- KRISCH, N. (2010), *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford University Press, Oxford.
- LAFONT, C. (2012), *Global Governance and Human Rights*, Spinoza Lectures, Van Gorcum, Amsterdam.
- LETSAS G. (2006), «Two Concepts of the Margin of Appreciation», *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 4, pp. 705-732.
- MCGOLDRICK, D. (2011), «Religion in the European Public Square and in European Public Life—Crucifixes in the Classroom?», *Human Rights Law Review*, v. 11, n. 3, pp. 451-502.
- MONTERO, J. (2013), «Derechos Humanos: estadistas, no cosmopolitas», *Isegoría*, n. 49, pp. 459-480.
- MURPHY, L. (1999), «Institutions and the Demands of Justice», *Philosophy & Public Affairs*, v. 27, n. 4, pp. 251-291.
- NICKEL, J. (2006), «Are Human Rights Mainly Implemented by Intervention?», en Martin, R. y Reidy, D. (eds.), *Rawls's Law of Peoples. A Realistic Utopia?*, Blackwell, Oxford, pp. 263-277.
- PECES-BARBA, G. (1989), «Sobre el fundamento de los derechos humanos. Un problema de Moral y Derecho», en Muguerza, J. et al., *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, pp. 265-277.
- PÉREZ LUÑO, A. E. (1983), «La fundamentación de los derechos humanos», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 35, pp. 7-71.
- POGGE, Th. (2002), *World Poverty and Human Rights*, Polity Press, Cambridge.
- (2009), «Comment on Mathias Risse: A Right to Work? A Right to Leisure? Labor Rights as Human Rights», *Law & Ethics of Human Rights*, v. 3, n. 1, pp. 39-47.
- RAWLS, J. (1999), *The Law of Peoples*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.
- RAZ, J. (2010a), «Human Rights Without Foundations», en Besson, S. y Tasioulas, J. (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, Oxford, pp. 321-337.
- (2010b), «Human Rights in the Emerging World Order», *Transnational Legal Theory*, n. 1, pp. 31-47.
- RISSE, M. (2008), «What are Human Rights? Human Rights as Membership Rights in the Global Order», HKS Faculty Research Working Paper Series RWP08-006, Febrero.
- (2012), *On Global Justice*, Princeton University Press, Princeton.
- RODRÍGUEZ PALOP, M. E. (2010), *La nueva generación de derechos humanos: origen y justificación*. Dykinson (2.ªed.).
- (2011), *Claves para entender los nuevos derechos humanos*, Catarata, Madrid.
- SALOMON, M. (2007), *Global Responsibility for Human Rights*, Oxford University Press, Oxford.
- SEN, A. (2004), «Elements of a Theory of Human Rights», *Philosophy & Public Affairs*, v. 32, n. 4, pp. 315-356.

- SPANO, R. (2014), «Universality and Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity», *Human Rights Law Review*, v. 14, n. 3, pp. 487-502.
- TASIOULAS, J. (2007), «The Moral Reality of Human Rights», en Pogge, Th. (ed.), *Freedom from Poverty as a Human Right: Who Owes What to the Very Poor*, Oxford University Press, Oxford.
- (2010), «The Legitimacy of International Law», en Besson, S. y Tasioulas, J. (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, Oxford, pp. 97-116.
- (2012), «On the Nature of Human Rights», en Ernst, G., y Heilinger, J. (eds.), *The Philosophy of Human Rights: Contemporary Controversies*, Walter de Gruyter, Berlin, pp. 17-59.
- VALENTINI, L. (2012), «In What Sense Are Human Rights Political? A Preliminary Exploration», *Political Studies*, v. 60, n. 1, pp. 180-194.
- WALDRON, J. (2013), «Human Rights: A Critique of the Raz/Rawls Approach», *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*.
- YOUNG, I. M. (2006), «Responsibility and Global Justice: A Social Connection Model», *Social Philosophy and Policy*, v. 23, n. 1, pp. 102-130.

Fecha de recepción: 30/06/2015. Fecha de aceptación: 31/10/2015.

Una reflexión iusfilosófica y política sobre las fronteras

An Iusphilosophical and Political Reflection on Borders

Por ÁNGELES SOLANES CORELLA
Instituto de Derechos Humanos. Universitat de València¹

RESUMEN

Este artículo examina el concepto de frontera frente a la movilidad humana, evidenciando cómo el miedo y la violencia son dos claves básicas en la articulación de las barreras territoriales. Este punto de partida, permite analizar la relación entre frontera, Estado-nación y derechos. Se aborda así de modo crítico, cómo la idea de justicia, vinculada al monopolio estatal a partir de la teoría rawlsiana, no permite justificar, desde una dimensión moral y jurídica, la función de control y exclusión que desempeña la frontera en la actualidad. Cuando los principios de justicia no se toman en consideración en fenómenos tan relevantes como la movilidad humana, prácticas como la externalización de las fronteras hacen ceder los derechos más básicos y la libertad de circulación se convierte en un factor de estratificación. Las medidas articuladas desde la Unión Europea para reforzar las fronteras inteligentes y la política de vecindad, son una muestra de prácticas que debilitan principios tan esenciales como el de non-refoulement, vinculado al

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto I+D+i (MINECO/FEDER) 2015-65840-R «Diversidad y Convivencia: los derechos humanos como guía de acción», del Ministerio de Economía y Competitividad, y el proyecto del programa de investigación de excelencia PROMETEO/2014/078 «Justicia social, exigibilidad de los derechos humanos e integración», de la Generalitat Valenciana.

derecho de asilo, y que vulneran derechos humanos como constata el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Palabras clave: *Fronteras, derechos humanos, movilidad humana, justicia, Estado-nación.*

ABSTRACT

This article examines the border concept which human mobility faces, showing how fear and violence are two basic keys in the articulation of territorial barriers. This starting point, it allows for analysing the relationship between border, Nation-state and rights. It critically discusses how the idea of justice, related to state monopoly from Rawls' theory, does not justify, from a moral and legal dimension, the control function and exclusion played by the border today. When the principles of justice are not taken into consideration in phenomena as important as human mobility, some practices, for example, externalization of borders, sacrifice the most basic rights and freedom of movement becomes a factor of stratification. The measures articulated by the European Union to strengthen smart borders and the neighbourhood policy, are examples of practices that undermine fundamental principles such as non-refoulement, which is linked to asylum right, and these violate some human rights as the European Court of Human Rights notes.

Keywords: *Borders, human rights, human mobility, justice, Nation-state.*

SUMARIO: 1. TIEMPOS DIFÍCILES PARA LA MOVILIDAD HUMANA ENTRE FRONTERAS.–1.1. *El significado de la frontera: más allá de la muralla.*–1.2. *El miedo como justificación y la violencia como reacción.*–2. LA RELACIÓN ENTRE FRONTERAS, ESTADO-NACIÓN Y DERECHOS.–2.1. *La idea de justicia en el Estado-nación aplicada a la movilidad humana.*–2.2. *La externalización de las fronteras y la libertad de circulación como factor de estratificación.*–3. UN EJEMPLO DE LA FUNCIÓN MULTIDIMENSIONAL DE LA FRONTERA: DERECHOS EN LOS LÍMITES DE LA UNIÓN EUROPEA.–3.1. *Una Europa de fronteras inteligentes y vecindad: una teoría ineficaz.*–3.2. *Derechos humanos transversales y débiles.*–4. UN FUTURO BLINDADO.–5. BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY: 1. HARD TIMES FOR HUMAN MOBILITY ACROSS BORDERS.–1.1. *The significance of the border: beyond the wall.*–1.2. *Fear as justification and violence as a reaction.*–2. THE RELATIONSHIP BETWEEN BORDERS, NATION-STATE AND RIGHTS.–2.1. *The idea of justice in the Nation-state applied to human mobility.*–2.2. *The externalization of borders and freedom of movement as a stratification factor.*–3. AN EXAMPLE OF THE MULTIDIMENSIONAL FUNCTION OF THE BORDER: RIGHTS WITHIN THE LIMITS OF

THE EUROPEAN UNION.—3.1. *A Europe of smart borders and neighbourhood: an ineffective theory.*—3.2. *Transversal and weak human rights.*—4. A SHIELDED FUTURE.—5. BIBLIOGRAPHY.

1. TIEMPOS DIFÍCILES PARA LA MOVILIDAD HUMANA ENTRE FRONTERAS

La globalización, con la creciente interdependencia que conlleva, enfrenta a diversos desafíos al modelo de Estado asociado a una nación (pueblo), a una autoridad política dominante y a una determinada jurisdicción territorial. El ascenso de una economía marcada por mercados libres en capital, finanzas y trabajo, la internacionalización de las comunicaciones y la tecnología, y el desarrollo de actores supra y transnacionales, entre otros aspectos, evidencian que el paradigma *westfaliano* está, al menos, en crisis. A partir del cuestionamiento de la territorialidad estatal, se pone en tela de juicio el papel que desempeña en la actualidad el concepto tradicional de soberanía, que fuera de los límites estatales puede considerarse que entra, en mayor o menor medida, en colapso o declive².

En este escenario, resulta precipitado enterrar el sistema de Estados-nación aunque la soberanía, en ámbitos como el económico, el militar, incluso el político, se haya visto erosionada, al menos por dos razones. Por una parte, porque ese modelo de Estado continua reafirmando y sus fronteras nacionales, aunque porosas y en movimiento, siguen cumpliendo el papel de mantener fuera a los *otros*³ o lo que es lo mismo siguen creando identidades hacia dentro a partir de la distribución mental del territorio. Así, la exclusión del extranjero se presenta como natural, no se cuestiona, se legitima través del ordenamiento jurídico y se institucionaliza⁴. Por otro lado, porque aunque las tradicionales estructuras políticas nacionales pueden estar afectadas de cierta debilidad o decadencia, no existen aún nuevas formas políticas de globalización que permitan reemplazarlas. Al ofrecer frente a nuevas realidades las mismas respuestas, el desajuste y las incongruen-

² HABERMAS, J., *La constelación posnacional: ensayos políticos*, Barcelona, Paidós, 2000, pp. 95-100; SASSEN, S., ¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización, Bellaterra, Barcelona, 2001, pp. 44-45; COHEN, J. L., *Globalisation and Sovereignty. Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 13-21; y BROWN, W., *Estados amurallados, soberanía en declive*, Barcelona, Herder, 2015, pp. 92-98 y 103-106.

³ La frontera desempeña así un papel quizás más teatral o simbólico, que realmente efectivo. WIHTOL DE WENDEN, C., ¿Hay que abrir las fronteras?, Barcelona, Bellaterra, 2000, pp. 17-18 y BALIBAR, E., «La política y sus sujetos en el interregno», en BROWN, W., *Estados amurallados, soberanía en declive, op. cit.*, pp. 9-21, p. 18.

⁴ DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid, Temas de Hoy, 1994, pp. 117-130 y *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*, Barcelona, Icaria. Antrazyt, 1996, p. 28.

cias entre el derecho internacional de los derechos humanos y la afirmación de la soberanía territorial estatal están garantizados, ya que, «mientras el terreno en el que viajamos, la sociedad mundial de Estados, ha cambiado, nuestro mapa normativo no lo ha hecho»⁵.

La globalización ha impactado en la soberanía propiciando la creación de oportunidades conceptuales y la acción de nuevos actores y sujetos, pero con todo, de momento, el Estado sigue siendo el sujeto exclusivo para el derecho internacional (incluso al margen de su grado de representatividad respecto de los deseos de la población o del respeto de los preceptos de la representación democrática), aunque no puede combatir la informalización que propicia la participación de actores y sujetos distintos⁶. El Estado-nación continúa considerándose fundamental, por ejemplo, para abrir sus economías nacionales a la global, funcionando al mismo tiempo dentro del proteccionismo y la desregulación neoliberal, solo que debe ubicarse en otra lógica organizadora⁷.

Uno de los fenómenos que más claramente interpela al tradicional esquema de Estado-nación⁸, en un espacio que ya no es aquel en el que surgió, es el de la movilidad humana⁹, que interroga de forma

⁵ BENHABIB, S., *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, Barcelona, Gedisa, 2005, p. 17.

⁶ SASSEN, S., *Contra geografías de la globalización. Género y Ciudadanía en los circuitos transfronterizos*, Madrid, Traficantes de sueños, 2003, p. 81.

⁷ SASSEN, S., *Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, Madrid, Katz Editores, 2010, p. 35.

⁸ Considerando el Estado-nación, en la línea que propone Bayón «el estado soberano moderno o «westfaliano», esto es, una unidad territorialmente delimitada que posee autoridad política última dentro de sus fronteras y es externamente reconocida como un igual a cualquier otra unidad también soberana; y que, según los casos, puede abarcar una o varias «naciones» o partes de ellas», BAYÓN, J. C., «¿Democracia más allá del Estado?» en RUIZ MIGUEL, A. (ed.) *Entre Estados y Cosmópolis. Derecho y justicia en un mundo global*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 121-138, en concreto p. 121.

⁹ Entendiendo la movilidad humana, a falta de una noción universalmente aceptada, como una noción amplia que, en lo que ahora interesa, se identifica con la noción de flujos mixtos que proporciona la Organización Internacional para las Migraciones (OIM/IOM) que considera tales «los movimientos de población complejos incluidos los refugiados, solicitantes de asilo, migrantes económicos y otros migrantes». A lo largo de este estudio, se diferenciará entre inmigración (proceso por el cual los no nacionales de un Estado entran en él con el propósito de instalarse) y asilo (entendiendo por tal la protección concedida por un Estado a un extranjero en su territorio contra el ejercicio de la jurisdicción por el Estado de origen, basado en el principio de no devolución, que conduce al disfrute de ciertos derechos internacionalmente reconocidos) para evidenciar que se trata de situaciones jurídicamente distintas que exigen políticas y normativas diversas. IOM INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, *Glossary on Migration. International Migration Law*, Geneva, IOM, 2004, pp. 8, 31 y 42. Esa misma definición en un sentido amplio es la que mantiene el ACNUDH cuando habla de migrante internacional para referirse «a cualquier persona que se encuentre fuera de un Estado del que sea ciudadano o nacional o, en el caso de las personas apátridas, de su Estado de nacimiento o residencia habitual. El término incluye a los migrantes que tienen la intención de trasladarse de forma permanente o temporal y tanto a los que se trasladan de manera regular o documentada como a los

persistente a uno de los baluartes estatales: la categoría de frontera. Ciertamente, un indicador del proceso de transformación que está sufriendo el Estado es la pérdida de su soberanía, plasmada en la merma del control de fronteras, puesto que, el vínculo existente entre ambas se ha modificado. Frente a la fácil (y a veces ingobernable) movilidad de capitales y mercancías, la de personas se convierte en un último reducto de la soberanía estatal que en su gestión insiste en controlar quién puede entrar (estar, pasar, residir y/o trabajar) en su jurisdicción, procurando mantener el imaginario entre pueblo, poder y territorio. Con esa voluntad de ejercicio de dominio estatal, superando la simple consideración como meras líneas territoriales, las fronteras desempeñan un papel fundamental en el intento de mantener el orden nacional en un contexto global, y lo hacen insistiendo en las nociones jurídicas sobre las que aquel se asienta, claramente en las de ciudadano-extranjero, aunque estas provoquen importantes disfunciones. Surgen así múltiples teorías sobre la frontera que analizan su *desterritorialización*, su *fronterización* en clave militar y de seguridad o su movilidad en cuanto concepción compleja y cambiante. En todas ellas, persiste la discusión acerca de la función real y simbólica que está llamada a cumplir.

Este trabajo, desde la perspectiva apuntada de la movilidad humana, transita del ámbito teórico al práctico, centrándose en el ejemplo que ofrece la Unión Europea (UE), para analizar críticamente el rol militar, de seguridad y la imagen simbólica que se le asigna a la frontera, en el intento de presentar como imprescindibles los muros; y, al mismo tiempo, la negación de derechos internacionalmente consagrados que ello conlleva, dando lugar a lo que podrían considerarse los nuevos *no-derechos* (que al dejar de serlo parece que hacen ceder las obligaciones que a ellos iban vinculadas, obviando las necesidades que los hicieran surgir) que aparecen como resultado de aplicar un esquema estatal a un contexto global.

1.1 El significado de la frontera: más allá de la muralla

Históricamente los muros fueron concebidos como límites territoriales fronterizos en cuanto delimitación espacial en clave proteccionista hacia el interior y defensiva hacia el exterior. El *limes* del imperio romano era inherente a la propia existencia de este, y adquirió con el tiempo un significado, no solo pero sí especialmente, militar, puesto que, delimitaba la línea defensiva (de las tierras conquistadas frente a posibles invasiones bárbaras) utilizando en muchas ocasiones fronteras naturales como los cauces de los ríos y construyendo grandes for-

migrantes en situación irregular», ACNUDH (Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos), *Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales*, Ginebra, 2014, p. 4.

tificaciones para proteger el territorio romano como *limes imperii*, que al mismo tiempo suponía también, como gobierno autocrático, el dominio de los romanos sobre los pueblos conquistados. En la Roma imperial, se asimiló el *limes* a la frontera como límite visible que identificaba el ámbito espacial del territorio en sus confines exteriores. Además el *limes* marcó el ámbito jurisdiccional dentro del territorio romano en el que se desarrolló un sistema jurídico sin precedente que ha servido de modelo a buena parte de los ordenamientos jurídicos europeos¹⁰.

El Derecho, la lengua y la religión, contribuyeron a completar una segunda dimensión del *limes* romano que iba más allá del límite físico territorial. Así, este fue visto como la «gran estrategia», en el sentido de entender que las pretensiones del Imperio superaban lo meramente militar, la idea de fortificación, asumiendo la necesidad de una superioridad de las legiones romanas colocadas a lo largo de las fortalezas para garantizar la seguridad, y al tiempo, considerando también básicas la política, la diplomacia, la economía y la religión como forma de conseguir la estabilidad. En ese sentido, podría afirmarse que el *limes* actuó tanto desde una dimensión física como desde otra identitaria, como plan global para defender la seguridad e integridad del Estado, de ahí que en el propio declive y caída del Imperio las causas militares sean un aspecto determinante, pero no el único a tomar en consideración¹¹.

En el mismo sentido, las fortalezas medievales articularon los muros exteriores como mecanismos de intimidación y contención, y también de salvaguarda, distinguiendo territorio y población. En esta época, las murallas seguían definiendo y defendiendo entidades políticas que configuraban la identidad, tanto colectiva como individual, hacia el interior, en la misma medida que se procuraba interceptar las intromisiones desde el exterior¹². De hecho, en la época medieval puede apreciarse un «tipo específico de ensamblaje de territorio, autoridad y derechos» que no tiene una unidad territorial como la del Estado moderno, pero que con el tiempo funcionaría como «una capacidad incorporada para el nacimiento del Estado-nación territorial»¹³.

¹⁰ BUENO DELGADO, J. A., «Del *limes* romano al espacio Schengen», en DELGADO LARIOS, A. y AUBERT P. (col.), *Conflictos y cicatrices: fronteras y migraciones en el mundo hispánico*, Madrid, Dykinson, 2014, pp. 51-70, en concreto p. 52.

¹¹ FERRIL, A., *La caída del imperio romano. Las causas militares*, Madrid, Edaf, 1998, pp. 15 y 37.

¹² HIRST, P., *Space and Power: Politics, War and Architecture*, Cambridge, Polity, 2005, p. 171.

¹³ SASSEN, S., *Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, op. cit., pp. 110-111. La dualidad dentro-fuera, propio-extraño (extranjero) y seguro-peligroso, como forma de división subsiste en múltiples ejemplos históricos y actuales, como el muro de Adriano en Gran Bretaña (que delimitaba el Imperio romano en el norte de Europa), la muralla de Teodosio (que protegía la ciudad Constantinopla), la Gran Muralla China (articulada para defender al Imperio chino de las tribus mongoles), la línea Maginot (como defensa francesa a lo

En el paso de la muralla a la frontera ha persistido la dualidad apuntada junto al carácter polisémico de ambos términos, afianzándose la función de protección. En la articulación del orden internacional que adquirió carta de naturaleza a partir de los Tratados de Westfalia (1648), se consagraron tres principios en las relaciones internacionales: la configuración del orden político mundial como una sociedad de Estados, el establecimiento de un principio de coexistencia pensado para articular las relaciones entre ellos en base a una condiciones mínimas que permitirían organizar sus asuntos en el orden internacional y la instauración de un sistema de regulación mutuo en el que no fuera necesaria una autoridad supranacional¹⁴. La idea de inclusión-exclusión se traslada a partir de este momento al orden internacional westfaliano como soporte *sine qua non* de los Estados-nación soberanos, en forma de frontera que delimita la territorialidad, es decir, una concreta jurisdicción símbolo por excelencia de la soberanía. Es relevante recordar, que el modelo de Estado como la noción de frontera se extraen de la cultura occidental y posteriormente se universalizan, sin tomar en consideración los particularismos culturales. El primero nace en Europa y es aceptado aún cuando se podrían haber considerado especificidades culturales. De la misma forma, la noción de frontera es monocultural, puesto que se relaciona con el sistema europeo de Estado territorial¹⁵.

El concepto de frontera que se apunta es básicamente exterior, en sus inicios con marcadas connotaciones militares como protección frente al enemigo, y más tarde frente al otro. En efecto, de los múltiples significados que el concepto de frontera, puede tener, es de especial interés el que remite a su sentido geopolítico y epistemológico. El primero de ellos alude al sentido más originario, desde la propia etimología como «puesto y colocado enfrente» o «confín de un Estado», en el sentido que establece la línea territorial que delimita poder, iden-

largo de su frontera con Alemania e Italia después de la Primera Guerra Mundial, aunque nunca se pensó en completarla si no en dar una imagen de Francia fortificada), el muro Atlántico construido por el Tercer Reich (frente a un posible ataque aliado desde Gran Bretaña), el muro de Berlín (que diferenciaba el mundo liberal del socialista y el comunista), y el último de los muros de la guerra fría que separa Corea del Norte de Corea del Sur (y crea la zona desmilitarizada de Corea (ZDC), es decir, la franja de seguridad que, desde 1953, protege el límite territorial de tregua entre las dos repúblicas coreanas). Asimismo, mas recientemente, la voluntad de construir muros persiste. En 2014, por ejemplo, Bulgaria construyó una valla de seguridad para contener la llegada de refugiados a la UE desde Oriente Medio y el norte de África, su ampliación ya se ha previsto en 2015; también Hungría ha anunciado que construirá una valla con Serbia contra la inmigración, y tanto Ucrania como Estonia se muestran favorables a levantar muros.

¹⁴ JÁUREGUI BERECIARTU, G., «Del Estado nacional a la democracia cosmopolita: política y derecho en la era global», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 36, 2002, pp. 127-150, en concreto p. 133.

¹⁵ FERNÁNDEZ LIESA, C. R., «La relevancia del factor cultural en el derecho internacional contemporáneo», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 14, 2010, pp. 325-338, en concreto pp. 332-333.

tividad y seguridad. También desde la dimensión epistemológica la frontera construye el ámbito de lo conocido y lo desconocido, y en ese sentido contribuye a crear la imagen del otro, afianzando la dimensión funcional junto a otra social a la par que política¹⁶.

La frontera separa el «yo» del «otro», creando de esta manera dos identidades, de tal forma que sin frontera no habría otro. La frontera crea al extranjero, hace al migrante que personifica el espectro heterogéneo de distinción jurídica, las desigualdades sociales y las diferencias. Progresivamente las normativas sobre inmigración y extranjería ya se encargarán de ordenar jerárquicamente y clasificar a los migrantes¹⁷.

Como límite exterior cumple en parte un papel semejante al de la barrera cuando actúa como muro interior, puesto que igualmente divide y disgrega, pero existe una notable diferencia, ya que, las barreras no separan el interior de un Estado soberano de un exterior extranjero, sino que actúan como estructuras que pretenden impedir los movimientos dentro del territorio. Ello no impide que existan muros que actúan a la vez como barrera y frontera, entre ellos, por ejemplo, la valla de seguridad de Israel¹⁸, que en función de los diferentes desafíos se muestra de una u otra forma, concentrando todas las funciones performativas, las estrategias legitimadoras y las contradicciones que, como se analizará, pueden encontrarse en la actualidad en los proyectos de amurallamiento. Con todo, la finalidad de generar la exclusión, de dificultar cuando no imposibilitar, el ingreso, persiste en uno y otro caso¹⁹.

¹⁶ ZAPATA-BARRERO, R., «Teoría política de la frontera y la movilidad humana», *Revista Española de Ciencia Política*, n.º 29, julio 2012, pp. 39-66, en concreto pp. 45-47 y GUO, R., *Cross-Border Management: Theory, Method and Application*, Berlin Heidelberg, Springer-Verlag, 2015, pp. 5-12.

¹⁷ DE GENOVA, N. P., «Extremities and Regularities: Regulatory Regimes and the Spectacle of Immigration Enforcement», in JANSEN, Y., CELIKATES, R. and DE BLOOIS, J. (eds), *The Irregularization of Migration in Contemporary Europe: Detention, Deportation, Drowning.*, 1, Rowman & Littlefield, 2015, pp. 3-14, en concreto pp. 3-4.

¹⁸ BROWN, W., *Estados amurallados, soberanía en declive*, Barcelona, *op. cit.*, pp. 46-49.

¹⁹ Como en la frontera pero en el interior, los denominados guetos excluyen pensando la relación en clave de segregación espacial, en este caso respecto al «conciudadano indeseado» BAUMAN, Z., *La globalización. Consecuencias humanas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 65, buscando refugio desde el miedo al extraño, más en clave de pobreza que de amenaza cultural o identitaria, BAUMAN, Z., *Vida líquida*, Barcelona, Paidós, 2006, pp. 93-105. Esa misma lógica que se aplica en la frontera respecto al Estado, se traslada a su ámbito interno en las ciudades que se conciben en clave de riesgo para afrontar la existencia de extraños, que son vistos con desconfianza y generan demandas de seguridad que pueden satisfacerse bien a través del refuerzo del sistema represivo institucional o bien desde el ámbito privado, pero en todo caso como reacción frente al extraño, GONZÁLEZ ORDOVÁS, M. J., *De formas y normas. A propósito del insincero poder del urbanismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 13-37.

La frontera es, por tanto, una línea real, visible y blindada, pero también un espacio imaginario de protección en el contexto de las autopercepciones, de tal manera que exige un proceso y cumple una determinada función. Sin embargo, aún manteniendo estos rasgos originarios mínimos, los nuevos muros en la era de la posguerra fría y poswestfalia, presentan características distintas propias que tienen que ver con la forma de afrontar la globalización desde la soberanía del Estado-nación. Efectivamente, si la frontera es, además, una institución política primaria (como se confirmará, en el siguiente epígrafe, a propósito de la relación entre Estado-nación y derechos) necesariamente hay que entenderla como una categoría histórica, resultado de su particular biografía, y en el mismo sentido mutable en el tiempo²⁰. Por eso, las fronteras actuales, en su historia de vida, responden a retos, en teoría coincidentes pero en la práctica diferentes respecto al clásico papel de las murallas, en la medida en que persiste el objetivo de la defensa y la protección pero respecto a agentes externos distintos, que pueden seguir presentándose como bárbaros, cuando se concretan en los flujos migratorios, los terroristas o los traficantes de armas, drogas y seres humanos, pero que en todo caso no responden estrictamente a un poder soberano estatal.

1.2 El miedo como justificación y la violencia como reacción

En el nuevo escenario las fronteras poswestfalianas se articulan frente a un bárbaro distinto agrupado bajo el término globalización. Frente a ella los pilares del Estado-nación se tambalean porque la transición desde Westfalia produce profundas afecciones en el concepto de soberanía. De los teóricos clásicos de la soberanía moderna (entre ellos, Bodin, Hobbes y Schmitt) pueden sintetizarse algunos rasgos definitorios indispensables de la soberanía, entre ellos, la supremacía, la permanencia en el tiempo, la capacidad de decisión, el carácter completo, la condición de intransferible y la jurisdicción especificada. Todos ellos procuraron plasmarse, aún siendo siempre una aspiración, en el modelo de Westfalia, que ahora se ve amenazado por los crecientes flujos de capital, mercancías, personas y distintas formas de violencia y vasallaje, que priman los criterios de mercado frente a los principios de la legalidad y la política. Como apunta Brown, el Estado-nación continúa siendo un actor, un símbolo de la identificación nacional, pero los rasgos definitorios de la soberanía ya no residen en él si no en el dominio absoluto del capital y de la violencia política sancionada por la divinidad, de ahí que puede relacionarse el declive de la soberanía del Estado-nación con la proliferación de

²⁰ BALIBAR, E., *Nous, citoyens d'Europe? Les frontières, l'État, le peuple*, Paris, La Découverte, 2001, p. 174.

nuevos muros que escenifican la situación real en la que el poder estatal se encuentra²¹.

En este contexto, la frontera como uno de los baluartes nacionales persiste en ser atrincherada, aunque la iconografía física no sea eficaz (o no lo sea tanto como las múltiples posibilidades que ofrecen otros medios menos visuales como los digitales), y mantiene la psicosis del miedo como justificación frente a medidas que vulneran derechos exceptuando la legalidad hasta límites imprevisibles. Ese resorte del miedo, que puede ser visto como una visión simplista de la concepción hobbesiana de la razón política²², se concreta desde el 11S en la defensa frente al terrorismo y, de forma muy preocupante, frente a la movilidad humana, aunando fenómenos como la extranjería y el asilo que reciben un trato excesivamente similar cuando son realidades diferentes.

Ciertamente, el 11S visibilizó una ausencia de homogeneidad nacional, que desde el Estado tanto se había insistido en predicar, dejando paso a otra forma de esencialismo que lleva a una guerra más bien de identidades y culturas que sirvió, igualmente, para alentar el discurso de la seguridad hacia el exterior. El extraño, por definición, es peligroso y frente a él las reacciones político-militares estatales están justificadas en aras de la salvaguarda de la ciudadanía que al Estado le corresponde. Se reafirma así una política de cierre de fronteras, reales e imaginarias, que tiene como justificación el rechazo al otro, que si bien ya existía anteriormente, encuentra en el 11S una coartada perfecta. El extraño pasa a ser un chivo expiatorio renovable que se visibiliza como fuente permanente de inquietud e imprevisibilidad que hace inaplazable la función protectora del Estado, en el mismo sentido la identidad se construye desde la apología de lo que separa y no desde el consenso de valores comunes²³.

Ante el miedo, a los terroristas y a las migraciones, las reacciones a escala mundial se diversifican, pero al mismo tiempo se estandarizan en la representación simbólica del blindaje físico de las fronteras. Los casos de Estados Unidos (separando la frontera de California, Arizona y Texas con México) y España (en la frontera de Ceuta y

²¹ BROWN, W., *Estados amurallados, soberanía en declive*, Barcelona, *op. cit.*, pp. 30-34.

²² DE LUCAS, J., «El miedo en las sociedades más seguras de la historia», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º43, 2009, pp. 85-92, en concreto p. 86. *Vid.* CARENS, J. H., «Fear vs. Fairness: Migration, Citizenship and the Transformation of Political Community», in LIPPERT-RASMUSSEN, K., HOLTUG, N. and LAEGARD, S. (eds.), *Nationalism and Multiculturalism in a World of Immigration*, Houndmills, UK, Palgrave Macmillan, 2009, pp. 151-173.

²³ BECK, U., *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*, Paidós, Barcelona, 2005, pp. 95-96; BAUMAN, Z., *Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*, Barcelona, Tusquets, 2007, p. 122; NAÏR, S., *La Europa mestiza. Inmigración, ciudadanía y codesarrollo*, Barcelona, Círculo de lectores, 2010, pp. 198-202; y SUSÍN BETRÁN, R., *Fronteras y retos de la ciudadanía. El gobierno democrático de la diversidad*, Logroño, Perla Ediciones, 2012, p. 105.

Melilla con Marruecos), tomados, respectivamente, como una de las mayores fronteras en extensión y una de las que visibiliza un mayor nivel de desigualdad a ambos lados, son paradigmáticos para mostrar los discursos más dispares que justifican la fortificación fronteriza con medidas como los alambres de espino, las concertinas, los radares, los altos muros de hormigón o de plancha metálica y las torres de vigilancia, que aunque no son efectivos (si bien añaden dificultad), transmiten la idea de control.

En el primer supuesto, en Estados Unidos tanto las fortificaciones de Arizona y Texas, como la triple valla de San Diego fueron construidas para ofrecer una visión militarizada de la frontera. La emblemática *Gatekeeper Operation*, para reforzar el muro de San Diego, se presentó como una medida de emergencia articulada dentro de la estrategia nacional para asegurar el estricto trato que debía recibir la inmigración irregular²⁴. Esta necesidad de amurallamiento es un tema recurrente que periódicamente reaparece para vincular realidades tan diversas como el narcotráfico o la inmigración y que sigue teniendo una aceptación socialmente positiva. Así se demostró, por ejemplo, en el debate entre los candidatos republicanos que se celebró el 5 de agosto de 2015 en Cleveland (Ohio), donde una de las propuestas era la de obligar a México a pagar por un muro en la frontera. La ilusión estadounidense de orden y control, bajo una política agresiva en la frontera, no ha tenido los resultados esperados, es más ha provocado otros como la proliferación de un sistema profesional de contrabando, una mayor corrupción y más muertes en la zona fronteriza, aunque se haya insistido por parte de la administración norteamericana, en esos juegos de frontera, en proyectar, respecto a su política, una *imagen ganadora* aunque en realidad no se haya ganado el juego²⁵.

En el mismo sentido, la utilización de concertinas en las vallas de Ceuta y Melilla, a pesar de las terribles consecuencias de su uso²⁶, son una muestra de la voluntad de blindaje con medios visibles que escenifiquen el poder estatal. Poco importan el elevado coste político, económico y social de este tipo de medidas, si la opinión pública asediada por permanentes noticias acerca del intento de entradas irregulares, mezcladas con otras que sutilmente conectan imaginarios como el del terrorismo o fundamentalismo con el de la inmigración y/o la diversidad, para acabar convirtiendo todo ello en el «control del control»²⁷.

²⁴ NEVINS, J., *Operation Gatekeeper and beyond: the war on «illegals» and the remaking of the US-Mexico Boundary*, New York, Routledge, 2010, pp. 93-117.

²⁵ ANDREAS, P., *Border Games. Policing the US-Mexico divide*, London, Cornell University Press, 2009, p. 111 y GUO, R., *Cross-Border Management: Theory, Method and Application*, op. cit., pp. 135-151.

²⁶ Hasta tal punto que el Defensor del Pueblo ha pedido de modo reiterado que dichas concertinas se retiren, DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 2014 y debate en las Cortes Generales*, Madrid, 2015, pp. 201-202.

²⁷ WIHTOL DE WENDEN, C., ¿Hay que abrir las fronteras?, op. cit., pp. 18 y 44-46.

Ese miedo lleva también la violencia a la frontera, entendiéndola igualmente como mecanismo de defensa, aunque suponga un daño infringido más allá del amparo del Estado, y con él del ordenamiento jurídico²⁸. Siguiendo con los dos casos mencionados, las actuaciones en la frontera norteamericana muestran muchos ejemplos de violencia con los migrantes, como las actuaciones de los denominados *Minute-men* que dan caza a los inmigrantes en situación irregular en la frontera, reemplazando los mapas por otros falsos o sustituyendo el agua de los depósitos que hay en el desierto por otra no potable.

En la frontera española con Marruecos por ejemplo, en febrero de 2015, en la parte marroquí se procedió al desalojo de los campamentos de extranjeros (de inmigrantes pero también de potenciales solicitantes de asilo) quemando los asentamientos del monte Gurugú. Con anterioridad, el 6 de febrero de 2014, en El Tarajal, se produjo la muerte de quince personas al intentar entrar a nado en territorio español por la playa de Ceuta y ser recibidas con material antidisturbios (disparando bolas de goma) por parte de la Guardia Civil²⁹.

Este tipo de acciones evidencian que en la frontera, en cumplimiento de su función geopolítica y psicológica, se produce una especie de suspensión del Derecho que no es abolido por completo pero que deja paso a actuaciones que no es que sean cuestionables, sino que son directamente ilegales (como el caso de las devoluciones o expulsiones *en caliente* en España, que se analizarán más adelante), aunque se quieran justificar desde el estado de emergencia o de *sitio*³⁰ que pretende convertir en permanente lo que no tiene cabida en la legalidad del Estado de Derecho. Esa fuerza coactiva propia del Derecho, incluso

²⁸ DE LUCAS, J., «Violencia, fronteras, Derecho», *Sin permiso*, 27 de abril de 2014, 7 pp., en concreto p. 2 y DE LUCAS, J., *Mediterráneo: el naufragio de Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 47-56.

²⁹ A propósito precisamente de los acontecimientos de El Tarajal, el Comité contra la tortura ha recomendado a España adoptar «medidas eficaces para prevenir y poner fin al uso desproporcionado de la fuerza por los agentes del orden, asegurándose de que existan normas claras y vinculantes sobre el uso de la fuerza que se ajusten plenamente a los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (1990)». Asimismo insta a que se lleve a cabo «la investigación exhaustiva e imparcial de todos los actos de brutalidad y uso excesivo de la fuerza por el personal de las fuerzas del orden y enjuiciar a quienes aparezcan responsables», COMITÉ CONTRA LA TORTURA, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España*. El Comité contra la Tortura examinó el sexto informe periódico de España (CAT/C/ESP/6) en sus sesiones 1302.^a y 1305.^a (CAT/C/SR.1302 y 1305), celebradas los días 28 y 29 de abril de 2015, y aprobó en su sesión 1328.^a (CAT/C/SR.1328), celebrada el 15 de mayo de 2015, las observaciones finales, p. 6.

³⁰ LOCHAK, D., *Face aux migrants: état de droit ou état de siège? (conversation avec Bertrand Richard)*, Textuel, Paris, 2007. Se pierde así la perspectiva de que las normas jurídicas pueden crear, interpretar y aplicar el derecho a partir de diferentes premisas que han de tener en consideración las transformaciones sociales y las nuevas necesidades presentes en los ordenamientos jurídicos, RUIZ SANZ, M., «Sociedades multiculturales y sistemas jurídicos: intersecciones y confrontaciones», *Derechos y Libertades*, n.º 32, 2015, pp. 80-106, en concreto pp. 93-97.

diferencial en la polémica entre Ross y Kelsen, deja de ser el ejercicio legítimo de la fuerza, ese que al Estado corresponde y que se plasma a través del ordenamiento jurídico para el respeto y la garantía de los derechos y libertades fundamentales y humanos, para convertirse en violencia, en el significado más estricto del término, puesto que provoca de modo deliberado daños físicos y psíquicos a un tercero³¹.

2. LA RELACIÓN ENTRE FRONTERAS, ESTADO-NACIÓN Y DERECHOS

La violencia en la frontera, la suspensión aunque sea temporal de la legalidad, es incompatible con el respeto al estándar mínimo internacional de los derechos humanos. En el intento de superar esas situaciones, el Alto Comisionado de los Derechos Humanos de Naciones Unidas publicó los principios y directrices recomendados sobre los Derechos Humanos en las Fronteras Internacionales, que constituye un aporte ineludible para diseñar e implementar políticas garantistas de los derechos. Entre los tres principios básicos se hace referencia a la primacía de los derechos humanos, la no discriminación y la asistencia y protección contra cualquier daño, recordando a los Estados que las fronteras internacionales no son zonas de exclusión o excepción de las obligaciones internacionales. Ciertamente dichos principios se asientan en el denominado *soft law*, con todas las críticas respecto a su carácter no vinculante, aunque en este caso, respecto a la frontera, si bien sería deseable el carácter obligatorio no es desdeñable los efectos jurídicos que estos producen por su lugar en el derecho internacional³².

Entre las directrices que permitan traducir ese marco internacional en medidas concretas y prácticas para la gobernanza de las fronteras se citan las siguientes: promocionar y proteger los derechos humanos; la especial atención al marco jurídico y normativo procurando armonizar la legislación nacional con la internacional en esta materia; desarrollar la capacidad en materia de derechos humanos, por ejemplo, asignando suficientes recursos del presupuesto del Estado para fortalecer la gobernanza de fronteras, incluidos los sistemas de identificación, examen y remisión; garantizar los derechos humanos en los rescates e interceptaciones; propiciar asistencia inmediata en caso necesario; respetar los derechos en el examen y las entrevistas en la frontera así como en la identificación y remisión, tomando en especial considera-

³¹ DE LUCAS, J., «Violencia, fronteras, Derecho», *op. cit.*, pp. 2-4.

³² Se trata de una cuestión de enorme calado que ha generado un gran debate entre la doctrina en relación a diferentes aspectos, entre ellos el de su concepto y como nota predominante el carácter no vinculante, por todos a los efectos que ahora interesa, *vid.* SENDEN, L., *Soft Law in European Community Law*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2004 y LAPORTA, F. J., «Gobernanza y soft law: nuevos perfiles de la sociedad internacional», en RUIZ MIGUEL, A. (ed.) *Entre Estados y Cosmópolis. Derecho y justicia en un mundo global*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 41-81.

ción la importancia de la vida en familia³³; evitar la detención; e incentivar la cooperación y coordinación entre los múltiples interesados. Estas disposiciones insisten en la universalidad de los derechos humanos y rigen en cualquier lugar en el que los Estados ejerzan un control efectivo, aunque sea fuera de sus territorios. Exigen, también, un respeto ineludible por el debido proceso, el acceso a la justicia para denunciar abusos y acceder a mecanismos de reparación³⁴, antes las múltiples dificultades que encuentran los inmigrantes para el ejercicio de tales derechos y la discriminación de que son objeto³⁵.

Una reflexión iusfilosófica sobre las fronteras debe abordar la conexión entre estas y el poder del Estado en el ejercicio del monopolio legítimo de la violencia, puesto que mientras las mencionadas directrices no sean una realidad no puede seguir obviándose el límite que en las políticas estatales fronterizas, y la regulación normativa, suponen para la garantía de los derechos humanos como concreción de la idea de justicia.

2.1 La idea de justicia en el Estado-nación aplicada a la movilidad humana

Si retomamos la referencia antes apuntada de un posible uso legítimo de la fuerza para la protección de la frontera, es inevitable acudir a la idea de justicia. Ciertamente aunque detrás de las políticas de protección de fronteras y el desarrollo normativo que estas llevan aparejado pueda apelarse a las ideas de paz, seguridad u orden, es necesario, como apunta Ruiz Miguel a propósito de la función del derecho en un mundo global, ir más allá, con una concepción éticamente más comprometida para admitir que «la realización de la justicia aparece ahora como fin y función del Derecho en nuestras sociedades»³⁶.

³³ LA SPINA, E., *Familias transnacionales, sociedades multiculturales e integración: España, Italia y Portugal en perspectiva comparada*, Madrid, Dykinson, 2011, pp. 298-301.

³⁴ ACNUDH (Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos), *Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales*, op. cit., pp. 11-50.

³⁵ AÑÓN ROIG, M. J., «Integración, discriminación y acceso a la justicia», en SOLANES CORELLA, A. y LA SPINA, E., *Políticas migratorias, asilo y derechos humanos: un cruce de perspectivas entre la Unión Europea y España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 81-199 y «El acceso a la justicia de las personas inmigrantes: la asistencia jurídica gratuita», en DE LUCAS, J. y AÑÓN ROIG, M. J., *Integración y derechos: a la búsqueda de indicadores*, Barcelona, Icaria, 2013, pp. 289-320. GARCÍA AÑÓN, J., «Discriminación, exclusión social y conflicto en sociedades multiculturales: la identificación por perfil étnico», en GARCÍA AÑÓN, J. y RUIZ SANZ, M. (eds), *Discriminación racial y étnica: balance de la aplicación y eficacia de las garantías normativas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 281-316.

³⁶ RUIZ MIGUEL, A., «La función del derecho en un mundo global», en RUIZ MIGUEL, A. (ed.) *Entre Estados y Cosmópolis. Derecho y justicia en un mundo global*, op. cit., pp. 19-39, en concreto p. 22.

Desde que en 1971 John Rawls publicara su teoría de la justicia, las discusiones doctrinales en el ámbito de la filosofía política acerca de las fronteras no han dejado de cuestionar la imposibilidad de aplicar su justicia estatal más allá de los límites del Estado-nación. El marco geopolítico westfaliano, apenas cuestionado de los siglos xvii a xx, es el contexto en el que se inserta la teoría rawlsiana para concebir al Estado como el encargado de administrar justicia y discutir sobre ella, especialmente en los regímenes democráticos. Para Rawls es en las sociedades organizadas estatalmente donde la justicia encuentra su campo de acción³⁷, de tal forma que sin Estado, entendido como una unidad política delimitada territorialmente por una frontera, no puede concebirse la teoría de la justicia. El espacio estatal, en cuanto delimitación territorial es por tanto fundamental. Por ello, resulta significativo que en la obra del mencionado autor no se dedique una atención pormenorizada a las implicaciones políticas, pero también normativas y morales, de la noción de frontera. En la respuesta planteada por Nozick (1974) a la teoría rawlsiana por considerarla intervencionista, tampoco aparece una reflexión sobre la frontera³⁸.

Es a finales de los años 70 cuando Beitz amplía la visión sobre la justicia vinculándola al ámbito internacional. Desde ese momento, distintos filósofos en una perspectiva política y teóricos sociales, aún siguiendo los presupuestos rawlsianos, reclaman la importancia de articular la teoría de la justicia desde dicha dimensión. A partir de Beitz, otros autores como Barry, Pogge, Nussbaum o Fraser, desde un enfoque liberal-igualitario y cosmopolita, se centran en prestar atención a la estructura básica de la sociedad global procurando no perder rigor conceptual ni exigencia normativa³⁹. Aunque Rawls con su derecho de gentes intenta proporcionar un conjunto de normas que funcionen como una especie de pautas de buena conducta que los pueblos (término cuya definición se cuestiona) deberían seguir en sus relaciones, esta propuesta no supera la crítica apuntada al menos por dos motivos. Por una parte, persiste la idea de que la unidad para decidir, a nivel político, acerca de la justicia sigue siendo algo parecido al Estado-nación, de tal forma que no se afronta el orden global⁴⁰. No hay dudas en esa ausencia de un orden institucional global, puesto que, como el propio Rawls reconoce, siguiendo a Kant, «un gobierno mundial –que entiendo como un régimen político unificado con los poderes reconocidos a los gobiernos nacionales– sería un despotismo

³⁷ RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, 1979, México, Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 25.

³⁸ ZAPATA-BARRERO, R., «Teoría política de la frontera y la movilidad humana», *op. cit.*, p. 41.

³⁹ VELASCO ARROYO, J. C., «Dejando atrás las fronteras. Las políticas migratorias ante las exigencias de la justicia global», *Arbor*, CLXXXVI 744, julio-agosto 2010, pp. 585-601, en concreto p. 587.

⁴⁰ SINGER, P., *Un solo mundo. La ética de la globalización*, Paidós, Barcelona, 2003, p. 21.

global o un frágil imperio desgarrado por frecuentes guerras civiles, en la medida en que pueblos y regiones tratarían de alcanzar libertad y autonomía»⁴¹. Además, aunque las pretensiones rawlsianas giran entorno a trasladar la concepción liberal de la justicia interna (doméstica) a una sociedad de pueblos, no se da la misma coherencia en uno y otro caso, y además existe un marcado énfasis en el ser humano concebido desde una dimensión individual que choca con el ámbito supraestatal, de tal forma que los pueblos (en este sentido en el equivalente a los Estados) son las «últimas unidades de interés»⁴².

En el planteamiento de Rawls, a partir del derecho de gentes, la migración queda ubicada dentro de los aspectos de teoría no ideal, pero incluso cuando como correctivo se intenta acudir a la justicia cosmopolita para los individuos, se sigue desconociendo el principio de distribución entendido como la pertenencia de los seres humanos a diversas comunidades⁴³. Al no incorporar a la teoría de la justicia la dimensión internacional muchos de los fenómenos que se han acentuado con la globalización quedan al margen de la explicación que la misma ofrece, entre otras cuestiones que han quedado patentes en el fructífero debate al respecto. Así, por ejemplo, no se justifica el papel que las fronteras cumplen en la articulación de la movilidad humana y en las consecuencias normativas que de ella derivan.

Como puso de relieve Carens, la tradición liberal no justifica la existencia de la frontera y la función en cuanto al control y la exclusión que esta desempeña. Desde la noción de Estado-nación y la aplicación de los principios liberales, la frontera actúa, como ya se ha apuntado, como elemento de inclusión-exclusión, lo que traducido a las categorías políticas de dicho tipo de Estado equivale a la dicotomía ciudadano-extranjero, en la delimitación de la pertenencia a la comunidad política, y por tanto, en el reconocimiento y garantía de un mayor elenco de derechos y libertades. Así si en la conocida posición original propuesta por Rawls, tras el velo de la ignorancia, hubiera que llegar a un acuerdo sobre los principios de justicia, la libertad de movimiento sería reconocida como un derecho universal en la medida en que resultaría sensato procurar asegurarse que en el caso de nacer en un país sin recursos sería posible, al menos, acceder a otro que sí los tuviera. Si se siguiera una tradición marcadamente liberal la consecuencia sería la apertura de las fronteras. En realidad, tanto el libertarismo de Nozick como el liberalismo igualitario de Rawls, no esgrimen razones morales

⁴¹ Rawls, al mismo tiempo, entiende que la pluralidad de Estados puede ser un factor suficiente para la paz al asumir que las democracias no han entrado en guerra entre sí, RAWLS, J., *El derecho de gentes y Una revisión de la idea de razón pública*, Barcelona, Paidós, 2001, p. 49.

⁴² POGGE, Th., «La incoherencia entre las teorías de la justicia de Rawls», *Revista Internacional de Filosofía Política*, n.º 23, 2004, pp. 28-48, en concreto pp. 32-33.

⁴³ BENHABIB, S., *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, op. cit., p. 27.

que permitan justificar el control de las fronteras limitando los derechos de los extranjeros a entrar y/o residir en un Estado⁴⁴.

Kymlicka, por su parte, retoma la noción de justicia de Rawls en el intento de trasladarla a las comunidades que históricamente han sido excluidas de la posición original. Su pretensión es combatir el paradigma de las desigualdades inmerecidas y que pueden considerarse moralmente arbitrarias, aquellas que están presentes en la postura rawlsiana. Con ello lo que se pretende es alcanzar una sociedad con fronteras territoriales que sea más justa en el acceso a los bienes sociales, puesto que, «...los liberales igualitaristas no pueden aceptar un sistema de fronteras que condene a unas personas a la pobreza más terrible al tiempo que permite a otras una vida privilegiada»⁴⁵.

Desde la defensa de una apertura de fronteras, Carens responde a aquellos que señalan que dicha medida desafiaría al sentido común y, además, que el derecho internacional ya protege a los inmigrantes y refugiados, apelando al hecho fundamental de que tales disposiciones, incluso las vinculadas al estándar mínimo de los derechos humanos (así como las normativas estatales) abordan el derecho básico de los Estados de controlar la movilidad humana como si estuviera fuera de toda duda. Al apostar por argumentos a favor de las fronteras abiertas, lo que trata de evidenciar es que la perspectiva crítica de la teoría es correcta, mientras que las prácticas convencionales y las instituciones no lo son. El control discrecional de la inmigración (que lleva aparejada como hemos visto prácticas cuestionables en la frontera) es una profunda injusticia que no se considera injusta por la mayoría como en otro tiempo tampoco lo fueron otras prácticas. Por eso, Carens recurre a la comparación con el feudalismo asumiendo que en el momento actual los criterios de ordenación de tal época no serían admisibles por incompatibles con los principios democráticos. Las prácticas propias de las fronteras cerradas traen una cierta reminiscencia de la desigualdad y la privación de libertad propia de ese período histórico, o en sentido inverso, desde la dimensión democrática, tomando en consideración sus implicaciones morales, la idea de fronteras abiertas encaja mejor con nuestros valores, con la libertad y la más básica igualdad, así como con nuestras intuiciones más profundamente arraigadas acerca de la justicia. En cambio, la idea de que el Estado debe ser capaz de restringir la inmigración según su voluntad, incluso, se podría añadir, acudiendo a argumentos ya señalados como el de seguridad, defensa o protección identitaria en clave de ejercicio soberano, es mucho menos convincente⁴⁶.

⁴⁴ CARENS, J., «Aliens and Citizens: The Case for Open Borders», *The Review of Politics*, 49 (2), 1987, pp. 251-273.

⁴⁵ KYMLICKA, W., *Fronteras Territoriales. Una perspectiva liberal igualitarista*, Madrid, Trotta, 2006, p. 77.

⁴⁶ CARENS, J. H., *The Ethics of Immigration*, New York, Oxford University Press, 2013, pp. 231-233.

Una de las cuestiones que este debate plantea, a los efectos que ahora interesan, es que en la aplicación de la justicia dentro de un contexto global, es fundamental la delimitación de quiénes son los sujetos destinatarios. Para los nacionalistas-liberales, los principios de la justicia son aplicables en el marco de los Estados nacionales, en la línea propuesta por Rawls. En cambio, los partidarios de una visión cosmopolita o globalista, entienden que el objeto de la justicia son las relaciones entre todos los seres humanos de tal forma que la unidad básica de distribución son las estructuras globales. Por último, los internacionalistas presuponen una estructura básica de doble nivel que contempla lo nacional y lo internacional con diferentes grados de obligaciones distributivas. Aunque las dos últimas posturas no son coincidentes, si convergen en considerar que los principios de la justicia han de superar las barreras estatales teniendo una aplicación global o internacional que también permitiría, entre otras cuestiones, un enfoque distinto de la movilidad humana⁴⁷. Como acertadamente puntualiza Ruiz Miguel «si se toman en serio los derechos humanos, la función ideal del Derecho no puede dejar de trascender en gran medida el marco de la soberanía estatal defendido por Rawls»⁴⁸.

Si el ciudadano constituye el sujeto por excelencia del Estado-nación, aquel alrededor del cual se articula toda la protección de este, el extranjero es la segunda institución en importancia, como definición negativa derivada de la primera. Si esa dualidad seminal, se traslada al fenómeno de la movilidad humana, el extranjero, o de forma más particular el inmigrante, es concebido en las políticas que se le aplican y en el ordenamiento jurídico como un sujeto «parcial», por eso es una categoría que permite entender las limitaciones y contradicciones de la pertenencia al Estado-nación y las ausencias explicativas de la perspectiva liberalista. Esta discusión no es nueva, pero la constante modificación de las condiciones en las que se aplica, hace que se redefina la propia categoría de ciudadanía, por eso la inmigración es un excelente ámbito de análisis para indagar acerca de las contradicciones, las tensiones internas y los límites normativos del orden institucional que ha priorizado el Estado-nación⁴⁹.

Precisamente la noción de ciudadanía (que ha generado una prolija discusión que escapa a las posibilidades de este estudio), es tomada entre una parte de la doctrina partidaria del cierre de fronteras desde la función protectora del Estado. Así por ejemplo, Walzer articula la condición de miembro a partir de la exclusión que generan las fronteras, apostando por un cierre parcial y condicionado que no facilita el acceso a la ciudadanía por parte de los extranjeros. Las críticas que enfatizan el error de esta postura señalan que en el punto de partida la

⁴⁷ FRASER, N., *Escalas de justicia*, Herder, Barcelona, 2008, pp. 67-79.

⁴⁸ RUIZ MIGUEL, A., «La función del derecho en un mundo global», *op. cit.*, p. 25.

⁴⁹ SASSEN, S., *Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, *op. cit.*, p. 368.

misma considera que esa pertenencia en clave política a una comunidad se articula en términos étnicos y culturales, sin prestar atención a que esta opción adolece de un importante déficit democrático⁵⁰.

Kymlicka, desde otra perspectiva, defiende una especie de lectura liberal de la construcción nacional. En esa línea considera, entre otras cuestiones, que un Estado liberal: impone menos desventajas a aquellos que permanecen fuera del grupo nacional dominante; no prohíbe los discursos que desafían el privilegio de una identidad nacional; tiene una concepción extensa de la comunidad nacional, y al mismo tiempo una concepción menos exigente de la identidad nacional (que no es excluyente); en él la cultura nacional se hace cosmopolita al adoptar valores edificantes de otra cultura; y reconoce oficialmente a las minorías. En dicho tipo de Estados «los inmigrantes no solo tienen el derecho a convertirse en miembros de la nación, sino que también tienen el deber de unirse a la comunidad nacional». El problema es que si el extranjero no quiere «convertirse» es posible que tenga un estatuto jurídico a la baja de tal manera que, al final del recorrido, la frontera sigue siendo la encargada de proteger y fortalecer la comunidad política nacional⁵¹.

Es evidente que las nuevas realidades de las sociedades plurales plantean exigencias que van más allá de aquellas que estaba acostumbrado a satisfacer el modelo de Estado-nación surgido de los Tratados de Westfalia en la dicotomía ciudadano vs. extranjero, ya no basta con la progresiva inclusión de los ciudadanos como iguales que este postulaba, ni con el mero cierre de fronteras y la exclusión de los que pertenecen a otros Estados. Se hace así imprescindible una redefinición del concepto de ciudadanía, que obliga a reajustarlo a una realidad que supera el Estado-nación y el límite de sus fronteras territoriales⁵². Queda así patente la necesidad de caminar hacia un Estado que ya no cumple con el paradigma tradicional. Ese nuevo modelo puede tender a un Estado supranacional o poswestfaliano entendiendo por tal simplemente aquel que va más allá del Estado soberano de Westfalia, poniendo en tela de juicio ideas que se daban por asentadas, como

⁵⁰ WALZER, M., *Las esferas de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 44-74. Frente a sus propuestas vid. BENHABIB, S., *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, op. cit., pp. 61-96.

⁵¹ KYMLICKA, W., *Fronteras Territoriales. Una perspectiva liberal igualitarista*, op. cit., pp. 63 y ss.

⁵² SUSÍN BETRÁN, R., *Fronteras y retos de la ciudadanía. El gobierno democrático de la diversidad*, op. cit., pp. 47 y 77. Surgen en este punto interesantes aportaciones como las que se realizan desde la perspectiva cosmopolita que, para una parte de la doctrina es vista como un gran paso adelante para abordar la cuestión de los derechos y la justicia con un enfoque que trascienda las relaciones interestatales, abogando de forma implícita por un cosmopolitismo político, vid. BECK, U., *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*, op. cit., pp. 139-180; PEÑA ECHEVARRIA, J., *La ciudad sin muros. Política en clave cosmopolita*, Barcelona, El Viejo Topo, 2010, pp. 49-72, y «Migraciones, ciudadanía y globalización neoliberal», *Arbor*, vol. 188, n.º 755, mayo-junio 2012, pp. 529-542.

el de ser la mejor forma de organización en la que puede ubicarse la democracia o el tener el control absoluto de sus fronteras⁵³.

2.2 La externalización de las fronteras y la libertad de circulación como factor de estratificación

Si retomamos los rasgos analizados propios de la frontera en el período poswestfaliano, asumiendo, como se acaba de exponer, que los principios de justicia quedan al margen y la frontera, especialmente con la globalización, permite actuaciones que suspenden temporalmente los mandatos del Derecho, es posible abordar varios ejemplos que evidencian lo que podrían considerarse los efectos disolventes de la globalización en la soberanía de los Estados nacionales. Ciertamente estos se articulan, entre otras cuestiones, para interceptar flujos de personas, reiterando así un imaginario político que se desvanece en el ámbito global, en un tiempo posterior a la era de la soberanía del Estado nacional pero anterior a la instauración de un orden global alternativo que permita corregir las disfunciones del intento de supervivencia, sin mutación, de esta en un espacio que ya no le es propio⁵⁴.

En la redefinición de la idea tradicional de Estado-nación, o si se prefiere en su declive y progresiva concreción en su naturaleza y funciones dentro de un contexto internacional global, una muestra significativa de las contradicciones latentes es la denominada externalización de las fronteras. Ciertamente este es solo un ejemplo de los muchos posibles a los que se enfrenta, como recuerda a Bayón, una unidad política, como problema de escala, cuando tiene que adoptar elecciones que están determinadas por acciones y decisiones que se toman más allá de sus fronteras, escapando así a su control, como ocurre con carácter general en un mundo globalizado caracterizado por crear múltiples externalidades transfronterizas⁵⁵.

La externalización de las fronteras es un fenómeno, fruto de un proceso, que marca un nuevo contexto en la territorialidad que al Estado correspondía en el marco westfaliano, puesto que la desterritorialización de la frontera implica que los límites geográficos, y por ende políticos, económicos y jurídicos, se extienden para superar las fronteras físicas. El *locus* del control y de la seguridad se expande fuera del territorio y trasciende la actuación nacional, combinando la acción exterior e interior y produciendo una segmentación de los sujetos de control en donde la distinción ciudadano-extranjero se amplía por la creciente

⁵³ BAYÓN, J. C., «Democracia más allá del Estado», *op. cit.*, pp. 121 y 123-126; y ZÜRN, M., «Democratic Governance beyond the Nation-State», in GREVEN, M. y PAULY, L. W. (eds), *Democracy Beyond the State? The European Dilemma and the Emerging Global Order*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2000, pp. 91-114, en concreto pp. 93-95.

⁵⁴ BROWN, W., *Estados amurallados, soberanía en declive*, *op. cit.*, p. 57.

⁵⁵ BAYÓN, J. C., «Democracia más allá del Estado», *op. cit.*, p. 123.

selectividad diferenciada de las fronteras⁵⁶. Esta estrategia exige la colaboración de los países que implementarán en sus fronteras físicas determinados tipos de políticas, como las de control de los flujos migratorios, marcadas por otro Estado. Un amplio entramado de medidas pueden incentivar este tipo de colaboración si se sujeta a la ayuda al desarrollo, a la firma de acuerdos de readmisión o (en el caso de que existan) a las cuotas legales de migración laboral. Esa externalización supone, también la transmisión a esos terceros países colaboradores de la responsabilidad del control y la gestión de la movilidad humana, pero sin poder asegurar (ni siquiera a nivel formal) que existen las garantías legales que serían exigibles, por ejemplo, en cuanto a asistencia letrada, derecho a interprete o accesibilidad al estatuto de refugiado. Al mismo tiempo, la desterritorialización de la frontera permite procesos específicos de filtración al crear zonas de espera en las que el ritmo migratorio puede regularse de diferente manera, y también procedimientos de selección más o menos tecnocráticos, o incluso en ocasiones, violentos⁵⁷.

Esta alternativa de externalización se ha utilizado tanto en Estados Unidos en su frontera con México, como en las fronteras exteriores de la UE (claramente en el caso de España respecto a Marruecos) o en la denominada solución pacífica en Australia. Al involucrar a terceros Estados en el régimen fronterizo, la división dentro-fuera se relativiza respecto a la tradicional frontera del Estado-nación. Ya no es posible seguir manteniendo la dicotomía ni siquiera en las categorías más primitivas (ciudadano-extranjero) porque entre ellas se arbitran otras muchas. En efecto, la forma de articular la frontera y su impacto en la movilidad humana tiene que ver también con lo que podría denominarse una inclusión diferencial que, en una primera lectura, determina un producción legal de la irregularidad y, al mismo tiempo, un proceso de inclusión migrante en esa misma situación al margen de la legalidad que crean las condiciones, por ejemplo, para la racialización del trabajo y de la ciudadanía⁵⁸.

La frontera física, más o menos alejada de los límites jurídicos del Estado en cuanto acordados a nivel internacional desde la paz de Westfalia, acaba sirviendo solo frente a un determinado tipo de extran-

⁵⁶ FERRERO TURRIÓN, R. y LÓPEZ SALA, A. M., «Fronteras y seguridad en el Mediterráneo», en ZAPATA-BARRERO, R. y GALLARDO FERRER, X. (eds.), *Fronteras en movimiento. Migraciones hacia la Unión Europea en el contexto Mediterráneo*, Barcelona, Bellaterra, 2012, pp. 229-254, en concreto p. 241.

⁵⁷ DE LUCAS, J., *Mediterráneo: el naufragio de Europa*, op. cit., pp. 75-88, y FERRER GALLARDO, X., «El archipiélago-frente mediterráneo: fractura, ensamblaje y movimiento en el contorno sur de la UE», ZAPATA-BARRERO, R. y GALLARDO FERRER, X. (eds.), *Fronteras en movimiento. Migraciones hacia la Unión Europea en el contexto Mediterráneo*, op. cit., pp. 79-104; y BARBERO, I., *Las transformaciones del Estado y del Derecho ante el control de la inmigración*, Gipuzkoa, Cuadernos 3, Ikuspegi. Observatorio Vasco de Inmigración, 2010, pp. 48-57.

⁵⁸ MEZZADRA, S. y NIELSON, B., «Fronteras de inclusión diferencial. Subjetividad y luchas en el umbral de los excesos de justicia», *Papeles del CEIC*, 2, 2014, 30 pp., pp. 13-14.

jero: bien el inmigrante que (por las múltiples limitaciones variables en cada caso) no ha podido acceder a una autorización de entrada legal o bien el perseguido (en las diversas variables de la Convención de Ginebra) que sería el candidato al estatuto de refugiado.

En ese papel de muro de contención, la frontera cumple una misión en cuanto modifica el sistema de posiciones de los sujetos, sobre las cuales se construyen, por ejemplo, los mercados laborales formales. En ellos se ocupan los inmigrantes trabajadores regulares (temporales, temporeros o permanentes) y son excluidos los irregulares que pasan a engrosar las filas de la llamada economía sumergida en cuya lógica es difícil establecer si la posibilidad de insertarse en la misma es el efecto llamada o si, por el contrario, el ejército de reserva de mano de obra formalmente no reconocida es el que hace que esta exista. En todo caso, la definición de la posición puede también establecerse a partir de la oposición a la noción de ciudadanía, desde la fragmentación del concepto de extranjero, y no en el empleo, en tal caso la catalogación puede sintetizarse, desde las dimensiones de la ciudadanía formal e informal, en la dualidad entre reconocidos pero no autorizados y autorizados pero no reconocidos. En el primer caso, estaríamos ante una especie de ciudadano informal, que puede residir durante largos períodos de tiempo en una comunidad, demostrando una buena conducta, potenciando una interacción con la población autóctona y sería el beneficiario de las amnistías que le permitirían regularizar su situación. Así se irían construyendo estrategias para legitimar determinadas formas de pertenencia informales o extraestatales. En segundo lugar, estarían los autorizados no reconocidos, fuera de la extranjería, que englobaría a los ciudadanos de pleno derecho que no son reconocidos como tales, por ejemplo, aquellos que pertenecen a una minoría y sufren discriminación por cualquier motivo o los ciudadanos que actúan como agentes políticos aunque no se les reconozca como tales⁵⁹.

En esa modificación de las posiciones de los individuos la libertad de movimiento se convierte, por tanto, en un factor de estratificación, no todos los sujetos gozan de ella, ni en la misma medida, sin que el elemento de diferenciación se corresponda exclusivamente con las fronteras nacionales. La UE es un paradigma de dicha estratificación con la configuración de la ciudadanía europea, que obedece a la estructura de un ente supraestatal con repercusiones en el estatuto jurídico.

Un segundo mecanismo, vinculado al mayor disfrute de la libertad de circulación respecto a los inmigrantes irregulares y menor al de los ciudadanos, permite, en la misma medida que la externalización de las fronteras, entender los mencionados procesos de inclusión diferencial. El denominado sistema de puntos o de mano de obra alta-

⁵⁹ SASSEN, S., *Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, op. cit., pp. 370-374.

mente cualificada⁶⁰ es útil a los regímenes cambiantes de frontera para facilitar el filtro selectivo de la movilidad. Descartado el sueño de la migración cero, por su imposible consecución práctica, el sistema de migración oportuna, precisa o deseada permite intentar adaptar los flujos migratorios a las necesidades básicamente económicas, pero también sociales, en un contexto internacional de competencia de trabajo especializado. Esta alternativa responde a pautas altamente tecnocráticas pero al mismo tiempo funciona con medios arbitrarios que permiten multiplicar de forma estratificada los diferentes estados legales de los sujetos que coinciden en un mismo espacio político vigilando los límites entre las diferentes posiciones⁶¹.

3. UN EJEMPLO DE LA FUNCIÓN MULTIDIMENSIONAL DE LA FRONTERA: DERECHOS EN LOS LÍMITES DE LA UNIÓN EUROPEA

Un ejemplo paradigmático de la reformulación del papel que desempeña el Estado nacional en el control y la gestión de sus fronteras, y de la asunción por parte de entidades supraestatales de algunas de las funciones que este venía desempeñando en tal ámbito, lo constituye la UE⁶². En la presión migratoria que existe sobre Europa desde los años 2000, y especialmente sobre los países mediterráneos de la Unión, se han atravesado diversas etapas caracterizadas por la mayor feminización, una más alta cualificación de los trabajadores, el aumento de los solicitantes de asilo y la tendencia a unos desplazamientos que progresivamente son más anárquicos y clandestinos⁶³.

⁶⁰ Esta opción por la migración altamente cualificada no es nueva. Desde la Directiva 2009/50/CE relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado, que creó la denominada tarjeta azul UE, ya es patente que la Unión se ha apuntado a la competencia internacional para atraer a los talentos internacionales en sintonía con las políticas de otros países como Estados Unidos, Canadá, Australia o Nueva Zelanda. El desafío consiste en articular ese tipo de migración identificando mejor los sectores económicos y las profesiones con dificultades para contratar personal o con carencias de personal cualificado y realizando una evaluación conjunta de las necesidades mediante diálogos estructurales con los Estados miembros, las empresas y los sindicatos acerca de la demanda de migración laboral y la movilidad relacionada con el comercio. Para ello es imprescindible, por una parte, poner en funcionamiento una plataforma de coordinación en el ámbito de la Unión que tome en consideración las necesidades de los diferentes Estados; y por otra, mejorar el reconocimiento de las titulaciones y las cualificaciones profesionales extranjeras para lo cual la UE también debería abrir un debate con sus socios internacionales.

⁶¹ MEZZADRA, S. y NIELSON, B., «Fronteras de inclusión diferencial. Subjetividad y luchas en el umbral de los excesos de justicia», *op. cit.*, p. 16.

⁶² VERLUISE, P., *Géopolitique des frontières européennes. Elargir, jusqu'où ?*, Paris, Argos, 2013.

⁶³ NAÏR, S., *Y vendrán... las migraciones en tiempos hostiles*, Barcelona, Bronce-Editorial Planeta, 2006, pp. 43-45.

En la evolución de la Unión distintas formas políticas posnacionales se han insertado con poderes económicos transnacionales, dentro de una teórica protección del espacio interior, que no dejan de suscitar dudas entre los propios europeos acerca, entre otras cuestiones, de los medios con los cuales puede protegerse y practicarse la democracia⁶⁴. Es más, como recuerda De Lucas, Europa existe puesto que tiene un territorio, una historia y una herencia, pero eso no significa que ese depósito permita hablar propiamente de identidad común, haciendo un paralelismo con el Estado-nación. Más bien en lo que respecta a la Unión parece que la política y el Derecho, aunque sea como resultado de la concepción de mercado, preceden a la historia y la cultura⁶⁵.

3.1 Una Europa de fronteras inteligentes y vecindad: una teoría ineficaz

En lo que a la gestión de las fronteras se refiere, un objetivo fundamental de la Unión, como se recoge en el artículo 3.2 del TUE es consolidar un espacio de libertad, seguridad y justicia para *sus* ciudadanos, reproduciendo así la dinámica de inclusión-exclusión del Estado nacional pero en las fronteras exteriores europeas. La libre circulación de personas es, por tanto, uno de sus pilares desde el fortalecimiento del espacio Schengen que exige criterios compartidos para el control de las fronteras exteriores, disposiciones comunes para acceder a ese espacio y una cooperación policial más estrecha entre los países participantes en la gestión integrada de dichas fronteras. La aplicación efectiva de los cambios recientemente acordados en materia de gobernanza de Schengen es una prioridad fundamental, puesto que están pensados para aumentar la confianza mutua entre los Estados de dicha zona, evitar los abusos y permitir a la Unión abordar situaciones en las que los Estados miembros incumplan sus obligaciones de control de su sección de las fronteras exteriores⁶⁶.

⁶⁴ BROWN, W., *Estados amurallados, soberanía en declive*, op. cit., p. 73.

⁶⁵ DE LUCAS, J., *Globalización e identidades. Claves políticas y jurídicas*, Barcelona, Icaria. Antrazyt, 2003, pp. 98-99.

⁶⁶ Vid. COM (2014) 154 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones, «Una Europa abierta y segura: ha llegado la hora de hacerla realidad», 11 de marzo de 2014. Algunos de los sucesos ocurridos bajo la vigencia del Programa de Estocolmo, tensionaron la colaboración entre los países de la zona Schengen. Así por ejemplo, el 17 de septiembre de 2010 Francia llevó a cabo expulsiones de nacionales de Rumanía (estado miembro de la Unión Europea), con el apoyo al menos implícito del resto de Estados de la Unión, estableciendo así una excepción que abrió la puerta a que otros Estados miembros adoptaran acuerdos que suponían el abandono de una serie de consensos mínimos, imprescindibles para el buen funcionamiento del espacio interior. Los acontecimientos de Lampedusa en las costas italianas, o los de Tarajal en las españolas, son también dos buenas muestras de hasta qué punto es imperativa la cooperación en la gestión de las fronteras exteriores, más allá de las disposiciones de seguridad, incidiendo en la atención humanitaria y el respeto a los derechos humanos.

Todo el entramado del Sistema de Información de Schengen (SIS I y II, este segundo supervisado por la Agencia para la gestión operativa de sistemas informáticos a gran escala, EU-LISA) permite a las autoridades competentes de los Estados miembros, entre otras cuestiones, disponer de información relativa a algunas categorías de personas⁶⁷. Una segunda línea de acción dentro de la prioridad del control de las fronteras externas es la de reforzar la aplicación de la política común de visados para facilitar «las oportunidades de viaje a los viajeros legítimos y hacer que el espacio Schengen sea un destino más atractivo para los nacionales de terceros países», en una clara alusión a la necesidad de combatir la inmigración irregular sin ceder cuotas de seguridad. Para conseguir esa gestión eficaz y común se creó el Sistema de Información de Visados (VIS) pensado, entre otras cuestiones, para impedir que se incumpla el criterio para la determinación del Estado miembro responsable de examinar la solicitud y que permite la revisión periódica de las listas de países a cuyos ciudadanos se les exige visado para acceder a la Unión.

Esa misma cooperación se traslada también a la gestión integrada de las fronteras exteriores. En ella, Frontex tiene un papel fundamental, siendo junto Schengen el segundo pilar en la política de fronteras, en la medida en que es más que un mero operador técnico, aunque las decisiones últimas recaen en los Estados en ese reducto de ejercicio de su soberanía. Dicha agencia mantiene un estrecho contacto con otros socios de la Unión que participan en el desarrollo del espacio de libertad, seguridad y justicia, como Europol, la EASO, Eurojust, FRA, Eurodac o Eurosur así como con las autoridades aduaneras de los respectivos Estados de origen. El objetivo básico es compaginar la entrada de los denominados «viajeros legítimos» con el fortalecimiento de la seguridad de las fronteras, sin que exista en este punto tan significativo ninguna referencia expresa al respeto a los derechos humanos de las personas migrantes en situación irregular o de los potenciales solicitantes de asilo. Para conseguir dicha finalidad, se propone priorizar la aplicación del paquete denominado «fronteras inteligentes», que consta de un sistema europeo de entrada y salida y del Programa de Viajeros Registrados (en la línea del Registro de Nombre del Pasajero (*Passenger Name Record*, PNR) que

⁶⁷ Entre las disposiciones normativas más significativas encontramos: 1. Régimen de visados de Schengen: el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 1985, 19 de junio de 1990; el Reglamento (CE) n.º 539/2001, por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado; y el Código sobre visados, Reglamento (CE) n.º 810/2009. 2. Disposiciones para evitar la entrada no autorizada: la Directiva 2001/51/CE sobre las sanciones aplicables a los transportistas; y la Directiva 2002/90/CE sobre definición de ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. 3. Prohibición de entrada y alerta Schengen: Sistema de Información de Schengen (SIS), establecido en virtud del título V del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 1985; Reglamento SIS II, Reglamento (CE) n.º 1987/2006 y Decisión SIS II, Decisión del Consejo 2007/533/JHA; y Directiva 2008/115/CE sobre retorno, artículo 11. 4. Controles fronterizos: Reglamento (CE) n.º 562/2006 sobre el Código de fronteras Schengen; 5. Zona de tránsito: Directiva 2008/115/CE sobre retorno, artículo 4.

acumula los datos de quiénes viajan en avión). Otra posibilidad que se anota para concurrir hacia una mayor cooperación es evaluar la viabilidad de la creación de un sistema europeo de guardias de frontera. Las fronteras nacionales claramente cuentan con controles extraterritoriales.

Para completar este entramado de blindaje, el denominado Enfoque Global de la Migración y la Movilidad (EGMM o GAMM por sus siglas en inglés) constituye, desde 2005, el marco general de la política de migración exterior y de asilo de la UE. Ese marco define las modalidades de diálogo político y cooperación operativa de la UE con terceros países en el ámbito de la migración y la movilidad, basadas en unas prioridades claramente definidas que reflejan los objetivos estratégicos de la Unión y firmemente ancladas en la política exterior general de la UE⁶⁸. Este enfoque se centra en el diálogo regional y bilateral entre los países de origen, de tránsito y de destino. Para ello promueve las denominadas «asociaciones de movilidad» con terceros países, que no solo contemplan los ya mencionados acuerdos de readmisión, sino también un conjunto de medidas que abarcan desde la ayuda al desarrollo hasta la facilitación de visados de entrada temporal, pasando por la migración circular y la lucha contra la migración ilegal. La prioridad del retorno voluntario y la denominada reintegración con asistencia europea, en colaboración con los países de origen, las organizaciones internacionales y las organizaciones no gubernamentales, es otra de las vías que la Unión Europea pretende explorar en la lucha contra la irregularidad de aquellos que ya se encuentran en su territorio. La cooperación con los países de origen es un punto vital en la consecución de este objetivo. En este contexto adquiere especial importancia el tercer pilar en la política de fronteras, la denominada Política Europea de Vecindad (PEV) que se aplica a algunos de los vecinos con los que la UE tiene frontera terrestre o marítima reguladas por diferentes acuerdos que escenifican la ya mencionada externalización de las fronteras europeas⁶⁹.

⁶⁸ La COM (2011) 743 titulada «Enfoque Global de la Migración y la Movilidad» de 18 de noviembre de 2011 abrió la segunda y más consolidada etapa del EGMM. Este Enfoque se basa en cuatro pilares: migración legal y movilidad; migración irregular y trata de seres humanos; protección internacional y política de asilo, y maximización de la repercusión en el desarrollo de la migración y la movilidad. Los derechos humanos de los migrantes son, en teoría, un tema transversal. La Comisión Europea en el informe sobre la aplicación del Enfoque Global de la Migración y la Movilidad 2012-2013 (COM (2014) 96 final, de 21 de febrero de 2014) destaca que el EGMM ha conseguido afianzar las relaciones políticas con terceros países y regiones, por ejemplo, los países del sur del Mediterráneo y los países de la Asociación Oriental, y sigue siendo una estructura eficiente para lograr la participación de terceros países y regiones en el diálogo político y la cooperación operativa, de ahí que sea decisivo continuar impulsándolo. La situación en el Mediterráneo en 2015 evidencia el fracaso de este tipo de medidas y se plasma también, como se analizará, en la agenda europea de migración.

⁶⁹ Entre los Estados con los que existe acuerdo en Europa oriental, Oriente Medio y el Norte de África, se encuentran: Armenia, Azerbaiyán, Bielorrusia, Georgia, Moldavia, Ucrania, Argelia, Egipto, Israel, Jordania, Líbano, Libia, Marruecos, Palestina, Siria y Túnez.

Los diferentes planes plurianuales en materia de libertad, seguridad y justicia en la UE han articulado las referencias a los derechos humanos de modo transversal, diluyendo sus garantías y primando la protección de la Europa fortaleza. Se insiste en que la Unión debe continuar haciendo cumplir la política de retorno basada en normas comunes que respete los derechos fundamentales, pero al mismo tiempo se alienta la ya mencionada psicosis del miedo que enfatiza la necesidad de contar con un nivel de seguridad y gestión de las fronteras que sea uniforme y elevado, puesto que estas desempeñan un importante papel en la lucha contra la delincuencia transfronteriza. Además, se proclama que los niveles de inestabilidad en muchos terceros países suponen una amenaza para la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos en esos países, pero también podría tener un impacto importante sobre la UE⁷⁰.

Ninguna de estas medidas ha servido para gestionar, en clave de derechos humanos, situaciones tan difíciles como, por ejemplo, las de Melilla, Lampedusa, Rodas, Macedonia, Kos o Libia, ni las consecuencias de la guerra de Siria o los conflictos que generan los elevados niveles de desplazamiento forzoso en República Centroafricana, Sudán del Sur, Somalia, República Democrática del Congo o Nigeria. De hecho como consecuencia de la ineficacia de las fronteras europeas, blindadas e inoperativas (lo cual no significa que no supongan serias dificultades para la entrada regular e irregular), la movilidad humana se presenta, cada vez de forma más insistente, como un grave peligro, inconmensurable e ingobernable.

3.2 Derechos humanos transversales y débiles

Ese miedo presentado en clave de alarma que requiere de la intervención no ya estatal si no europea, como se señalaba anteriormente, sirve de justificación frente a medidas que vulneran derechos exceptuando la legalidad. Múltiples ejemplos evidencian esa especie de suspensión del Derecho a la que se aludía en las fronteras europeas (desde las trabas a la consideración de los menores como tales o los problemas en la identificación de las personas sometidas a trata para que no sean reconducidas a la normativa de extranjería, hasta las actuaciones policiales en los centros de internamiento), y ponen de manifiesto que respecto a los derechos, en los límites exteriores de la Unión Europea, hay una regresión, puesto que la asistencia letrada, el derecho a intérprete, la tutela judicial efectiva o, incluso, el principio de no devolución, dejan de estar garantizados. Dos casos entre los muchos posi-

⁷⁰ *Vid.* la ya citada COM (2014) 154 final y las Conclusiones del Consejo Europeo de 26 y 27 de junio de 2014, «Las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa en el espacio de libertad, seguridad y justicia» para el período 2014-2020.

bles, pueden servir de muestra, sobre el actual papel multidimensional de las fronteras europeas: las *expulsiones en caliente* y los sucesos en el Mediterráneo en 2015.

En primer lugar, las mencionadas *expulsiones en caliente* son uno de los supuestos que muestra, en la frontera sur europea, el miedo y la violencia como respuesta. En esos casos, y como paradigma de los ataques, y consecuente debilidad, a la que se están sometiendo los derechos humanos, es especialmente significativa, asimismo, la regresión en el derecho de asilo cuando se devuelve de manera indiscriminada aquellos que podrían acceder al estatuto de refugiado.

Respecto a la primera cuestión, uno de los aspectos fundamentales de las denominadas *expulsiones o devoluciones en caliente*, practicadas en Ceuta y Melilla así como desde islotes sujetos a la soberanía del Estado español, es la configuración de un concepto de frontera *ad hoc* para intentar justificar una práctica que prescinde de todo cauce legal, obviando la protección jurídica internacional. La ilegalidad de estas actuaciones reside en que no encuentran amparo en ninguna de las figuras que recoge la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX) y el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba su Reglamento (RLOEX), que se refiere únicamente a la denegación de la entrada, la devolución y la expulsión. En síntesis, al hablar de *expulsiones en caliente* se hace referencia a la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado consistente en la entrega a las autoridades marroquíes por vía de hecho de ciudadanos extranjeros que han sido interceptados por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en zona de soberanía española sin seguir el procedimiento establecido normativamente ni cumplir las garantías internacionalmente reconocidas, cuando legalmente habría que acudir, al menos, al procedimiento de devolución⁷¹.

Para intentar justificar este tipo de actuaciones por parte de las autoridades gubernamentales españolas, en las que la cuestión clave es si se ha producido o no la entrada en territorio nacional (en cuyo caso procede la expulsión o la denegación si las personas extranjeras son interceptadas en la frontera o sus inmediaciones), se han esgrimi-

⁷¹ En aplicación del artículo 58.3.b) LOEX que dispone «no será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos: (...) b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país» y el artículo 23.1.b) RLOEX que señala «se considerarán incluidos a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o sus inmediaciones», siendo también de aplicación el artículo 23.2 RLOEX según el cual «las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado encargadas de la custodia de costas y fronteras que hayan interceptado a los extranjeros que pretenden entrar irregularmente en España los conducirán con la mayor brevedad posible a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, para que pueda procederse a su identificación y, en su caso, a su devolución». Vid. BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F. J. y MOYA MALAPEIRA, D., *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009, Valencia*, Tirant lo Blanch, 2011.

do diferentes tipos de argumentos, entre ellos, el que construye un concepto *operativo* de frontera propio para la frontera sur europea⁷².

Aunque la suspensión del Derecho, nacional e internacional, se quiera defender desde la soberanía del Estado, jurídicamente no existe una justificación para esa noción de frontera. Las delimitaciones físicas de la frontera, están construidas sobre territorio de soberanía española, de igual manera que los límites aéreos y marítimos quedan perfectamente delimitados por las mencionadas disposiciones, de tal forma que una frontera *ad hoc*, móvil y variable, vulnera, entre otros, principios como el de la prohibición de la arbitrariedad, el de seguridad jurídica (proclamados en el 9.3 de la Constitución Española), y el imperio de la ley al que debe someterse la actuación de los poderes públicos (artículo 9.1 de la Constitución Española). Asimismo esas actuaciones son incompatibles a nivel nacional con la normativa de extranjería y asilo, y en el ámbito internacional con disposiciones como, entre otras, la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y el Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados; la normativa de la UE, que también garantiza el pleno ejercicio de este derecho en el artículo 18 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 3 (y otros) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). En la línea de reclamar en la frontera el cumplimiento de la legalidad vigente, desde distintas instancias, por ejemplo, el Defensor del Pueblo, se ha insistido en que se incoen los oportunos expedientes administrativos previstos en la normativa española⁷³.

La existencia de un acuerdo bilateral entre España y Marruecos⁷⁴ (dentro de los pactos bilaterales para el control de las fronteras, su externalización y el desarrollo de la política de vecindad europea), no es un título jurídico suficiente para exceptuar la aplicación de la normativa española de extranjería respecto de la decisión de entrega de ciudadanos

⁷² Esta nueva noción se plasma en el Informe de 8 de febrero de 2014, redactado por la Dirección Adjunta Operativa de la Guardia Civil y dirigido a su Director General, en relación con los hechos, ya mencionados del Tarajal, y que fue entregado por el Ministerio del Interior al Congreso de los Diputados el 7 de marzo de 2014. A partir del informe pueden distinguirse tres supuestos de actuaciones de la Guardia Civil en relación con los intentos de acceso a territorio nacional por puestos no habilitados desde Marruecos, a los cuales sería aplicable un concepto *operativo* de frontera diferente si la entrada se produce saltando la valla, desde el mar o bordeando por mar el espigón. Vid. VV. AA., «Expulsiones en caliente»: cuando el Estado actúa al margen de la ley, Informe promovido desde el Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE (DER 2011-26449), 27 de junio de 2014, pp. 6-7.

⁷³ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 2014 y debate en las Cortes Generales*, op. cit., p. 201.

⁷⁴ Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992. Su aplicación provisional se publicó en el «BOE» núm. 100, de 25 de abril de 1992, y su entrada en vigor definitiva se produjo el 21 de octubre de 2012, conforme a la declaración contenida en el BOE núm. 299, de 13 de diciembre de 2012.

extranjeros en situación irregular en territorio español interceptados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sino que son normas de aplicación sucesiva. Así la legislación de extranjería establece los procedimientos por los cuales un extranjero puede ser sujeto de salida coactiva de territorio español y el Acuerdo regula el modo en que debe ejecutarse esa salida coactiva cuando el destino es Marruecos⁷⁵.

El intento de legalización de este tipo de prácticas en la frontera se ha producido con disposición final primera de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (BOE de 3 de marzo) que establece un régimen especial para Ceuta y Melilla. Dicha disposición fue la única que entró en vigor al día siguiente de la publicación de la norma en el BOE. Se añade una disposición adicional décima a la Ley Orgánica 4/2000, en la que se recuerda la necesidad de respetar la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte en los rechazos en frontera. Dicha afirmación es redundante e innecesaria en la medida en que el Estado español ya debe asumir dicha obligación desde el momento de la ratificación y en aras de lo establecido en el artículo 10.2 de la Constitución⁷⁶.

Los sucesos ocurridos en el Mediterráneo a lo largo de 2015, son otra evidencia de la violencia en la frontera (en este caso marítima) y la flagrante vulneración de derechos, que por otra parte no es nueva⁷⁷ pero que ha empeorado sustancialmente. La gravedad de la situación en el Mediterráneo, en el que existe la diferencia demográfica más importante del planeta si se tiene en cuenta la proporción inversa entre la tasa demográfica y la edad media de los países del Sur en comparación con la riqueza (PIB) de los países ribereños del Mediterráneo europeo⁷⁸, se ha plasmado en a lo largo de 2015 en una movilidad humana excepcional frente a la cual la respuesta europea, como ha puesto de manifiesto ACNUR, ha sido de carácter eminentemente defensivo. La Comisión reconoció que la respuesta era insuficiente y aprobó, en mayo de 2015, la denominada agenda europea de migración⁷⁹.

⁷⁵ VV. AA., «Expulsiones en caliente»: cuando el Estado actúa al margen de la ley, *op. cit.*, pp. 8 y 12-15.

⁷⁶ Vid. VV. AA., «Rechazos en fronteras»: ¿Fronteras sin derechos?, Informe promovido desde el Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE (DER 2011-26449), 13 de abril de 2015.

⁷⁷ Vid. DE LUCAS, J., Mediterráneo: el naufragio de Europa, *op. cit.*, pp. 47-50; VERLUISE, P., *Géopolitique des frontières européennes. Elargir, jusqu'où ?*, *op. cit.*, pp. 142 y ss. Para entender la situación actual en el Mediterráneo es imprescindible, además de remontarse a los antecedentes históricos, tomar en consideración las recientes operaciones, entre ellas, Mare Nostrum (básicamente italiana), Tritón y Poseidón.

⁷⁸ DE LUCAS, J., «Deaths in the Mediterranean: Immigrants and Refugees, from Rights-Bearing Infrascubjects to Security Threats», *Quaderns de la Mediterrània*, 22, 2015, pp. 83-89, en concreto p. 83.

⁷⁹ COM (2015) 240 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones,

Las tres claves que inspiran la agenda europea de migración están articuladas a partir de un papel preponderante de la frontera en su dimensión proteccionista hacia el interior y defensiva hacia el exterior. Dos de los ejes apelan a un reforzamiento de la frontera para conseguir estimular la inmigración legal y concluir el Sistema Europeo Común de Asilo SECA, que no ha demostrado hasta ahora la operatividad que cabía esperar. Respeto a la primera cuestión, la potenciación de la inmigración legal se deja en buena medida en manos de los Estados parte aunque se contemplan la posibilidad de articular un sistema de manifestaciones de interés para hacer automáticamente una selección inicial de potenciales migrantes, invitando a los empleadores a clasificar por orden de prioridad a los solicitantes que figuran en la lista de candidatos. De esta forma la migración solo se produciría después de que el migrante tenga una oferta de trabajo. Ello permitiría crear una base a escala de la UE de migrantes cualificados a la que podrían acceder los empleadores y las autoridades de los Estados miembros, aunque la selección y el procedimiento de admisión seguirían realizándose a escala nacional, basándose en las necesidades reales del mercado laboral de los Estados miembros. Se mantiene así el ya mencionado proceso de inclusión diferencial, en la que la decisión depende estrictamente de las necesidades del mercado, y se sostienen los regímenes de frontera que facilitan el filtro selectivo de la movilidad.

Por otra parte, se sigue apostando por un estatuto uniforme de asilo, que sea válido en toda la Unión. En el intento de avanzar se apuesta por un código común de asilo y el reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de asilo, insistiendo en la necesidad de un procedimiento único, con el fin de garantizar la igualdad de trato de los solicitantes en toda Europa. Buena parte de estas pretensiones estaban en la base del surgimiento y progresiva implementación del (SECA), el hecho de que se insista en ellas pone de manifiesto el fracaso en la articulación de dicho sistema común en los plazos inicialmente establecidos, incluso prorrogados⁸⁰.

El tercer pilar de la agenda europea hace referencia a una gestión compartida de la frontera europea, que conecta con los efectos de la externalización que se analizaron. Para la UE el aumento de la acción en el Mediterráneo pone de manifiesto la realidad de que la gestión de las fronteras exteriores es, cada vez más, una responsabilidad compar-

«Una agenda europea de migración», 13 de mayo de 2015 y P8_TA-PROV(2015)0176, Reunión del Consejo Europeo extraordinario (23 de abril de 2015) - «Recientes tragedias en el Mediterráneo y políticas de inmigración y asilo de la UE» (B8-0367, 0378, 0380 y 0384/2015) Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de abril de 2015, sobre las recientes tragedias en el Mediterráneo y las políticas de inmigración y asilo de la UE [2015/2660(RSP)].

⁸⁰ SOLANES CORELLA, A., «Derechos humanos y asilo: sobre las deficiencias del SECA y la regulación jurídica española», *Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá*, n.º VII, 2014, pp. 181-209.

tida. En estas políticas la conexión entre, por una parte, migración y asilo y, por otra, seguridad es insoluble⁸¹. El elemento coincidente en todas las medidas propuestas es el de un mayor amurallamiento, un egoísmo de los Estados en el reparto de cuotas (de reubicación y reasentamiento), y un blindaje protector (costoso y visual) que no incide en las causas que generan los desplazamientos ni el aumento de la movilidad humana en determinadas zonas, sino que busca afrontar las consecuencias desde una postura defensiva.

Posiblemente entre los múltiples efectos negativos de las actuales políticas fronterizas, tal como se ha visto en los dos ejemplos señalados, uno de los más graves es que han comprometido seriamente el derecho de asilo⁸². En relación al mismo, y en concreto al principio de no devolución (*non-refoulement*), se han producido también diversas vulneraciones de derechos humanos.⁸³ A nivel europeo, las violaciones de derechos en frontera han llegado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el cual ha hecho valer, de forma reiterada, el artículo 3 CEDH (prohibición de tratos inhumanos y degradantes), el artículo 13 CEDH (derecho a un recurso efectivo) y el artículo 4 del Protocolo n.º 4 (prohibición de las expulsiones colectivas de los nacionales de terceros países). En buena medida, las actuaciones que cuestionan los derechos de los potenciales solicitantes de asilo tienen que ver, por una parte con el tratamiento que estos reciben en las fronteras exteriores (terrestres, marítimas y aéreas), y también, con el deficitario funcionamiento del SECA⁸⁴.

Entre los casos que pueden servir como muestra de las acciones vulneradoras del derecho de asilo en las fronteras exteriores, en este caso marítimas, se encuentra el asunto Hirsi Jamaa contra Italia⁸⁵. El TEDH destacó el hecho de que los solicitantes no habían podido pedir asilo o describir los riesgos a que se enfrentaban por inexistencia de un sistema de asilo en Libia, lo cual no eximía a Italia de cumplir

⁸¹ De hecho, ante la situación catalogada de «emergencia» la Comisión aprobó en agosto de 2015 veintitrés programas nacionales plurianuales al amparo del Fondo de Asilo, Migración e Integración (FAMI) y del Fondo de Seguridad Interior (FSI), estando previstos trece más para final de año. Parece que ya no es posible pensar en las fronteras europeas sin unir migración, asilo, acogida e integración con seguridad, terrorismo y delincuencia.

⁸² DE LUCAS, J., *Mediterráneo: el naufragio de Europa*, *op. cit.*, pp. 57-74.

⁸³ En el caso de España, el Comité contra la tortura insta al Estado español «a que revise la legislación en materia de inmigración y asilo con miras a respetar incondicionalmente el derecho de no devolución, conforme a lo dispuesto en el artículo 3 de la Convención, y a que tome todas las medidas necesarias para poner en práctica plenamente dicho derecho en todas las circunstancias». De la misma manera, le recuerda que «debe asegurar la evaluación individual de cada caso, incluida la identificación de posibles víctimas de tortura, y garantizar que todas las personas necesitadas de protección internacional tengan acceso a los procedimientos de asilo, incluida la determinación de la condición de refugiado», COMITÉ CONTRA LA TORTURA, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España*, *op. cit.*, p. 4.

⁸⁴ SOLANES CORELLA, A., «Derechos humanos y asilo: sobre las deficiencias del SECA y la regulación jurídica española», *op. cit.*, pp. 194-199.

⁸⁵ STEDH de 23 de febrero de 2012, as. Hirsi Jamaa y otros c. Italia.

las obligaciones impuestas por el artículo 3 del CEDH. Correspondía a las autoridades italianas averiguar cómo cumplían las autoridades libias sus obligaciones internacionales relativas a la protección de los refugiados. Por ello, el envío de los solicitantes a Libia vulneraba el artículo 3 del CEDH, ya que les exponía a un riesgo de devolución.

Aunque el CEDH no alude expresamente al derecho de asilo, la jurisprudencia del TEDH en la interpretación del artículo 3, incluye la prohibición de expulsión de los extranjeros a un país respecto del que existan motivos suficientes para pensar que la persona expulsada puede ser sometida a tortura, tratos inhumanos o degradantes. Esta interpretación, que es una concreción del principio de no devolución, se ha aplicado en supuestos de expulsión de solicitantes de asilo⁸⁶ y también en otros casos de expulsión, ya que los Estados tienen obligación de asegurarse del trato al que se expone a los migrantes que devuelven a sus países de origen o de procedencia⁸⁷.

El artículo 4 del Protocolo 4, también ha servido para evitar las expulsiones colectivas, garantizando que ningún extranjero sea expulsado sin que se examine de forma individualizada su situación⁸⁸. La garantía procesal del derecho a un recurso efectivo en los procesos de expulsión ha sido reivindicada por el TEDH en la conjunción de los artículos 3 y 13 CEDH⁸⁹. Estos mismos preceptos se han aplicado en el caso de inmigrantes interceptados por las autoridades italianas en el mar, que como el voto particular recuerda no podían ser considerados propiamente demandantes de asilo, entendiéndose que las expulsiones podían considerarse colectivas por estar redactadas todas de igual manera, sin hacer referencia a la situación personal de cada extranjero, lo cual conlleva, con la vulneración de otros derechos, la imposición de una indemnización para cada uno de los afectados⁹⁰.

Todas estas disposiciones son fundamentales en las violaciones de derechos en la frontera, es más, el TEDH reitera el carácter imperativo de los compromisos de los Estados hacia los solicitantes de asilo en el SECA, profundizando en el principio de no devolución, la prohibición de las expulsiones colectivas y de los tratos inhumanos, aplicándolos a los traslados de refugiados de un país miembro a otro bajo el sistema de Dublín⁹¹. Por desgracia, como afirma Carens, la política de

⁸⁶ SSTEDH de 11 de enero de 2007, as. Salah Sheekh c. Países Bajos; el ya mencionado as. Hirsi Jamaa y otros c. Italia; o de 19 de diciembre de 2013, as. N. K. c. Francia.

⁸⁷ SSTEDH de 5 de mayo de 2009, as. Selle c. Italia; o 3 de diciembre de 2009, as. Daoudi c. Francia.

⁸⁸ SSTEDH de 5 de febrero de 2002, as. Conka c. Bélgica; o el citado as. Hirsi Jamaa y otros c. Italia.

⁸⁹ SSTEDH de 8 de julio de 1999 as. Cakici c. Turquía (GS), n.º 23657/94; de 21 de enero de 2011 MSS c. Bélgica y Grecia (GS), n.º 30696/09; y de 22 de abril de 2014 A. C. y otros c. España.

⁹⁰ STEDH 1 de septiembre de 2015 as. Khlaifia y otros c. Italia.

⁹¹ SSTEDH 21 de octubre 2014 as. Sharifi y otros contra Italia y Grecia; y del 4 de noviembre de 2014 as. Tarakhel c. Suiza.

asilo y refugio constituye una de esas áreas en las que la brecha entre lo que la moralidad requiere y para lo que sirve, incluso a largo plazo, es muy grande. El verdadero problema es que «la admisión de los refugiados no sirve realmente a los intereses de los ricos estados democráticos». Por eso es imprescindible buscar alternativas que permitan reducir los incentivos para un uso oportunista del sistema de asilo y disminuir también los alicientes para emplear *técnicas de exclusión, buscando* «una mejor alineación de los intereses y la moralidad»⁹².

4. UN FUTURO BLINDADO

A pesar del carácter poroso y los efectos colaterales que produce la existencia de fronteras, en la época poswestfaliana persiste el deseo de que existan muros internacionales como una de las contradicciones de la globalización, que impulsa la circulación de capitales y bienes al tiempo que se pretende volver a imponer el poder del Estado-nación en un intento de reforzar la soberanía debilitada y la identidad en un contexto global. De esta forma las fronteras, los muros, pueden ser vistos desde una paradoja según la cual «lo que aparece a primera vista como representación de la soberanía estatal expresada en realidad su debilidad con relación a otros tipos de fuerzas globales»⁹³.

La actual noción de frontera mantiene las reminiscencias históricas aunque el paradigma clásico pueda considerarse superado, y es posible incluso hablar de fronteras multiespaciales, marcadas por políticas en constante cambio, con procesos de fronterización en los que tan irrealista es, desde los múltiples debates suscitados al respecto, considerar que se puede detener la movilidad como proclamar el fin de las fronteras o las fronteras completamente abiertas⁹⁴. Puede afirmarse, como realidad que se constata en diferentes zonas fronterizas del mundo, que en este entorno de blindaje, la proliferación de las leyes de control supone más bien una recreación de la imagen de frontera y, con ello, la consabida afirmación simbólica de la autoridad territorial de los Estados⁹⁵.

Hay que admitir que los Estados cumplen ahora una función de vigilancia que multiplica las categorías de fronteras, no basta ya con una única frontera exterior que delimite el territorio sobre el que el Estado nación ejerce su soberanía. Además, hay que seleccionar los movimientos de personas atendiendo tanto a las necesidades econó-

⁹² CARENS, J. H., *The Ethics of Immigration*, op. cit., p. 223.

⁹³ BROWN, W., *Estados amurallados, soberanía en declive*, op. cit., p. 34.

⁹⁴ ZAPATA-BARRERO, R., «Teoría política de la frontera y la movilidad humana», op. cit., p. 62.

⁹⁵ ANDREAS, P., *Border Games. Policing the US-Mexico divide*, op. cit., p. 85.

micas como a las de afinidad identitaria, de tal manera que el control se extienda antes y después de la propia frontera física⁹⁶.

En la reivindicación de la función protectora de la frontera, debe admitirse que es cierto que existen elementos objetivos frente a los que son imprescindibles mecanismos de defensa (el terrorismo es el ejemplo por antonomasia), solo que estos, claramente en el caso de las fronteras respecto a la movilidad humana, acaban convirtiéndose en buena medida en sistemas de represión. La existencia de una serie de inseguridades, reales o expresamente creadas, cuestiona las estructuras políticas tradicionales y comienza a hablarse de la denominada por Beck «sociedad del riesgo», que hace referencia a las diversas consecuencias no deseadas de la modernización radicalizada. El riesgo, como recuerda el mencionado autor, relacionado con el enfoque moderno de la previsión y control de las consecuencias futuras, es una función del orden nuevo, no nacional, sino con un marcado carácter global que puede combinar lo que antes se presentaba como excluyente, por ejemplo, la construcción discursiva del riesgo y la materialidad de las amenazas⁹⁷.

En este escenario se acaban identificando los elementos de riesgo con las amenazas, como si los primeros (en cuanto a desafíos que conllevan una suerte de oportunidades) fueran sinónimos de los peligros que entrañan los segundos. Hasta llegar al punto de que, en el reiterado dilema entre libertad y seguridad, se opta por una lógica jurídica de la excepcionalidad, de la suspensión de alguno de los principios del Estado de Derecho, cuando se trata de regular el status jurídico de quienes son identificados como amenaza⁹⁸. Esta posibilidad en principio se presenta como transitoria pero finalmente se prolonga en el tiempo, como hemos visto que ocurre en la frontera sur de la Unión Europea. La violencia en la frontera y la suspensión del Derecho, con los efectos simbólicos que conlleva, en el fondo buscan adaptar las nuevas necesidades del Estado-nación tomando en consideración su proyección internacional, en un intento de reconstruir el Estado territorial nacional frente a la globalización, o de establecer nuevas escalas territoriales como puntos dominantes en la institución de poder político⁹⁹.

La política de control fronterizo, que no deja de ser un elemento clave en el proyecto político contemporáneo de cooperación a nivel transnacional por parte de los Estados, conlleva también una especie de servidumbre en la medida en que determina a un lado y otro de la

⁹⁶ BARBERO, I., *Las transformaciones del Estado y del Derecho ante el control de la inmigración*, op. cit., p. 77.

⁹⁷ BECK, U., *La sociedad del Riesgo global*, Madrid, Siglo Veintiuno España editores, 2002, p. 5

⁹⁸ DE LUCAS, J., «El miedo en las sociedades más seguras de la historia», op. cit., p. 88.

⁹⁹ JESSOP, R., *El futuro del Estado capitalista*, Madrid, Libros de la Catarata, 2008, p. 238.

frontera el privilegio o no y también consagra la libertad de movimiento como forma de estratificación que no atiende a principios de justicia, de hecho la propia existencia de fronteras es en buena medida producto de la injusticia histórica y resulta difícilmente compatible con una visión liberal igualitarista.

Desde el igualitarismo liberal se ha tratado de defender la diversidad de nacionalidades, considerando que ésta proporciona un escenario adecuado para el funcionamiento de las fronteras y para la articulación de una sociedad multicultural, multinacional y poliétnica. En ella puede desarrollarse la igualdad de oportunidades, entendiendo que la misma «se define en razón, precisamente, del igual acceso a las principales instituciones que operan en el idioma de la mayoría»¹⁰⁰. Sin embargo, es difícil contrarrestar el argumento de que la igualdad queda comprometida por la propia existencia de fronteras, puesto que estas determinan la supervivencia de la condición de extranjero, y no a la inversa. Es más dejan de existir extranjeros en un sentido jurídico simple, pero persiste el tradicional patrón de exclusión que contradice el principio de igualdad formal que va unido, al menos en teoría, a los Estado-nación democráticos¹⁰¹.

Ciertamente el papel multidimensional que desempeñan las fronteras es solo un pequeño aspecto en un entramado global de desigualdades entre Estados que hacen que muchas personas que viven en la pobreza extrema o se sienten amenazadas por diversos factores se vean obligadas a moverse. Como apunta Carens, la prioridad moral más importante, desde esta perspectiva, debe ser la de transformar las condiciones subyacentes y, sobre todo, lograr la justicia distributiva global. Que esto sea lo prioritario, no significa que haya que menospreciar la función de las fronteras a la hora de establecer y perpetuar desigualdades, por eso el mencionado autor sostiene que la apertura de las mismas contribuiría a reducirlas a nivel internacional, aunque otros como Kymlicka critiquen la excesiva importancia que en esta argumentación se concede a la libertad de movimiento desde una perspectiva igualitaria. Hasta que se identifiquen alternativas que permitan superar la pobreza global, o combatir otras causas de la movilidad humana, la libertad de movimiento ha de comenzar a concebirse como un importante objetivo moral en la medida en que contribuye a la igualdad de oportunidades y nos acerca a esos principios de justicia que el tradicional Estado-nación ha obviado para autojustificar su propia existencia. Las restricciones a la migración han sido y son una pieza fundamental del sistema del Estado moderno difícilmente compatibles con la igualdad en clave de derecho humano¹⁰².

¹⁰⁰ KYMLICKA, W., *Fronteras Territoriales. Una perspectiva liberal igualitarista*, *op. cit.*, pp. 67 y ss.

¹⁰¹ BALIBAR, É., «Strangers as Enemies: Further Reflections on the Apories of Transnational Citizenship». *Globalization Working Papers*, 06/4, 2006, p. 4

¹⁰² CARENS, J. H., *The Ethics of Immigration*, *op. cit.*, pp. 233-236.

Mientras se persista en la búsqueda de la protección nacional frente a amenazas globales, debilitando los derechos, y en la diversificación del otro en múltiples agentes, que se utiliza por el Estado amenazado por entes económicos o supranacionales, las fronteras sustentarán y asegurarán un futuro blindado, amurallado, plagado de preguntas fuertes, esas que se dirigen a «nuestras raíces y a los fundamentos que crean el horizonte de posibilidades entre las cuales nos es dado elegir»; y de respuestas débiles «las que no consiguen reducir esa complejidad, sino que, por el contrario la pueden aumentar»¹⁰³ que llevan a contradicciones injustificables e intolerables cuando lo que cede en la frontera es la idea misma de justicia.

5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ANDREAS, P., *Border Games. Policing the US-Mexico divide*, London, Cornell University Press, 2009.
- AÑÓN ROIG, M. J., «Integración, discriminación y acceso a la justicia», en SOLANES CORELLA, A. y LA SPINA, E., *Políticas migratorias, asilo y derechos humanos: un cruce de perspectivas entre la Unión Europea y España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 81-199.
- «El acceso a la justicia de las personas inmigrantes: la asistencia jurídica gratuita», en DE LUCAS, J. y AÑÓN ROIG, M. J., *Integración y derechos: a la búsqueda de indicadores*, Barcelona, Icaria, 2013, pp. 289-320.
- BALIBAR, E., *Nous, citoyens d'Europe? Les frontières, l'État, le peuple*, Paris, La Découverte, 2001.
- «Strangers as Enemies: Further Reflections on the Aporias of Transnational Citizenship». *Globalization Working Papers*, 06/4, 2006.
- «La política y sus sujetos en el interregno», en BROWN, W., *Estados amurallados, soberanía en declive*, Barcelona, Herder, 2015, pp. 9-21.
- BARBERO, I., *Las transformaciones del Estado y del Derecho ante el control de la inmigración*, Gipuzkoa, Cuadernos 3, Ikuspegi. Observatorio Vasco de Inmigración, 2010.
- BAUMAN, Z., *La globalización. Consecuencias humanas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- *Vida líquida*, Barcelona, Paidós, 2006.
- *Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*, Barcelona, Tusquets, 2007.
- BAYÓN, J. C., «¿Democracia más allá del Estado?» en RUIZ MIGUEL, A. (ed.) *Entre Estados y Cosmópolis. Derecho y justicia en un mundo global*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 121-138.
- BECK, U., *La sociedad del Riesgo global*, Madrid, Siglo Veintiuno España editores, 2002.
- *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*, Paidós, Barcelona, 2005.
- BENHABIB, S., *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, Barcelona, Gedisa, 2005.

¹⁰³ SANTOS, B. de Sousa, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid-Bogotá, Trotta-ILSA, 2009, p. 13.

- BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F. J. y MOYA MALAPEIRA, D., *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- BROWN, W., *Estados amurallados, soberanía en declive*, Barcelona, Herder, 2015.
- BUENO DELGADO, J. A., «Del limes romano al espacio Schengen», en DELGADO LARIOS, A. y AUBERT, P. (col.), *Conflictos y cicatrices: fronteras y migraciones en el mundo hispánico*, Madrid, Dykinson, 2014, pp. 51-70.
- CARENS, J. H., «Aliens and Citizens: The Case for Open Borders», *The Review of Politics*, 49 (2), 1987, pp. 251-273.
- «Fear vs. Fairness: Migration, Citizenship and the Transformation of Political Community», in LIPPERT-RASMUSSEN, K., HOLTUG, N. and LAEGARD, S. (eds.), *Nationalism and Multiculturalism in a World of Immigration*, Houndmills, UK, Palgrave Macmillan, 2009, pp. 151-173.
- *The Ethics of Immigration*, New York, Oxford University Press, 2013.
- COHEN, J. L., *Globalisation and Sovereignty. Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 2014 y debate en las Cortes Generales*, Madrid, 2015.
- DE GENOVA, N. P., «Extremities and Regularities: Regulatory Regimes and the Spectacle of Immigration Enforcement», in JANSEN, Y., CELIKATES, R. and DE BLOOIS, J. de (eds.), *The Irregularization of Migration in Contemporary Europe: Detention, Deportation, Drowning*, 1, Rowman & Littlefield, 2015, pp. 3-14.
- DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid, Temas de Hoy, 1994.
- *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*, Barcelona, Icaria. Antrazyt, 1996.
- *Globalización e identidades. Claves políticas y jurídicas*, Barcelona, Icaria. Antrazyt, 2003.
- «El miedo en las sociedades más seguras de la historia», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 43, 2009, pp. 85-92.
- «Violencia, fronteras, Derecho», *Sin permiso*, 27 de abril de 2014, 7 pp.
- «Deaths in the Mediterranean: Immigrants and Refugees, from Rights-Bearing Infrasubjects to Security Threats», *Quaderns de la Mediterrània*, 22, 2015, pp. 83-89.
- *Mediterráneo: el naufragio de Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- FERNÁNDEZ LIESA, C. R., «La relevancia del factor cultural en el derecho internacional contemporáneo», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 14, 2010, pp. 325-338.
- FERRER GALLARDO, X., «El archipiélago-frente mediterráneo: fractura, ensamblaje y movimiento en el contorno sur de la UE», ZAPATA-BARRERO, R. y GALLARDO FERRER, X. (eds.), *Fronteras en movimiento. Migraciones hacia la Unión Europea en el contexto Mediterráneo*, Barcelona, Bellaterra, 2012, pp. 79-104.
- FERRERO TURRIÓN, R. y LÓPEZ SALA, A. M., «Fronteras y seguridad en el Mediterráneo», en ZAPATA-BARRERO, R. y GALLARDO FERRER, X. (eds.), *Fronteras en movimiento. Migraciones hacia la Unión Europea en el contexto Mediterráneo*, Barcelona, Bellaterra, 2012, pp. 229-254.
- FERRIL, A., *La caída del imperio romano. Las causas militares*, Madrid, Edaf, 1998.

- FRASER, N., *Escalas de justicia*, Barcelona, Herder, 2008.
- GARCÍA AÑÓN, J., «Discriminación, exclusión social y conflicto en sociedades multiculturales: la identificación por perfil étnico», en GARCÍA AÑÓN, J. y RUIZ SANZ, M. (eds), *Discriminación racial y étnica: balance de la aplicación y eficacia de las garantías normativas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 281-316.
- GONZÁLEZ ORDOVÁS, M. J., *De formas y normas. A propósito del insincero poder del urbanismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- GUO, R., *Cross-Border Management: Theory, Method and Application*, Berlin Heidelberg, Springer-Verlag, 2015.
- HABERMAS, J., *La constelación posnacional: ensayos políticos*, Barcelona, Paidós, 2000.
- HIRST, P., *Space and Power: Politics, War and Architecture*, Cambridge, Polity, 2005.
- JÁUREGUI BERECIARTU, G., «Del Estado nacional a la democracia cosmopolita: política y derecho en la era global», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 36, 2002, pp. 127-150.
- JESSOP, R., *El futuro del Estado capitalista*, Madrid, Libros de la Catarata, 2008.
- KYMLICKA, W., *Fronteras Territoriales. Una perspectiva liberal igualitarista*, Madrid, Trotta, 2006.
- LAPORTA, F. J., «Gobernanza y soft law: nuevos perfiles de la sociedad internacional», en RUIZ MIGUEL, A. (ed.) *Entre Estados y Cosmópolis. Derecho y justicia en un mundo global*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 41-81.
- LA SPINA, E., *Familias transnacionales, sociedades multiculturales e integración: España, Italia y Portugal en perspectiva comparada*, Madrid, Dykinson, 2011.
- LOCHAK, D., *Face aux migrants: état de droit ou état de siège ? (conversation avec Bertrand Richard)*, Paris, Textuel, 2007.
- MEZZADRA, S. y NIELSON, B., «Fronteras de inclusión diferencial. Subjetividad y luchas en el umbral de los excesos de justicia», *Papeles del CEIC*, 2, 2014, 30 pp.
- NAÏR, S., *Y vendrán... las migraciones en tiempos hostiles*, Barcelona, Bronze-Editorial Planeta, 2006.
- *La Europa mestiza. Inmigración, ciudadanía y codesarrollo*, Barcelona, Círculo de lectores, 2010.
- NEVINS, J., *Operation Gatekeeper and beyond: the war on «illegals» and the remaking of the US-Mexico Boundary*, New York, Routledge, 2010.
- PEÑA ECHEVARRIA, J., *La ciudad sin murallas. Política en clave cosmopolita*, Barcelona, El Viejo Topo, 2010.
- «Migraciones, ciudadanía y globalización neoliberal», *Arbor*, vol. 188, n.º 755, mayo-junio 2012, pp. 529-542.
- POGGE, Th., «La incoherencia entre las teorías de la justicia de Rawls», *Revista Internacional de Filosofía Política*, n.º 23, 2004, pp. 28-48.
- RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, 1979, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.
- *El derecho de gentes y Una revisión de la idea de razón pública*, Barcelona, Paidós, 2001.
- RUIZ MIGUEL, A., «La función del derecho en un mundo global», en RUIZ MIGUEL, A. (ed.) *Entre Estados y Cosmópolis. Derecho y justicia en un mundo global*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 19-39.
- RUIZ SANZ, M., «Sociedades multiculturales y sistemas jurídicos: intersecciones y confrontaciones», *Derechos y Libertades*, n.º 32, 2015, pp. 80-106.

- SANTOS, B. de Sousa, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid-Bogotá, Trotta-ILSA, 2009.
- SASSEN, S., ¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización, Bellaterra, Barcelona, 2001.
- *Contrageografías de la globalización. Género y Ciudadanía en los circuitos transfronterizos*, Madrid, Traficantes de sueños, 2003.
- *Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, Madrid, Katz Editores, 2010.
- SENDEN, L., *Soft Law in European Community Law*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2004.
- SINGER, P., *Un solo mundo. La ética de la globalización*, Paidós, Barcelona, 2003.
- SOLANES CORELLA, A., «Derechos humanos y asilo: sobre las deficiencias del SECA y la regulación jurídica española», *Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá*, n.º VII, 2014, pp. 181-209.
- SUSÍN BETRÁN, R., *Fronteras y retos de la ciudadanía. El gobierno democrático de la diversidad*, Logroño, Perla Ediciones, 2012.
- VV. AA., «Expulsiones en caliente»: cuando el Estado actúa al margen de la ley, Informe promovido desde el Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE (DER 2011-26449), 27 de junio de 2014.
- «Rechazos en fronteras»: ¿Fronteras sin derechos?, Informe promovido desde el Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE (DER 2011-26449), 13 de abril de 2015.
- VELASCO ARROYO, J. C., «Dejando atrás las fronteras. Las políticas migratorias antes las exigencias de la justicia global», *Arbor*, CLXXXVI 744, julio-agosto 2010, pp. 585-601.
- VERLUISE, P., *Géopolitique des frontières européennes. Elargir, jusqu'ou ?*, Paris, Argos, 2013.
- WALZER, M., *Las esferas de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- WIHTOL DE WENDEN, C., ¿Hay que abrir las fronteras?, Barcelona, Bellaterra, 2000.
- ZAPATA-BARRERO, R., «Teoría política de la frontera y la movilidad humana», *Revista Española de Ciencia Política*, n.º 29, julio 2012, pp. 39-66.
- ZÜRN, M., «Democratic Governance beyond the Nation-State», in GREVEN, M. y PAULY, L. W. (eds), *Democracy Beyond the State? The European Dilemma and the Emerging Global Order*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2000, pp. 91-114.

Fecha de recepción: 30/06/2015. Fecha de aceptación: 31/10/2015.

II

ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO



Desde una encrucijada junto a Borges:
Sobre ciencia jurídica y producción normativa

*From a Crossroads with Borges:
On Legal Science and Make Law*

Por JOSÉ CALVO GONZÁLEZ
Universidad de Málaga

Pero el general austríaco, sin dejar de leer, frunció enfadado el ceño y movió los codos como diciendo: «Después, después podrá exponerme sus ideas; ahora mire el plano y escuche».

Langeron, perplejo, alzó la vista, miró a Miloradovich como pidiendo una explicación, pero encontrándose con aquella expresión significativa que nada quería decir, la bajó tristemente y volvió a girar su tabaquera.
— Une leçon de géographie –dijo como hablando para sí, pero con voz bastante alta para que se lo oyera.

Liev Tolstói, Guerra y paz (1865-1869)¹

RESUMEN

Se ofrece un análisis que interseca la obra de Borges con asuntos jurídicos. Este abordaje sitúa dos primeros temas de encrucijada; sobre la idea de Derecho en Borges y, a través de la metáfora de los mapas, acerca de la dogmática jurídica. Desde este planteamiento se diverge seguidamente hacia problemas relacio-

¹ TOLSTÓI, L.: *Guerra y paz*, trad. del ruso de L. Kúper, seguida por «Editar *Guerra y paz*», de M. Muchnik, Barcelona: El Aleph Editores, 2010, Libro I - Parte III - Capítulo XII, pp. 379-380.

nados con supervivencia y paulatino agotamiento de categorías y conceptos en la Ciencia jurídica y la acumulación de basura jurídico-normativa, reflexionado sobre la respuesta ambiental de Luhmann y la actual inexistencia de ulteriores procesos de depuración, absorción, reciclaje, higienización legislativa.

Palabras clave: *Derecho y Literatura; Jorge Luis Borges (1899-1986); Ciencia del Derecho, Mapa jurídico-dogmático; Producción normativa; Ruinas jurídicas; Niklas Luhmann (1927-1998); Sistema social; Sistema jurídico; basura normativa, durabilidad, depuración, absorción, reciclaje, higienización*

ABSTRACT

An analysis that intersects the work of Borges with legal affairs is offered. This approach puts two first themes of crossroads; on the idea of law in Borges and, through the metaphor of the maps, about the legal dogmatic. Since this approach it then diverges to problems related to survival and gradual depletion of categories and concepts in legal science and the accumulation of waste, trash or any other refuse material or outdated old laws, considering the environmental response of Luhmann, and the current lack of subsequent legislative processes of purification, absorption, recycling, and hygienic treatment.

Key words: *Law and Literature; Jorge Luis Borges (1899-1986); Science of Law; Dogmatic map; Legal production; Legal ruins; Niklas Luhmann (1927-1998); Social System; Legal System; environment; waste, trash or any other refuse material worthless or outdated old laws; durability, debugging; absorption, recycling, hygienic treatment*

SUMARIO: 1. CRUCE DE SENDEROS.—2. BORGES Y EL CÓDIGO CIVIL.—3. BORGES Y LA DOGMÁTICA JURÍDICA.—4. DIVERGIENDO DONDE LOS SENDEROS SE BIFURCAN. DE RUINAS Y DESMESURAS, SIMULACROS Y PRECESIONES, DELIRIOS Y EXCEDENTES.—5. COLOFÓN Y *FABULA DOCET*.

SUMMARY: 1. CROSSING PATHS.—2. BORGES AND THE CIVIL CODE.—3. BORGES AND THE LEGAL DOGMATIC.—4. DIVERGING WHERE FORKING PATHS. ABOUT RUINS AND EXCESSES, SIMULACRA AND PRECESSION, DELUSIONS AND SURPLUSES.—5. COLOPHON AND *FABULA DOCET*.

1. CRUCE DE SENDEROS

No hace aún demasiado tiempo que, persuadido de la vocación geométrica de los juristas, me interné hasta la encrucijada donde el camino

seguido por la cultura y ciencia jurídicas confluía con el de las formas y representaciones propias del pensamiento geométrico. En efecto, no pocas de las más importantes teorías del Derecho se habían construido a través de principios y nociones ideados por la Geometría para explicar las propiedades de las figuras en el plano o en el espacio. De ahí, entrecruzando asimismo con la historia del arte moderno y de vanguardias, arriesgué a proponer una imagen de la evolución y actual desenvolvimiento del paradigma jurídico contemporáneo hacia lo que llamé un *Derecho curvo*².

Algo más tiempo ha transcurrido desde que acudí a explorar puntos de encuentro entre Derecho y Geografía; la vez más reciente fue refiriéndome a geografías simbólicas, como la isla³, y aún hubo una anterior, al utilizar un símil entre las técnicas cartográficas y las jurídico-dogmáticas. De una y otra hará bastante más de una docena de años⁴. Regresar a la primera de esas concurrencias es, hoy y aquí, lo que me interesa, para inquirirla con pormenor. Porque los juristas, amén de vocación geómetra, la tienen igualmente de geógrafos y, en particular, de cartógrafos.

Quisiera, pues, sondear más profundamente la idea de mapa jurídico, auxiliado esta vez del reflejo en la literatura borgeana. Diré también que el descubrimiento de esa singular disposición de los juristas a dibujar el entero orbe del Derecho –especialmente acusada entre los cultivadores de la Dogmática jurídica– lo debo a la conjunción de un espejo y de una enciclopedia. Aquél, en prevenida forma que lo reviste y disfraza de libro de ficciones, ha inquietado siempre al fondo de mi biblioteca, en la restricta habitación donde trabajo, desde los anaqueles fatigados por el peso de la obra de Borges y la babélica crítica literaria que la multiplica. La enciclopedia, y no falazmente, se llama como otrora fue conocida parte de la disciplina que profeso en mi enseñanza universitaria, cuando además de *Einführung in die Rechtswissenschaft* o *Introducción a la Ciencia del Derecho* se explicaba como *Encyclopedie des Rechts* o *Enciclopedia del Derecho*.

2. BORGES Y EL CÓDIGO CIVIL

Los juristas, incluidos iusfilósofos, han sido en su mayoría negligentes con los reflejos y refracciones de las escrituras especulares de

² *Direito curvo*, trad. de A. Karam Trindade, L. Rosenfield y D. del Pino, Posfácio de L. L. Streck, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2013.

³ «Sobre Derecho y geografías simbólicas. Notas para una Islandia jurídica», *Derecho. Revista de la Facultad de Derecho. UNSA* (Universidad Nacional de San Agustín. Arequipa. Perú). Nueva Era, 7, 7 (noviembre de 2005), pp. 429-448.

⁴ «Hechos difíciles y razonamiento probatorio. (Sobre la prueba de los hechos disipados)», *Anuario de Filosofía del Derecho* 18 (2001), pp. 13-33.

Jorge Luis Borges (1899-1986)⁵. Declaradas excepciones a este aserto no lo derogan; solo apenas lo mitigan⁶. Tampoco, ciertamente, abarro-

⁵ Llama necesaria –y singularmente– la atención el texto de TAMM, D.: «Borges for Jurister: en samtale mellem Jorge Luis Borges. Det Juridiske Fakultets Aula torsdag ...», *Kritik* 150 (2001), pp. 1-3. Tamm es Juraprofessor (Professor i Retshistorie) en el JUR Center for retskulturelle studier, Juridiske Fakultet, Københavns Universitet (Danmark). Tamm reproduce en él una entrevista realizada y grabada en cassette en los años setenta a Borges por Herencio Manso, joven profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, «desaparecido» durante la dictadura militar, y que transcrita por la hija de éste le fue entregada en una visita a la UBA. En ella se establece un diálogo acerca de la relación «derecho y literatura», donde BORGES declara a su entrevistador: «¿Usted cree que los especialistas en derecho se han dado cuenta de que su manera de organizar el mundo es una obra metafísica, una ficción?»; añadiendo: «Quizá los expertos en derecho a los que no les interesa la literatura tengan miedo de que sus alumnos lleguen a la conclusión de que sus libros son, en realidad, literatura fantástica». Y BORGES concluye: «la literatura es necesaria para desarrollar especialistas en derecho más avanzados». Es recomendable, tras leer este texto, releer en detalle *El Aleph* (1945) y *El Inmortal* (1949). Del resto, Tamm es asimismo autor de *Jorge Luis Borges. En introduktion*. København: Gyldendal Bogklubber, 2002.

⁶ GOODWIN, B.; «Justice and the Lottery», *Political Studies* 32 (June 1984), pp. 190-202 [ahora en Id., *Justice by Lottery*, Chicago: University of Chicago Press, 1992, en esp. pp. 24-36 (2.ª ed, Exeter: Imprint Academic, 2005, pp. 30-51)]; CIURO CALDANI, M. A.; «Meditaciones jusfilosóficas sobre las Ficciones de Jorge Luis Borges», en Id., *Filosofía, Literatura y Derecho. Estudios y notas*, Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, pp. 79-99, y «La poesía en el horizonte literario del mundo jurídico. Proyecciones y disoluciones del Derecho en la Poesía. (La Poesía, Borges y el Derecho)», en Id., *Bases del pensamiento jurídico*, Rosario: Editorial de la Universidad Nacional de Rosario, 2012, pp. 195-233; Dimock W. C.; *Residues of Justice: Literature, Law, Philosophy*, Berkeley: University of California Press, 1996, en esp. cap. 3. «Luck and Love» (pp. 96-102); Aristodemou, M.; *Law and literature: journeys from her to eternity*, Oxford/New York: Oxford University Press, 2000, en esp. caps. 10. «Dream harder: Dream for a Goddess in Borges' Fiction» (pp. 230-259), y 11. «A rebeginning: the lawyer in his labyrinth and from her to eternity» (pp. 260-297); ALMOG, S.; «From Sterne and Borges to Lost Storytellers: Cyber- Narrative and Law», *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal* 13 (2002), pp. 1-24; Tissera Bracamonte, A. M.; «Modelos de justicia: Borges, Voltaire y Stevenson», *Tabanque: Revista pedagógica* 17 (2003), pp. 135-144; Morgan, E. M.; *The Aesthetics of International Law*, Toronto: University of Toronto Press, 2007, en esp. «8. Jorge Luis Borges: The Break-up of Yugoslavia», pp. 116-132 [antes aparecido con el título de «The Other Death of International Law», *Leiden Journal of International Law* 14, 1 (March 2001), pp. 3-24]; BÖHMER, M.; «An Oresteia for Argentina: Between Fraternity and the Rule of Law», en *Law and Democracy in the Empire of Force*, Haywood Jefferson Powell & James Boyd White (eds.), Ann Arbor: University of Michigan Press, 2009, pp. 89-124, en esp. pp. 103-109 [«Una Orestíada para Argentina. Entre la fraternidad y el Estado de Derecho», en *Por qué el mal*, M. Böhmer, R. Moguillansky, R. Rimoldi (comp.), Buenos Aires: Teseo, 2010, 103-146, en esp. 111-115; COAGUILA VALDIVIA, J. F.; «Borges y la lotería de los infortunios», *Lecciones y Ensayos* 86 (2009), pp. 313-317 y en Id., *El otro corazón del Derecho*, pról. de J. Calvo González, Arequipa: Grupo Editorial Cromeo-Fondo Editorial de la Asociación de Jueces del Distrito judicial de Arequipa, 2009, pp. 12-16 [2.ª ed, Arequipa: Cascahuesos Editores, 2011, pp. 17-20]; Amaral, A. Jobim do; «O Zahir de Borges e a fantasia ideológica do mercado: um estudo de Antropologia dogmática», en *Direitos Fundamentais, Economia e Estado: reflexões em tempo de crise*, J. C. MARCELINO JR. et al., Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, pp. 37-85; FIORILLO, M.; «Icaro dentro Babele: alla ricerca dell'ordine nel labirinto di J. L. Borges», en *Il diritto nella letteratura:*

tan los registros de crítica jurídica desde la teoría literaria⁷. Del resto, muy pocos en Filosofía política, entre muchos multiplicados y redundantes, serán ulteriores y perdurables⁸. Creo, pues, que la obra de Bor-

una antología, A. C. Amato Mangiameli-G. Saraceni (eds.), Roma: Aracne editrice, 2012, pp. 125-144; Zolezzi Ibárcena, L.; *Derecho en contexto*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, en esp. «El Derecho en la obra de Jorge Luis Borges», pp. 19-38; LUIS RENATO FERREIRA DA SILVA, «O tempo no direito e o tempo do direito-provocaçao para uma relação entre direito e literatura a partir de um tema borgiano», y NORONHA, L. BERNARDINO; «O raciocínio e a interpretação: uma análise a partir de *Funes, el memorioso*, e de *Alice no País das Maravilhas*», ambos en *Narração e normatividade. ensaios de Direito e Literatura*, Judith Martins-Costa (coord.), Rio de Janeiro: GZ Editora, 2013, respect. pp. 95-100 y 379-400; ORLER, J.; «El proceso judicial según Jorge Luis Borges», *Crítica Jurídica* 35 (en.-jun. 2013), pp. 197-213; JIMENEZ, M.; «Towards a Borgean Theory of Constitutional Interpretation», *Pepperdine Law Review*, vol. 40, no. 1 (Jan. 2013), pp. 1-22, y VILA, R.; «Emma Zunz by Jorge Luis Borges: the Concept of Justice», *Oñati Socio-legal Series* 4, 6 (2014), pp. 1232-1240.

⁷ SOTOMAYOR, A. M.; «Emma Zunz y los azares de la causalidad (lectura y elaboración de lo verosímil jurídico)», *Escritura. Revista de Teoría y Crítica Literarias* 11, 22 (jul.-dic. 1986), pp. 257-271 [asimismo en *Revista de Estudios Generales* 1, 1 (ene.-jun. 1987), pp. 88-102, y *La Torre. Revista de la Universidad de Puerto Rico*, 2, 8 (oct.-nov. 1988), pp. 689-703] y «Justicia poética: tres arcontes borgeanas», en Id., *Femina Faber. Letras, música, ley*, San Juan: Ediciones Callejón, 2004, respect. pp. 17-34 y 121-141; JOSEFINA LUDMER, «Las justicias de Emma», *Cuadernos Hispanoamericanos* 505-507 (jul.-sep. 1992), pp. 473-480; GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; *La poesía de Borges y otros ensayos*, Madrid: Mondadori, 1992, y *Fervor de Borges*, Madrid: Trotta, 1999; DUCHESNE WINTER, J.; «Después de la pérdida de la justicia (una lectura zizekiana de Emma Zunz)», *Variaciones Borges: Journal of the Jorge Luis Borges Center for Studies and Documentation* 10 (2000), pp. 185-202 [también en Id., *Ciudadano insano. Ensayos bestiales sobre cultura y literatura*, San Juan: Ediciones Callejón, 2001, pp. 27-38]; MATTALÍA, S.; «Malevos, maleantes y detectives: los juegos con la ley en Borges», en *La aurora y el poniente: Borges (1899-1999)*, M. Fuentes y P. Tovar (eds.), Tarragona: Universitat Rovira i Virgili, 2000, pp. 103-110; BAREI, S. N.; «Borges, la lengua y la ley», en *Borges y yo. Diálogo con las letras latinoamericanas*, Saul Sosnowski and Horacio Salas (eds.), Buenos Aires; Fondo Nacional de las Artes, Latin American Studies Center, University of Maryland, 2000, pp. 51-57; QUINTANA TEJERA, L.; «Historia de una venganza: entre la justicia trascendente y la justicia humana», *Espéculo: Revista de Estudios Literarios* 18 (2001) (https://pendientedemigracion.ucm.es/info/especulo/numero18/bo_quint.html); LUDMER, J.; *The Gaucho Genre: A Treatise on the Motherland*, Durham: Duke University Press, 2000, pp. 189-197 («Borges Before the Law»); DABOVE, J. P.; «Sobre algunas ficciones de violencia en la obra de J. L. Borges: bandidaje, melancolía, ley», *Variaciones Borges* 22 (2006), pp. 167-189; FUENTE, A. de; «Borges, la ley y el crimen en la literatura argentina y el western estadounidense», en *La ley de los profanos. Delito, justicia y cultura en Buenos Aires (1870-1940)*, L. Caimari (Comp.), Buenos Aires: Universidad de San Andrés-FCE Argentina, 2007, pp. 251-276; JENCKER, K.; «Borges Before the Law», y HORN, E.; «Borges's Duels: Friends, Enemies, and the Fictions of History», ambos en *Thinking with Borges*, W. EGGINTON and D. E. JOHNSON (eds.), Aurora, Co.: Davis Group, Publishers, 2009, respect. pp. 141-159 y 162-182.

⁸ RODRÍGUEZ MONEGAL, E.; «Borges y la Política», *Revista Iberoamericana* XLIII/100-101 (1977), pp. 269-290 [Asimismo en *Diacritics* 8 (1978), pp. 55-69]; Orgambide, P.; *Borges y su pensamiento político*. México: Comité de Solidaridad con el Pueblo argentino. Casa Argentina, 1978 [ahora en *Antiborges*, M. Lafforgue (ed.), Buenos Aires: Javier Vergara Editor, 1999, pp. 257-331]; RODRÍGUEZ-LUIS, J.; «La intención política en la obra de Borges: hacia una visión de conjunto», *Cuadernos hispanoamericanos* 361-362 (1980), pp. 170-198; *Conversaciones con Borges: un testamento*

sobre política y pensamiento en América Latina, estudio por F. Tokos y pról. de C. A. Cornejo, Madrid: Fundación CIPIE, 1986; COUFFON, C.; «Borges y la política», en *Oro en la Piedra: Homenaje a Borges*, V. Polo García (ed.), Murcia: Editora Regional, 1988, pp. 109-117; CALVO GONZÁLEZ, J.; «Autour du paradigme conservateur. Modèles «magiques» et «fantastiques». (J. de Maistre et J. L. Borges)», en *L'Etat et l'Europe (II)*, Aix-Marseille: Presses Universitaires d'Aix-Marseille-Faculté de Droit et de Science Politique, 1993, pp. 579-590 [asimismo, en ver. española más extensa en *Anuario de Filosofía del Derecho X* (1993), pp. 409-422]; FERRER, C.; «El borgismo: una filosofía política nacional», y GONZÁLEZ, H.; «¿Hay una filosofía política en Borges?», ambos en G. Kaminsky (comp.), *Borges y la filosofía*, Buenos Aires: Instituto de Filosofía. Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, 1994, pp. 217-226 y 227-234; BOSTEELS, B.; «La ideología borgeana», *Acontecimiento* 14 (1997), pp. 51-93; GONZÁLEZ, J. E.; *Borges and the Politics of Form*. Nueva York: Garland Publ., 1998; LOJO, M.^a R.; «Borges: literatura y política, “civilización” y “barbarie”», en *Acerca de Borges: ensayos de poética, política y literatura comparada*, J. Dubatto (comp.), Buenos Aires: Universidad de Belgrano, 1999, pp. 43-50; Salas, H.; «Borges político», *Revista de Occidente* 217 (jul. 1999), pp. 54-74; VARGAS LLOSA, M.; «Borges, político», *Letras Libres* 1, 11 (1 nov. 1999), p. 24; MOREIRAS, A.; «Desnarrativizando el aparato de Estado populista: La lotería en Babilonia de Jorge Luis Borges», y AIZENBERG, E.; «El nazismo es inhabitable. Borges, el Holocausto y la expansión del conocimiento», ambos en *Jorge Luis Borges: pensamiento y saber en el siglo XX*, A. de Toro-F. de Toro (eds.), Frankfurt am Main/Madrid: Vervuert/Iberoamericana, 1999, resp. pp. 117-124 y 273-280; KRAUSE, M. E.; «La filosofía política de Jorge Luis Borges», *Laissez Faire* (Universidad Francisco Marroquín, Guatemala) 15 (2001), pp. 78-82; FLAWIÁ DE FERNÁNDEZ, N. M.^a; «Escritura, política y crítica cultural en un cuento de Borges y Bioy Casares», en *Voces y espacios de escritura: Argentina 1950-1970*, Id. (comp.), Tucumán: Instituto Interdisciplinario de Literaturas y Comparadas, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional de Tucumán, 2001, pp. 11-24; MOREIRAS, A.; «The Villain at the Center: Infrapolitical Borges», *CLCWeb: Comparative Literature and Culture* 4, 2 (June 2002) [«Comparative Cultural Studies and Latin America», S. A. McClemen and E. E. Fitz (eds.)], pp. 131-148 (<http://docs.lib.purdue.edu/clcweb/vol4/iss2/>); CALDERÓN SALAS, M.; «Política y literatura: Borges en la revistas literarias y culturales en las décadas del treinta y cuarenta», *Repertorio americano* 13-14 (2002), pp. 72-79; Moreiras, A.; «Infrapolitical Borges», y J. P. McSherry, «Borges's political world: a brief look at 20th century Argentine history», ambos en *Jorge Luis Borges (1899-1986) as writer and social critic*, G. J. Raez (ed.), Lewinston: N. Y.: Edwin Mellen Press, 2003, respect. pp. 1-6 y 7-24; MARTINS, P. M. PÁSCOA SANTOS; «Borges: nas margens da Política», *Diacrítica. Ciências da Literatura* 17, 3 (2003), pp. 53-88; CISNEROS, M.^a J.; «Utopía de un escéptico: Borges y la política», en *De laberintos y otros Borges: ensayos sobre J. L. Borges*, C. Bulacio (comp.), Ciudad de Buenos Aires: Edit. Victoria Ocampo, 2004, pp. 31-46; LUJÁN MARTÍNEZ, H.; «Notas para una biografía política de Borges», *Metapolítica. Revista Trimestral de Teoría y Ciencia de la Política* 10, 47 (2006), pp. 29-31; DELBUENO, S.; «Una lectura de *La casa de Asterión* de Jorge Luis Borges a partir de la enunciación del poder», *Cartapacio de Derecho. Revista Electrónica de la Facultad de Derecho* (Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires) 12 (2007), 1-5; DEMARCO, R.; «Borges y el peronismo (una exploración); el caso de la gauchasca», *Espéculo. Revista de estudios literarios* 36 (2007) (<http://www.ucm.es/info/especulo/numero36/borperon.html>); CASTANY PRADO, B.; «Escepticismo y conservadurismo progresista en la obra de Jorge Luis Borges», *Tonos digital. Revista Electrónica de Estudios Filológicos* 13 (2007) (<http://www.tonosdigital.es/ojs/index.php/tonos/article/view/103/88>); DABOVE, J. P.; «*Jorge Luis Borges: las políticas de la literatura*», ROSA, R.; «Concatenaciones secretas: tacitismo, política y literatura en Borges», ROSENBERG, F. J.; «El juicio de la historia», BRUNO BOSTEELS, «Manual de conjuradores: Jorge Luis Borges o la colectividad imposible», y ANTELO, R.; «Borges impolítico», todos en *Jorge Luis Borges: las políticas de la literatura*, J. P. Dabove (ed.),

ges, al igual que la de tantos otros, aguarda casi toda que los sueltos hilos de la cultura jurídica (y política) de la Literatura y literaria del Derecho (y la Política) resuelvan tejerse en una común urdimbre. Antes, sin embargo, recíprocas vanidades deberán ser desalentadas.

En todo caso, Borges –que de su padre, Jorge Guillermo Borges Haslam, acogió una amplia «biblioteca de ilimitados libros ingleses»⁹ pero nada en ascendiente sobre el ejercicio de la abogacía¹⁰, como tampoco atracción alguna hacia el foro a merced de su amigo Macedonio Fernández¹¹, quien igualmente practicó aquella misma profe-

Pittsburgh, Pa: Instituto Internacional de Literatura Iberoamericana, University of Pittsburgh, 2008, respect. pp. 9-28, 207-228, 229-250, 251-270 y 271-303; CALABRESE, E.; «Borges: literatura y política», *Moenia* 14 (2008), pp. 19-30; PAIXÃO, C.; «Shakespeare entre Marlowe e Borges: o papel da memória em *O Mercador de Veneza*», en *Direito e psicanálise. interseções a partir de O Mercador de Veneza de William Shakespeare*, J. N. de Miranda Coutinho (ed.), Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, pp. 365-382; SALINAS, A.; «Political Philosophy in Borges: Fallibility, Liberal Anarchism, and Civic Ethics», *Review of Politics* 72, 2 (Spring 2010), pp. 299-324; Mateos, Z.; *Borges y los argentinos*, Buenos Aires: Biblos, 2010; PALMA, D. A.; *Borges.com. La ficción de la filosofía. La política y los medios*, pról. de T. Abraham, Buenos Aires: Biblos, 2010, (8. «El liberal y el anarquista»), pp. 107-122; LEPORI, R.; «Borges contra la democracia: Una relectura paranoica de la «La lotería en babilonia». *Cuadernos Sur, Letras* 40 (2010), pp. 115-134; NAMORATO, L.; *Diálogos borgeanos: intertextualidade e imaginário nacional na obra de Jorge Luis Borges e de Antonio Fernando Borges*, Río de Janeiro: 7Letras, 2011; HERNÁNDEZ MORENO, A.; «Borges y la libertad», *Cuadernos de pensamiento político* (FAES. Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales) 32 (oct.-dic. 2011), pp. 173-192; LIENDIVIT, Z.; *Los estilos de Borges: entre la nación y el universo*, Buenos Aires: Contratiempo, 2012; GALASSO, N.; *Jorge Luis Borges: un intelectual en el laberinto semicolonial*, Buenos Aires: Colihue, 2012; PÉREZ, A. J.; «El joven Borges: criollismo y populismo», *Alba de América* 60-61 (Agosto 2012), pp. 276-291 [ahora en Id., *Literatura, peronismo y liberación nacional*, Buenos Aires: Corregidor, 2014, Segunda parte. Literatura argentina y peronismo, cap. 8]; BALESTRIERI, M.; «La penna e la spada. Ambiguità e conflitto in Jorge Luis Borges», *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 19 (July 2013), pp. 1-35, y MORÓN DAPENA, X.; «Anarquismo y yo: una lectura política de Borges», en *Sobrenatural, fantástico y metarreal: la perspectiva de América Latina*, B. Greco y L. Pache Carballo (eds.), Madrid: Biblioteca Nueva, 2014, pp. 54-69. [En el transcurso de la revisión de este trabajo apareció de RUIZ, A.; *La filosofía política de Jorge Luis Borges*, con pról. de M. E. Krause, Madrid: Atlas Libertas/Unión Editorial, 2015].

⁹ Así lo declara en el *Prólogo* a la segunda edición de *Evaristo Carriego* (1955), cuyo texto reproduce el discurso pronunciado al recibir en 1944 Gran Premio de Honor de la Sociedad Argentina de Escritores por *Ficciones*, publicado en *Sur*, 129 (julio de 1945), pp. 120-121.

¹⁰ JORGE GUILLERMO BORGES (1878-1938), además, se había doctorado en Derecho por la Universidad Nacional de Buenos Aires el año 1897 con una tesis en materia de Derecho mercantil. *Hipoteca naval, tesis de doctorado presentada en la Facultad de Derecho y Ciencias sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires*, Buenos Aires: Tipo-Lipo L. Franjoni, 1897 (62 pp.).

¹¹ MACEDONIO FERNÁNDEZ (1874-1952) ingresó en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el año 1891, egresando como abogado en 1897 y grado de Doctor en Jurisprudencia con la tesis doctoral titulada *De las personas* (20 pp. Inédita). Más por extenso MUÑOZ, M. A.; «Macedonio Fernández: Su tesis inédita *De las personas*», *Cuyo. Anuario de Filosofía Argentina y Americana* 27 (2010), pp. 129-159, donde también se reproduce parcialmente la tesis.

sión durante una parte de su vida—¹² mantuvo un exiguo contacto con el ambiente forense. Así, dos únicos episodios cabe memorar, ambos fechados el año 1985. La visita a la Asociación de Abogados de Buenos Aires, el 21 de septiembre, invitado por el presidente de su Comisión de Cultura, donde pronuncia una charla y es entrevistado¹³, y su asistencia, el 22 de julio, «por primera y última vez», a la vista pública de uno de los juicios abiertos ante tribunales civiles argentinos a las Juntas militares (1976-1983), ocasión que dio lugar a la crónica que con título de *Lunes, 22 de julio de 1985*, distribuida por la agencia española EFE, apareció publicada en el diario *El País*¹⁴.

Hay en ella el pasmo y toda la consternación ante la banalidad del mal, y entera y abierta repugnancia hacia las que han sido conocidas como «Leyes de obediencia debida»¹⁵. Borges relata su escucha durante la testifical de un confeso de delación bajo tortura¹⁶. Borges

Por otra parte, ÁLVARO ABÓS recoge en su *Macedonio Fernández, la biografía imposible*, Buenos Aires: Plaza-Janes, 2002 un dato muy poco conocido, pues revela la función de Fiscal nacional ejercida en Posadas, provincia de Misiones, por MACEDONIO FERNÁNDEZ entre los años 1908 y 1913, cargo del que resultó expulsado a raíz del «Caso Cabaña» –detención ilegal de un mensú ordenada por el juez Severo González, y que Fernández se negó a convalidar.

¹² Un círculo de abogados se encuentra igualmente presente desde temprano en la formación intelectual y literaria de Borges; así, ÁLVARO MEILÁN LAFINUR (1889-1958), primo de Jorge Luis Borges, los poetas Evaristo Carriego (1883-1912) y Charles de Soussens (1865-1927), o Marcelo del Mazo (1879-1968). *Vid.* Miceli, S.; «Jorge Luis Borges: historia social de un escritor nato», *Novos Estudos-CEBRAP* 77 (2007), pp. 155-182, en esp. p. 158. Menciónese también la figura del diputado socialista –primero de América– ALFREDO LORENZO PALACIOS (1880-1965), graduado en Derecho por la Universidad Nacional de Buenos Aires, a cuyo claustro de profesores perteneció a partir de 1919 al frente de la Cátedra de Legislación del Trabajo y de Seguridad Social, pasando luego a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata, donde fue Decano en 1930. *Vid.* por extenso GARCÍA COSTA, V.; *Alfredo Palacios*, Buenos Aires: Ceal, 1971.

¹³ *Vid.* RUBINSTEIN, S. J.; «Borges con los abogados», *Revista Nova Tesis – ARTRA de Derecho Laboral y Relaciones de Trabajo* 3 (jul.-ag. 2007), pp. 193-200, e Id., *Borges con los abogados*, pról. de A. Polti, Buenos Aires: Proa XXI, 2007, en esp. pp. 41-77.

¹⁴ *El País* (Madrid), «Tribuna», 10-VIII-1985, p. 9. Se encuentra ahora recogida en Borges, J. L.; *Textos recobrados III, 1956-1986*, Buenos Aires: Emecé-Planeta, 2004, pp. 314-316. La ha reproducido asimismo MARTORELL, F.; *Operación Cóndor, el vuelo de la muerte. La coordinación represiva en el cono sur*, Santiago de Chile: LOM Ediciones, 1999, pp. 9-10.

¹⁵ Véase GUARIGLIA, O.; «La condena a los ex-comandantes y la ley de extinción de las causas: un punto de vista ético», *Vuelta* (Buenos Aires) 9 (abril 1987), pp. 9-13; CARRIÓ, G. R.; *El caso Timerman*, EUDEBA, Buenos Aires, 1987, y MÁNTARAS, M.; *Genocidio en Argentina*, Buenos Aires: Cooperativa Chilavert, 2005.

¹⁶ CAMACHO DELGADO, J. M.; «*El País* y el *Boom*. Los escritores latinoamericanos que sí tuvieron dónde contarlo», *Cahiers du Monde Hispanique et Luso-Bresilien. Caravelle* 90 (2008) [monográfico «Journalisme et littérature en Amérique latine», J. Gilard (ed.)], pp. 85-104. «[...] sorprende la humanidad y el compromiso de un Borges que ha pasado a nuestra historia literaria como un escritos inmune a las miserias de su tiempo y ajeno a cuanto sucedía a su alrededor, enrolado siempre en sus fantasías metafísica», cf. p. 87. Es por eso que los recuerdos de aquella sesión del *juicio de Strassera*, en la inmediatez de quien leyó como lazarillo en su ceguera física y en su lucidez espi-

escuchó todo el tiempo¹⁷. Borges escuchó, entre el asco y el estupor, el horror; un horror conradiario; «¡el horror, el horror!». Borges estuvo aquel día en *The Heart of Darkness* de la Argentina.

Y luego Borges escribió:

«He asistido, por primera y última vez, a un juicio oral. Un juicio oral a un hombre que había sufrido unos cuatro años de prisión, de azotes, de vejámenes y de cotidiana tortura. Yo esperaba oír quejas, denuestos y la indignación de la carne humana interminablemente sometida a ese milagro atroz que es el dolor físico. Ocurrió algo distinto. Ocurrió algo peor. El réprobo había entrado enteramente en la rutina de su infierno. Hablaba con simplicidad, casi con indiferencia, de la picana eléctrica, de la represión, de la logística, de los turnos, del calabozo, de las esposas y de los grillos. También de la capucha. No había odio en su voz. Bajo el suplicio, había delatado a sus camaradas; éstos lo acompañarían después y le dirían que no se hiciera mala sangre, porque al cabo de unas «sesiones» cualquier hombre declara cualquier cosa. Ante el fiscal y ante nosotros, enumeraba con valentía y con precisión los castigos corporales que fueron su pan nuestro de cada día. Doscientas personas lo oíamos, pero sentí que estaba en la cárcel. Lo más terrible de una cárcel es que quienes entraron en ella no pueden salir nunca. De éste o del otro lado de los barrotes siguen estando presos. El encarcelado y el carcelero acaban por ser uno. Stevenson creía que la crueldad es el pecado capital; ejercerlo o sufrirlo es alcanzar una suerte de horrible insensibilidad o inocencia. Los réprobos se confunden con sus demonios, el mártir con el que ha encendido la pira. La cárcel es, de hecho, infinita.

ritual, son de extremo, de exclusivo, de colosal valor, y apenas sin embargo conocidos. MONTENEGRO, N.: «Fuimos con Borges al juicio», en *Borges por el siglo de los siglos*, N. Montenegro (ed.), Buenos Aires: Ediciones Simurg, 1999, pp. 107-115.

¹⁷ La testifical que Borges presencié, extendida por espacio de 5 horas 40 minutos, corresponde a la prestada por Víctor Melchor Basterra, obrero gráfico y militante del Peronismo de Base, cuatro años secuestrado en la ESMA, entre 1979 y el final del régimen militar, si bien aún permanecería vigilado hasta agosto de 1984, cuando la Democracia había sido recuperada. En su testimonio afirmó haber sido torturado durante unas 20 horas, en las que sufrió dos paros cardíacos. Más tarde identificaría a cuatro militantes de su propia organización, quienes igualmente fueron secuestrados, teniéndose a dos por *desaparecidos*. Las defensas esgrimieron que Basterra actuó como agente voluntario de la ESMA (Escuela de Mecánica de la Armada, hoy Museo de la Memoria), donde era encargado de falsificar documentación (pasaportes, cédulas, permisos de armas) para oficiales y otros individuos cercanos a la Armada. Basterra aportó al Tribunal numerosas pruebas; entre otras, fotografías tomadas en las propias instalaciones de la ESMA, que había ido sustrayendo a lo largo de su cautiverio.

Del juicio por tribunales civiles emprendido contra las Juntas Militares por la desaparición de más de 30.000 personas en Argentina, conducido con arreglo a principios y garantías procesales de acusación y derecho a defensa, resultaron condenas que fueron amnistiadas por las «Leyes de Obediencia debida» y «Punto final». Para un recuento de los juicios contra los militares argentinos consúltese BRUERA M. y FERNÁNDEZ ACEVEDO, I.: «Los Juicios de la Verdad en la recuperación de la memoria», en *Historiografía y memoria colectiva*, C. Godoy, (comp.), Buenos Aires: Miño y Dávila, 2002, pp. 65-82.

De las muchas cosas que oí esa tarde y que espero olvidar, referiré la que más me marcó, para librarme de ella. Ocurrió un 24 de diciembre. Llevaron a todos los presos a una sala donde no habían estado nunca. No sin algún asombro vieron una larga mesa tendida. Vieron manteles, platos de porcelana, cubiertos y botellas de vino. Después llegaron los manjares (repito las palabras del huésped). Era la cena de Nochebuena. Habían sido torturados y no ignoraban que los torturarían al día siguiente. Apareció el Señor de ese Infierno y les deseó Feliz Navidad. No era una burla, no era una manifestación de cinismo, no era un remordimiento. Era, como ya dije, una suerte de inocencia del mal.

¿Qué pensar de todo esto? Yo, personalmente, descreo del libre albedrío. Descreo de castigos y de premios. Descreo del infierno y del cielo. Almafuerte¹⁸ escribió:

Somos los anunciados, los Previstos
si hay un Dios, si hay un Punto Omnisapiente;
¡y antes de ser, ya son, en esa Mente,
los Judas, los Pilatos y los Cristos!¹⁹

Sin embargo, no juzgar y no condenar el crimen sería fomentar la impunidad y convertirse, de algún modo, en su cómplice.

Es de curiosa observación que los militares, que abolieron el Código Civil y prefirieron el secuestro, la tortura y la ejecución clandestina al ejercicio público de la ley, quieran acogerse ahora a los beneficios de esa antigüedad y busquen buenos defensores. No menos admirable es que haya abogados que, desinteresadamente sin duda, se dediquen a resguardar de todo peligro a sus negadores de ayer.»

Me interesa reparar en el párrafo de colofón, donde una elocuente figura retórica reclama nuestra atención y cuidado: «abolieron el Código Civil». Borges, es claro, no se refiere al código redactado por Dalmacio Vélez Sársfield (1800/1801-1875), en vigor desde 1871 y que, en general, así también permaneció bajo el régimen militar. Para Borges ese texto normativo no poseía otro valor, en heredado escepticismo paterno, que el de «leyes del juego» en la praxis abogadil²⁰.

¹⁸ Pseudónimo de Pedro Bonifacio Palacios (San Justo, Buenos Aires, 1854- La Plata, 28 de febrero de 1917).

¹⁹ Se trata de un fragmento del poema «El misionero», que aborda el problema de la predestinación, el libre albedrío y el perdón. Véase ALMAFUERTE [Pedro Bonifacio Palacios (1854-1917)], *Cien poesías rioplatenses. 1800-1950. Antología*. Ordenación, pról. y notas por R. Bartholomew, Buenos Aires: Editorial Raigal, 1954.

²⁰ «[...] mi padre era un escéptico y era abogado. Y él no creía, tampoco, en la etimología que le enseñaban, decía que los códigos eran leyes del juego propiamente.

— ¿No creía su padre en los códigos?

B: No, él decía que eran leyes del juego y que era como aprender a jugar al ajedrez, no digamos que es poco, pero pensar que los códigos son manuales de ajedrez, no digamos que es poco, pero sería muy pobre. La ruleta, he invertido muchas martingalas, me interesó mucho la ruleta.» Cf. RUBINSTEIN, S. J.; *Borges con los abogados, cit.*, p. 69.

Con «Código Civil» Borges, por el contrario, insinúa *ius civile*, es decir, sugiere el derecho de y en la ciudad (*civitas*), de la ciudadanía (*ius civitatis*), derecho a la civilidad (*convivio societatis*), a la civilización (*humana civilitas*); todo ello indudablemente «abolido» por la barbarie militar. Los militares argentinos dictaminaron –es irrefutable– la revocación del *Código Civil*; o lo que es lo mismo, del *Estado de Derecho* y, entre sus garantías (*civil rights*), en específico la del *derecho al debido proceso*, con independencia de haber ratificado o rectificado el *corpus legis* de un texto de derecho privado como el Código Vélez Sársfield²¹.

Es por eso, creo, que la justificada densidad emocional de la crónica no debe distraer del deliberado coraje que Borges infunde a su noción *cívica* del Derecho. Éste se configura como un relato civilizatorio cuya suspensión produce una demora, una retardación de la continuidad como mera interrupción, sino que lo retrasa, es decir, lo retorna a un status preliminar, prejurídico, y es por eso una regresión y, asimismo, un retracción, una reducción de su razón narrativa.

En ese sentido, que Borges se sitúe con claridad meridiana en contra la desnaturalización del *relato civil* –que habría de abarcar el de toda la sociedad, de cualquier orden social y por eso alcanzar también a ser cosmopolita– y condene su suplantación y la impostura de ese fingimiento, representa una decidida respuesta a la más profunda cuestión ético-política de esa narrativa, o sea, la del fundamento último de su justificación, porque afirma sin lugar a dudas la virtud *civil* legitimadora de la jurisdicción frente a la legalidad *manu militari*.

Del resto, a la pretensión del discurrir de aquel relato *cívico* en un progreso secuenciado, que es propiamente su poética narrativa, llaman nuestras sociedades Justicia.

3. BORGES Y LA DOGMÁTICA JURÍDICA

Ante la posible extrañeza de la intersección, aclaro que el sustantivo punto de sutura es la cartografía. Temo que, aun así, la desconfian-

²¹ La posición cívica y ético-jurídica de Borges ante los brutales excesos de la dictadura militar en Argentina queda fijada en los diálogos con NÉSTOR J. MONTENEGRO, publicados en agosto de 1983. Allí, a la pregunta «¿Conoce el documento de las fuerzas armadas sobre la subversión?», BORGES responde: «Creo que en ese documento de afirma que el gobierno ha tomado como modelo a los terroristas. No sé si ese modelo es aconsejable. Se ha pasado de un terrorismo a otro. El secuestro silencioso ha sucedido a la ruidosa dinamita. No hay diferencia ética entre ambos. El que arroja una bomba ignora a quien mata; el que da muerte a un arrestado, también. La justicia debe ser pública; no puede prescindir de un juez, de un tribunal, del testimonio de testigos, de un fiscal y de un defensor. La clandestina ejecución de un ciudadano es un crimen. Se habla de veinticinco mil desaparecidos. No importa la estadística. Cristo murió en la cruz una sola vez». Cf. Borges, J. L.- MONTENEGRO, N. J.; *Diálogos*, Buenos Aires: Nemont Ediciones, 1983, (Diálogos II), pp. 52-53.

za en mi puntada no sea fácil sortear, y deba ser consentida, pero el itinerario que cada uno sigue lleva, no obstante, a esa reunión y cruce de caminos.

Al «yo borgeano», tanto más que al «otro Borges», le fueron caros los mapas, los planos, los atlas: «Me gustan los relojes de arena, los mapas, la tipografía del siglo XVIII, las etimologías, el sabor del café y la prosa de Stevenson», escribió para «Borges y yo», al cierre de *El hacedor* (1960). En cuanto al «Borges otro», sus relatos están poblados de noticias y menciones a la geografía y sobre el arte cartográfico. En «Tlön, Uqbar, Orbis Tertius», al portón de *El jardín de los senderos que se bifurcan* (1941), mientras junto a Bioy Casares indaga acerca sobre un país llamado Uqbar con entrada a un tomo apócrifo de *The Anglo-American Cyclopaedia*, Borges acude a la reverente autoridad de los atlas editados en la ciudad de Gotha por el Instituto Geográfico Justus Perthes, y con vano empeño fatiga «los escrupulosos índices cartográficos de la Erdkunde de Ritter». Estéril también habrá de ser la revista de los anaqueles de la Biblioteca Nacional en toda clase de «atlas, catálogos, anuarios de sociedades geográficas, memorias de viajeros e historiadores»: «nadie había estado nunca en Uqbar». Y, por tanto, si Uqbar es un país que no figura en los mapas, sencillamente Uqbar no existe. En *Artificios* (1944), dos de sus cuentos apelan de nuevo a mapas y atlas. El calculador criminal que en «La muerte y la brújula» induce el método razonador de Erik Lönnrot hasta «el prefijado lugar donde una exacta muerte lo espera», opera su geométrica rigurosidad conforme «a un minucioso plano de la ciudad, arrancado notoriamente de un Baedeker.» Para Jaromir Hladik, escritor judío detenido por el ejército alemán durante la ocupación de Praga en 1939 y condenado a muerte por la Gestapo, es el protagonista de «El milagro secreto» cuyo prodigio se obra al contacto onírico de una de las mínimas letras en el vertiginoso mapa de la India, precisamente cuando un inservible atlas es devuelto a la Biblioteca del Clementinum. «Un refrán dice que la India es más grande que el mundo», leeremos en «El hombre en el umbral», de *El Aleph* (1957), donde en otro de sus textos, «El inmortal», el comercio libresco del anticuario Joseph Cartaphilus – que emulando la imaginación isidoriana acaso pudiera entrelazar su etimología con «amigo o amante de los mapas»– propicia el legendario mundo geográfico de la Hélade homérica y el orbital periplo sempiterno del tribuno romano Marco Flaminio Rufo por los confines del Impero en tiempos de Diocleciano. De *El libro de arena* (1975), mi lectura en el cuento titulado «El Congreso» halla entre quienes en sus discusiones trataban de abarcar «el mundo entero» la *ratio* orbicular que proyectaba su usurpación como realidad superpuesta. Y está, finalmente, aunque esta enunciación no agote inven-

tario²², el «Prólogo» a *Atlas* (1984), advirtiendo «que ciertamente no es un Atlas».

Ya esto bastaría a un jurista letrado –no contemplo los de otra clase– para, cultivando juiciosas semejanzas y afinidades tolerables, adentrar una vindicación acerca de tantos de esos espacios dibujados en la geografía del Derecho con relieves de fantásticas orografías y *loci* de ilusorias topografías; *lagunas* que, como espejos líquidos, reflejan la imagen del mundo en derredor, *analogías* que interpolan mundos equivalentes en la desigual realidad del mundo, *ficciones* que hacen presentes mundos que no están, que no son de este mundo, *como* si fueran de este mundo o en él existieran desde siempre, *institutos registrales* donde el mundo, impar, solo idéntico a sí mismo e ilimitado, se calca y duplica, a la vez que no se abre a él, sino que lo confina y clausura en otro paralelo y comprimido, pues en sus libros –atlas que ciertamente no lo son, atlas simulados– someten la vida jurídica a vida registral bajo la máxima apócrifa de «lo que no está en el Registro no está en el mundo». Y es que, en definitiva, el Derecho, como los espejos y la cópula, prolifera representaciones gemelares.

Quisiera, no obstante, llegar a la encrucijada por otro sendero y encontrar el punto de reunión con Borges valiéndome de un cuento –apagado y gris por mí– del que aquí traigo solo un esbozo elemental, y es este:

«Existe entre los juristas un consorcio de geógrafos consagrados al afán de trasladar el entero Derecho del mundo sobre mapas que copian el Mundo, y así en componer el *mapamundi* del Derecho, que se despliega a modo de un *planisferium*, repartida su área en dos hemisferios, destinado uno de esos discos a las normas y propio el otro de los hechos. La sociedad recibe el indeterminable nombre de «Ciencia del Derecho». Sus miembros, borrosos platónicos, profesan el positivo credo de la Dogmática jurídica. Es insignia entre ellos, que solo en ocasiones muy

²² Que también abre a otras topografías y lógicas del espacio, que es tiempo para BORGES. Véase MIGNOLO, W.; «Emergencia, espacio, «Mundos posibles»: las propuestas epistemológicas de Jorge L. Borges», *Revista Iberoamericana* 100-101 (1977), pp. 357-379; ALMEIDA, I.; «Borges, Eco, Peirce: las conjeturas y los mapas», en *Relaciones literarias entre Jorge Luis Borges y Umberto Eco*, M.^a J. Calvo Montoro y R. Capozzi (coords.), Cuenca: University of Toronto, Department of Italian Studies & Emilio Goggio Chair/ Eds. de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1999, pp. 87-104; VUCETICH, H.; «Espacio y tiempo en Borges», en *Borges y la ciencia*, S. Slapak (coord.), Buenos Aires: Eudeba, 1999, p. 61-73; CAPEL SÁEZ, H.; *Dibujar el mundo: Borges, la ciudad y la geografía del siglo XXI*, Barcelona: Ediciones del Serbal, 2001, es espec. «Borges y la geografía del siglo XXI», pp. 9-64; RINCÓN, C.; «Mapas, distopía, simulacro: “El inmortal” de Jorge Luis Borges», y SERNA ARANGO, J.; «Lógica del espacio y «lógica» del tiempo: con énfasis en Borges», en C. RINCÓN y J. SERNA ARANGO, *Borges, lo sugerido y lo no dicho*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2004, respect. pp. 11-58 y 77-94.

solemnes exhiben, el *orbe*, una esfera o globo, a cada cual otorgado con distinto volumen según el grado de abstracción a que entregan sus obras y la diferente escala a que las mismas se trazan. Este símbolo –se apunta que aletea de un verso del *Pericles* shakesperiano–²³ alegoriza y exalta, en sus apenas dos o tres centímetros de diámetro, la idea de un cuerpo organizado como totalidad y sin disminución de tamaño, como el Mundo Todo en el Todo de la Realidad Jurídica, rotando sobre su eje, ingrávigo, más allá de este mundo, suspendido en la fantasía del cielo de los conceptos jurídicos, como lo calificara el humor de Ihering²⁴, o en un lugar irreal semejante al *Paraiso*, del que más circunspecto también habló Hart²⁵.

En todo caso, por su fe persistente en tan extraordinaria empresa, a la que durante los siglos XIX y XX entregaron varias generaciones de aquellos juristas su mejor habilidad e inteligencia cartográfica y también la mayor parte de sus vidas, debemos hoy, en efecto, *el mapa del Imperio del Derecho*. Este mapa brinda imagen sistemática, rigurosa, ordenada y sencilla de su completa superficie, diseñándola a partir de estrategias de demarcación geodésica que la dividen y subdividen en infinitud de parcelas topográficas, así como de un sistema cartográfico de redes lógicas, categorías y principios útiles para aprender a identificar el *locus*, situarse y orientarse desde él –cognición, descripción y prescripción– en cualquier panorama jurídico, por vasta y diversa que sea su amplitud. No obstante, el mapa revela la realidad del mundo todo del Derecho, bien que de forma sintética y miniaturizada, pues sin la función de alguna escala que lo aminore de tamaño se haría tan colosal, y otra vez complicado y denso y prolijo, como el propio territorio que pretendía figurar».

Y es aquí que esta pobre imaginación mía se aquilata y esclarece fijando el punto de la encrucijada hacia donde he venido acercándome. El texto de rica ficción borgeana se titula *Del rigor en la ciencia*²⁶. Dice:

«En aquel Imperio, el Arte de la Cartografía logró tal Perfección que el mapa de una sola Provincia ocupaba toda una Ciudad,

²³ «*But in our orbs we'll live so round and safe*», SHAKESPEARE, W.; *Pericles, Prince of Tyre* (1608), Act I, scene ii.

²⁴ JHERING, R. v.; *Bromas y veras en la Ciencia Jurídica. Ridendo dicere verum. Un presente navideño para los lectores de obras jurídicas* (1880), trad. de T. A. Banzhaf, concordada de la 13.^a ed. alemana por Mariano Santiago Luque, con índices analítico y onomástico de M. C. Martínez, e Introd. de J. Bms. Vallet de Goytisolo, Madrid: Civitas, 1987, pp. 215 y ss.

²⁵ HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho* (1961), trad. de G. R. Carrió, México: Nacional, 1980, pp. 161-162.

²⁶ El texto es con frecuencia objeto de cita errónea. Se publicó por vez primera en la segunda edición (Buenos Aires: Emecé, 1954), y no la primera (Buenos Aires: Editorial Tor, 1935), de *Historia universal de la infamia*, entre los agrupados como «Etcétera». Más tarde fue incluido en *El Hacedor* (Buenos Aires: Emecé, 1960), y aparece dentro de «Museo» (p. 103). La cita respeta la grafía original.

y el mapa del Imperio, toda una Provincia. Con el tiempo, estos Mapas Desmesurados no satisficieron y los Colegios de Cartógrafos levantaron un mapa del Imperio, que tenía el tamaño del Imperio y coincidía puntualmente con él. Menos Adictas al Estudio de la Cartografía, las Generaciones Sigüientes entendieron que ese dilatado Mapa era Inútil y no sin Impiedad lo entregaron a las inclemencias del Sol y los Inviernos. En los desiertos del Oeste perduran despedazadas Ruinas del Mapa, habitadas por Animales y por Mendigos; en todo el País no hay otra reliquia de las Disciplinas Geográficas. Suárez Miranda: *Viajes de varones prudentes*, libro cuarto, cap. XLV, Lérida, 1658.»

Parvo ha sido el número de juristas advertidos de la necesaria condición que, con carácter ineludible, impone al Arte de la Cartografía el empleo de una adecuada relación entre las dimensiones del Imperio del Derecho y las del dibujo que lo pretende representar. Aún mucho más corto el de quienes acertaron con la proporción correcta²⁷. Tal anomalía en ese desequilibrio refuta el *Mapa* mismo como idea.

²⁷ Aquí recuerdo la perspicacia de uno de ellos en saber medir las proporciones, y que traigo como caso modélico. Escribe SABINO CASSESE sobre la organización de su análisis en *Las bases del Derecho administrativo* (1989), trad. y pról. de L. Ortega, Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas/Instituto Nacional de Administración Pública, 1994, p. 24: «Cada uno de estos temas será analizado, en adelante, en una medida diferente, no tanto por su importancia mayor o menor, sino por la amplitud de la reflexión científica que se haya producido. Se considerarán, sin embargo, solo sus aspectos fundamentales, dejando a un lado el infinito número de distinciones y subdistinciones que los estudiosos del Derecho administrativo, desde Linneo, han ido realizando, movidos de la misma aspiración que aquellos cartógrafos chinos los cuales, según un cuento de Borges, al serles pedido un detallado mapa del imperio, hicieron uno tan grande como el imperio mismo. Esta experimentación tan inusitada de la taxonomía ha consentido recorrer muchas tierras de ese imperio que es el Derecho administrativo, pero, sin embargo, ha impedido un conocimiento unitario y dinámico del mismo, por lo que los estudios de Derecho administrativo son más similares a sistemas estadísticos que a sistemas cibernéticos.»

Al margen de esta referencia, *Del rigor en la ciencia* es uno de los textos compilados por D. E. Litowitz en *Perspectives on the Uniform Commercial Code*, Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2001. Es ésta una obra en la que se reúnen trabajos teóricos acerca *Uniform Commercial Code* (1952) y en homenaje a KARL N. LLEWELYN (1893-1962), figura sobresaliente del realismo jurídico americano y principal artífice de aquella collection of legal rules en materia de negocios y actividad mercantil, así también conocida como *Karl's Kode* o *Lex Llewellyn*, además de diversos textos en «Derecho y Literatura» destinados a estudiantes de Commercial Law. El texto borgeano, *On Rigor in Science* aparece incluido en el Chapter Nine. «Commercial Law and Literature», a la p. 153.

Por último, un nuevo y reciente recurso al empeño –calificado de absurdo– de aquel colegio de «cartógrafos imperiales» se registra, a sugerencia de Jukka Kemppinen (Judge at the Helsinki Court of Appeals), en R. Siltala [Oikeustieteellinen tiedekunta, Turun yliopisto (Faculty of Law, University of Turku, Finland)], *A Theory of Precedent: From Analytical Positivism to Post-Analytical Philosophy of Law*, Oxford: Hart Publishing, 2000. Tratando de explicar la problematicidad ontológica y epistemológica de la

Y, en efecto, la obstinación en levantar un mapa del mundo dogmático a escala 1:1 del mundo geográfico corre pareja a la del mapa dogmático a igual escala que la del Imperio del Derecho. La metáfora borgeana de los *Mapas Desmesurados* —«Mapa del Imperio, que tenía el tamaño del Imperio y coincidía puntualmente con él»— es decir, en ausencia de toda *escala*, que nos es revelada con el signo del fracaso de esa *Utopía de la disciplina cartográfica*²⁸, se duplica en el espejo de la *Utopía científica del Derecho* con el signo de la impotencia de la ciencia jurídica que ambiciona trasladar exactamente el Derecho en la realidad. Cuando el mejor modelo científico de un fenómeno remite al propio fenómeno en su completa demasía se extenua de radical superfluidad, por incapaz de interpretarlo. Es la ruina del Mapa y de sus artífices, pues el conocimiento se alcanza no a través de la reproducción de la realidad, sino mediante su simplificación. Un modelo que emule con excesivo «positivismo» lo que pretende representar no desafía la complejidad de lo real, sino que la transcribe a igual tamaño. Es la ilusión de rigurosidad mal entendida.

Será acaso posible que pretendan imponer «su realidad»; se podrá, incluso, vivir en esa suplantación, pero de un modo al cabo tan extenuante como en vano. Será un vivir donde la vida se ha retirado. «Un escenario de la vida, de donde la vida se ha ido», escribió Georg Simmel (1858-1918)²⁹.

regla de reconocimiento hartiana, Siltala conecta la raigambre de su genealogía tanto a Kelsen como a la fábula borgeana. Y, así, escribe: «Borges's idea of natural-size map of "the Empire" applies also to Hart's rule of recognition of a positivist's "Law's Empire". If the rule of recognition cannot be distinguished from the judicial practice upon which it is claimed to have some unifying effect, in the sense of providing for the ultimate criteria of valid rule-identification, the rule of recognition and the judicial practice neatly converge with each other, and Hart's master rule ceases to exist as an external reference for legal rule-identification. Ultimately, the rule of recognition is, like the life-sized map of "the Empire" in Borges' fiction, identical with judicial practice itself.

In consequence, Hart is caught between the conflicting criteria of validity-constituting normativity, shaped in the image of Kelsen's hypothetical *Grundnorm*, and validity-free, one-to-one descriptivity outlined in close analogy to the accomplishment of the "imperial cartographers" in Borges' insightful fiction. Neither of the two alternatives could provide the rule of recognition with a satisfactory, self-sufficient ontological ground which could be drawn conceptually apart from its subject matter or point of reference in valid legal norms, or sources of law in more general terms. Hart rejected the validity-constituting alternative in explicit terms, to the effect that the rule of recognition «can neither be valid nor invalid but is simply accepted» (by judges). On the other hand, a purely descriptive account of Hart's master rule, with no element of normativity involved, will leave no independent conceptual space for the said criterion as distinct from the sum total of judicial practice. However, is there still a third alternative?». Cf. pp. vii, 226 y n.111.

²⁸ CANAPARO, C.; «El mapa borgeano y sus alrederores», *INTI. Revista de literatura hispánica* 48 (otoño 1998), pp. 3-18, en esp. p. 5.

²⁹ SIMMEL, G.; «Las ruinas» (1911), en Id., *Sobre la aventura. Ensayos filosóficos*, trad. G. Muñoz y S. Mas Torres, Epílogo de J. Habermas, Barcelona: Ediciones Península, 1988, p. 124. Elegida esta edición por ser más accesible no quiero, sin embargo, omitir referencia a su primera publicación en España: «Las ruinas», *Revista de Occidente* 2, 4, 12 (jun. 1924), p. 304-317. Tampoco que el texto fue reproducido

4. DIVERGIENDO DONDE LOS SENDEROS SE BIFURCAN. DE RUINAS Y DESMESURAS, SIMULACROS Y PRECESIONES, DELIRIOS Y EXCEDENTES

Converger en el texto que acabo de citar me da pie para ir divergiendo; los senderos, ahora sí, se bifurcan. Simmel reflexionaba acerca del sentido «problemático» de las «ruinas habitadas», del «desasosiego a menudo insoportable» suscitado por «lugares de los que ha desertado la vida y que, sin embargo, continúan sirviendo como escenarios de una vida»³⁰. Borges registra como habitantes entre las «Ruinas del Mapa» Animales y Mendigos; el signo de una vida Simple e Indigente. Diríase, donde residieron *famas* moran *cronopios*³¹.

Los mapas de la Ciencia del Derecho, elaborados a partir de mediados del siglo XIX y parte importante del segundo tercio del XX, merecen sin duda elocuente reconocimiento, que, además, debe ser generoso, pero sin dejar de conceder toda la debida admiración, tampoco habrá de omitirse que asimismo esos mapas, que hoy todavía utilizamos, han devenido precarios. «La ruina aparece como la venganza de la naturaleza por la violencia que le hizo el espíritu al conformarla a su propia imagen», declara Simmel³². Su referencia, que lo es a la Arquitectura, conviene igualmente a la del Mapa, su Cartografía. «Menos Adictas al Estudio de la Cartografía, las Generaciones Siguietes entendieron que ese dilatado Mapa era Inútil». La nuestra no es una de esas generaciones venideras; el porvenir no es ahora. Hoy la teoría jurídica habita en un templo derruido, habita sus ruinas, habita su ruina; una pirámide arruinada, un monumento funerario consagrado al fervor de una Eternidad consoladoramente inextinguible. Una tras otra, las fortalezas han ido cayendo y, en verdad, habitamos apenas solo el último reducto de una sustancia fragmentada, sin conciencia aún de que esa ciudadela está sitiada y está al filo de una frontera ulterior y, un paso más allá, a punto de precipitarse en la postmodernidad. Continuamos, sin embargo, recurriendo a ese *Mapa lánguido*, en mitad de los «desiertos del Oeste», como aquellos pintados por Salvador Dalí (1904-1989) para ambiente de *La persistencia de la Memoria* (1931). Hemos alargado sus redes lógicas, sus categorías, sus principios, prolongándolos hasta la extenuación, para identificar el locus, ubicarlo y alinearnos en él con el Norte, con esperanza de cubrir el territorio jurídico en toda la inmensidad de su extensión, hasta ahuecar en el horizonte imaginario. Pero esa cognición, descrip-

en la sección dominical del diario bogotano *El Tiempo* (ed. de 7. IV.1946) con el ilustrativo título de «Imperio y vigor de la naturaleza: las ruinas».

³⁰ *Ibid.*, p. 119.

³¹ CORTÁZAR, J.; «Simulacros», en Id., *Historias de cronopios y famas*, Buenos Aires: Pocket-Edhasa sudamericana, 1979, pp. 27-71.

³² SIMMEL, G.; *op. cit.*, p. 117.

ción y prescripción es «sobrereal» (*surrealiste*); de nuevo el surrealismo daliniano de *El simulacro transparente de la falsa imagen* (1938).

Vivimos del vigoroso y surrealista ánimo del consorcio de geógrafos juristas que a lo largo del siglo XIX y parte del XX, imbuido «del rigor en la ciencia», se entregó a la labor de cartografiar el *Mundus iuris* hasta sus más recónditos *loci*, y lo «copió» finalmente en un Mapa que hacía de *Speculum iuris*. Sin embargo, como sucedía incluso en las mejores cartas geográficas de su tiempo, aquellas producto de las relaciones de viajes y grandes exploraciones, *l'avant-garde* de la época, el Mapa únicamente adentró el territorio jurídico hasta los confines de la *Terra Iuris Incognita*, es decir, *Non Plus Ultra*; así, pues, «en realidad, ni siquiera en términos de conocimiento geográfico había un solo mundo»³³.

Hoy, es cierto, tomamos cada vez mayor conciencia de que esos mapas, que aún seguimos manejando –porque, además, son los únicos que poseemos– ya no son fiables, pues no abarcan en su integridad el territorio del Imperio del Derecho que probaron a reproducir, que se trata –cuanto menos– de *Mapas incompletos*. La ideología de los cartógrafos se inclinó, en efecto, por el colosalismo del Derecho estatal, dejando fuera del Mapa otras realidades de la juridicidad a las que se privó de toda escala³⁴. Pero no queramos redimir el sectarismo de la Dogmática jurídico-tradicional a base de un ecumenismo jurídico que alterne las proporciones, que mude el centro por la periferia. Esa es una actitud típica y meramente *tardomoderna*.

Adoptemos mejor una más imaginativa y crítica, una *imaginación crítica*. Asomémonos al mirador ruinoso del Mapa de Imperio con

³³ «Hasta en 1848, e inclusive en los mejores mapas de Europa, había grandes áreas de los diversos continentes marcadas en blanco, sobre todo en África, Asia central, el interior del sur y áreas del norte de América y Australia, sin contar los casi totalmente inexplorados polos ártico y antártico. Los mapas que podían haber dibujado otros cartógrafos hubieran mostrado, sin duda, mayores espacios de lo desconocido; porque, si en comparación con los europeos, los funcionarios de China o los incultos exploradores, comerciantes y *coureurs de bois* de cada interior continental sabían bastante más sobre algunas zonas, fueran estas grandes o pequeñas, la suma total de su conocimiento geográfico era mucho más exiguo. En cualquier caso, la mera adición aritmética de todo cuanto cualquier experto sabía acerca del mundo era un ejercicio puramente académico. Por lo general nada era aprovechable: en realidad, ni siquiera en términos de conocimiento geográfico había un solo mundo.» HOBBSBAWM, E.; *La era del capital, 1848-1875*, trad. de A. García Fluixá y C. A. Caranci, Barcelona: Crítica, 1998, p. 61.

³⁴ SOUSA-SANTOS, B. de; «Una cartografía simbólica de las representaciones sociales. Prolegómenos a una concepción posmoderna del derecho», en Id., *Estado, Derecho y luchas sociales*, Bogotá: ILSA (Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos), 1991, cap. 6, pp. 213-242, asimismo en *Nueva Sociedad* (Caracas) 116 (nov.-dic. 1991), pp. 18-38 [por donde he leído]. La idea remite a un texto de fecha algo anterior; «Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law», *Journal of Law and Society* 14, 3 (Autumn, 1987), pp. 279-302.

honesto determinación semejante a la del conde de Volney (1757-1820) en *Les ruines ou méditations sur les révolutions des empires* (1791), más conocida como *Las ruinas de Palmira*. Allí escribe:

«Así llegué a la población de Hems, sobre las riberas del Orontes, y hallándome cerca de Palmira, situada en el desierto, resolví conocer por mí mismo sus tan ponderados monumentos. Al cabo de tres días de marcha en las soledades más áridas, habiendo atravesado un valle lleno de grutas y de sepulturas observé repentinamente, al salir de este valle, una inmensa llanura con la escena más asombrosa de ruinas colosales: era una multitud innumerable de soberbias columnas derechas, que, cual las alamedas de nuestros jardines se extendían hasta perderse de vista en hermosas filas simétricas. Entre estas columnas había grandes edificios, los unos enteros, los otros medio destruidos. Por todas partes estaba el terreno lleno de vestigios semejantes de cornisas, de capiteles, de fustes, de entablamentos, de pilastras, todo de mármol blanco de un trabajo exquisito. Después de tres cuartos de hora de camino en la prolongación de estas ruinas, entré en el recinto de un vasto edificio, que fue antiguamente un templo dedicado al Sol; admití la hospitalidad de unos pobres paisanos árabes, que habían establecido sus chozas sobre el pavimento mismo del templo; y resolví detenerme allí algún tiempo para considerar por menor la belleza de tantas y tan suntuosas obras.»³⁵

Que las «Generaciones Sigüientes», «Menos Adictas al Estudio de la Cartografía», entiendan que aquel dilatado Mapa resulta «Inútil» no se evitará, creo, con abrirlo a los territorios de la *Terra Iuris Incognita*. Pienso que, en cualquier caso, la profecía acontecerá indefectiblemente. Acaecerá porque, «Menos Adictas al Estudio de la Cartografía», habrán rebasado para entonces la *tecnología y aplicaciones analógicas* a que la Ciencia del Derecho —el indeterminable nombre con que tiempo ha se tituló aquella rancia Sociedad de geógrafos juristas— entregara su infatigable empeño por trasladar en estricta simetría el entero Derecho del mundo sobre mapas que copiaban el mundo del Derecho, mapas sin disminución alguna del tamaño del territorio, todo él íntegro, que será ya en aquel momento vetusta y completamente obsoleta.

Volney contempla Palmira aniquilada y recapacita en su visión acerca de la ausente presencia, del pasado actual, de la fugacidad de las

³⁵ VOLNEY, COMTE DE [Constantin François de Chassebœuf], *Las ruinas de Palmira o meditación sobre las revoluciones de los imperios seguida de la ley natural*, Valladolid: Editorial Maxtor, 2012, p. 12. Esta ed. reproduce la compuesta en Londres: Imprenta de Davidson, 1818 *Meditación sobre las ruinas*, la que luego asimismo siguen otras con variable título. Sobre estas traducciones véase PUELLES, L.; «Meditaciones en la postrimerías de la Ilustración: *Las ruinas de Palmira* del Conde Volney», *Cuadernos de Ilustración y Liberalismo* 2 (1992), pp. 133-140, y DURNERIN, J.; «*Las ruinas de Palmira del Volney* en la traducción del abate Marchena», *Anales de Filología francesa* 12 (2004), pp. 95-106.

obras de quienes en ellas ensoñaron la eternidad, y cavila, comprendiendo que la asolada ciudad, la provincia y el imperio *revolucionan*, esto es, entran en crisis y se *transforman*. Volney no escribe sólo, ni acaso principalmente, de la ruina. Dice –y así dialoga con su época y con la posteridad– de las *revoluciones*, de las *transformaciones*. Pocos juristas han protagonizado en la Cultura del Derecho pareja iluminación. Forzoso para mí mencionar a Léon Duguit (1859-1928)³⁶.

El vaticinio está dado también por Borges, pero sin llegar a penetrar más allá del pronóstico, que estrictamente queda limitado al periclitarse del «dilatado Mapa». Es razón que los cartógrafos de Borges emulaban en su *simulacro* Ciudad, Provincia e Imperio desde el territorio de su geografía material; o sea, la realidad jurídico-política y administrativa, restringida a la territorialidad, todavía precedía al Mapa. A diferencia de ello, la más actual *transformación del Derecho* invierte radicalmente el paradigma, iluminadoramente enunciado por Baudrillard en «La precession des simulacres»:

«Hoy en día, la abstracción ya no es la del mapa, la del doble, la del espejo o la del concepto. La simulación no corresponde a un territorio, a una referencia, a una sustancia, sino que es la generación por los modelos de algo real sin origen en la realidad: lo hipereal. En adelante será el mapa el que precede al territorio –precesión de los simulacros– y el que lo engendre, y si fuera preciso retomar la fábula, hoy serían los jirones del territorio los que se pudrirían lentamente sobre la superficie del mapa. Son los vestigios de lo real, no los del mapa, los que todavía subsisten esparcidos por unos desiertos que ya no son los del imperio, sino nuestro desierto. el propio desierto de lo real.»³⁷

Como los cartógrafos de la parábola borgeana, los juristas de vocación geógrafa, consorciados –también por su agrado hacia la geometría– en la Ciencia del Derecho estaban muy lejos todavía de comprender la noción de una geografía *post-espacial*, geoméricamente implanificable, cartográficamente in-analógica; esto es, *digital*. Pero la transformación está en marcha. Los más avanzados en nuestros

³⁶ DUGUIT, L.; *Manual de Derecho Constitucional*, ed. y Estudio preliminar («Léon Duguit (1859-1928). Jurista de una sociedad en transformación», pp. XIII-L) de J. L. Monereo Pérez y J. Calvo González, Granada: Edit. Comares, 2005, y *Las transformaciones del Derecho Público y Privado*, ed. y Estudio preliminar («Objetivismo jurídico y teoría de los derechos en Léon Duguit», pp. XI-XXXIX) de J. L. Monereo Pérez y J. Calvo González, Granada: Edit. Comares, 2007. El primero de los estudios preliminares citados asimismo en *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 2, 4 (jul.-dic. 2005), pp. 483-551.

³⁷ BAUDRILLARD, J.; «La précession des simulacres», en *Simulacres et Simulation*, Paris: Éditions Galilée, 1981, pp. 9-68, en esp. pp. 9-10. La trad. española, a cargo de A. Vicens y P. Rovira, aparecida con el título *Cultura y simulacro*, Barcelona: Editorial Kairós, 1984, apenas contiene más que los dieciocho ensayos del original francés. Véase en ella cap. 1 («La precesión de los simulacros»), pp. 7-80, en esp. pp. 9-10.

días, presentados como los más innovadores en la moderna y tardo-moderna Ciencia del Derecho, son aquellos que utilizan dispositivos –los convertidores o conversores A/D, o D/A– de comparativa, circuitos de captura y procesos de codificación/descodificación de señales, y las transcriben o reescriben en el Mapa. Con todo, ello implica una sobreabundancia de técnicas y aplicaciones cartográficas, de complicado aparataje de resemantización conceptual –así, virtuales «sitios» o «dominios» y otros– que solo consiguen elevar la tensión del sistema e incrementar su temperatura Y la consecuencia es que éste, a menudo, se «congela», se «bloquea», que cada vez con más frecuencia el sistema operativo no responde, y es necesario apagarlo, y reiniciarlo... «Menos Adictas al Estudio de la Cartografía, las Generaciones Siguiendo entendieron que ese dilatado Mapa era Inútil y no sin Impiedad lo entregaron a las inclemencias del Sol y los Inviernos». Es dudoso que no me tomen por vocero de un sombrío cataclismo, o quizá por sacrílego. No es más falible, sin embargo, creer que por mucho más tiempo la teoría y metodología jurídico-dogmática tradicional resistirá con integridad el «apagón analógico».

Y termino. Quisiera hacerlo con una última, finalísima ya, de las sugerencias alegóricas de que puede aprovechar la lectura jurídica de Borges en *Del rigor en la ciencia*. Hace a la línea de tiempo donde escribe que siendo el Mapa Inútil «no sin Impiedad lo entregaron a las inclemencias del Sol y los Inviernos. En los desiertos del Oeste perduran despedazadas Ruinas del Mapa». Pero dígame que esta misma irreverente conducta profanadora, la que lo prodiga a los abismos del desprecio y el abandono, es un habitual y conocido comportamiento esencialmente jurídico.

No fue un cartógrafo poco sutil y torpe, sino un sólido jurista, y tampoco del futuro, quien dijo:

«(...) lo que el celo y la intuición de siglos edificaron no tiene un solo día la seguridad de que no se descubra algún viejo pergamino que destruya su fábrica de arriba abajo [...] En cuanto la ciencia hace de lo contingente su objeto, ella misma se hace contingencia; tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura.»³⁸

³⁸ KIRCHMANN, J. H. VON; *La jurisprudencia no es ciencia*, trad. y escrito prel. de A. Truyol y Serra, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1949, p. 54 (2.ª ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1961, p. 54; 3.ª ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 29). Otras versiones: «El carácter a-científico de la llamada ciencia del Derecho», trad. de W. Goldschmidt, en Savigni *et al.*, *La Ciencia del Derecho*, Buenos Aires: Losada, 1949, pp. 247-286. Para ed. germana original: *Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlin: Verlag Julius Springer, 1848. Eds. más recientes: G. Neeße (Hrsg.), Stuttgart: Kohlhammer, 1938, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Nachdruck, 1956, 1969 y 1973, y Heidelberg: Manutius Verlag, 1988.

Fue Julius Hermann von Kirchmann durante la conferencia pronunciada en la *Juristische Gesellschaft zu Berlin* en 1847, publicada un año más tarde. La traducción literal de su título, *Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, sería *La falta de valor de la Jurisprudencia como ciencia*.

¿Era Kirchmann un blasfemo, un heresiarca tal vez? Es cierto que algunos monumentos jurídicos lograron sobrevivir a la «usura del tiempo»³⁹, pero ¿no ha sido acaso aquel destino ruinoso el de la mayoría de la producción científica del Derecho y, sobre todo, de los productos normativos elaborados conforme a su patrón cartográfico?

La posición de Kirchmann –que acabó en apostasía– es bien conocida y se explica a través de su crítica a la mutabilidad del objeto científico y la subrogación a la exorbitante preponderancia de la ley, además de por otros argumentos.

Pero donde la deriva de mi reflexión me lleva acaba llegando a otro asunto; los lugares desérticos en que «perduran despedazadas Ruinas del Mapa», y el carácter excedente y residual de esas arruinadas bibliotecas.

Al atardecer Palmira es hermosa; su gran avenida columnada central, los patios con peristilo de algunas de sus casas... La perfumante luz del crepúsculo cifra de sigilo el dorado color de las piedras. En su ocaso Palmira es una bella ruina. Lo es también el Foro de la Ciudad Eterna, para todo jurista, de uno y otro lado del Mundo, a cualquier hora del día o de la noche. Pero ni aún la más entusiasta o melancólica emoción estética puede sustraernos de la irreversibilidad del desastre cuando la descomposición se apodera de la ruina.

«(...) el encanto metafísico-estético de las ruinas –escribe Simmel– se esfuma cuando ya no queda de ellas lo suficiente como para hacer perceptible la tendencia que empuja hacia lo alto. Los restos de las columnas esparcidas en el suelo del foro romano son sencillamente feos y nada más, mientras que una columna truncada hacia su mitad pero aún en pie puede revestir el máximo grado de encanto.»⁴⁰

No acaba la ruina en el testimonio de la destrucción. La plenitud de ruina es su propia desintegración en un remanente de despojos, en los deshechos sobrantes, en la escombrera de ripios cuyo poso sedimenta en el Territorio. La Ruina del Mapa son las «despedazadas Ruinas del Mapa», que Borges sitúa en los renunciados «desiertos del Oeste». Esa ubicación desertizada es también coherente en el desamparo

³⁹ ...*Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganzen Bibliotheken werden zu Makulatur*: «(...) el que esto no haya sido así y las obras de los grandes juristas de la historia no solo no sean basura, sino que hayan adquirido un permanente y eficaz valor clásico, es justamente porque en ellas se ha acertado a expresar un orden institucional de principios jurídicos no sometidos a la usura del tiempo». Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; «Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública*, 40 (1963), pp. 189-222, en esp. p. 202.

⁴⁰ SIMMEL, G.; *op. cit.*, pp. 123-124.

—«entregadas a las inclemencias del Sol y los Inviernos»— de lo que en adelante queda desunido; desertizado/desertado.

Me pregunto ahora si a los residuos de la ruina del Mapa jurídico-dogmático les sobreviene un final parecido, relegados al Desierto del Derecho. ¿Sucede realmente así? ¿Sucede que en su patética fatalidad quedan arrumbados sobre un territorio vacío y yermo hasta que el empobrecimiento y la consunción los deshacen y se desvanecen?

El tipo de respuesta que, por ejemplo, ofrece el *Soziale Systeme* de Niklas Luhmann (1927-1998) se dirige a considerar que los residuos de la producción normativa y el sobrante jurídico-dogmático generados por el *sistema* retornarían a lo social para acabar siendo absorbidos por el *ambiente*. Tal respuesta es congruente con la configuración teórica del proceso de origen, refinado y acabado del que derivó y, finalmente, se diseñó y obtuvo una determinada expresión jurídico-normativa o la herramienta conceptual jurídico-dogmática dispuesta para atender las diversas exigencias funcionales necesarias para su gestión técnica de uso, así como también de mantenimiento y conservación institucional de aquella. En Luhmann el sistema responde a las «irritaciones» del *ambiente* que, luego de reespecificar, elabora en resultados jurídicos que, en general, debieran acoplarse con el ambiente. Por lo demás, caso de que tal integración de la matriz de ambiente no tenga lugar de un modo plenamente satisfactorio, el propio sistema articulará mecanismos de proporcionalidad que permitan resolver contingencias o paliar las eventuales disfunciones. Creo que Luhmann estaría aludiendo a estas circunstancias cuando a nivel estructural de la funcionalidad entre *sistema* y *ambiente* asume como posible la existencia de riesgos⁴¹. No obstante, parece que la posibilidad de riesgos y su imprescindible abordaje posee únicamente relevancia en, para, con y desde el sistema, es decir, es intrasistemática. Luhmann no prevé riesgo ni remedio para una situación diferente a la anterior, pero con ella relacionada.

Una solución jurídica —normativa o dogmática— puede llegar a instalarse en el sistema de dos maneras: por primera vez y *ex novo*, o asimismo sucediendo a una previa. Paralelamente, una solución existente en el sistema puede abandonarlo bien produciendo una vacante que no volverá a ser integrada, o también para dejar espacio a otra que expresamente venga a sustituirla reocupando el lugar de la que ha sido expulsada. De ambas situaciones, la primera es infrecuente y acaece cuando el sistema se purga o depura. En cuanto a la segunda, traiga causa de la *desuetudo* en sentido tradicional, sea corolario —algo cada vez más usual— de una obsolescencia programada, o bien de un acto de *abrogatio*, obligan a emprender procedimientos derogatorios explícitos más o menos problemáticos. Pero en cualquiera de esos supuestos la solución es parte del problema.

Lo es porque los antes admirables mapas ahora deplorados y sumidos en la desolación no se abisman en una ausencia de lugar —*place-*

⁴¹ «Ciò richiede che si affrontino dei rischi». LUHMANN, N.; *Sistema sociali. Fondamenti di una teoria generale* (1984), trad. de A. Febbrajo, Bologna: Il Mulino, 1990, p. 313.

lessness— y su vuelta al ambiente no siempre produce efectos inocuos. Este riesgo no es contemplado por el *sistema*. Sin embargo, la basura normativa y el detrito jurídico-dogmático no es siempre un material meramente inerte.

El abordaje de la conciencia de riesgo es la durabilidad, no *ad eternum* desde luego, pero que puede demorar por décadas en un lento proceso de degradación hasta completar el definitivo agotamiento de su actividad. Así, «perduran despedazadas Ruinas del Mapa», más no en un ahondado hábitat inhabitable o de muy precaria habitación —«los desiertos del Oeste», como escribiera Borges—, sino en lugar íntimamente próximo, inmediato al que habitamos, el *ambiente*, nuestro hábitat social.

El riesgo deriva a mi juicio de la descontaminación de lo que habiendo emergido del *ambiente* regresa, tras su reespecificación por el sistema, de nuevo al *ambiente* y el cómo en éste se recibe, cómo se deposita, disgrega y desintegra en él. Naturalmente, no se trata aquí solo de riesgos de infracción; para quienes en el *ambiente* se resisten a la nueva respuesta cartográfica e intentan evadirse de ella el sistema posee correctores de variable intensidad. Tampoco del riesgo potencial de producir una alternante oscilación de respuestas, procedente de la circularidad —de *ambiente* a *sistema* y de *sistema* a *ambiente*— permitiendo la reintroducción de una respuesta expulsada. La *tragicidad* del riesgo a que me refiero concierne a un asunto mentalidades que no se resuelve en el *dictum* de vigencia normativa, ni mediante aforismos jurídico-dogmáticos como *lex posterior derogat priori*.

El *sistema* no aborda el riesgo de la contaminación que en la *mentalidad ambiente* puede ocasionar la recepción de la respuesta desalojada al tiempo que también la de aquella otra que en su lugar se ha instalado. Lo único que el *sistema* opone son mecanismos de prevención preparatorios de la inactividad de la respuesta a través de normas transitorias o institutos como la *vacatio legis*, pero ambos son de una naturaleza claramente y solo intrasistemática. Fuera de ello, el *sistema* se entrega a la profecía de que será la misma aplicabilidad jurídica la que produzca *pedagogía ambiental*. En todo lo demás, el sistema no ha previsto —ni se ha planteado siquiera— otros procesos de *tratamiento e higienización ambiental* de la basura normativa y su ganga dogmática.

¿Como operar sin riesgo de contaminación ese material de desecho normativo y dogmático?, ¿qué hacer con esos remanentes, los mismos que si el *sistema* una vez elaboró con esmero, despreció luego con indolencia? Este, creo, es uno de los retos de *transformación* de la labor de la Ciencia del Derecho y la producción normativa.

5. COLOFÓN Y *FABULA DOCET*

Concluyo aquí. Permítaseme hacerlo trazando la línea equinoccial que divide en dos la superficie global de la comunidad jurídica y dis-

tingue entre quienes quedan en uno u otro hemisferio. Norte/Sur son plenamente electivos, pero nunca inocuos. En uno de ellos –como en *Las Ciudades Invisibles* (1972) de Italo Calvino (1923-1985)– está el Gran Kan y hay un Palacio, y en aquel Palacio una Biblioteca, y en esa Biblioteca un tesoro cartográfico, que todas las mañanas de su vida Gran Kan contempla con tranquila delectación, y en las noches, a veces, también con inquietud. Es un Atlas Gigantesco, es el Mapa de los Mapas. Contiene en fino dibujo fiel y preciso cada lugar –hasta el más mínimo reducto e insignificante detalle, todo en exacta puntualidad– de los inmensos dominios bajo la poderosa égida del Gran Kan, e incluso *Plus Ultra*.

«El Gran Kan posee un atlas donde todas las ciudades del imperio y de los reinos circunvecinos están dibujadas palacio por palacio y calle por calle, con los muros, los ríos, los puentes, los puertos, las escolleras.»⁴²

(...)

«El Gran Kan posee un atlas cuyos dibujos figuran el orbe terráqueo todo entero y continente por continente, los confines de los reinos más lejanos, las rutas de los navíos, los contornos de las costas, los planos de las metrópolis más ilustres y de los puertos más opulentos.»⁴³

(...)

«El Gran Kan posee un atlas en el cual están reunidos los mapas de todas las ciudades: las que elevan sus murallas sobre firmes cimientos, las que cayeron en ruinas y fueron tragadas por la arena, las que existirán un día y en cuyo lugar por ahora solo se abren las madrigueras de las liebres.»⁴⁴

El Gran Kan, quien nunca había salido ni del Palacio ni de la Biblioteca, era pues el mayor experto en el Atlas, el Mapamundi, pero nada conocía ni de su Imperio ni de sus gentes.

Málaga, octubre de 2014.

Fecha de recepción: 31/03/2015.Fecha de aceptación: 31/10/2015.

⁴² CALVINO, I.; *Las Ciudades Invisibles*, ed. al cuidado de C. Palma y trad. de A. Bernárdez, Madrid: Siruela, 1998, pp. 145.

⁴³ *Ibid.*, p. 146.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 147.



¿Filosofía hegeliana en el Derecho Penal
del Enemigo? Distancias entre Günther Jakobs
y la filosofía del derecho de Hegel

*Is there Hegelian Philosophy in the Criminal Law
of the Enemy? Distances between Günther Jakobs
and Hegel's law philosophy*

Por ANTONELLA COMBA

CONICET (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas)
Instituto de Investigaciones Gino Germani (Fac. de Ciencias Sociales-UBA)

RESUMEN

En el presente artículo buscamos revisar algunos conceptos centrales de la teoría del Derecho Penal del Enemigo elaborada por Günther Jakobs en contrapunto con ciertos conceptos capitales de la filosofía del derecho de Hegel para reflexionar y cuestionar las supuestas raíces hegelianas que tendría el constructo teórico del jurista alemán. Realizamos dicho recorrido a partir de una revisión pormenorizada de la Filosofía del Derecho (1821) de Hegel, teniendo como guía de lectura e interpretación de esa obra otras secciones de la filosofía hegeliana, esto es, la que se encuentra en La Fenomenología del Espíritu (1807). Para realizar dicha empresa nos centraremos en los conceptos de persona, enemigo, sociedad, derecho y Estado encontrados en la teoría de Jakobs. Y, en un movimiento especular comparamos dichos conceptos con las categorías hegelianas de sujeto, derecho formal abstracto, Estado ético y racionalidad.

Palabras clave: Derecho penal del enemigo-dialéctica-sujeto-persona-estado.

ABSTRACT

In this article we seek to review some key concepts of the Enemy Criminal Law theory developed by Günther Jakobs using some key concepts found in Hegel's Philosophy of Law. By doing so, we wish to analyze the supposed Hegelian roots of the theoretical construct built by the German jurist. We exercise this analysis taking in account a detailed review of Hegel's Philosophy of Law (1821), but with some interpretational guidelines found in The Phenomenology of Spirit (1807). We will focus on the concepts of person, enemy, society, law and state found in the theory of Jakobs. And like a mirrored game, we make a comparative and analytical analysis of these concepts using the Hegelian categories of subject, abstract formal law, ethical state and rationality.

Key words: *Criminal law of the enemy-dialectics-subject-person-state.*

SUMARIO. 1. INTRODUCCIÓN.-2. EL SUJETO, LA PIEDRA ANGULAR DE LA FILOSOFÍA HEGELIANA. LA PERSONA EN EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.-3. PENA Y DELITO. SEGURIDAD Y LIBERTAD.-4. LA REALITÄT Y LA WIRKLICHKEIT. ALGUNAS PALABRAS FINALES EN TORNO A LO ¿REAL Y RACIONAL?

SUMMARY. 1. INTRODUCTION.-2. THE INDIVIDUAL, THE CORNERSTONE OF HEGELIAN PHILOSOPHY.-THE CATEGORY OF PERSON IN THE CRIMINAL LAW OF THE ENEMY.-3. PENALTY AND CRIME. SECURITY AND FREEDOM.-4. REALITÄT AND WIRKLICHKEIT. SOME FINAL WORDS ABOUT WHAT'S ¿REAL AND RACIONAL?

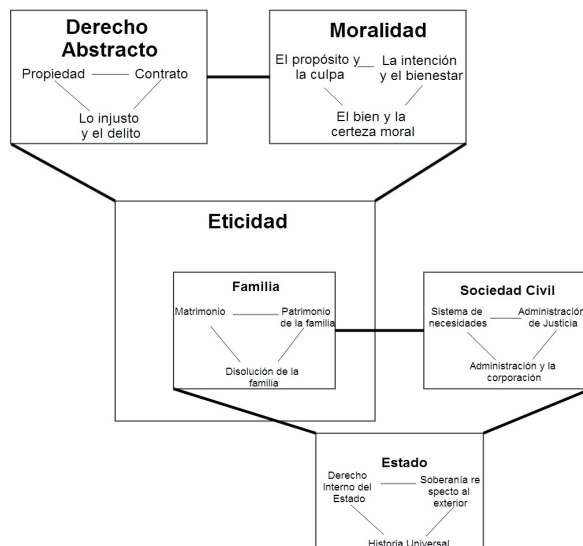
1. INTRODUCCIÓN

Los principios del Derecho Penal del Enemigo postulados por Günther Jakobs allá por 1985 son hasta el día de hoy un tema de discusión en el ámbito de la dogmática penal, la filosofía del derecho como la política criminal de distintos países de occidente. En esas discusiones, varios académicos afirman que las categorías conceptuales del Derecho Penal del Enemigo tienen una marcada herencia hegeliana (Cancio Melá, 2003; Parma, 2012; Mizrahi, 2012). Esa herencia se encontraría presente en la definición de norma y delito, como también en la categoría de lo real que es relacionada de manera directa con la famosa frase de Hegel que une dialécticamente lo real con lo racional. Aún el mismo Jakobs lo afirma cuando señala como en su teoría hay mucho más de Hegel

que de otros filósofos capitales para el derecho como lo es por ejemplo Kant (Mizrahi, 2012:42). Por lo tanto, en el presente artículo buscamos revisar estas afirmaciones a partir del análisis de ciertos conceptos centrales de la teoría elaborada por el jurista alemán desde algunas categorías teóricas presentes en la filosofía del derecho de Hegel. Realizamos dicho recorrido a partir de una revisión pormenorizada de la Filosofía del Derecho de Hegel, teniendo como guía de lectura e interpretación otra parte de la filosofía hegeliana, esto es, la que se encuentra en la gran obra hegeliana, La Fenomenología del Espíritu. Retomaremos continuamente aquella obra ya que, si bien en la misma Hegel «no se orienta directamente a la formación del Estado sino a la del sujeto como tal...no se desentiende del Estado, todo lo contrario, pero lo primero que Hegel tiene en cuenta es la formación del sujeto» Dri (2009:73). Por lo tanto, hasta llegar a las reflexiones sobre el derecho, el delito, la pena y el Estado, consideramos necesario recuperar los análisis filosóficos de Hegel en torno a un momento más inicial y fundamental, esto es, la configuración del sujeto. De este modo, hay que evitar pensar que habría algo así como un Hegel filósofo y otro jurista, ya que esta disyunción haría que «la filosofía» y «el derecho» hegeliano se comprendan por separado. Justamente, es esa separación la que, desde nuestra perspectiva, pierde de vista la riqueza de la dialéctica en las reflexiones en torno al derecho y al Estado presentes en la filosofía política hegeliana. Para realizar dicha empresa, seleccionamos ciertos puntos clave de análisis encontrados en la teoría de Jakobs: persona, enemigo, sociedad, derecho y Estado. Y, como un juego especular, realizaremos un análisis comparativo y analítico de los mismos a partir de las categorías hegelianas de sujeto, derecho formal abstracto, Estado ético y racionalidad.

2. EL SUJETO, LA PIEDRA ANGULAR DE LA FILOSOFÍA HEGELIANA. LA PERSONA EN EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Para iniciar nuestro análisis presentamos ante todo el esquema que organiza la obra de la Filosofía del Derecho de Hegel a partir de sus macro y micro dialécticas. Para realizar dicha sistematización recuperamos la propuesta de Rubén Dri presente en su obra La Fenomenología del espíritu de Hegel. Perspectiva latinoamericana. Intersubjetividad y Reino de la Verdad (2006: 12). Allí el autor advierte como el movimiento y forma de organización de la dialéctica hegeliana opera a partir del siguiente movimiento: desde lo exterior y más abstracto hacia lo interior y concreto.



En este movimiento de la filosofía hegeliana, la categoría de sujeto como la formación de éste es presentada como fenomenología es decir, como la «ciencia de la experiencia de la conciencia» (Hegel, 1807:38). Esta experiencia es el camino que recorre la conciencia atravesando una multiplicidad de configuraciones¹. Desde su momento más inmediato que Hegel denomina como universal abstracto, a través de diferentes mediaciones logra particularizarse en un particular, hasta devenir a un nuevo momento como universal-concreto². Atravesadas estas diferentes configuraciones se vuelve a comenzar, y se arriba así a un nuevo momento dialéctico. Allí donde parecía terminar y detenerse la dialéctica no hace más que comenzar nuevamente.

El primer momento de esta experiencia ocurre allí en el momento más inmediato del sujeto donde existe como *certeza sensible*. Aquí, en el primer momento del sujeto «La fuerza de su verdad reside ahora, en el yo, en la inmediatez de mi vista, de mi oído, etc.» (Hegel, 1807:66). Superando este momento es que se arribará al momento de la percepción, donde «sigue presente aquí lo sensible mismo, pero no como debe-

¹ Este es el comienzo de un largo camino ya que «*el saber en su comienzo, o el espíritu inmediato, es lo carente de espíritu, la conciencia sensible. Para convertirse en auténtico saber o engendrar el elemento de la ciencia, que es su mismo concepto puro, tiene que seguir un largo y trabajoso camino*» (HEGEL, 1807:21)

² En este punto seguimos la propuesta teórica de DRI en su obra *La rosa en la cruz. La filosofía política hegeliana* (2009) cuando discute la interpretación de Fichte de la dialéctica hegeliana. Al plantear el movimiento dialéctico como Tesis, Antítesis y Síntesis, no hace más que truncar el movimiento espiralado dialéctico, en la medida que no postula a la Síntesis como un nuevo momento para que continúe la dialéctica, sino que la misma es presentada como el final del camino dialéctico.

ría serlo en la certeza inmediata, como lo singular supuesto, sino como universal o como lo que se determinará como propiedad» (Hegel, 1807:72). Es decir, aquí se observan múltiples cualidades sobre la cosa percibida pero todavía no se las pueden captar en tanto concepto. En el tercer momento, esto es del entendimiento, el sujeto logra ver la infinitud captando el desdoblamiento de las cosas, pero pierde su riqueza al poner estas partes y cualidades como cuestiones separadas. Es decir, no logra captar la totalidad. No obstante hay que recordar que en este primer momento de la macro dialéctica³, donde el sujeto se encuentra en su momento en tanto conciencia, la conciencia no es capaz de captar el movimiento dialéctico de la realidad, porque todavía se encuentra en el mundo suprasensible, aquí no puede captar la idea solo la representación.

Cuando arribamos al momento de la autoconciencia es cuando arribamos, tal como afirma Hegel (1807:219), al reino de la verdad, a un mundo mucho más complejo porque ahora aparece el otro como otra autoconciencia. Arribar a este momento no significa que el camino recorrido hasta ahora se desecha sino que persiste, pero de otro modo. La forma que guía el movimiento de la dialéctica es la formación circular. «Esta concepción implica que siempre el todo es inmanente a las partes y que, en consecuencia, en cada etapa de su desarrollo vuelve a aparecer el todo, si bien en un nivel superior.» (Dri, 2009:19). Es decir, en ésta experiencia espiralada del sujeto, cada momento es recuperado en el siguiente⁴. Ahora el mundo está dentro de la autoconciencia, no por fuera de ella como una realidad objetiva que está allá afuera (como así lo creía la conciencia en un primer momento) con el cual la conciencia se relaciona. Esta suposición es superada y así la conciencia «deviene en igualdad consigo misma» (Hegel, 1807:108). Por medio de esta experiencia la conciencia se auto-conoce y así se auto-realiza. Es por eso que Hegel define al sujeto como «el devenir de sí mismo, el círculo⁵ que presupone y tiene por comienzo su término como su fin y que solo es real por medio de su desarrollo y de su fin» (Hegel, 2009:16). El sujeto es la pura negatividad, el movimiento constante donde todo el tiempo es otro que el mismo (Hegel, 1807:89).

Como vemos, el sujeto es el momento y la configuración fundamental de este movimiento dialéctico hegeliano. En contraposición, encontramos que la categoría elemental en el Derecho Penal del Enemigo no es la de sujeto sino la de persona.

En el pensamiento de Günther Jakobs la persona es definida a partir de la norma y del cumplimiento exitoso de las expectativas que el resto

³ Recordemos que la forma macro dialéctica que atraviesa la Fenomenología del Espíritu es aquella de la Conciencia que se organiza del siguiente modo: Conciencia-Autoconciencia-Razón.

⁴ Seguimos en este punto a DRI (1996, 2009) cuando nos señala que conciencia, autoconciencia, razón no son facultades que tiene un sujeto, es decir, que un sujeto *tiene* conciencia o *tiene* autoconciencia. Sino que son momentos, donde la conciencia está siendo estas distintas configuraciones.

⁵ La cursiva es nuestra.

de la sociedad tenga sobre la norma⁶. Siguiendo la lectura que realiza Alcócer Povis (2009:6), persona es la máscara; es el papel que se representa y juega en la medida que se es competente socialmente. Se es persona cuando la misma se posiciona en el mundo de acuerdo a un modelo de orientación normativo que es compartido por el resto de las personas que conviven en esa sociedad. Afirmamos que estamos frente a una persona cuando hay una garantía cognitiva de que esa persona se guiará por normas compartidas por todos y que cumplirá sus obligaciones como ciudadano. Formalmente la persona es definida de acuerdo a los derechos y las obligaciones que la misma tiene. De acuerdo a Mizrahi (2012: 43-44), Jakobs postula que la persona puede ser definida en términos formales o materiales. Por lo tanto, si esa persona no cumple con sus deberes, se puede decir que se es persona en sentido formal pero no material. Sólo cumpliendo todas estas exigencias normativas es que la persona puede gozar del derecho de ser ciudadano y en esta situación es que, siguiendo a Mizrahi (2012), persona será sinónimo de ciudadano. Así «una sociedad puede considerar ciudadano solo a aquel que justifica una expectativa de comportamiento conforme al derecho, es decir, a quien orienta su conducta general por las normas establecidas y en esa medida es parte de la sociedad misma» (Mizrahi, 2012:32). Entonces la cadena de equivalencias sería la siguiente: persona=cidudano. Es decir, solo se es ciudadano si primero se es considerado persona.

Ahora bien, el sujeto en tanto persona existe como momento en la filosofía del derecho hegeliana, específicamente en el momento del Derecho Abstracto donde Hegel afirma que «La voluntad llega a ser así voluntad singular: es la persona» (Hegel, 2000:118). Sin embargo, éste es el primer momento, el momento más pobre, el que corresponde al universal abstracto, universal que contiene dentro de sí todas las potencialidades pero que es muy pobre porque todavía no es nada. Esta primera configuración, como todo primer momento dialéctico que corresponde con el universal abstracto, es el más general, ilimitado e indeterminado. Hegel en ese momento entiende a la persona en tanto: «es lo alto y lo completamente bajo, yace en ella esta unidad de lo infinito y de lo escuetamente finito, la del límite de lo determinado y de lo enteramente ilimitado». (Hegel, 1821:1996). Hablar de persona en términos hegelianos es hablar de lo más abstracto, porque nos encontramos en este primer momento de la micro dialéctica del Derecho Formal⁷, que a la vez es el primer momento de la macro dialéctica que comprende la obra de la Filosofía del Derecho. Persona es el momento más singular ya que no podemos hablar de un sujeto en término pleno en la medida que esta configuración no se encuentra el elemento fundamental para Hegel que es la intersubjetividad. En tanto persona, el sujeto tiene una existencia natural ya que no está

⁶ De acuerdo a MIZRAHI (2012: 43-44), Jakobs postula que la persona puede ser definida en términos formales o materiales.

⁷ Ver cuadro en la página 216.

determinada porque no se encuentra mediada, se encuentra en un estado de inmediatez. Para darse una existencia recurre a las cosas. De ahí que el primer momento dentro de la micro dialéctica del derecho abstracto es la propiedad. Este es «el primer modo de libertad» que experimenta el sujeto en tanto persona en el marco del derecho abstracto y formal. Pero esta libertad que adquiere la persona es una libertad para sí. Sólo con el desarrollo continuo del movimiento dialéctico el sujeto deviene y arriba a la esfera de la moralidad. Donde «ya no soy meramente libre en esta cosa inmediata, sino que lo soy también en la inmediatez superada, es decir, lo soy en mí mismo, en lo subjetivo» (Hegel, 1821:115). Este pulso dialéctico continúa negando los diferentes momentos y eso es lo que permite arribar al tercer momento que corresponde a la eticidad.

Vemos así como en este primer contrapunto en torno a las categorías de sujeto y persona, existe una gran distancia entre los dos autores. En el Derecho Penal del Enemigo la categoría fundamental es la de persona, mientras que en Hegel lo central es el sujeto. Para Hegel la persona es una configuración de la conciencia pero en un estadio muy incipiente dentro de la dialéctica de la conciencia. En el marco de la filosofía del derecho hegeliana, recién en el ámbito de la moralidad es que nos encontraremos a la determinación de la persona en tanto sujeto. En la Fenomenología del Espíritu se puede ver con más claridad este camino que debe recorrer el sujeto, desde su momento más inmediato como conciencia en la certeza sensible hasta alcanzar lo más absoluto y elevado, que es el espíritu. Sólo ahí es lo real y por lo tanto, lo más verdadero. En consecuencia, de acuerdo a la filosofía política hegeliana lo más verdadero nunca podría ser la persona, sino que siempre es el sujeto lo verdadero.

Para Hegel la configuración del sujeto en tanto persona no podría ser de ningún modo el sustento del Estado ético, que es considerado lo más elevado. Es en el momento ético en donde se encuentra la unión entre lo individual y lo universal. En la sustancia ética, la autoconciencia es para sí y allí es donde se encuentra el espíritu real de una familia y su pueblo. El sujeto solo «En la vida de un pueblo es donde, de hecho, encuentra su realidad consumada el concepto de la realización de la razón consciente de sí», esa realización ocurre en el hábito ético (Hegel, 1807: 209), es decir, donde ya se encuentra el Estado. «El derecho del Estado es más alto que cualquier otro grado: es la libertad en su figura más concreta, la cual solo cae todavía bajo la verdad suprema y absoluta del Espíritu del mundo» (Hegel, 1821: 115). Para Hegel⁸: «El Estado es espíritu real y orgánico de un pueblo⁹ y llega a

⁸ Tomamos en este punto una de las tantas definiciones de Estado que se encuentran en la obra de Hegel, específicamente la que se encuentra en su Filosofía del Derecho (1821).

⁹ Nótese como el autor habla de pueblo y no de sociedad, término que si aparece con frecuencia en Jakbos.

ser real y se revela mediante la relación de los espíritus nacionales particulares entre sí en la historia universal como espíritu del mundo universal y cuyo derecho es el derecho supremo» (Hegel, 1821:114).

Por lo tanto, cabe revisar en este punto la aseveración del basamento del constructo teórico de Jakobs en la filosofía hegeliana, en la medida que no tiene en cuenta una de las categorías centrales de la filosofía jurídica de Hegel cual es, el sujeto. Una lectura demasiado concentrada en la obra de la Filosofía del Derecho de Hegel que olvide los postulados de La Fenomenología del Espíritu, puede llevar a una interpretación demasiado conservadora de la filosofía jurídica de Hegel olvidando categorías fundamentales de la filosofía hegeliana como lo es el sujeto, pueblo, libertad e intersubjetividad.

Sujetos versus enemigos

Del anterior contrapunto, se desprende una diferencia ulterior. A partir de la categoría de persona en el pensamiento del jurista alemán se desprende una división fundamental que se constituye como el fundamento legítimo del Derecho Penal del Enemigo, esto es la separación entre personas e individuos. Y cuando hablamos de individuo es donde aparece el enemigo.

La condición de individuo responde a la de un ser extra social (Alcócer Povis, 2009:7), a una entidad biológica (Mizrahi, 2012:44), donde sus acciones comunicativas son irrelevantes ya que no se corresponden ni con la norma ni con el significado compartido por los miembros ciudadanos de esa sociedad; como vimos, todas estas son acciones fundamentales para constituirse en ciudadano. El autor califica como individuos (es decir, los potenciales enemigos) a aquellos que no pueden ofrecer una garantía cognitiva de comportarse de acuerdo al ordenamiento jurídico. En palabras del autor enemigo es quien «no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no solo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas» (Jakobs, 2003: 47). Serán enemigos aquellos sobre los cuales no exista una seguridad cognitiva sobre su comportamiento personal de acuerdo a las normas y reglas de su rol en sociedad. Razón por la cual Jakobs afirma que las expectativas normativas y cognitivas están dirigidas a las personas, no a los individuos. Así, éste individuo peligroso se convierte en un enemigo que deberá ser separado del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, Jakobs propone que aquel individuo que no respete ese ordenamiento normativo no puede gozar de los beneficios de ser persona. Porque el enemigo rechaza por principio al ordenamiento jurídico en su totalidad. Y, a la vez que lo rechaza, persigue su destrucción, razón por la cual debe ser excluido. Dentro de esta lógica aparece como consecuente que el enemigo no pueda pedir que se respeten sus derechos o que

siquiera él mismo tenga derechos en la medida que estaría rechazando el mismo ordenamiento legal que los otorga.

Como consecuencia, el objetivo del derecho penal del enemigo es el de actuar sobre el individuo peligroso, su habitualidad, reincidencia, modo y capacidad de organización ya que los individuos no solo no forman parte del ordenamiento normativo sino que además atentan contra el mismo. El derecho penal del enemigo puede conceptualizarse como una tendencia del ordenamiento jurídico caracterizado por «tener a la *peligrosidad*¹⁰ como su principal presupuesto, por su excepcionalidad en cuanto a los sujetos a los que se orienta (peligrosos) y por pretender garantizar la seguridad cognitiva como condición de la vigencia de las normas» (Coello, 2006:35).

Curiosamente en un pasaje de Hegel, aparece una distinción dentro del pueblo entre aquellos que son falsos hermanos y aquellos que son amigos: «Por eso, la ley, como se observa repetidamente en el curso de este manual, es la contraseña por el cual se separan los falsos hermanos y amigos del así llamado *pueblo*¹¹» (Hegel, 1821:71). Párrafo que sacado de contexto nos puede llevar a pensar que dentro del pensamiento filosófico de Hegel habría una relación con el pensamiento de Jakobs en tanto existiría un espacio para la separación entre enemigos y ciudadanos. Sin embargo, una lectura acabada del prefacio de la Filosofía del Derecho (que es donde se encuentra dicha afirmación), nos lleva a encontrarnos que en realidad dicha aseveración se corresponde con reflexiones en torno a la ley, no al derecho. En Hegel el derecho en tanto ley es abrigada por el derecho como «letra muerta y fría» (Hegel, 1821:71) porque la ley es la razón de la cosa, distinta a la aprehensión de la cosa por medio del pensamiento, tal como ocurre en el derecho. Esa distinción entre amigos y falsos hermanos ocurriría en un momento más bajo y pobre que el derecho y el Estado. La eticidad, el mundo de lo real y del derecho, se encuentran en otro registro de aquel en que se encuentra la ley, que existe en el momento más abstracto. En este punto, podríamos hasta afirmar que la visión de Jakobs sobre las normas y el derecho termina siendo más abstracta e idealista que la de Hegel. Si bien el idealismo que atraviesa la filosofía legal hegeliana es indiscutible, podemos poner un signo de pregunta al evocar una famosa afirmación de Hegel, «aquí está la rosa, *aquí*¹² hay que saltar» (Hegel 1821:76). Aquí, el autor busca afirmar su lejanía respecto de la perspectiva que reconstruye filosóficamente al derecho a partir de principios estrictamente morales, donde existe una visión del Estado pero desde un deber ser. Hegel afirma que hay que concebir lo que es, no lo que debería ser, ya que eso es encontrarse en el plano de la razón.

¹⁰ La cursiva es nuestra.

¹¹ Llámese la atención como esta separación Hegel la señala en el pueblo, no en relación al Estado.

¹² La cursiva es nuestra.

Jakobs en el año 1999 reelabora las afirmaciones respecto al derecho penal del enemigo formuladas primordialmente en 1985. En ese momento ulterior, el autor reintroduce el concepto de enemigo en el derecho proponiéndolo ya no como excepcional, sino como indispensable. Después del atentado del 11 de septiembre, la condición de enemigo mutó en el pensamiento de Jakobs o, al menos eso ocurrió en las diversas lecturas que se hicieron de él con posterioridad a este suceso¹³. Si bien hay muchas reflexiones sobre quién es o quiénes son los enemigos (tanto para el derecho tradicional como para el derecho penal del enemigo), de acuerdo a Crespo (2006:92) en el marco de la teoría de Jakobs la categoría de enemigo refiere a la criminalidad organizada, la delincuencia económica, la delincuencia sexual y el terrorismo. Parece ser que la figura del enemigo en el momento embrionario de la teoría de Jakobs se acercaba más a una figura individual. Pero luego, hay una transformación del individuo peligroso en términos de organización delictiva a la criminalidad económica organizada, redes de prostitución, narcotráfico, pedofilia, etc. A partir de estos acontecimientos, los enemigos ahora son aquellos combatidos principalmente en la «guerra contra el terror» que libraban los diferentes estados contra organizaciones terroristas. Por lo tanto, más que dirigirse hacia la criminalidad común, el Derecho Penal del Enemigo busca dirigirse a otro tipo de delitos, específicamente en emprender una guerra contra el terrorismo y el narcotráfico¹⁴.

Consideramos que en este segundo punto, también existe una gran distancia entre el pensamiento de ambos autores en la medida que la categoría de enemigo es en sí misma anti dialéctica. Hegel discutiría con esta concepción de enemigo en la medida que la afirmación y la particularización de una persona en tanto enemigo, no hace más que detener el movimiento dialéctico. En palabras de Hegel, el sujeto es «la *sustancia viva*¹⁵, es además, el ser que es en verdad sujeto o, lo que en tanto vale, que es en verdad real, pero solo en cuanto es el movimiento del *ponerse a sí misma* o la mediación de su devenir otro consigo misma» (Hegel, 1807:15). Por lo tanto hay que recordar: «pero el hombre más deforme, el delincuente, un enfermo y manco, sigue siendo un hombre vivo: lo afirmativo, la vida subsiste no obstante la carencia: de esto afirmativo es de lo que se trata aquí» (Hegel, 1821:86). La particularización estática de una persona en enemigo se

¹³ De acuerdo a COELLO (2006:2), Jakobs acuñó el término Derecho Penal del Enemigo en una ponencia presentada en una jornada de penalistas alemanes en 1985. Luego de los hechos ocurridos el 11 de septiembre con el atentado a las torres gemelas, es que estas teorizaciones adquirieron una tremenda importancia para el derecho penal contemporáneo.

¹⁴ De acuerdo a MIZRAHI (2012:20) la teoría de Jakobs se vio sujeta a múltiples modificaciones debido a las grandes y veloces transformaciones penales contemporáneas donde emergieron a la par, nuevas formas de criminalidad como nuevas posibilidades tecnológicas.

¹⁵ La cursiva es nuestra.

encuentra en diametral oposición con el movimiento dialéctico de la realidad y del sujeto hegeliano. Pero para Jakobs la persona es el parte aguas entre los ciudadanos y los enemigos, división sobre la que se erige el actuar de este Derecho Penal del Enemigo. En cambio para Hegel, «la mera abstracción persona es ya en la expresión algo despreciable. La persona es esencialmente distinta al sujeto» (Hegel, 1821:118) ya que la persona es puro ser-par-sí, mientras que el sujeto es siempre siendo con otros. En palabras del autor «llámese pensar abstractamente a no ver en el asesino nada más que lo abstracto de tratarse de un asesino, de forma que, debido a esta cualidad simple, se extirpa en él toda lo que resta de la naturaleza» (Hegel, 1980:33). Es decir, ver en el sujeto solo la cualidad de asesino subsumiendo el todo del sujeto y todas las potencialidades del mismo a esa sola característica, a esa sola dimensión, es refrenar su devenir. El pensamiento abstracto no hace más que detener, suspender el movimiento dialéctico en la medida que se detiene en un momento de las múltiples configuraciones que puede adoptar el sujeto. Hegel profundiza esto y expone como esos dos modos de concebir y reconocer a los sujetos se pueden analizar en el siguiente ejemplo: «El hombre vulgar piensa de nuevo abstractamente y se da importancia frente al criado relacionándose con éste *solo como un sirviente*¹⁶. El hombre distinguido sabe que el criado no es solo un criado sino que está también enterado de las novedades de la ciudad, conoce las muchachas, tiene buenas ideas en la cabeza» (Hegel, 1980: 36). Es decir, ese sujeto es sirviente pero además, es un hombre de la ciudad, una persona con intereses, etc. Esas características pueden ser percibidas en la medida que hay un reconocimiento de un sujeto a otro en tanto sujeto, es decir, producto de un reconocimiento intersubjetivo. Detener la dialéctica en el momento del enemigo, es obturar la posibilidad de que devengan más mediaciones, negaciones, configuraciones del sujeto. Es eliminar la posibilidad de la experiencia que atraviesa la conciencia en sus múltiples configuraciones para poder llegar así a lo más elevado.

En el caso del pensamiento de Jakobs, tal como lo señala Parma (2012), la persona alcanza su identidad a partir de la norma, no del reconocimiento y la intersubjetividad como si lo es en el caso del sujeto hegeliano. Ejemplo claro de este último proceso es el reconocido y citado pasaje de la lucha entre las autoconciencias dentro de la dialéctica del amo y del esclavo en la Fenomenología del Espíritu donde, por medio del trabajo formativo y del reconocimiento, allí donde había una conciencia que reconocía y otra reconocida hay ahora dos conciencias que se reconocen¹⁷. Tal como lo afirma Hegel gracias a la lucha por el reconocimiento que ocurre en el marco de la harta citada dialéctica del amo y el esclavo, es que la persona no se queda

¹⁶ La cursiva es nuestra.

¹⁷ En este punto seguimos a Dri cuando señala que (2009) el reconocimiento es parte del proceso constitutivo tanto del sujeto como del Estado.

en un Dasein, es decir, en un ser natural, en la autoconciencia en tanto existencia inmediata. Una vez que deviene como autoconciencia, existe como ser espiritual. Es después del camino, del proceso de independencia de la sujeción al señor que la autoconciencia adquiere libertad y reconocimiento. Aquí «como razón segura ya de sí misma, se pone en paz con el mundo y con su propia realidad y puede soportarlos, pues ahora tiene la certeza de sí misma como de la realidad o la certeza de que toda realidad no es otra cosa que ella misma» (Hegel, 1807:71). Superado el momento de la autoconciencia es que ésta deviene razón. Y allí es donde aparece el reino de la ética, el momento del Estado, momento que no podría haber estado con anterioridad, cuando había una relación más inmediata y relacionada a la coseidad. Distinto ocurre dentro del pensamiento de Jakobs, donde el pasaje del individuo a la persona ocurre gracias a un proceso de socialización dentro de un sistema social y producto de un repetido reconocimiento y reproducción del sistema normativo compartido por todos. Tal como lo afirma Caro John citado por Alcócer Povis «nadie es persona en sí misma, sino se es persona porque el sistema social así lo atribuye». (Alcócer Povis, 2009: 7). Aún más, Caro John afirma que la persona en Jakobs es definida a partir del idealismo de Hegel presente en la filosofía del derecho, donde ahí se la concibe como un concepto eminentemente normativo. Si bien es correcto que la configuración del sujeto en tanto persona en la filosofía hegeliana responde al momento más abstracto y normativo de la filosofía del derecho (ya que se encuentra en el primer momento de la macro dialéctica que corresponde al derecho formal abstracto), no es que la categoría sea definida a partir de un idealismo. Si lo interpretamos de ese modo «despegamos» al sujeto en tanto persona de su movimiento dialéctico real. Por esa razón, debemos recordar que la categoría de persona responde a este momento abstracto del derecho formal pero en tanto sujeto, le queda mucho camino por recorrer.

Se podría pensar que hay una cercanía entre el pensamiento del jurista alemán y Hegel en un plano idealista pero en términos normativos, específicamente en la condición de reciprocidad entre los derechos y las obligaciones. Por un lado, Hegel en la filosofía del derecho, hablando específicamente en el momento del Estado, señala como el sujeto tiene derechos en la medida que debe cumplir con ciertos deberes. Es decir, tiene deberes en tanto y cuanto tiene derechos. Distinto ocurre en el escenario del derecho abstracto donde como persona, tengo el derecho, y en esa circunstancia, otro tiene el deber frente a él. Y, en el momento de la moralidad ambos momentos deben estar unidos para devenir en una relación dialéctica entre derechos y obligaciones, como ocurre en el momento de la eticidad. Esta relación de reciprocidad entre deberes y derechos también la encontramos en Jakobs. Sin embargo la misma está anclado en un paradigma teórico distinto, relacionado con el estructural funcionalismo. Si bien ambos autores hablan de derechos y deberes, lo hacen desde marcos teóricos distin-

tos. De acuerdo a esta visión funcionalista que tiene el autor sobre la persona y el derecho, comportarse de manera efectiva implicaría respetar el rol que se tiene dentro del ordenamiento jurídico, cumpliendo con las obligaciones que se tiene en tanto ciudadano, y es así que se puede gozar de los derechos otorgados por el derecho, que es respetado y cumplido de manera continua. En cambio, en la medida en que no se cumplen con las obligaciones que se tiene como rol-ciudadano, en un mismo movimiento se cancelan los derechos de los que se goza (Mizrahi, 2012:28).

3. PENA Y DELITO. SEGURIDAD Y LIBERTAD

Ya señalamos como varios autores hacen alusión a la perspectiva funcionalista de la obra de Jakobs¹⁸ en relación a los conceptos de delito, pena y derecho. Si nos encuadramos en ese marco teórico, hablaremos de conceptos tales como rol, expectativas de ese rol, identidad normativa y de un aceitado funcionamiento de la sociedad en tanto ocurre un cumplimiento adecuado por parte de las personas de roles y expectativas. Desde una perspectiva normativista y funcionalista Jakobs explica que la sociedad es comunicación y su constitución ocurre a través de normas (Calise, 2011:5). Baratta (1985:2) señala que es este mismo funcionalismo jurídico de Jakobs el que explica la función que tiene el derecho penal en el marco de la sociedad cual es perpetuar la vigencia de una identidad jurídica. Si afirmamos que la sociedad se constituye a través de las normas y que los individuos constituyen su identidad a través de las mismas, el derecho penal estaría orientado a garantizar y velar por la subsistencia de esas normas que estructuran tanto a la sociedad como al individuo.

De este modo la pena de acuerdo a Jakobs tiene la función de reafirmar el sentido de una norma que el delito vine a contradecir¹⁹. Así, realizando una interpretación de la teoría de Jakobs desde una perspectiva eminentemente Luhmaniana, el derecho penal actuaría dentro del sistema social protegiendo procesos de comunicación jurídicamente institucionalizados. De manera resumida, podemos sistematizar las características de la pena en Jakobs del siguiente modo: está sujeta a la suspensión o relajación de las garantías individuales; incre-

¹⁸ Aunque cabe destacar que es el mismo Jakobs quién reniega de una asociación directa con la teoría de Luhmann. El mismo autor en una entrevista señala su lejanía con Luhmann y reafirma su cercanía a Hegel y su visión tripartita del derecho (Mizrahi, 2012:40). Si bien son aceptadas las bases funcionalistas en el pensamiento del autor, hay algunos que discuten su cercanía al pensamiento de NIKLAS LUHMANN (Calise, 2011:8).

¹⁹ ALCÓCER POVIS (2009:8) señala que la pena tendría una función manifiesta como latente. La manifiesta es la ya mencionada, mientras que sus funciones latentes no son demasiado importantes ya que refieren a un ámbito psicológico individual.

mento de las penas; adelantamiento de la punibilidad; orientada a una cruzada en contra del terror; tiene una perspectiva prospectiva. En consecuencia, sería epistemológicamente incorrecto, en el marco de un derecho penal simbólico y de una nueva teoría de la pena, declarar que el fin del derecho penal es proteger bienes jurídicos²⁰. Lo que busca el derecho penal es actuar al nivel del sistema social, específicamente sobre aquello que lo medula, cual es la norma. Alessandro Baratta remarca esta idea al señalar justamente como violar una norma es grave no porque se lesionen intereses o bienes jurídicos, sino porque desafía a la norma como orientadora de la acción en el marco de un sistema social. La pena se entiende desde la prevención positiva porque, antes que disuadir o retribuir, busca reafirmar un significado normativo, consolidando la confianza en el ordenamiento jurídico²¹ (Baratta, 1985:3).

Para Jakobs (2003:31), hablar en términos de delincuente es enmarcarse dentro de un Derecho Penal del Ciudadano, donde tanto el delito como la pena tienen un significado y el derecho tiene una función comunicativa. Ahora bien, no todos los delincuentes son enemigos, no por cometer un delito una persona se convierte automáticamente en individuo y por lo tanto en enemigo. En la medida que se es persona, es que uno es reconocido por el ordenamiento jurídico normativo de una sociedad determinada y puede ser imputado. El delito ocurrirá cuando se esté frente a un modelo de orientación normativo alternativo que la pena se encargará de desautorizar. Por lo tanto, pueden existir personas que hayan actuado erróneamente que no sean consideradas enemigos. En ese caso, esa persona no será apartada del ordenamiento jurídico, sino que será juzgada dentro del mismo. Así, se entiende que el delito sea un desliz normal reparable. Sólo se lo considera de esta manera cuando hay un accionar desviado persistente y duradero en relación a las normas del ordenamiento jurídico.

En concordancia con esa función de la pena se entiende que el delito, más que dañar un bien jurídico es una acción significativa que quiebra una norma y que, en un mismo movimiento, envía un mensaje²². De este modo, el delito es una acción significativa que se dirige en contra del orden social y normativo, por eso se lo define como una

²⁰ Siguiendo a BARBA ÁLVAREZ (2010:6) el Derecho Penal del Enemigo se fusiona tanto con la tendencia de la expansión del derecho penal junto al derecho penal simbólico donde éste se encuentra protegiendo otro tipo de bienes en base a los intereses legítimos de cada orden social, a la vez que protege a ese orden de las agresiones de los enemigos.

²¹ Lo que, de acuerdo a BARATTA (1985:4), deriva en una normativización de los criterios personales de imputación

²² Es interesante rescatar en este punto la definición que realiza Hegel sobre el delito: «El hecho del delito no es algo primero, positivo, para el cual vendría el castigo como negación, sino que es un negativo, de manera que el castigo es solamente negación de la negación» (HEGEL, 1821:168). Negación de la negación que llevaría al restablecimiento del derecho

afirmación que contradice una norma. Y la pena, si bien tiene una instancia y un fin de coacción, es también un significado que busca contradecir un significado que podríamos calificar como negativo (es decir, que se dirige en contra del ordenamiento jurídico). La pena vendría a ser un contra-mensaje significativo que busca restablecer ese orden normativo/significativo. Por lo tanto, el delito y la pena, habrá una interacción simbólica²³. Por estas razones es que se lo enmarca a Jakobs dentro del Derecho Penal Simbólico²⁴ (Anitua, 2010:315) ya que el castigo aparece como un mensaje, como un signo. De acuerdo a Cancio Melá (2003) debemos ubicar la propuesta de un Derecho Penal del Enemigo dentro de una nueva teoría de la pena, específicamente dentro de la teoría de la prevención general positiva. Siguiendo a Baratta (1985:4) en esta «teoría de la prevención-integración» o «prevención positiva», la pena adquiere una doble función: una latente, donde busca consolidar la identidad normativa y como consecuencia la sociedad; y por el otro, una manifiesta, cual es marginalizar el hecho delictivo como a su autor. En un mismo movimiento se busca marginalizar un significado para que como efecto directo, se mantenga o reafirme la vigencia de la norma. Frente a los enemigos la norma no busca comunicar sino amenazar. El Derecho Penal del Enemigo busca actuar sobre el potencial peligroso del individuo antes que sobre actos (Jakobs, 2003:92) y lo hace de manera coactiva, pero esta es una coacción sin significado que reduce a ese enemigo a una animalidad, siquiera reconociéndolo como persona. La función de esa pura coacción es eliminar peligros futuros. Hablando de este tipo de derecho, el Estado frente a los enemigos busca combatirlos, amenazarlos y exterminarlos. La pena, antes que ser un significado que contradice otro significado, tal como ocurre en el marco del derecho penal del ciudadano, en el Derecho Penal del Enemigo buscar excluir al individuo-enemigo de la sociedad o sistema social de ciudadanos.

Crespo (2006:3) señala como el Derecho Penal del Enemigo es un modelo que establece una relación particular entre seguridad y libertad, relación que se enmarca dentro de una perspectiva criminológica y estatal más liberal y cercana a los postulados de la derecha criminológica. Aquí existiría una relación inversamente proporcional entre ambos términos, donde la seguridad de los ciudadanos justificaría el recrudecimiento de las penas. Y, en consecuencia la relajación de las garantías sobre los individuos-enemigos. La pena aplicada a los ene-

²³ De acuerdo a HEIKO LESCH (2009:4) (citado en Povis, quién es discípulo de Jakobs) en relación a la prevención general positiva, la pena adquiere una cariz dialéctico hegeliano en la medida que el fundamento y el fin de la pena se unifican en tanto es absoluta como relativa. Creemos que esta propuesta no es coherente con la dialéctica de HEGEL dado que el movimiento dialéctico es más que una relación recíproca entre dos momentos o conceptos.

²⁴ Cabe destacar que algunos autores señalan (CRESPO, 2006:18) la emergencia y consolidación de este tipo de Derecho en el contexto de crisis del Estado Social como en la ola expansiva y simbólica del Derecho Penal.

migos busca solo ser efectiva antes que simbólica, en la medida que busca producir un efecto físico. Por eso el autor afirma que ésta es principalmente una medida de seguridad frente a hechos delictivos futuros para proteger a los ciudadanos del Estado.

En cambio, retomando todo lo expuesto, para Hegel la relación entre seguridad, los postulados del derecho y la libertad, es distinta de aquella reciprocidad que se establece en el Derecho Penal del Enemigo. Para Hegel «el derecho y la juricidad tienen que tener su sede en la libertad y la voluntad y no en la no-libertad a la que recurre la amenaza» (Hegel, 1821:155). De modo contrario, se estaría fundamentando al derecho sobre aquello mismo que se quiere combatir: «ocurre con la fundamentación de la pena de este modo como cuando uno levanta el garrote frente a un perro, y el hombre ya no es tratado según su honor y libertad sino como un perro» (Hegel, 1821:170). La amenaza no puede ser parte del derecho ni puede servir como legitimación del mismo y de su accionar. Desde el pensamiento hegeliano dentro del Estado, ámbito donde se experimenta la verdadera libertad, la amenaza no puede ser su principal protocolo de acción, porque eso sería justificar la pena sobre bases muy pobres. En el momento del Estado ético, el derecho y la pena deben fundarse en la libertad y la voluntad, momento real del sujeto y existencia empírica de la voluntad donde es en sí y para sí; «el estado en sí y para sí es el todo ético, la realización de la libertad y es finalidad absoluta de la razón el que la libertad sea real» (Hegel, 1921:307). Y es en este momento que el sujeto arriba el Estado donde su supremo deber es ser miembro del Estado, porque allí es donde podrá experimentar su plena realización y libertad. Podría argumentarse en contra de esto que el componente de amenaza y no-libertad se encuentra solo en el Derecho Penal del Enemigo y no en el ordenamiento jurídico del cual gozan los ciudadanos. Sin embargo, el mismo Jakobs no separa ya más estos dos como tipos de derecho dado que los considera como dos tendencias dentro del ordenamiento jurídico que tiene base en un Estado. Por lo tanto ese componente de amenaza, aunque orientado a los enemigos, se puede encontrar en dicho Estado.

Excursus. Algunas reflexiones en torno al Estado

Como vemos, la pregunta sobre el Derecho Penal del Enemigo es una pregunta directa sobre el Estado. Esto ha llevado a la reflexión sobre el lugar y relación que tienen el Derecho Penal del Enemigo y el derecho penal del ciudadano dentro del Estado, y sobre cómo éste administra ambas tendencias penales. Así, algunos ven al Derecho Penal del Enemigo como un instrumento del Estado en contra de sus enemigos (Cancio Meliá, 2003:86), otros como un momento o parte dentro del derecho penal constitucional, así como otros lo definen como un dispositivo de defensa frente a posibles agresiones futuras

(Mizrahi, 2012)²⁵. También, es definido como un dispositivo que tiene un lenguaje específico ya que se dirige a enemigos, no a ciudadanos. Finalmente Jakobs (2003:21) considera a estos como dos tipos ideales, como dos tendencias dentro del actual contexto jurídico-penal. Donde por un lado el derecho penal del ciudadano deberá garantizar la vigencia del ordenamiento jurídico; y el Derecho Penal del Enemigo deberá asegurar medidas de seguridad en contra de los individuos peligrosos, de los enemigos a favor de la mayor seguridad de los ciudadanos²⁶. Ahora, en este nuevo contexto jurídico-penal todos somos sospechosos a menos que demostremos lo contrario (Mizrahi, 2012:34).

Aunque hasta este momento del recorrido hemos señalado varias diferencias entre el pensamiento de Hegel y Günther Jakobs, es interesante encontrar en estos dos autores un punto de encuentro respecto al Estado, esto es en la crítica que ambos realizan a la explicación contractualista del Estado.

Algunos autores reconocen como un antecedente del pensamiento del jurista alemán a las construcciones contractualistas de Hobbes y Rousseau. Sin embargo, el mismo Jakobs se encarga de alejarse de esa relación a partir de su crítica a esta corriente de pensamiento. Aunque en autores como en Rousseau Jakobs encuentra un fundamento para la división entre ciudadanos y enemigos, de ningún modo los utiliza para justificar jurídica y filosóficamente al derecho y al Estado. Mizrahi señala como Jakobs crítica al individualismo metodológico de los contractualistas ya que de acuerdo a ellos, el Estado surgiría de una motivación individual o de un consenso entre voluntades individuales. Y allí es donde se encuentra la crítica de Jakobs, ya que dan por sentado un vínculo normativo entre ellos cuando en realidad este es un resultado antes que un presupuesto. Por lo tanto, ni la sociedad ni el Estado pueden partir del individuo ni de un consenso entre ellos ya que sería presuponer una relación normativa allí donde no existe.

Hegel también se encuentra en conflicto con la construcción mítica contractualista y la crítica tanto en la Fenomenología del Espíritu como en la Filosofía del Derecho. En discusión directa con Rousseau en la Filosofía del Derecho el autor afirma que «al concebir la volun-

²⁵ Frente a estas distintas definiciones la pregunta que hoy en día se le realiza a esta doctrina o tendencia es sobre su legitimidad dentro del Estado de Derecho (FERRAJOLI, 2007:6) en la medida que ataca las garantías procesales y derechos fundamentales de la dignidad humana. De acuerdo a JAKOBS podríamos decir que el derecho penal del enemigo encuentra su fundamento de legitimidad dentro del ordenamiento jurídico ya que los ciudadanos tienen derecho a la seguridad. Aunque habría varios autores, que lo calificarían como inconstitucional ya que carecería de legitimidad.

²⁶ Cabe destacar que aunque se realice esta distinción no se considera que los enemigos tengan alguna patología anormal. Digamos, desde una perspectiva positivista, sino que el accionar de tanto el ciudadano como del individuo es considerado de acuerdo con los postulados de la teoría de la elección racional. Los enemigos son los que «eligen» participar en organizaciones terroristas y en organizaciones de criminalidad transnacional, así como los ciudadanos «eligen» comportarse de acuerdo a la norma.

tad individual... y a la voluntad universal, no como lo racional de la voluntad en sí y para sí, sino solo como lo colectivo que surge de esta voluntad individual como consciente, la unión de los individuos en el Estado viene a ser un contrato, el cual de ese modo tiene como base su arbitrio, su opinión y su consentimiento discrecional y expreso» (Hegel, 1821:304). En este punto seguimos a Dri (2009:54) cuando interpreta a Hegel en tanto para este la salida del estado de naturaleza no puede darse por medio de un contrato social, sino que debe ser por medio de la lucha por el reconocimiento entre los sujetos. El Estado no puede partir de la voluntad individual en la medida que «El Estado es la realidad de la idea ética» (Hegel, 1821:304), un universal, que no puede ser un resultado producto del entendimiento entre particulares. Asimismo, debemos recordar que el contrato aparece como un momento de la micro dialéctica del Derecho formal y abstracto. Por lo tanto, el contrato nunca puede ser el fundamento de un momento tan elevado y posterior, como lo es el Estado Ético. El Estado nunca puede surgir del arbitrio de los hombres luego de contratar entre sí, sino que es antes una necesidad. «Es falso, cuando se dice, que estaría en el arbitrio de todos fundar un Estado; antes bien, *es absolutamente necesario*²⁷ para cada uno que esté en el Estado. El gran progreso del Estado en los tiempo modernos consiste en que su finalidad permanece en sí y para sí, y no en relación a cada uno en el Estado...» (Hegel, 1821:152). ¿Porque es una necesidad? Porque «el sujeto solo es plenamente sujeto, hombre cuando participa en el Estado como ciudadano. La sociedad civil es el momento particular del universal que es el Estado. El sujeto no puede ser pensado fuera de su participación como ciudadano. Por ello el deber supremo del sujeto es ser miembro del Estado» (Dri, 2009:164).

4. LA REALITÄT Y LA WIRKLICHKEIT. ALGUNAS PALABRAS FINALES EN TORNO A LO ¿REAL Y RACIONAL?

El mundo de acuerdo a Günther Jakobs es un mundo que está ordenado de manera normativa, sobre la base de competencias de rol donde el significado de cada comportamiento está condicionado por el contexto en el que se encuentra. En esta sección final de nuestro análisis realizamos un último contrapunto a partir de aquella afirmación que vincula lo normativo y racional, en el caso de Jakobs, con real y racional en el caso hegeliano²⁸ que se expresa en la máxima

²⁷ La cursiva es nuestra.

²⁸ Esta relación entre norma y racionalidad es discutida desde un amplio sector de la sociología del castigo que cuestiona críticamente la unión entre racionalidad-norma-normalidad.

hegeliana «lo que es racional es real y lo que es real es racional» (Hegel, 1821:74).

Jakobs señala que «El derecho es tan objetivo como la cultura en la que se desarrolla» y por el otro menciona que «la cultura presupone siempre relación entre personas, es decir, una objetividad, una relación interpersonal» (Jakobs, 2006:1). Deteniéndonos en esta última frase creemos que Jakobs califica como objetiva a las relaciones interpersonales en tanto las identifica con lo real, con lo allí existente. Por ejemplo, cuando menciona que hay que observar cómo funciona esa norma en «la realidad», creemos que se refiere a lo que ocurre allí fuera, a lo supuestamente objetivo. En otras conferencias pronunciadas por Jakobs encontramos el uso del concepto de lo real, por ejemplo cuando el autor propone trabajar con el sistema penal real, o cuando afirma que «cuando un esquema normativo, por muy justificado que esté, no dirige la conducta de las personas, carece de realidad social (Jakobs, 2003: 13). También, cuando se pronuncia sobre la existencia de una personalidad real (Jakobs, 2003:14), o en el caso de la norma cuando afirma que solo es real cuando existe una corroboración cognitiva. En consecuencia, se sigue que un mundo normativo es un mundo racional y que, por lo tanto, es real. Rastreando el pensamiento del jurista alemán encontramos que la idea de racionalidad es utilizada en contrapunto a la idea de irracionalidad y azar; es decir a todas estas cuestiones que parecen no tener relación con el derecho «racional y objetivo».

Sin embargo, esta es una cadena de pensamiento que no sigue la filosofía política hegeliana. En Hegel la unión entre lo racional y lo real es una relación dialéctica que comprende aspectos más amplios que el mundo normativo, la realidad objetiva, lo allí existente. Hegel afirma que «Lo racional, que es sinónimo con la idea *al entrar en su realidad y a la vez en su existencia extensa*²⁹, surge en un *infinito reino de formas, fenómenos y configuraciones* y envuelve su núcleo con la cortea polícroma, en la que la conciencia se aloja primeramente³⁰, a la que el concepto penetra primero para encontrar el pulso interno y sentirlo palpar aún en las configuraciones externas» (Hegel, 1821:75). «Sólo lo infinito, la idea, es lo real» (Hegel, 1821:221) ya que allí se contienen todas las posibilidades de ser.

El «real» del que habla el jurista sería la realidad más pobre para Hegel, ya que estaría relacionado con lo allí visible, digamos con la *Realität*. La realidad que le importa a Hegel es la *Wirklichkeit*, la verdadera realidad, la de los sujetos, que es siempre dialéctica de los sujetos, no de los objetos. Aún aquella que parecería ser la más «sólida» o «material objetiva» como puede ser por ejemplo el Estado, es siempre intersubjetiva. «Lo verdadero es el todo. Pero el todo es sola-

²⁹ La cursiva es nuestra.

³⁰ Es decir en el primer momento de la dialéctica, el que corresponde al universal abstracto.

mente la esencia que se completa mediante su desarrollo. De lo absoluto hay que decir que es esencialmente resultado, que solo al final es lo que es en verdad, y en ello precisamente estriba su naturaleza, que es la del ser real, sujeto o devenir de sí mismo». (Hegel, 1807:16).

Al llegar al final de este recorrido teórico, esperamos que la exposición y contraposición analítica entre los diferentes núcleos teóricos aquí discutimos permita revisar algunas afirmaciones realizadas en torno al pensamiento de ambos autores. Entender, que la relación o falta de ella puede reconsiderarse al calor de nuevas interpretaciones de las elaboraciones teóricas de sus respectivas obras. Y, al mismo tiempo, que esto puede generar nuevas preguntas que echen luz sobre otras distancias o cercanías entre el derecho penal propuesto por Günther Jakobs y la filosofía política del filósofo alemán.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCÓCER POVIS, E., «Sociedad, Norma y Persona. Comentarios preliminares a la obra del profesor Günther Jakobs», Estudio Ore Guardia, Año 2009, pp. 11.
- ÁLVAREZ BARBA, R.; «Esbozo Criminológico sobre el Derecho Penal del Enemigo», *Criminología y Sociedad*, Número 1, Enero 2010, pp. 14.
- ANITUA, G. I., *Historia de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2005, pp. 608.
- BARATTA, A., «Integración-Prevención: Una «Nueva» Fundamentación de la Pena dentro de la Teoría Sistemática», *Revista Doctrina Penal*, año VIII, n.º 29, 1985, Buenos Aires, Argentina, pp. 9-26.
- CALISE, S. G., «Sociedad, Norma y Persona: Observaciones sobre la teoría de Günter Jakobs desde la teoría de Niklas Luhmann», *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja* Año V, Número Especial, 2011, pp. 12.
- COELLO, J., «Derecho Penal del Enemigo», trabajo de investigación publicado por la Universidad de San Martín de Porres, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Escuela de Postgrado. Doctorado en Ciencias Penales, 2006, pp. 158.
- CRESPO, E. D., «El derecho penal del enemigo. Sobre la ilegitimidad del llamado «derecho penal del enemigo» y la idea de seguridad». *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, año IX, 2006, pp. 428-442.
- DRI, R. 2006, *La Fenomenología del espíritu de Hegel. Perspectiva latinoamericana. Intersubjetividad y Reino de la Verdad*. Argentina, Editorial Biblos, pp. 237.
- 2009, *La rosa en la cruz. La filosofía política hegeliana*. Buenos Aires: Editorial Biblos, pp. 205.
- FERRAJOLI, L., «El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal» IUS, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, N.º XIX, 2007, pp. 5-25.
- HEGEL G. W. F., 1807, *Fenomenología del Espíritu*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, pp. 485.
- 1821, *Rasgos Fundamentales de la Filosofía del Derecho o compendio de derecho natural y ciencia del Estado*. Madrid, Biblioteca Nueva, pp. 400.

- 1980c, *Esencia de la Filosofía y otros escritos*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 58-61.
- JAKOBS, G; CANCIO MELIÁ, M., 2003, *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Thomas Civitas, 102 pp.
- MIZRAHI, E., Los presupuestos filosóficos del derecho penal contemporáneo. Conversaciones con Günther Jakobs. Buenos Aires, Universidad Nacional de la Matanza, 2012, 80 pp.
- PARMA, C., «Jakobs hacia un derecho penal distinto». *Projusticia*. Centro de estudios para el desarrollo de la justicia, agosto de 2012, pp. 15.
- Entrevista a GÜNTHER JAKOBS, «El enemigo tiene menos derechos». Publicada en *Diario La Nación*, Argentina, Julio, 2006, pp. 1.

Fecha de recepción: 31/03/2015. Fecha de aceptación: 31/10/2015.



Una aportación a la reconstrucción del derecho subjetivo en el Estado constitucional de Derecho

A contribution to the reconstruction of the subjective right in the constitutional state

Por Dr. TOMÁS DE DOMINGO PÉREZ
Universidad Miguel Hernández de Elche (España)

RESUMEN

El Estado constitucional de Derecho reclama una profunda revisión de conceptos jurídicos fundamentales entre los que cobra particular relieve el de derecho subjetivo, dada la posición central que hoy ocupan los derechos fundamentales como bienes individuales y núcleo del bien común. Esta doble dimensión solo puede explicarse adecuadamente a partir de la superación del individualismo y la revalorización de la dimensión social de la persona como pauta para una nueva manera de entender qué significa tener un derecho, en la que sin renunciar a ver en él una posición de poder jurídico que corresponde a su titular se destaque como elemento primario e identificador del derecho lo reconocido o atribuido a cada cual. Se logra así evitar las confusiones entre el derecho, su fundamento y su justiciabilidad.

Palabras clave: *Derecho subjetivo, conceptos jurídicos, individualismo, Estado constitucional de Derecho, coercibilidad.*

ABSTRACT

The constitutional state demands a deep revision of basic legal concepts. The concept of subjective right is one of these, according to the position that

fundamental rights have today as individual goods and as core of the common good. This double dimension can only be correctly explained by leaving behind individualism and taking into account the social dimension of human being as the key of a new interpretation of what it means to have a right, which tries to emphasize that the right primarily stands in what it is recognized or attributed to somebody rather in the legal position that it gives. In this way it is easier to avoid confusions among the right, its basis and the legal actions provided to protect it.

Key words: Subjective right, legal concepts, individualism, constitutional state, enforceability

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. DECLARACIONES DE DERECHOS QUE NO CONTIENEN DERECHOS.—3. LOS CONCEPTOS JURÍDICOS.—4. DEL INDIVIDUALISMO COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO SUBJETIVO AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.—5. ALGUNAS CLAVES PARA LA RECONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.—2. BILLS OF RIGHTS WITHOUT RIGHTS.—3. THE LEGAL CONCEPTS.—4. FROM THE INDIVIDUALISM AS BASIS OF THE SUBJECTIVE RIGHT TO THE CONSTITUTIONAL STATE.—5. SOME KEYS FOR THE RECONSTRUCTION OF THE CONCEPT OF SUBJECTIVE RIGHT.

1. INTRODUCCIÓN

El Estado constitucional de Derecho se caracteriza por la posición central que en él ocupan los derechos fundamentales. Asimismo, la praxis política aparece hoy muy ligada a la reivindicación de nuevos derechos. En España, esta tendencia ha sido especialmente visible desde la llegada al poder de José Luis Rodríguez Zapatero, quien hizo de la llamada extensión de derechos de ciudadanía uno de los pilares básicos de su acción política¹. Durante su mandato, además, se apro-

¹ Así lo sostuvo en su discurso de investidura pronunciado el 15 de abril de 2004 (<http://www.lamoncloa.gob.es/presidente/presidentes/Paginas/InvestiduraZapatero2004.aspx>). En él anunció su deseo de que la «etapa que ahora iniciamos suponga una oportunidad real para dotar de nueva dimensión, para llenar de nuevos contenidos, el concepto de ciudadanía. Lo haremos ampliando los derechos civiles y políticos de los ciudadanos españoles». Dicha política parecía ser una respuesta afirmativa a las reivindicaciones de diversos colectivos sociales que deseaban ver sus aspiraciones convertidas en derechos. Cabe citar el caso de los homosexuales, que han visto reconocido un derecho a contraer matrimonio con personas de su mismo sexo. También podría citarse el movimiento feminista, que vio como la reforma de la ley del aborto introdujo lo que para algunos es un derecho a abortar, mientras que otros se

baron diversas reformas estatutarias como las de las Comunidades Autónomas de Valencia, Cataluña o Andalucía, que incluyeron polémicas declaraciones de derechos. La referencia a los derechos, y a los nuevos derechos emergentes², también es constante en el ámbito internacional³. Sin embargo, al tiempo que siguen reivindicándose y reconociéndose nuevos derechos, la respuesta a la pregunta qué significa tener un derecho, es decir, la pregunta sobre el concepto de derecho subjetivo, continua siendo objeto de polémica, sin que sea posible soslayarla, tanto si se desea avanzar en la teoría de los derechos fundamentales, como si el objetivo es valorar críticamente el fenómeno de los nuevos derechos, y el propio Estado constitucional de Derecho.

Igual que sucede ante otros problemas iusfilosóficos, buena parte de las discrepancias en torno al concepto de derecho subjetivo han sido de acento. Piénsese, por ejemplo, en las teorías de la voluntad y del interés. Las primeras han puesto el foco en que el titular del derecho puede determinar mediante su elección el comportamiento de otra persona, mientras que las segundas inciden en que esa elección tiene su origen en la existencia de un interés individual que el ordenamiento considera merecedor de protección⁴. Tampoco se duda de que el derecho subjetivo implique una correlación entre posiciones de poder y de deber jurídico, habiendo quienes destacan la prioridad del deber sobre el derecho y viceversa. Al tratarse de cuestiones de acento podría pensarse que nos encontramos ante debates teóricos con escasa trascendencia práctica, pero las cosas pueden cambiar radicalmente por el modo en que se acentúan⁵. El objetivo, pues, consiste en repensar el concepto de derecho subjetivo con el fin de determinar dónde se deben poner los acentos de modo que este concepto permita aprehender adecuadamente las principales características del modelo de organización política y jurídica que representa el Estado constitucional de Derecho. Comparto las palabras de Pérez Luño cuando en su conferencia «Nuevo derecho, nuevos derechos», pronunciada en las XXV Jornadas de Filosofía Jurídica y Política, afirmó que el gran reto teórico es crear (o repensar con el fin de innovar, podría añadirse) nuevos conceptos para aprehender las nuevas realidades.

muestran en contra de considerar el aborto como tal, polémica que hoy sigue abierta. Finalmente, también puede señalarse que con ocasión del movimiento a favor de la recuperación de la memoria histórica se habló abiertamente de la existencia de un derecho a la memoria.

² Las XXV Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, «Nuevo Derecho, nuevos derechos», celebradas los días 16 y 17 de abril de 2015 en Madrid, abordaron este tema como objeto central de las ponencias.

³ Cabe destacar al respecto al Declaración Universal de Derechos Humanos emergentes, http://www.idhc.org/esp/1241_ddhe.asp#origenes.

⁴ Para una visión panorámica del debate teórico, cfr. De Páramo, Juan Ramón, «Derecho subjetivo», en AA. VV., *El derecho y la justicia*, edición de Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, Madrid, Trotta/CSIC/BOE, 1996, pp. 367-394.

⁵ Cfr. GALLEGO, Elio A., *Tradición jurídica y derecho subjetivo*, prólogo de Dalmacio Negro, Madrid, Dykinson, 1996, pp. 68 y ss.

He apuntado que la discusión sobre qué significa tener un derecho permanece abierta. Prueba evidente de que esta disputa no es patrimonio exclusivo de los filósofos del derecho, así como de la estrecha relación entre teoría y práctica, es la sentencia 247/2007, de 12 de diciembre, que ha sido objeto de atención por parte de la doctrina, aunque más por sus implicaciones relativas al desarrollo del Estado de las autonomías que por el debate teórico que en ella se produjo. Los términos del debate quedan fijados a la luz del voto particular discrepante que formuló el magistrado Conde Martín de Hijas. No creo exagerado afirmar que la decisión final que adoptó el Tribunal Constitucional descansó en buena medida en la concepción de lo que significa tener un derecho. Considero que analizar esta sentencia y el voto del magistrado Conde es una buena manera de comenzar a repensar el concepto de derecho subjetivo. Posteriormente, después de indagar en la cuestión relativa a la formación de los conceptos jurídicos, será el momento de avanzar en los puntos clave.

2. DECLARACIONES DE DERECHOS QUE NO CONTIENEN DERECHOS

La STC 247/2007 resolvió un recurso de inconstitucionalidad presentado por el Gobierno de Aragón contra el art. 20 de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, que otorgaba al art. 17.1 del Estatuto de la Comunidad Valenciana una nueva redacción en la que se reconoce y garantiza el derecho al agua de los valencianos en los siguientes términos: «Se garantiza el derecho de los valencianos y valencianas a disponer del abastecimiento suficiente de agua de calidad. Igualmente, se reconoce el derecho de redistribución de los sobrantes de aguas de cuencas excedentarias atendiendo a criterios de sostenibilidad de acuerdo con la Constitución y la legislación estatal. Los ciudadanos y ciudadanas valencianos tienen derecho a gozar de una cantidad de agua de calidad, suficiente y segura, para atender a sus necesidades de consumo humano y para poder desarrollar sus actividades económicas y sociales de acuerdo con la Ley»⁶. El Tribunal Constitucional afirmó que, pese a que el título II del nuevo Estatuto Valenciano se refiere a los derechos de los valencianos, y en él se reconoce y garantiza el derecho al agua, en realidad se está ante un mandato dirigido a los poderes públicos, siendo esta interpretación la vía que permite salvar la constitucionalidad del precepto. Puede decirse, pues, que la consti-

⁶ Los principales motivos de queja del gobierno de Aragón residían en que, en su opinión, el reconocimiento del derecho al agua excede de los contenidos estatutarios constitucionalmente admisibles a la luz del art. 147.2 CE, e infringe los principios de unidad e igualdad de derechos entre todos los españoles que se desprenden de los arts. 139.1, 138.1 y 2, y 149.1.1 CE.

tucionalidad del derecho al agua, y por tanto de otros derechos estatutarios, depende de qué signifique tener un derecho.

En los fundamentos jurídicos 11 y 12 el Tribunal Constitucional había llegado a la conclusión de que «los Estatutos de Autonomía pueden incluir con normalidad en su contenido, no solo las determinaciones expresamente previstas en el texto constitucional a que hemos aludido, sino también otras cuestiones, derivadas de las previsiones del art. 147 CE relativas a las funciones de los poderes e instituciones autonómicas, tanto en su dimensión material como organizativa, y a las relaciones de dichos poderes e instituciones con los restantes poderes públicos estatales y autonómicos, de un lado, y, con los ciudadanos, de otro» (fundamento jurídico 12). Teniendo esto presente, se puede comprender la afirmación que se realiza en el fundamento jurídico 15:

«Partiendo de este dato, nada impide que el Estatuto de Autonomía, en cuanto norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, al atribuir las competencias que han de ejercer los poderes públicos autonómicos, les impongan, de modo directo, criterios o directrices para su ejercicio o que lo hagan, de modo indirecto, mediante la formalización de enunciados o declaraciones de derechos a favor de los particulares. *Se trata, en ambos casos, de mandatos al legislador y restantes poderes públicos autonómicos, imponiéndoles prescripciones que son vinculantes para los mismos con independencia de la veste de que se revistan*⁷.

En todo caso, lo relevante es que dichos mandatos deberán estar conectados con una materia atribuida como competencia por el Estatuto y que, aunque vinculen efectivamente a los poderes públicos de la Comunidad Autónoma, necesitarán para adquirir plena eficacia del ejercicio por el legislador autonómico de la competencia normativa que le es propia, *de manera que el principio o derecho enunciado carecerá de justiciabilidad directa hasta que se concrete, efectivamente, su régimen jurídico, pues solo entonces se configurarán los consiguientes derechos subjetivos de los ciudadanos*⁸, al integrarse por dicho legislador las prescripciones constitucionales que han de ser necesariamente salvaguardadas (arts. 81.1 y 149.1 CE)».

Del texto citado se desprende con absoluta claridad que el Tribunal Constitucional considera, en primer lugar, que los Estatutos de Autonomía pueden contener mandatos a los poderes públicos autonómicos en materias de su competencia, y, en segundo lugar, que tales mandatos pueden formularse mediante enunciados que formulen explícitamente un mandato, o bien mediante enunciados de derechos individuales que habrá que interpretar como mandatos y no como derechos subjetivos en sentido estricto, habida cuenta de que carecen de justiciabilidad directa. Por tanto, aunque el Estatuto de Autonomía de la

7. Énfasis añadido.

8. Énfasis añadido.

Comunidad Valenciana reconozca y garantice a los valencianos el derecho al agua, en realidad hay que interpretar que se trata de un mandato dirigido a los poderes públicos autonómicos para que hagan lo posible para lograr que los valencianos dispongan de agua suficiente en cantidad y calidad. En definitiva, nos encontramos con la sorprendente conclusión de que las declaraciones de derechos que han introducido los Estatutos de Autonomía no contienen derechos.

Como observa Conde Martín de Hijas en el voto particular que formula a esta sentencia, no es admisible salvar la constitucionalidad del precepto que se impugna obviando que tanto por su estructura normativa como por el contexto en el que se inserta se está ante el establecimiento de un derecho. Conde no explica qué entiende por estructura normativa, aunque parece que se refiere al lenguaje empleado por el legislador. A juicio del Magistrado no es indiferente el tenor de la disposición normativa en cuestión a la hora de determinar si se trata de un derecho o de un mandato dirigido a los poderes públicos. De ahí que Conde señale que «[e]l juicio de constitucionalidad de una declaración de derechos en los estatutos de autonomía no puede solventarse “con independencia de la veste de que se revistan”, pues deberá ser precisamente esa “veste” la que habrá de tenerse en cuenta para decidir si el Estatuto está estableciendo un derecho, directamente atribuido en él a los españoles residentes en el territorio de la Comunidad Autónoma, o si, en vez de contemplar la posición jurídica de los ciudadanos, atribuyéndoles un derecho, está impartiendo una directriz para el ejercicio de las competencias atribuidas a los poderes públicos de la Comunidad Autónoma» (Punto 4.º del voto particular).

A partir de aquí Conde pasa a criticar la noción de derecho subjetivo que adopta el Tribunal Constitucional. La sentencia sostiene que cuando el Estatuto valenciano reconoce y garantiza el derecho al agua no consagra un derecho subjetivo, porque el Estatuto no atribuye a los ciudadanos posiciones jurídicas inmediatamente justiciables. Pues bien, Conde replica que «[s]i la estructura de la norma es tal, que propiamente puede verse en ella el establecimiento del derecho, el que la ulterior regulación de sus términos se remita a una norma infraordenada a la que lo establece, no resta virtualidad jurídica a la consagración estatutaria, sin que su existencia dependa ya de la ulterior norma de desarrollo, y ello independientemente de la eventual indefinición del contenido y de las dificultades que puedan derivarse de esa indefinición en el momento de su justiciabilidad». Más adelante profundiza en esta idea con más claridad si cabe. Concretamente, realiza dos afirmaciones especialmente importantes. En primer lugar, señala que «[s]i el texto estatutario es tal, que no puede negarse que en él se esté estableciendo un derecho, aunque su justiciabilidad directa pueda ser quizás imprecisa, no puede negarse apriorísticamente que pueda existir». Y seguidamente, en referencia a la justiciabilidad como rasgo identificador del concepto de derecho subjetivo, sostiene que «[n]o cabe invertir los términos del problema, anteponiendo el elemento de la justiciabilidad del

derecho, para admitir, o negar, la existencia de éste. La realidad es la contraria: si el derecho existe, (y eso le corresponde decirlo al legislador, y no a este Tribunal), es justiciable, cualquiera que pueda ser el problematismo de esa justiciabilidad»⁹. La tesis de Conde sobre la relación entre la justiciabilidad y el concepto de derecho subjetivo se completa con la referencia a los derechos reconocidos en el capítulo 3.º del título I de la Constitución que, como indica el propio Magistrado, estuvieron muy presentes en la deliberación que tuvo lugar entre los Magistrados del Tribunal Constitucional. Todo parece indicar que la mayoría que impuso su criterio sostuvo que, pese a que en dicho capítulo se reconozca el derecho a la vivienda (art. 47.1 CE), el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE), o el derecho al medio ambiente (art. 45 CE), no se está propiamente ante derechos subjetivos, dado que estos derechos, tal como establece el art. 53.3 CE, informarán la legislación positiva y carecen de justiciabilidad inmediata. A ello replica Conde que «en este modo de argumentar se olvida que es la propia Constitución en el art. 53.3 la que propiamente degrada el alcance de esas declaraciones y les niega explícitamente la justiciabilidad. Pero sin una norma de ese tenor no cabe afirmar que los derechos inequívocamente declarados como tales en un Estatuto de Autonomía no son propiamente derechos, ni son directamente justiciables sin el soporte de una ley autonómica infraordenada al Estatuto» (punto 4.º del voto particular).

Según la posición del Tribunal Constitucional expresada en esta sentencia, el derecho subjetivo existe cuando los ciudadanos gozan de una posición jurídica directamente justiciable, es decir, cuando disponen de una acción procesal para proteger el derecho. Pero no hay que dejarse confundir por la referencia a la protección del derecho: sin la justiciabilidad no se estaría ante un derecho subjetivo desprotegido, sino que en sentido estricto no cabría afirmar la existencia del derecho¹⁰. Por tanto, tal como concibe el Tribunal Constitucional el dere-

⁹ En el resto de los votos particulares no se profundiza en la relación entre justiciabilidad y existencia del derecho, y si en algún caso se hace referencia a esta cuestión es para dar por buena la doctrina de la mayoría. Así se observa en el voto particular del Magistrado Delgado Barrio, que se pregunta si estamos ante un verdadero derecho respondiendo negativamente a la cuestión, debido a que, en su opinión, el derecho al agua sería una manifestación del derecho al medio ambiente, recogido en el art. 45 CE con el carácter de principio rector. Al «rebajarlo» a la categoría de principio rector, para Delgado «el derecho existirá si el legislador estatal lo dispone y no existirá si éste no lo decide». Es evidente, pues, que para Delgado la referencia al derecho al agua no constituye un auténtico derecho, por carecer, como él mismo afirma más adelante, de «virtualidad jurídica», término con el que en mi opinión pretende expresar la misma idea que traslada la mayoría del Tribunal al referirse a la justiciabilidad.

¹⁰ En la argumentación del Tribunal Constitucional hay dos expresiones ambiguas. Por una parte, se habla de «justiciabilidad directa», y, por otra, de derecho subjetivo en sentido estricto. Al aludir a la justiciabilidad directa el Tribunal permite que se piense en la posibilidad de una justiciabilidad indirecta o justiciabilidad a secas. En ocasiones, la existencia de una acción procesal es objeto de polémica y requiere ser cuidadosamente argumentada. En estos casos la justiciabilidad sería el resultado de una argumentación

cho subjetivo, la justiciabilidad es una nota esencial o necesaria de este concepto, tesis que refleja la posición kelseniana. Para valorar adecuadamente el concepto de derecho subjetivo conviene aclarar previamente cómo y en qué medida es posible discutir sobre los conceptos en general, y sobre los conceptos jurídicos en particular.

3. LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Toda teoría consiste en un sistema de conceptos con el que se aspira a ser capaz de dar razón de la realidad en su conjunto, en el caso de la filosofía, o de una parte de ella, por lo que respecta a las ciencias. Pero ¿qué es un concepto? Sin pretender dar cumplida respuesta a esta cuestión, siguiendo a Ortega podría decirse que un concepto representa el resultado de un esfuerzo intelectual, expresado a través del lenguaje, tendente al conocimiento de una determinada realidad¹¹. Esta aproximación permite entrever su complejidad. Por una parte, el concepto es una entidad que tiene una naturaleza convencional, al expresarse a través del lenguaje con el ánimo de avanzar intersubjetivamente en el conocimiento. Pero, como bien señala Alexy, los conceptos pretenden ser adecuados a su objeto, es decir, «procuran captar la naturaleza de las cosas a las que ellos se refieren tan perfecta o correctamente como sea posible»¹². Aquí se halla una primera dificultad, ya que el acceso a la realidad cuya naturaleza se desea conocer se realiza a través de conceptos. Con otras palabras,

que es admitida por los jueces, pero que no es claramente visible desde una perspectiva procesal. Por ejemplo, ¿carecen en absoluto de justiciabilidad los principios rectores del capítulo III de la Constitución? Es patente que los derechos reconocidos en la sección primera del capítulo II de la Constitución disponen de instrumentos procesales claramente identificados para reaccionar frente a su violación; sin embargo, también hay autores que sostienen la posibilidad de construir una posición subjetiva basada en los principios rectores del capítulo III. En este sentido, cf. Prieto Sanchís, Luis, *Ley, principios, derecho*, Madrid, Dykinson, 1998, pp. 104 y ss: «Así pues, con desarrollo legislativo o sin él, si los derechos prestacionales del Capítulo III han de informar la práctica judicial, es que pueden ser objeto de interpretación por los tribunales ordinarios, cualquiera que sea la vía judicial utilizada; y, desde luego, resultan justiciables también ante el Tribunal Constitucional, y no solo a través del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad, sino acaso también mediante el recurso de amparo. Ciertamente, esta posibilidad requiere una interpretación algo tortuosa, dado que los principios rectores del Capítulo III están excluidos del recurso de amparo, pero creo que no se encuentra impedida por completo» (cita textual en p. 105).

¹¹. Cfr. ORTEGA Y GASSET, José, ¿Qué es filosofía?, en *Obras completas*, tomo VIII, Madrid, Taurus, 2008, p. 286.

¹². ALEXY, Robert, «Acercas de dos yuxtaposiciones: concepto y naturaleza, derecho y filosofía. Algunos comentarios sobre “¿Puede haber una teoría del derecho?” de Joseph Raz», en Raz, Joseph, Alexy, Robert y Bulygin, Eugenio, *Una discusión sobre la teoría del derecho*, traducción, edición y estudio preliminar (titulado «Teoría del Derecho y análisis conceptual») de Hernán Bouvier, Paula Gaido y Rodrigo Sánchez Brígido, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 90.

los conceptos filtran nuestro acceso a la realidad y, pese a ser un instrumento imprescindible para avanzar en el conocimiento, a su vez hay quienes piensan que en realidad no existen propiedades esenciales o necesarias de una cosa con independencia del concepto utilizado para identificar esa cosa¹³. Podría decirse, pues, que el concepto permite e impide al mismo tiempo conocer la cosa a la que se refiere. Además de esta dificultad, también merece mencionarse otra. Aquí me he referido a que el concepto pretende captar intelectualmente una realidad que no se agota en él. Pero, como señala Raz, «algunas cosas son sociales en un modo que significa que no pueden existir si su concepto no existe». Parece que Raz quiere decir que algunas realidades son puramente convencionales –pone como ejemplo, eso sí, muy matizado, el concepto de matrimonio–, lo cual significa, si interpretado correctamente su pensamiento, que en estos casos no es necesario buscar las propiedades esenciales del objeto en cuestión, pues el conocimiento se logrará mediante la elucidación del concepto, es decir, sin necesidad de confrontarlo con realidad objetiva alguna independiente de él¹⁴.

Respecto a la primera dificultad, es evidente que los seres humanos recibimos desde la infancia un conjunto de creencias, tradiciones, conceptos, etc., que condicionan nuestro acceso a la realidad. Ésta aparece troquelada por el bagaje de la tradición –en el sentido amplio en que la utiliza la filosofía hermenéutica– que la sociedad transmite a sus miembros. Ahora bien, el ser humano en un ejercicio de autocomprensión puede adquirir conciencia de ese legado y valorar críticamente diversos aspectos de esa tradición que condiciona su mirada,

¹³. Precisamente esta cuestión es objeto de polémica entre Raz, Alexy y Bulygin al referirse al concepto de derecho. Bulygin considera dudoso que se puedan conocer las propiedades esenciales de una cosa con independencia del concepto que se utilice para identificar tal cosa. Su postura huye de lo que denomina «esencialismo», que puede entenderse como la imposibilidad de acceder a las propiedades esenciales de las cosas no solo con independencia de su concepto. El párrafo de Bulygin en el que su posición se aprecia con mayor nitidez quizá sea el siguiente: «Pero si aceptamos la idea según la cual la naturaleza de una cosa depende del concepto usado para identificar esta cosa, entonces, hay efectivamente un paralelismo entre el análisis de un concepto y el análisis de la naturaleza de la cosa» (BULYGIN, Eugenio, «Raz y la teoría del Derecho. Comentarios sobre “¿Puede haber una teoría del Derecho?” de Joseph Raz», traducción de Hernán Bouvier, en Raz, Joseph, Alexy, Robert y Bulygin, Eugenio, *Una discusión sobre la teoría del derecho*, op. cit., p. 104).

¹⁴. A pesar de ello, Raz aclara que en la mayoría de los casos las cosas «tienen la naturaleza que tienen independientemente de si tenemos conceptos que nos permiten referirnos a ellas. Podemos evaluar esto de modo bastante simple: ¿cambia la realidad física cuando adquirimos el concepto de molécula?, ¿cambia la realidad económica, en el aspecto relevante, una vez que adquirimos el concepto de inflación? Claramente no. Pero, entonces, la inflación y las moléculas estaban allí, y tenían las mismas propiedades esenciales independientemente de qué conceptos teníamos» (RAZ, Joseph, «Teoría y Conceptos. Réplica a Alexy y Bulygin», traducción de Rodrigo Sánchez Brígido, en Raz, Joseph, Alexy, Robert y Bulygin, Eugenio, *Una discusión sobre la teoría del derecho*, op. cit., p. 117).

incluidos los conceptos¹⁵. Si esto no fuera posible, sería difícil explicar la evolución, el progreso y los cambios sociales. Asimismo, la discusión conceptual sería algo parecido a una práctica solipsista de retórica. Por todo ello es necesario admitir la capacidad del ser humano para acceder y contemplar la realidad a través de sus conceptos, y al mismo tiempo para valorar críticamente los conceptos con los que se ha aproximado a ella. Alexy lo expresa con estas palabras: «Ahora bien, parece que no hay acceso directo a la naturaleza de una cosa. Cualquiera que desee reconocerla tan solo lo puede hacer con la ayuda de conceptos. Todo aquel que esté interesado en la naturaleza del derecho, por consiguiente, primero, usará de todos un concepto de derecho y, segundo, preferirá el concepto que mejor capture sus rasgos esenciales sobre todas las alternativas disponibles. Esto muestra que el carácter local de la génesis del concepto es compatible con la universalidad de su validez. Esa podría ser la razón de por qué un análisis del concepto de derecho puede ser al mismo tiempo un análisis de su naturaleza»¹⁶.

La segunda dificultad estaba relacionada con el hecho de que parece que algunas realidades sociales no pueden existir si su concepto no existe. No cabe duda de que en el terreno social hay muchas instituciones creadas y moldeadas por convencionalismos, y podríamos referirnos a ellas diciendo que son productos culturales. Ciertamente, parece que estas realidades han sido creadas de forma pareja a su concepto. Ahora bien, ¿significa esto que se agotan en él? En mi opinión, la respuesta debe ser negativa. Todo lo que hacen los seres humanos obedece a un fin cuya razón hay que buscar en el marco de una vida humana individual o de la vida colectiva. Las realidades sociales creadas en el marco de una cultura y expresadas conceptualmente obedecen también a una finalidad que va más allá del concepto y que le otorga la dimensión no convencional a la que se refiere Alexy. Si esto no fuera así podría identificarse lo convencional con lo arbitrario. Y aunque evidentemente en las convenciones está presente cierto grado de arbitrariedad —piénsese, por ejemplo, en las tendencias de la moda—, ésta se enmarca en un núcleo de sentido —continuando con el ejemplo, la moda refleja una dimensión de la vida cultural, pese a que pueda ser susceptible de crítica desde algún punto de vista—. Por ello es posible indagar si el concepto en cuestión es adecuado a la naturaleza del objeto —entendido en sentido amplio— al que se refiere¹⁷.

¹⁵. Cfr. SERNA, Pedro, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos*, México, Porrúa, 2006, pp. 122-126.

¹⁶. ALEXY, Robert, «Acerca de dos yuxtaposiciones: concepto y naturaleza, derecho y filosofía. Algunos comentarios sobre “¿Puede haber una teoría del derecho» de Joseph Raz”, en RAZ, Joseph, ALEXY, Robert y BULYGIN, Eugenio, *Una discusión sobre la teoría del derecho*, op. cit., pp. 90-91.

¹⁷. En su rechazo a todo «esencialismo», BULYGIN se pregunta «¿cuáles son las propiedades necesarias de la cosa que observo en este momento? Si la identificamos como una lámpara, entonces la propiedad de iluminar es esencial, y el material del

4. DEL INDIVIDUALISMO COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO SUBJETIVO AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.

Si incluso aquellos autores que han propugnado una aproximación rigurosamente científica, basada en una perspectiva empírica¹⁸, reconocen que el concepto de derecho subjetivo cumple una función real, es decir, responde a un fin¹⁹, la mejor forma de hallar alguna luz en esta materia es indagar cuál pueda ser dicho fin repasando brevemente su origen histórico. Esta indagación ayudará a revelar la dimensión convencional de este concepto.

Se puede formular una definición breve y provisional de derecho subjetivo que sirva para avanzar en la tarea. Voy a entender por tal un poder o facultad atribuido a un individuo para la satisfacción de inte-

que está hecha resulta accidental. Pero si la identificamos como un objeto de bronce, entonces el material del cual está hecho resulta esencial, y su capacidad de iluminar accidental. Es dudoso que existan propiedades esenciales o necesarias de una cosa independientes del concepto usado para identificar esa cosa. Si por «naturaleza» entendemos el conjunto de todas las propiedades esenciales o necesarias de una cosa, entonces, parece razonable sostener que es solo en virtud de nuestros conceptos que las cosas tienen una naturaleza, *i.e.*, que algunas de sus propiedades son necesarias o esenciales, y esto significa que son propiedades definitorias del concepto correspondiente» (BULYGIN, EUGENIO, «Raz y la teoría del Derecho. Comentarios sobre «¿Puede haber una teoría del Derecho?» de Joseph Raz», *op.cit.*, pp. 101-102). Como se ve, BULYGIN no se refiere en esta reflexión a realidades sociales, sino a objetos físicos. Observa BULYGIN que dependiendo de la perspectiva que se adopte a la hora de examinar un determinado concepto se descubren diferentes propiedades esenciales. Esto es cierto, pero a mi juicio no extrae de ello una conclusión correcta. Su reflexión pone de manifiesto que la perspectiva del sujeto siempre está presente en el proceso de conocimiento, lo cual es interesante porque la perspectiva supone un punto de vista que obedece a un determinado fin o propósito que, como he indicado, otorga al concepto su dimensión no convencional. Ahora bien, no se entiende muy bien por qué a partir de ahí BULYGIN afirma que solo en virtud de nuestros conceptos las cosas tienen una naturaleza.

¹⁸. Cfr. Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1994, p. 25.

¹⁹. Aunque Alf Ross ve claros paralelismos entre el uso de concepto del concepto «derecho subjetivo» y el pensamiento mágico, afirma que, pese a que el derecho subjetivo carece de referencia semántica, sirve como técnica de presentación de situaciones jurídicas complejas y, por tanto, «es posible hablar con sentido acerca de derechos subjetivos, tanto en la forma de prescripciones como de descripciones» (Ross, Alf, *Tû-Tû*, traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, pp. 32-33. El original fue publicado en el volumen 70 (1957) de la *Harvard Law Review*). Por su parte, Karl Olivecrona coincide en que el derecho subjetivo no designa objeto alguno, pero cumple una función que él ubica en un ámbito psico-social. Aunque la palabra «derecho» no significa nada, no designa nada, «pasa visual o auditivamente a nuestra mente», y «nos hacemos la ilusión de que el término *derecho* significa 'poder' sobre el objeto, aun cuando se trate de un poder que no podemos aprehender. Y esta ilusión surge de un trasfondo emocional. En ciertas circunstancias, sobre todo en situaciones conflictivas, la idea de poseer un derecho da una sensación de poder» (OLIVECRONA, Karl, *El derecho como hecho*, traducción de Luis López Guerra, Barcelona, Labor, 1980, p. 173).

reses propios²⁰, y del cual surgen deberes para una o varias personas. Aunque haya habido discrepancias en torno a la presencia del derecho subjetivo en las fuentes romanas, parece pacífico, como afirma Villey, que «dicha acepción no tendría sino un lugar muy secundario y que ella no se afirma con suficiente nitidez»²¹. El derecho, el *ius* para los juristas romanos, era la cosa justa, aquello debido a cada cual, el objeto de la justicia, entendida como la perpetua y constante voluntad de dar a cada cual lo suyo, según la conocida fórmula de Ulpiano contenida en el Digesto²². El derecho era primariamente algo concreto y objetivo, o que había que tratar de determinar objetivamente, y no un poder del individuo para reclamar aquello que le era debido, al margen de que dicha facultad existiera²³. La subjetivización del derecho y con ella la aparición del derecho subjetivo entendido como poder o facultad otorgada a un individuo implica que «la materia del derecho ya no es la cosa exterior sino una realidad o cualidad personal, algo inherente a ésta»²⁴. Este profundo cambio puede verse como un proceso que tiene su origen en la Baja Edad Media y, sobre todo, alcanza verdadera importancia en los albores de la Edad Moderna.

En el marco de la polémica que tuvo lugar en el siglo XIV entre el Papa Juan XXII y los franciscanos se abrió paso una concepción diferente del *dominium*, elaborada doctrinalmente por Guillermo de Ockham, cuya finalidad fue defender la posibilidad de que los franciscanos hicieran un uso fáctico de los bienes que necesitaban para vivir sin ostentar título jurídico alguno sobre ellos. Como señala Carpintero, «las dos grandes preocupaciones de Ockham fueron demostrar que ni Cristo ni los Apóstoles poseyeron nada, ni en común ni a título particular, y que el uso de una cosa, del tipo que sea, mueble o inmueble, en nada se relaciona con el *dominium* que han inventado los cultivadores de las ciencias legales y jurídicas»²⁵. De ahí que Ockham destaque que todo dominio es una potestad o facultad que indican libertad de disposición, lo cual se opone a la ciencia jurídica romanista que «había entendido que el *dominium* es frecuentemente un *officium*, esto es, una situación jurídica objetiva vinculada al cumplimiento de unos fines determinados, de forma que el titular del derecho puede usar de

²⁰ Ese poder puede tenerse sobre una cosa, o puede concretarse en la posibilidad de actuar de determinada forma, o de exigir a otro/s un determinado comportamiento.

²¹ VILLEY, Michel, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, p. 35. Asimismo, cfr. AA. VV., *El derecho subjetivo en su historia*, Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2003, pp. 17-34.

²² Digesto, 1,1,10,1.

²³ Cfr. HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, 10.ª ed., Pamplona, Eunsa, pp. 15-53.

²⁴ GALLEGO, Elio A., *Tradición jurídica y derecho subjetivo*, op. cit., p. 53. Cfr., también, CARPINTERO, Francisco, *Derecho y ontología jurídica*, Madrid, Actas, 1993, p. 264 y ss.

²⁵ CARPINTERO, Francisco, «El desarrollo de la idea de libertad personal en la Escolástica», en AA. VV., *El derecho subjetivo en su historia*, op. cit., p. 72.

la discreción pero no del arbitrio»²⁶. Esa libertad de disposición va a ser presentada por Ockham como la significación misma del derecho, aunque previa a la manifestación de la vida jurídica por cauces legales. Carpintero observa que «toda su doctrina sobre el derecho pivota sobre una facultad o potestad humana general que es anterior al derecho positivo»²⁷. A partir de este momento la subjetivización del derecho es claramente visible, y es habitual entender el derecho como cierta facultad moral que cada uno tiene sobre lo que es suyo o sobre lo que se le debe, tal como lo define Francisco Suárez, que además ve en esta facultad el último y más estricto significado de derecho²⁸.

Ockham introduce una modificación en el concepto de derecho con un fin muy concreto como es la defensa de las tesis de la orden franciscana. De igual forma es posible ver en el subjetivismo jurídico un instrumento al servicio de unas tesis que, matices –a veces muy importantes– aparte, responden a unos fines comunes inspirados por la misma filosofía política cuyas principales características conviene identificar.

El tránsito a la modernidad que se desarrolla gradualmente desde la Baja Edad Media supuso cambios muy importantes en todos los ámbitos de la vida colectiva. De todos ellos interesa destacar aquellos que afectan a la manera de entender la relación entre el individuo y la sociedad²⁹. El aristotelismo que inspira la filosofía política durante la Edad Media entra en crisis. Para Aristóteles el hombre es un animal político, es social por naturaleza, y, por consiguiente, la sociedad como tal no necesita justificarse. El individuo se integra en ella y, pese a que ello pueda dar lugar a dificultades con la consiguiente exigencia de «ajustar» las conductas, tarea en la que halla su núcleo original de sentido la actividad jurídica, no existe una oposición entre el individuo y la sociedad. Todo cambiará cuando se discuta esa visión organicista del mundo en el que los seres naturales tienen unas esencias metafísicas que constituyen la causa final del movimiento y les con-

²⁶. *Ibid.*, p. 74. Del mismo autor, cfr. *Libertad y derecho*, México, Escuela libre de Derecho, 1999, pp. 107-113.

²⁷. CARPINTERO, Francisco, «El desarrollo de la idea de libertad personal en la Escolástica», en AA. VV., *El derecho subjetivo en su historia, op. cit.*, p. 77.

²⁸. CARPINTERO, Francisco, *Derecho y ontología jurídica, op. cit.*, p. 264.

²⁹. Cfr. SERNA, Pedro, «Notas para la elaboración del concepto de derecho desde una perspectiva hermenéutica», en *Estudios de Filosofía del Derecho y Filosofía Política. Homenaje a Alberto Montoro Ballesteros*, Murcia, Universidad de Murcia, 2013, p. 702: «Lo que sí es cierto es que a partir de la baja Edad media la idea de un orden social natural comenzaría a decaer y que en el iusnaturalismo moderno el «estado natural» del hombre es contemplado más bien como un caos. La sociedad es vista como un artificio, dotado de un orden creado por vía de la legalidad. Razonablemente, la idea de derecho se desplaza entonces hacia la ley, hacia el sistema normativo, no porque se abandone la referencia a la idea de orden, sino porque se empieza a pensar que la ordenación de las relaciones sociales es fruto del pacto, o de la ley positiva, como se advierte con claridad en el pensamiento de Hobbes, Locke o Rousseau, por señalar solo a algunos de los autores más destacados».

ducen a su plena realización³⁰. La visión organicista del mundo da paso a una concepción mecanicista que para alcanzar conocimientos libres de error propone analizar cada uno de los elementos más simples de esa gran máquina que es el universo con el fin de observar cómo funcionan e identificar regularidades del comportamiento³¹. Como observa Sabine, «la filosofía moderna no podía encontrar nada aparentemente tan sólido e indudable como la naturaleza humana individual»³². En la antigüedad o en la filosofía política medieval la sociedad no exigía justificación alguna, «el hombre como miembro de una comunidad organizada podría haber constituido el axioma, como en términos generales lo fue para Platón y Aristóteles, y el hombre como individuo la deducción»³³. En cambio, para las teorías del ius-naturalismo racionalista, sobre todo las que surgen con posterioridad a Hobbes, es la calidad de miembro del grupo lo que necesita explicación: «La sociedad es para el hombre, no el hombre para la sociedad; como dijo Kant, la humanidad debe ser considerada siempre como un fin y no como un medio. El individuo es anterior lógicamente y éticamente. Para la filosofía del siglo xvii las relaciones aparecen siempre como menos importantes que las sustancias: el hombre era la sustancia; la sociedad, la relación. Esta supuesta prioridad del individuo pasó a ser la calidad más notoria y persistente de la teoría del derecho natural y lo que diferencia de modo más claro a la teoría medieval moderna»³⁴.

El derecho subjetivo se convierte en el concepto que expresa de la mejor manera posible la libertad originaria de la que gozaban los seres humanos, y ello va a conducir a una disyuntiva de la que va a ser difícil salir, pues «por un movimiento dialéctico se pasa insensiblemente a suponer que «la otra» categoría posible es la de *dominación*»³⁵. Esta dialéctica es claramente visible en la obra de Hobbes, pues si el derecho natural es la libertad de la que gozan los individuos en el estado de naturaleza³⁶, será necesario un pacto social que sirva para instituir

³⁰ Cfr. COPLESTON, Frederick, *Historia de la filosofía. Tomo 4.*, traducción de Juan Carlos García Borrón, 6.ª ed., Barcelona, Ariel, 2004, pp. 19-20.

³¹ Cfr. BALLESTEROS, Jesús, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 17-24.

³² SABINE, George H., *Historia de la teoría política*, traducción de Vicente Herrero, 3.ª edición, México, Fondo de Económica, 1994, p. 336.

³³ *Ibidem.*

³⁴ *Ibidem.*

³⁵ CARPINTERO, Francisco, *Derecho y ontología jurídica, op. cit.*, p. 265.

³⁶ HOBBS, Thomas, *Leviatán*, XIV, se cita por la edición de Alianza Editorial, con traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo, Madrid, 2004, p. 119: «El derecho natural, que los escritores llaman comúnmente *ius naturale*, es la libertad que tiene cada hombre de usar su propio poder según le plazca, para la preservación de su propia naturaleza, esto es, de su propia vida; y, consecuentemente, de hacer cualquier cosa que, conforme a su juicio y razón, se conciba como la más apta para alcanzar ese fin». En el mismo sentido *De Cive*, 1,7 (Se cita por la edición de Alianza Editorial con traducción y prólogo de Carlos Mellizo, Madrid, 2000), p. 60: «La palabra *derecho* no significa otra cosa que la libertad que todo hombre tiene para hacer uso de sus propias facultades de acuerdo con la recta razón. Por lo tanto, el primer fundamento del dere-

un soberano capaz de poner orden a través de sus mandatos. El derecho en sentido estrictamente jurídico se manifiesta en los mandatos coactivos del soberano, que puede autolimitar su poder para atribuir a los individuos esferas de libertad jurídica. Sustraerse de la disyuntiva libertad-dominación solo es posible si la «dominación» en realidad no se interpreta como tal y es vista como garantía de la libertad. Es justo lo que sucede con Locke y con la tradición liberal en el continente europeo³⁷. Aquí el derecho natural no se interpreta en el sentido hobbesiano de una libertad omnímoda, sino como unos bienes concretos, la libertad natural, la vida, la salud y las posesiones en que se materializa el uso de esa libertad natural, de los que los individuos gozan en el estado de naturaleza, y que el poder político constituido por el consentimiento de los individuos debe garantizar³⁸. La única

cho natural es éste: que *todo hombre procure, en la medida de sus fuerzas, proteger su vida y sus miembros*». La existencia de lo que Hobbes denomina «leyes de la naturaleza» en el estado de naturaleza no supone la existencia de una reglas de contenido moral, habida cuenta de que para Hobbes dichas leyes no lo son propiamente. Al respecto, *Leviatán*, 15: «Los hombres han solido dar el nombre de leyes a estos dictados de la razón, pero lo han hecho impropriadamente. Porque los dictados de la razón solo son conclusiones o teoremas que se refieren a todo aquello que conduce a la conservación y defensa de uno mismo, mientras que la ley, propiamente hablando, es la palabra de quien, por derecho, tiene mando sobre los demás» (p. 143 de la citada edición). Pese a que autores como BOBBIO han sostenido que HOBBS es el iniciador del «iusnaturalismo» moderno (cfr. BOBBIO, Norberto, *Da Hobbes a Marx*, 2.^aed., Napoli, Morano, 1971, p. 56 y ss.), parece más adecuado considerarlo el iniciador del positivismo jurídico habida cuenta de su rechazo a considerar tanto el derecho natural como las leyes naturales en sentido estrictamente jurídico. El propio Bobbio coincide en que para Hobbes el derecho natural es una libertad contrapuesta a cualquier regulación legal, una libertad a hacer cualquier cosa indispensable para conservar la vida (p. 57). En cualquier caso, coincido con LÓPEZ HERNÁNDEZ, José, *Historia de la filosofía del derecho clásica y moderna*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 287, en que «Hobbes concibe el derecho natural de una manera original y distinta de la mayoría de autores, tanto clásicos como modernos».

³⁷ LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, 6, 57: «La ley, entendida rectamente, no tanto constituye la limitación como la dirección de las acciones de un ser libre e inteligente hacia lo que es de su interés; y no prescribe más cosas de las que son necesarias para el bien general de quienes están sujetos a dicha ley. Si los hombres pudieran ser más felices sin ella, la ley se desvanecería como cosa inútil. Malamente podríamos dar el nombre de limitación a aquello que nos protege de andar por tierras movedizas y de caer en precipicios. De manera que, por muchos que sean los malentendidos sobre el asunto, la finalidad de la ley no es abolir o restringir, sino preservar y aumentar nuestra libertad». Se cita por la edición de Alianza Editorial, traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo, Madrid, 2000, p. 79.

³⁸ Las referencias de LOCKE a la libertad y a las posesiones de las que disfrutaban los hombres en el estado de naturaleza aparecen desde el comienzo de su obra y permiten interpretar dichos bienes como derechos naturales. Ello especialmente claro cuando se refiere a que la ley de la naturaleza exige que nadie dañe a otro «en lo que atañe a su vida, salud, libertad o pesesiones» (*Segundo Tratado...*, 2, 6, p. 38), pero sobre todo cuando se refiere a los fines de la sociedad política y del gobierno. LOCKE reconoce que aunque en el estado de naturaleza «tiene el hombre todos esos derechos, está, sin embargo, expuesto constantemente a la incertidumbre y a la amenaza de ser invadido por otros» (*Segundo Tratado...*, 9, 123, p. 134). Por ello, la finalidad de la

forma de articular esas libertades será a través de la ley, que en este caso se interpreta de forma positiva, como garantía de los derechos: «Desde el punto de vista del ciudadano, todo ello es constitutivo de su máximo derecho individual: *el derecho de presumirse libre* mientras una ley no diga lo contrario. Las libertades no son por lo tanto límites eventuales a un poder potencialmente omnicomprendivo, sino ciertamente lo contrario: las libertades son *potencialmente indefinidas*, salvo su legítima limitación por parte de la ley»³⁹. Por uno u otro camino se desemboca en la primacía de la ley que constituye la base del modelo tradicional de Estado de Derecho.

Los presupuestos individualistas y contractualistas que caracterizan la modernidad y que inspiran la obra revolucionaria no solo desembocan en la primacía de la ley, sino que el mismo fundamento de las libertades en el Estado legalista de Derecho va a terminar viéndose afectado: «Se agota el desarrollo histórico del iusnaturalismo moderno que se inició en el siglo xvii. En otras palabras, ya no parece posible fundar los derechos y las libertades sobre el gran argumento del estado de naturaleza, contraponiendo el derecho natural de las libertades al derecho positivo del Estado. Tal operación parece *fruto del tiempo histórico específico de la revolución*, que se piensa definitivamente desaparecido y que todavía no conocía –como hemos visto– la plena e integral soberanía del Estado nacional y de su derecho. Ahora existe un solo y único derecho, el derecho positivo del Estado. En él, y solo en él, los derechos y libertades deben encontrar el fundamento y las oportunas formas de tutela»⁴⁰. El precio que se paga es elevado: se carece de argumentos frente a los posibles excesos del poder estatal cuando este se ejerce de forma despótica. Fioravanti lo ve con toda claridad cuando se pregunta cómo impedir que el legislador viole los derechos individuales que él mismo ha constituido, sobre todo cuando además las Declaraciones de derechos incorporadas a las Constituciones habían sido privadas de valor jurídico. Su respuesta no puede ser más clara: «en la lógica *rigurosa y exclusivamente* estatalista, son preguntas *sin respuesta*. En efecto, una vez emprendido el camino de la soberanía del Estado, y de la absoluta obligatoriedad de su derecho, resulta *absolutamente imposible* individualizar un punto de referencia

sociedad civil es garantizar mejor tales derechos: «Aunque los hombres, al entrar en sociedad, renuncian a la igualdad, a la libertad y al poder ejecutivo que tenían en el estado de naturaleza, poniendo todo esto en manos de la sociedad misma para que el poder legislativo disponga de ello según lo requiera el bien de la sociedad, esa renuncia es hecha por cada uno con la exclusiva intención de preservarse a sí mismo y de preservar su libertad y su propiedad de una manera mejor, ya que no puede suponerse que criatura racional alguna cambie su situación con el deseo de ir a peor» (*Segundo Tratado...*, 9, 131, p. 138).

³⁹ FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales*, presentación de Clara Álvarez Alonso, traducción de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, pp. 40-41.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 118.

externo –en hipótesis la constitución– para fundamentar la legitimidad del derecho estatal»⁴¹.

Por otra parte, es claramente visible a lo largo del siglo XIX y principios del XX la presencia en el continente europeo de corrientes de pensamiento jurídico contrarias al iusnaturalismo individualista que está en la base de las declaraciones de derechos de finales del siglo XVIII. Entre ellas destaca el historicismo característico de la Escuela histórica del Derecho, enraizado en el movimiento cultural romántico, que tanta importancia tiene para explicar el predominio de la visión estatalista del Derecho y de los derechos –interpretados como una autolimitación del Estado– en Alemania⁴². Por su parte, en Francia, la influencia del positivismo científico de Comte y de la sociología de Durkheim se proyectó en el ámbito jurídico en una corriente antiindividualista particularmente visible en la obra de Leon Duguit⁴³. Este autor, tras reconocer que «la Declaración de los derechos del hombre, el Código de Napoleón y todos los códigos modernos que proceden más o menos de esos dos actos, descansan en una concepción puramente individualista del derecho»⁴⁴, criticará la noción de derecho subjetivo, que califica de «metafísica», y la concepción del Derecho que de ella se deriva⁴⁵. Duguit propondrá en su lugar un sistema jurídico que ponga en primer plano el concepto de «función social»: «El hombre no tiene derechos; la colectividad tampoco. Pero todo individuo tiene en la sociedad una cierta función que cumplir, una cierta tarea que ejecutar»⁴⁶. Estas corrientes antiindividualistas reforzaron una visión estatalista que en el terreno político se tradujo en apelaciones a la nación y a su elemento personal, el pueblo, entendido de una forma impersonal y abstracta, que favorecieron el surgimiento de partidos de masas que en la década de los años veinte y treinta del siglo XX condujeron a un totalitarismo frente al cual no se pudieron oponer ni la Constitución, ni los derechos individuales que en el modelo liberal de Locke constituían la razón de ser del poder político.

El actual Estado constitucional de Derecho presenta rasgos que lo diferencian notablemente del Estado de Derecho legalista, hasta el punto de que algún autor afirma que supone una transformación «tan

⁴¹ *Ibid.*, pp. 122.

⁴² Cfr. FASSÒ, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho 3*, traducción y apéndice final de José F. Lorca Navarrete, Madrid, Eudema, 1996 (obra original publicada en 1970), pp. 43-56.

⁴³ Al respecto, cfr. ARA PINILLA, Ignacio, *El fundamento de los límites al poder en la teoría del Derecho de Léon Duguit*, Madrid, Dykinson, 2006, especialmente pp. 106-117.

⁴⁴ DUGUIT, Leon, *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*, traducción de Carlos González Posada, Valparaíso, Edeval, 1987 (el original fue publicado en 1912), p. 23.

⁴⁵ Cfr. ARA PINILLA, Ignacio, *El fundamento de los límites al poder...*, *op. cit.*, pp. 134-147.

⁴⁶ DUGUIT, Leon, *Las transformaciones generales del Derecho privado*, *op. cit.*, p. 32.

grande como no se había dado desde hace unos dos siglos»⁴⁷. Destaca la posición central que en él ocupan los derechos fundamentales fundados en la dignidad humana. La primacía de la ley ha dejado paso a la primacía de los derechos, de forma que si en el clásico Estado de Derecho la ley daba la medida de los derechos, hoy son los derechos los que miden las leyes⁴⁸. Se aspira a convertir tales derechos en una barrera frente a los abusos que pueda cometer el poder político, y por ello podría pensarse que se trata de hacer realidad, esta vez sí, el modelo de Estado liberal de Derecho en el que la garantía de las libertades era el fin de toda asociación política, y en buena lógica debía hallar en ellas el límite de su actuación. Si en esa limitación del poder político por los derechos se halla la raíz del constitucionalismo, el Estado constitucional de Derecho representa un neoconstitucionalismo, término que ha terminado imponiéndose para referirse al Estado constitucional de Derecho. Pues bien, la pregunta que cabe formular es si estamos ante un movimiento pendular, de tal forma que, ante las atrocidades cometidas en nombre de la nación –entendida como ente orgánico que pervive en el tiempo y en la que se integran los individuos–, se trata de regresar a un modelo individualista de riguroso respeto a los derechos de la persona que en la práctica nunca terminó de triunfar en el continente europeo⁴⁹. Pienso que la respuesta debe ser negativa. Dejando al margen cuál fue la sensibilidad que inspiró las constituciones elaboradas con posterioridad a la II Guerra Mundial, hay un rasgo del Estado constitucional de Derecho que en mi opinión exige superar la visión individualista y subjetivista que caracteriza la filosofía política propia de la Edad moderna: la doble dimensión de los derechos fundamentales.

El cambio que introduce el Estado constitucional de Derecho –sobre todo gracias a la labor desarrollada por el Tribunal Constitucional Federal alemán a mediados de los años cincuenta– con relación a los derechos fundamentales consiste en afirmar que estos no son únicamente un bien para su titular, sino que al mismo tiempo son un bien colectivo para la sociedad, de ahí que sean vistos como instituciones básicas del sistema democrático⁵⁰. Ciertamente, en algunas socieda-

⁴⁷ PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Rule of Law o Estado de Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 114.

⁴⁸ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y Positivismo*, 2.ª ed., México, Fontamara, 1999, pp. 16-19.

⁴⁹ La dignidad de cada individuo, de cada persona humana, estuvo claramente presente en los trabajos preparatorios de la Ley Fundamental de Bonn. Así, por ejemplo, el art. 1.1, según el proyecto Herrenchiemsee, rezaba así: «El Estado está para servir los individuos y no el individuo para servir al Estado». Cfr. SCHNEIDER, Hans Peter, *Democracia y Constitución*, prólogo de Luis López Guerra, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 17.

⁵⁰ Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, prólogo de Francisco J. Bastida, traducción de Ignacio Villaverde y Juan Luis Requejo, Baden-Baden, Nomos, 1993, pp. 99-116; HESSE, Konrad, «Constitución y Derecho Constitucional», en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE, *Manual de Dere-*

des esta afirmación puede quedarse en un simple deseo a la vista de las dificultades para ejercer algunos derechos fundamentales. También es posible pensar en derechos fundamentales del individuo al margen de una sociedad concreta, lo cual llevaría a pensar que los derechos son un bien individual que posteriormente hay que hacer valer en el marco de cada sociedad con los consiguientes conflictos de diversa índole, incluidas colisiones con bienes colectivos. Estas observaciones podrían llevar a pensar que la doble dimensión de los derechos fundamentales es una tesis política que no refleja la realidad. Sobre ello conviene realizar dos precisiones:

En primer lugar, que los derechos fundamentales sean pensables sin referencia a una determinada sociedad no significa que estemos ante bienes individuales cuya plena inteligibilidad pueda lograrse al margen de la inserción del individuo en la sociedad. Los perfiles de los derechos fundamentales se comprenden adecuadamente a partir de una indagación teleológica, frecuentemente antropológica, que no pasa por imaginar al individuo en un hipotético estado de naturaleza, sino teniendo presente la dimensión social del ser humano. Cuestión distinta es determinar cuándo se han ejercido legítimamente, para lo cual no basta pensar al individuo en sociedad, sino que es necesario conocer la estructura de la sociedad concreta en la que se lleva a cabo el ejercicio del derecho.

En segundo lugar, sin duda la tesis de la doble dimensión de los derechos fundamentales es una tesis política con importantes consecuencias jurídicas. Implica un modelo de convivencia en el que se sostiene que los derechos fundamentales, además de bienes individuales, son el núcleo del bien común. Si se desea que esa tesis tenga operatividad práctica, tanto la delimitación del derecho fundamental como la valoración de cuándo se han ejercido legítimamente deben contemplar la inserción de los derechos fundamentales en la estructura social. Esto no significa obviar que pueden producirse conflictos de pretensiones o desajustes en el ejercicio de los derechos fundamentales, sino realizar un esfuerzo por cohesionar derechos fundamentales entre sí y también con otros bienes colectivos, y no optar por soluciones que conlleven su sacrificio⁵¹.

Si los derechos fundamentales son bienes colectivos, y lo son con carácter previo a la actuación de los poderes públicos –pues de lo contrario no tendría sentido la exigencia de respeto al contenido esencial

cho Constitucional, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 91. Esta doble dimensión de los derechos fundamentales ha sido consagrada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español a partir de la STC 25/1981, de 14 de julio, fundamento jurídico 5.º Cfr., también, CRUZ, Luis M., *La Constitución como orden de valores*, presentación de Pedro Serna, Granada, Comares, 2005.

⁵¹ Al respecto, cfr. DE DOMINGO, Tomás, *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, estudio preliminar de Antonio Luis Martínez-Pujalte, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001; *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional: teoría general e implicaciones prácticas*, op. cit., especialmente, pp. 107-138.

de los derechos fundamentales—, es evidente que la visión de los mismos como facultades del individuo que deben ser preservadas en caso de posibles colisiones con bienes colectivos debe ser reconsiderada⁵². La clave para ser capaces de entender el Estado constitucional de Derecho y, sobre todo, para lograr su correcta articulación práctica, consiste, a mi juicio, en recuperar una concepción social de la persona que supere la dialéctica individuo-sociedad y reestablezca la primacía de lo relacional frente al individuo abstracto. En este contexto, el concepto de derecho subjetivo debería ser repensado para destacar que disponer de un derecho consiste sobre todo en tener atribuido algo que es debido a su titular por un título justo, ocupando un lugar secundario, aunque sin duda importante, la existencia de un poder para ejercer aquello que nos es debido o para exigir que nos sea respetado. Es el momento de desarrollar esta idea.

5. ALGUNAS CLAVES PARA LA RECONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO

Alexy afirma que en la discusión sobre los derechos subjetivos pueden analizarse cuestiones sumamente distintas: normativas, empíricas y analíticas⁵³. Las observaciones realizadas sobre el origen y la vinculación del derecho subjetivo al individualismo propio de la filosofía política moderna y el cambio de filosofía política que introduce el Estado constitucional de Derecho se enmarcarían dentro de lo que Alexy denomina cuestiones normativas, concretamente de carácter ético-filosófico. No obstante, aunque se admita que no hay que confundir unas y otras cuestiones, una aproximación analítica al estudio del derecho subjetivo no puede prescindir de una toma de posición sobre los problemas que han sido puestos de relieve en el epígrafe anterior.

Al examinar los problemas analíticos, Alexy presenta el derecho subjetivo como una posición jurídica otorgada por una norma en la que el titular del derecho *a* tiene frente al destinatario del derecho *b* un derecho a *G*, y, en aras a evitar confusiones, propone distinguir entre (a) razones para los derechos subjetivos, (b) derechos subjetivos como posiciones y relaciones jurídicas y (c) la impositividad jurídica de los derechos subjetivos⁵⁴. Esta última cuestión es la relativa a la justicia-bilidad, y se trata de responder a si el derecho solo existe cuando es

⁵² La idea de que los derechos fundamentales constituyen bienes de carácter individual que pueden entrar en colisión con bienes colectivos, exigiendo una ponderación que examine la intensidad de afectación y sacrificio de unos y otros, ha continuado y continúa presente. Así se observa, por ejemplo, en ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del Derecho*, traducción de Jorge Malem, Barcelona, Gedisa, 1992, pp. 186 y ss.

⁵³ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 173 y ss.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 178.

posible exigirlo eficazmente ante los tribunales de justicia. Antes de abordarla es necesario reflexionar sobre si un derecho subjetivo representa primariamente una posición de poder, o más bien dicha posición de poder es el resultado de tener un derecho.

A la hora de repensar un concepto hay que tener muy presente, e incluso es conveniente, partir del uso habitual que se hace del mismo. A partir de ese uso habitual, no parece haber inconveniente en proponer cambios de acento debidamente justificados con el fin de dar una mejor respuesta a nuevas realidades que emergen y que es necesario aprehender conceptualmente para lograr avances científicos, pero siempre sin violentar el uso habitual del concepto, pues en ese caso lo más honesto intelectualmente puede ser mostrar su carácter falaz o inútil y proponer desecharlo. En el caso del derecho subjetivo, parece indiscutible que este alude a algo valioso o positivo que le es debido actualmente a su titular o cuya exigencia de reconocimiento o atribución es demandada. Esta simple observación ya pone de relieve que no resulta razonable una interpretación del derecho subjetivo que suponga un retorno a la concepción clásica según la cual el *ius*, la cosa justa o el objeto de la justicia, era aquello que le correspondía a cada cual, y ello podía incluir no solo ventajas, sino cargas que en justicia se debía soportar⁵⁵. La connotación del derecho subjetivo como algo ventajoso o favorable a su titular parece un rasgo del que no se puede prescindir sin desdibujar por completo este concepto⁵⁶.

Si se atiende a la posición de poder del titular del derecho, es posible preguntarse si el derecho consiste propiamente en dicha posición o más bien la posición es el resultado de tener un derecho, en cuyo caso habría que determinar cuál es el elemento primario que identifica el derecho y que da lugar a la posición de poder de la que goza el titular del mismo. La cuestión planteada tiene más trascendencia de la que a primera vista puede parecer. Si el derecho consiste primariamente en la posición de poder con el consiguiente deber para el destinatario del mismo, el derecho subjetivo sería un concepto de naturaleza deóntica que reclamaría una indagación tendente a elucidar en términos deónticos las relaciones entre el titular y el destinatario del derecho. Obviamente, en la medida en que el derecho otorga una posición de poder y de deber, siempre admite un análisis en términos deónticos, pero si dicha posición no es el punto de arranque del concepto se vislumbra que estamos ante un concepto en el que los elementos valorativos tienen prioridad⁵⁷.

⁵⁵ Cfr. FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, traducción y estudio preliminar de Cristóbal Orrego, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pp. 238.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ En este sentido, cfr. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 120: «[E]n los enunciados permisivos constitucionales hay un aspecto de juicio de valor que tiene prioridad sobre el aspecto directivo de la prohibición de interferencia».

Si la posición de poder viene dada por el hecho de tener un derecho, el derecho solo puede consistir en tener reconocido o atribuido algo que se reputa valioso, al menos para su titular⁵⁸. Por esa razón sería posible caracterizar los derechos subjetivos como bienes. Como en muchas ocasiones lo reconocido o atribuido consiste en una posición de poder frente a un destinatario, es fácil confundir ambas cosas, pero la posibilidad de distinguir lo reconocido o atribuido de la posición en términos deónticos en que ello se traduce no solo permanece abierta, sino que resulta conveniente. Por ejemplo, la Constitución española establece en el art. 18.1 que se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Se ve aquí con toda claridad el momento del reconocimiento de dichos bienes como el elemento primario del derecho. Dado que el reconocimiento se produce en esos términos, se requiere una labor hermenéutica que precise las posiciones de poder y de deber del derecho, posiciones que pueden ir ampliándose como consecuencia de las nuevas dimensiones que se observan en el bien que constituye el derecho a la luz de las transformaciones que tienen lugar en la sociedad.

Si el elemento primario del derecho subjetivo es aquello que se reconoce o atribuye a su titular y por tanto le es debido, resulta significativo el cambio que se opera a la hora de pensar el derecho, ya que cobra primacía el débito frente a la exigibilidad, es decir, precisamente porque el derecho es algo debido resulta exigible y no al revés⁵⁹. Pero, a mi juicio, lo más relevante es que esta perspectiva conlleva la superación del individualismo al que tradicionalmente ha estado ligado este concepto. En efecto, si la mentalidad individualista subrayaba que el derecho constituía una facultad moral del individuo, aunque recayera sobre aquello que es suyo o se le debe –tal como reza la clásica definición de Francisco Suárez–, observar el derecho como algo debido a su titular sugiere volver a pensar el derecho desde una pers-

⁵⁸ Identificar el derecho con lo reconocido o atribuido a su titular presupone la existencia de un título que lleve a cabo dicho reconocimiento o atribución, título que lógicamente consistirá en una norma jurídica. Esto puede hacer pensar que se coincide con Kelsen cuando afirma que «allí donde existe un derecho subjetivo debe presuponerse la existencia de una regla jurídica. Los derechos subjetivos no pueden existir antes que el derecho objetivo» (Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, 2.ª ed., traducción de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1958, p. 93). Sin embargo, que la norma sea requisito para la plena existencia del derecho no implica, a diferencia de lo que sostiene Kelsen, una prioridad del deber sobre el derecho, pues la norma que atribuye o reconoce el derecho cumple una función constitutiva (también puede cumplir asimismo una función regulativa, aunque no necesariamente) a partir de la cual surgen deberes para los destinatarios del derecho.

⁵⁹ Cfr. GALLEGO, Elio A., *Tradicón jurídica y derecho subjetivo*, op. cit., pp.65-71; HERVADA, JAVIER, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, 3.ª ed., Pamplona, Eunsa, 1991, p. 209: «Cumplido el plazo de devolución de un préstamo, existe el deber jurídico, de justicia, de pagar, sin esperar a la reclamación por parte del prestamista. Si fuese verdad la tesis de la primacía del derecho subjetivo [entendido como poder de exigir coercitivamente el pago], sin reclamación del acreedor no habría obligación de pagar, lo cual es a todas luces falso».

pectiva en la que el titular del mismo es punto de llegada y no de partida. Esto podría conducir a pensar que los derechos son una concesión del poder político y, por tanto, a una visión estatalista de los mismos incompatible con el fundamento axiológico del Estado constitucional de Derecho, que remite a la dignidad humana y al respeto a sus derechos como base de la comunidad política. No creo, sin embargo, que haya necesidad de interpretarlo así, porque la fuerza del derecho en términos axiológicos viene dada por la razón a la que se apela a la hora de reconocer o atribuir algo como debido. He venido señalando que lo debido puede ser algo que se reconoce o atribuye como tal, y que da lugar a posiciones de poder y a posiciones de deber. La visión estatalista incompatible con el Estado constitucional de Derecho sería aquella que considera que todos los derechos fundamentales se fundamentan en una concesión o atribución por parte del poder político. No sucede lo mismo cuando el poder constituyente reconoce como debidos determinados ámbitos de actuación o de la personalidad humana en atención a la dignidad humana. En este caso lo debido gana la fuerza de verse reconocido como algo inherente al individuo.

Si lo reconocido o atribuido constituye el elemento primario, el derecho subjetivo se abre a una dimensión social, dado que lo debido a cada cual es algo que se determina socialmente, aunque luego se traduzca en posiciones de poder individual⁶⁰. Por ello, esta manera de entender el derecho subjetivo, que me parece perfectamente compatible con el uso habitual del lenguaje, admite con mucha menor dificultad la doble dimensión de los derechos fundamentales a la que se hizo referencia en el epígrafe anterior que si se interpretan como posiciones jurídicas del individuo desvinculadas de las exigencias propias de la vida colectiva y, por tanto, llamadas a entrar en frecuentes colisiones cuando el titular de las mismas aspira a verlas satisfechas interpretándolas exclusivamente como parcelas de poder individual. Sólo cuando se contempla la comunidad política desde una perspectiva global tiene sentido pleno afirmar que aquello reconocido o atribuido al individuo es valioso para él y, además, valioso para el conjunto de la sociedad cuando es ejercido legítimamente. Y conviene señalar –aunque no es posible desarrollarlo aquí– que dicho ejercicio legítimo pasa por acomodarlo a las estructuras sociales buscando una vía de inserción armonizadora que no siempre es posible alcanzar⁶¹.

Conviene salir al paso de una posible objeción a la tesis formulada, según la cual los derechos subjetivos son primariamente bienes reconocidos o atribuidos a su titular. La objeción pondría de manifiesto que sería posible reconocer o atribuir algo a un individuo, sin que ello se traduzca en una posición de poder jurídico. En coherencia con lo

⁶⁰ Cfr. FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, op. cit., pp. 239-246.

⁶¹ Al respecto, cfr. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis, y DE DOMINGO, Tomás, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional: teoría general e implicaciones prácticas*, op. cit., pp. 129-138.

expuesto, debería seguir hablándose de la existencia de un derecho; sin embargo, el uso habitual del lenguaje parece reclamar la existencia de una posición de poder jurídico individual, aunque ésta no constituya el elemento primario del derecho. Citando a Ihering, Alexy se refiere a una situación «caracterizada por el hecho de que no existe ninguna duda acerca de que *N* es aplicable en el caso de *a*, pero se duda acerca de si *N* confiere algún derecho subjetivo. El ejemplo clásico que se utiliza para ilustrar esta cuestión es el de la protección aduanera de Ihering: «La ley que, en interés de ciertos ramos industriales, introduce protecciones aduaneras *beneficia* a los fabricantes, los *promueve*, *protege* en sus negocios y, sin embargo, no les confiere ningún *derecho* [...]. Lo que existe aquí es solo un *efecto reflejo*, una relación que, desde luego, tiene una gran similitud con el derecho pero, con tanto mayor cuidado tiene que ser separado de él»⁶². Si una regulación legal introduce un cambio en un determinado sector social que indirectamente beneficia a determinadas personas no cabe afirmar que se estén reconociendo o atribuyendo derechos. Ahora bien, si una ley, pensemos en la denominada ley antitabaco, prohíbe fumar en determinados espacios, es decir, atribuye como algo debido a cualquier persona disfrutar de un aire limpio de las impurezas del tabaco, al margen de que la ley no articulara mecanismos de exigibilidad concretos para que los ciudadanos reaccionaran frente al establecimiento que incumple la ley, no veo dificultad en sostener que se tiene un derecho que, además, puede pensarse como una posición del sujeto con relación al bien. Si dicha posición no se tradujera en un mecanismo concreto para hacer valer el derecho, cabría argumentar que un derecho está siendo lesionado impunemente. Por lo tanto, la clave para poder identificar la existencia de un derecho radica en la posibilidad de individualizar algo como atribuido o debido a alguien.

Abordaré finalmente la justiciabilidad en relación con el derecho subjetivo. En la STC 247/2007, el Tribunal Constitucional sostiene que para que exista un derecho subjetivo en sentido estricto la posición jurídica a la que da lugar debe ser jurídicamente imponible. El Alto Tribunal comparte así la opinión de Kelsen, para quien el derecho subjetivo en sentido estricto es el poder jurídico, convenientemente precisado por la norma, para hacer valer un deber existente⁶³. Alexy reconoce el «alto grado de plausibilidad» de esta tesis, pero ello no es óbice para que considere posible seguir hablando de derechos subjetivos cuando se carece de capacidad para hacerlos valer judicialmente⁶⁴. ¿Estos derechos sin capacidad de imposición serían derechos en sentido jurídico? Alexy no responde a la pregunta, sino que se limita a

⁶² ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 175.

⁶³ Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, op. cit., p. 90.

⁶⁴ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 182. En concreto, Alexy cita un ejemplo de la Ley Fundamental de Bonn y afirma que «normas tales como la del art. 19 frase 4 LF, que abre la vía judicial a todo aquel que sea lesionado en

afirmar: «Aquí subyace un problema más profundo que afecta a la estructura del orden jurídico. ¿Pertenece a un orden jurídico solo aquello que en cada caso es susceptible de imposición judicial, o pueden pertenecer a él también posiciones que no son susceptibles de imposición judicial porque, por ejemplo, su imponibilidad es inconciliable con el papel que juegan en el orden jurídico o cuya imposibilidad no es reconocida pero, puede ser exigida desde el punto de vista del orden jurídico?»⁶⁵.

En España, Laporta, en un trabajo que constituye un punto de referencia indiscutible en esta materia, niega que la idea usual de lo que se entiende por tener un derecho remita a la existencia previa de un deber exigible coactivamente, tesis en la que coincide con McCormick⁶⁶, quien ve en los derechos de los niños un claro ejemplo de que son los derechos los que justifican la existencia de los deberes y no al revés: «El lenguaje de los derechos (...) suele llevar consigo la sugerencia fuerte de que el origen o el fundamento de esas obligaciones que se hacen gravitar en los demás es, precisamente, la previa existencia de mi derecho, o, lo que es lo mismo, que los demás tienen algún deber u obligación con respecto a mí *porque* (en su doble sentido) yo tengo previamente un derecho, y no al revés como acaba forzosamente por concluir la tesis fuerte de la correlatividad»⁶⁷. Si es el derecho de alguien lo que justifica los deberes, la ausencia de mecanismos coercitivos para hacer cumplir esos deberes necesarios para la satisfacción del derecho no anula la posibilidad de seguir hablando de derechos, ni siquiera de afirmar su existencia como tales, porque para Laporta no hay que confundir los derechos con las técnicas de protección de los derechos: «Lo que quiero sugerir es que los “derechos” son *algo* que, por así decirlo, está *antes* que las acciones, pretensiones o exigencias, *antes* que los poderes normativos, *antes* que las libertades normativas y *antes* que las inmunidades de status. Se entienden mejor cuando se les concibe como el *título* que subyace a todas esas técnicas de protección y a otras más». Y, seguidamente, precisa: «Sugiero que cuando usamos la noción de “derecho” no estamos haciendo referencia a ciertas normas primarias o secundarias de un cierto sistema normativo, sino a la razón que se presenta como justificación de la existencia de tales normas»⁶⁸. Con ello Laporta está señalando que el lenguaje de los derechos remite primariamente al terreno axiológico y no tanto a enunciados deónticos.

sus derechos por el poder público, serían superfluas si se presupone una definición que incluye ya en el concepto de derecho subjetivo la capacidad de demandar»

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 182-183.

⁶⁶ MCCORMICK, Neil, «Los derechos de los niños: una prueba de fuego para las teorías de los derechos», traducción de Mercedes Carreras y Antonio Luis Martínez-Pujalte, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 1988, pp. 293-305.

⁶⁷ LAPORTA, Francisco, «Sobre el concepto de los derechos humanos», en *Doxa* (Alicante), 4(1987), p. 25.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 27-28.

Conviene aclarar la posición de Laporta, porque a su vez puede servir para precisar mejor la diferencia entre qué es un derecho y el fundamento del derecho. Laporta reitera que un derecho es algo valioso para alguien que sirve de razón para articular un mecanismo de protección. Al ser algo valioso también se refiere en alguna ocasión a ellos como «bienes» que «precisamente por su especial valor a los ojos del sistema normativo en cuestión constituyen razones, y suministran una justificación, para articular una protección específica para ellos»⁶⁹. Atienza y Ruiz Manero sostienen que a la posición de Laporta «podría acusársele de confundir los derechos con el fundamento de los derechos»⁷⁰, y a ello replica Laporta que no cree que ello sea así «porque, entre otras cosas, los derechos se presentan como razones *intrasistemáticas* de normas de conducta y competencia, y el fundamento de un derecho sería más bien la justificación extrasistemática de sus componentes»⁷¹.

Creo que tiene razón Laporta cuando afirma que los derechos pueden ser razones intrasistemáticas para la elaboración de normas tendentes a lograr su efectividad. Al referirse posteriormente a las razones extrasistemáticas está remitiendo a la moral y a los derechos morales que, siguiendo su razonamiento, podrían verse como fundamento de derechos legales. Pero cabría plantear a lo expuesto por Laporta qué sucede con aquellos derechos que, incorporados al sistema jurídico, sirven como razones intrasistemáticas para articular en torno a ellos mecanismos de protección. ¿Se trata de derechos morales incorporados al sistema jurídico que mantienen su condición de «derechos morales» hasta que no sean justiciables? ¿Cuál es su naturaleza y, por ende, la clave de su juridicidad? Formulo esta pregunta porque su respuesta pasa por aclarar qué papel desempeña la justiciabilidad en el concepto de derecho subjetivo; pero antes es necesario realizar una aclaración previa por lo que respecta a la presentación de los derechos como «razones», tal como da a entender Laporta.

Como he mencionado páginas atrás, al ocuparse de los derechos subjetivos, Alexy destaca la importancia de no confundir los derechos como posiciones jurídicas, con las razones de los derechos ni con la imposibilidad de los mismos. En algunos pasajes de su trabajo da la impresión de que Laporta presenta los derechos como razones capaces de justificar mecanismos de protección para lograr su garantía. Por ello Atienza y Ruiz Manero opinan que quizá Laporta confunda los derechos con el fundamento de los derechos. Pues bien, en la tarea de repensar el concepto de derecho subjetivo, una vez se ha señalado ya que la posición de poder que corresponde al titular del derecho no

⁶⁹ *Ibid.*, p. 30.

⁷⁰ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, «A propósito del concepto de derechos humanos de Francisco Laporta», en *Doxa* (Alicante), 4(1987), p. 69.

⁷¹ LAPORTA, Francisco, «Respuesta a Pérez Luño, Atienza y Ruiz Manero», en *Doxa* (Alicante), 4(1987), p. 72.

es propiamente el derecho, sino una consecuencia lógica de tener atribuido el derecho, coincido con Alexy en que igualmente conviene diferenciar el derecho y las razones o fundamento del mismo. El derecho sería *stricto sensu* aquello reconocido o atribuido a su titular, tesis que de alguna forma invita a aproximar el concepto de derecho subjetivo a la doctrina clásica, y que permite hablar de él como aquello debido a su titular (exigencia de respeto o reconocimiento de deuda con relación a él). Esta simple observación ya permite afirmar que todo aquello que no sea susceptible de ser reconocido o atribuido a alguien con precisión suficiente para generar deberes concretos en otras personas difícilmente puede considerarse un derecho⁷², y su presentación como tal puede ser una fuente de confusiones que pueden generar, entre otras consecuencias, un sentimiento de frustración. Además, tal como ya se ha destacado, aquello reconocido o atribuido debe ser algo valioso, al menos para él propio titular, pues esa connotación positiva del derecho es un rasgo que el uso habitual del concepto convierte en irrenunciable. Que el derecho sea algo valioso y constituya una razón para articular mecanismos de protección respecto a lo atribuido no implica presentar los derechos como razones. Así, por ejemplo, el derecho a la libre información consiste al menos en el reconocimiento a los ciudadanos de la posibilidad de comunicar libremente datos o acontecimientos veraces y de interés público. Ese derecho inmediatamente puede traducirse en posiciones jurídicas de poder para su titular y de deber para los destinatarios del mismo. Hay razones de índole social y antropológico que explican el valor de lo reconocido como derecho, y que a su vez sirven para justificar que en el marco del sistema jurídico este derecho sea eficazmente garantizado. Puede verse con claridad que el derecho no se confunde ni con las posiciones jurídicas que otorga ni con el fundamento del mismo. Falta por aclarar si la ausencia de mecanismos concretos de protección afecta a su juridicidad.

Cuando Alexy reconoce el «alto grado de plausibilidad» de la tesis kelseniana según la cual solo cabe hablar de derecho subjetivo en sentido estricto cuando el titular del mismo puede lograr su imponibilidad, probablemente ello obedece a que considera la coercibilidad una propiedad necesaria del derecho, y allí donde está ausente o bien no cabe hablar de derecho o, si ello es posible, se trataría de un derecho «defectuoso»⁷³. Obviamente, abordar con el rigor que requiere este problema es imposible en este trabajo, pero en tanto se habla de dere-

⁷² SERNA, Pedro, «Una discusión (no sólo) analítica del problema de los nuevos derechos», ponencia a las XXV Jornadas de Filosofía Jurídica y Política, celebradas en Madrid el 16 y 17 de abril de 2015.

⁷³ Sobre la coercibilidad como propiedad necesaria del derecho, cfr. ALEXY, Robert, «Sobre la naturaleza de la filosofía del derecho», traducción de Carlos Bernal Pulido, en *Doxa*, Alicante, 26 (2003), pp. 154-157.

chos subjetivos en sentido estricto por referencia a su justiciabilidad es imprescindible referirse a esta cuestión.

No creo que sea arriesgado afirmar que la gran mayoría de autores considera que el derecho es un fenómeno normativo ligado a la coacción institucionalizada en el marco de un sistema jurídico que funciona eficazmente. Incluso para quienes, como Cotta u Ollero, ponen en un primer plano que el derecho constituye una dimensión de la conducta humana tendente a hacer posible la coexistencia (Cotta)⁷⁴, o a ajustar debidamente las acciones humanas (Ollero)⁷⁵, es imprescindible el recurso a la coacción para que dicho ajuste no fracase o para que finalmente la coexistencia pueda lograrse. Quizá en el caso de estos autores la coacción no sea el rasgo primario y más característico del derecho, pero sin duda la posibilidad de hacer uso de la coacción está presente en la actividad jurídica. En mi opinión, el derecho es una actividad práctica cuya finalidad es hacer posible una convivencia pacífica digna de seres humanos, y logra dicho fin determinando en un complejo proceso qué le corresponde a cada cual y adoptando las medidas necesarias para su disfrute efectivo. Por consiguiente, se podrá discutir si la coercibilidad es una propiedad necesaria o contingente de la juridicidad, pero sin duda el éxito pleno del derecho como actividad tendente a lograr la citada convivencia reclama la posibilidad de recurrir a la fuerza *en último término*, como señala Prieto Sanchís⁷⁶.

Me parece muy apropiado que Prieto Sanchís resalte que en último término el derecho puede recurrir a la coacción, no tanto porque ello ponga de relieve que la fuerza es el último recurso como porque es posible ver el derecho como una actividad que se va realizando gradualmente, y en la cual cobra importancia la determinación de los derechos de cada cual. En efecto, cuando en el marco de un sistema jurídico se otorga a alguien un derecho, es decir, se le reconoce o atribuye algo capaz de ser realmente reconocido o atribuido como derecho, en tanto perteneciente al sistema jurídico tal derecho demanda efectividad real, y si no se logra puede hablarse propiamente de un defecto del sistema, de una injusticia jurídicamente relevante, o de una lesión del derecho en sentido estricto. A la luz de esta idea, para concluir, se puede traer a colación la crítica formulada por el Magistrado Conde Martín de Hijas en su voto particular a la STC 247/2007.

⁷⁴ Cfr. COTTA, Sergio, *El derecho en la existencia humana*, traducción de Ismael Peidró, Pamplona, Eunsa, 1987, especialmente pp. 55-79.

⁷⁵ Cfr., entre otros muchos trabajos, OLLERO TASSARA, Andrés, ¿Tiene razón el derecho?, prólogo de Gregorio Peces-Barba, Madrid, Congreso de los Diputados, 1996, pp. 474-490.

⁷⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y Positivismo*, *op. cit.*, p. 84: «Entiendo por Derecho un orden regulador de los comportamientos donde *en último término* lo decisivo es el uso de la fuerza: las conductas que regula el Derecho no son distintas de las que regula la moral (social o crítica), sino que la diferencia se cifra en el modo de hacerlo, es decir, en hacerlo a través de la fuerza».

En él curiosamente también liga el derecho a la justiciabilidad, aunque en un sentido muy distinto a de la mayoría. Para Conde, si el derecho existe, y ello no depende de la capacidad para hacerlo valer, es justiciable. No es posible compartir completamente esta posición, pero en buena medida se aproxima a lo que se viene sosteniendo. Cabría matizar sus palabras afirmando que si el derecho existe demanda justiciabilidad, y la existencia del mismo depende de que las fuentes autorizadas en el marco de un sistema jurídico hayan reconocido o atribuido a alguien algo susceptible de ser atribuido individualmente. Siguiendo con el ejemplo del derecho de los valencianos al agua, Conde se deja guiar por la literalidad de los términos empleados en el Estatuto –lo cual en principio es perfectamente razonable– e interpreta que la atribución del llamado «derecho al agua» es incompatible con el art. 139.1 CE. El problema, grave por cierto, y merecedor de una consideración especial, consiste en presentar como derecho algo que no es posible atribuir como tal sin una mediación constitutiva por parte del legislador. Por ello, creo que tiene razón Serna cuando, como se vio en su momento, a la hora de referirse a los nuevos derechos exige como requisito de los mismos que sean posibles, algo tan evidente como olvidado en los últimos tiempos por los legisladores.

Fecha de recepción: 31/03/2015. Fecha de aceptación: 31/10/2015.



Derecho y violencia:
La apuesta de la diferencia

*Law And Violence:
The Challenge of Difference*

Por MARIA PINA FERSINI
Universidad de Málaga/Università degli Studi di Firenze

RESUMEN

Este artículo se propone indagar en la relación paradójica que, en la modernidad, surge entre el Derecho y la Violencia. Analiza los tres órdenes del discurso que se han ocupado de ella –la crítica de Benjamin, la legitimación de Hart y la diferencia de Derrida– y reflexiona sobre su capacidad para distinguir entre ambas realidades que en origen aparecen co-implicadas. Tras haber hallado una herramineta teórica idónea para ganar la apuesta de la diferencia solo en el discurso de Derrida, la perspectiva de examen enfoca a partir de ahí hacia la búsqueda de prácticas sociales a través de las cuales el Derecho moderno consigue reducir y contener la violencia.

Palabras clave: *Derecho, Violencia, Walter Benjamin, H. L. A. Hart, Jacques Derrida, Teoría de los sistemas, Niklas Luhmann, Comunicación, Memoria, Narración.*

ABSTRACT

This article aims to investigate the paradoxical relationship that arises, in modern times, between law and violence. Analysing the three orders of

discourse that have been faced with it –the critique of Benjamin, the legitimation of Hart and the difference of Derrida–, it reflects on their capacity to maintain separate two realities, i.e. law and violence, which appear complicated in origin. After having detected a theoretical paraphernalia, eligible to win the bet of the difference, only in the discourse of Derrida, leads the eye towards the research of those social practices through which modern law is able to reduce and contain the violence.

Key words: *Law, Violence, Walter Benjamin, H. L. A. Hart, Jacques Derrida, Systems theory, Niklas Luhmann, Communication, Memory, Narrative*

SUMARIO: 1. PREMISA.–2. EL DISCURSO DE LA CRÍTICA.–3. EL DISCURSO DE LA LEGITIMACIÓN.–4. EL DISCURSO DE LA DIFERENCIA.–5. COMUNICACIÓN, MEMORIA Y NARRACIÓN O CÓMO GANAR LA APUESTA DE LA DIFERENCIA.

SUMMARY: 1. PREMISE.–2. THE DISCOURSE OF CRITIQUE.–3. THE DISCOURSE OF LEGITIMATION.–4. THE DISCOURSE OF DIFFERENCE.–5. COMMUNICATION, MEMORY AND NARRATIVE OR HOW TO WIN THE CHALLENGE OF DIFFERENCE.

*La vera scommessa [...] è che ci sia qualcosa di diverso dalla
sovranità monologante della violenza*

Eligio Resta¹

1. PREMISA

De la relación moderna entre el derecho y la violencia conocemos, y podemos conocer, solo lo que han dicho los tres órdenes del discurso que la han abordado: el la *crítica*, la *legitimación* y la *diferencia*. Por tanto, ocuparse de este tema requiere una relectura de las orientaciones y textos en los que el mismo surgió, porque a ellos se debe la introducción en el debate científico de un método y una clave de lectura para efectuar el análisis de una relación sustancialmente *desentendida*. La palabra *desentendimiento* no indica, en este contexto, un conocimiento falso o parcial, sino más bien, como advierte Resta, un conocimiento que se sustrae a sí mismo, siendo en cierto sentido ocul-

¹ RESTA, E.; *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*, Laterza, Bari, 2007, 225 pp. XI.

to e imposible². Su imposibilidad consiste en una prohibición, en la presencia de un límite, o, en otras palabras, en la línea que dibuja el horizonte de las cosas, más allá de la cual la mirada no alcanza. Es la naturaleza paradójica de la relación entre el derecho y la violencia la que traza este límite. Por una parte, los ordenamientos jurídicos modernos nacen como instituciones que sustituyen la violencia en el gobierno de los asuntos humanos. De otra, éstos recurren a lo que sustituyen, es decir, la violencia, primero para instituirse y posteriormente con el fin de preservar el monopolio del uso de la fuerza. Esta paradoja crea un bloqueo mental dramático, generando el fracaso de la comunicación cada vez que la relación circular, a la cual dicha paradoja remite, no se interrumpe y las proposiciones que la constituyen se consideran ambas verdaderas, aunque contradictorias.

Tanto el discurso de la crítica, cuyo principal exponente es Benjamin, como el de la legitimación, que correspondería a Hart, han rechazado la paradoja. El primero, identificando el derecho con la violencia y transformando la crítica de ésta última en la crítica de los ordenamientos jurídicos modernos, ha demostrado la falsedad de la primera proposición, según la cual el derecho moderno nace como sustituto de la violencia. El segundo, negando la idea de un derecho como mandato bajo amenaza de sanción y definiendo el mismo como obligación en lugar de orden, ha declarado falsa la segunda proposición, según la cual el sistema necesita de la fuerza para instituirse y mantener el poder.

Desde un punto de vista lógico, la operación de rechazo de la paradoja efectuada por estos órdenes del discurso es correcta. Una paradoja, cuando lo es de verdad (y no un simple razonamiento falaz, válido solo en apariencia), se puede refutar, si se considera como un peligro, o tolerar, si se percibe como un fenómeno marginal. Sin embargo, desde el punto de vista de la ecología de la comunicación, negar una paradoja o marginalarla por su irrelevancia equivale a desconocer ciertas carencias del lenguaje común, ciertas distinciones que faltan, aunque sean necesarias, e implica, además, renunciar a la posibilidad de transformar las dificultades del lenguaje en oportunidades de comunicación. Por muy difícil que pueda resultar enfrentarse a una paradoja, reconocerla y admitir que se la pueda analizar siempre representa un itinerario preferible a cualquier operación de negación o marginalización. Una teoría que acepta la naturaleza paradójica de su propio objeto es más comunicativa que una que la niega, por distintas razones: llamada a solucionar la paradoja, dibuja una diferencia en el espacio unitario y primigenio e introduce en el discurso una complejidad que el lenguaje antes desconocía; obligada a enfrentarse a las contradicciones que atraviesan su objeto, recurre a instrumentos de análisis cada vez más penetrantes, que a menudo se toman en préstamo de

² *Ibidem.*, p. 11.

otras disciplinas, y así favorece el diálogo entre los distintos ámbitos del conocimiento y amplía la interdisciplinariedad; guiada por un método deconstructivo, dirigido a identificar las distintas capas semánticas que estructuran el discurso, ofrece una historia del lenguaje que se abre a la comunicación y construcción de un nuevo sentido. Por último, basándose en una filosofía inclusiva, que acoge en lugar de excluir la negatividad de las cosas, también reflexiona sobre zonas sociales oscuras, reduciendo el espacio de no-comunicación.

Veremos que, de los tres órdenes del discurso sobre la violencia, solo el de la diferencia se muestra receptivo a las exigencias de la comunicación ecológica. A través del concepto de *différance*, ofrece no solo instrumentos filosóficos para pensar la relación entre derecho y violencia, sino también una base teórica válida para la investigación y el análisis de las prácticas sociales que permitan al derecho reducir y contener las manifestaciones de violencia.

2. EL DISCURSO DE LA CRÍTICA

Uno de los grandes intelectuales del siglo xx que se detuvo con mayor conciencia sobre la relación existente entre derecho y violencia fue Walter Benjamin. Su reflexión sobre el tema, concentrada en el escrito *Zur Kritik der Gewalt*, se desarrolló en los años 1920-1921. Se trata de una época en que los ecos de las revoluciones alemana y rusa eran aún muy fuertes y es probablemente su fuerza la que le obligó a emprender una profunda reflexión sobre la legitimidad de tal violencia que, excediendo posibles contextos de juridificación nacional, desembocó luego en las insurrecciones revolucionarias. Sabemos que en el momento de la redacción de *Zur Kritik der Gewalt* Benjamin ya se ha enfrentado a autores como Charles Péguy, Georges Sorel y Erich Unger, y, por tanto, que través de sus voces era consciente del momento histórico que estaba viviendo³. Al redactar su crítica probablemente actúa bajo presión de una violencia difusa, a la que era preciso poner remedio. El estallido y fracaso de la revolución de 1918, la urgencia de una cuestión palestina, los efectos de empobrecimiento causados por la economía capitalista son los sucesos que delimitan el escenario histórico-político en el que Benjamin escribe. No es casual, pues, que todo el ensayo sea un compendio de las principales problemáticas jurídico-políticas de su época: derecho de huelga, estado policial y guerra.

Sin embargo, desde las primeras páginas del texto se respira algo distinto a una simple disertación sobre los dilemas de la sociedad capitalista. En cada línea se percibe la necesidad –tal vez más gene-

³ HONNETH, H.; *Patologie della ragione: storia e attualità della teoria critica* (2007), trad. de A. Carnevale, Lecce, PensaMultimedia, 2012, p. 130.

ral que personal— de trascender los eventos, de superar su materialidad y de buscar sus causas y posibles soluciones en otro lugar. En su estructura general, *Zur Kritik der Gewalt* es ante todo la historia de una inmanencia y una trascendencia que se encuentran en su último y extremo momento y que en ese instante compartido, dejando de contemplarse una a través de los ojos de la otra, confluyen en una mirada común.

Para expresar este encuentro Benjamin introduce dos pares conceptuales: de un lado, encontramos una *violencia que funda* acompañada de una *violencia que conserva*; de otro, una *violencia mítica* en oposición a una *violencia divina*. Esta dualidad conceptual, a la cual Benjamin recurre para que su crítica sea posible, nunca es solo una diversidad que, como tal, cree y conserve dos distintas formas de violencia. Es también una identidad ilegítima, porque, en cuanto diferencia, utiliza su propio contrario para explicitarse y haciendo referencia a éste lo incorpora a una unidad que, no obstante, debería mantenerse diferenciada⁴. Todo el discurso benjaminiano gira alrededor de algo que luego, de repente e involuntariamente, asume la forma de otra cosa. Por tanto, ¿cómo leer *Zur Kritik der Gewalt*? Sería restrictivo circunscribir el texto a los espacios angostos de los análisis de teoría política y teoría del derecho. También sería arriesgada una lectura solo en clave filosófico-religiosa, limitada a ver en el fundamento de la violencia una imagen del Dios de la tradición monoteísta judeocristiana⁵. Existen, por contra, otras múltiples claves de lectura para acceder al texto y cada una de ellas constituye un método heurístico válido: está la clave judía, que permite oponer la justa violencia divina (de origen judío) a la violencia mítica (de tradición griega); está, además, el tema del aniquilamiento del derecho y la preocupación por la tutela de los derechos humanos; y asimismo, la crisis de la democracia burguesa, liberal y parlamentaria; hallamos también el encuentro entre el lenguaje de la revolución marxista y el de la revolución mesiánica; y, por último e igualmente, el problema del origen y la experiencia del lenguaje, aunque esta última cifra de lectura ocupe un lugar solo marginal en el discurso benjaminiano.

⁴ Sobre el *double blind* que estructura el discurso benjaminiano alrededor de la violencia que pone y la violencia que conserva, DERRIDA, J.; *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad* (1994), trad. de A. Barberá y P. Peñalver Gómez, Madrid, Tecnos, 1997, 151 pp. 97: «Esas oposiciones benjaminianas, pues, me parece que más que nunca hay que deconstruirlas, se deconstruyen ellas mismas, incluso como paradigmas para la deconstrucción. Lo que estoy diciendo aquí es cualquier cosa antes que conservador y antirrevolucionario. Pues más allá de la intención explícita de Benjamin, yo propondría la interpretación según la cual la violencia misma de la fundación o de la *posición del derecho* (*rechtsetzende Gewalt*) debe implicar la violencia de la conservación (*rechtserhaltende Gewalt*) y no puede romper con ella. Forma parte de la estructura de la violencia fundadora el que apele a la repetición de sí y funde lo que debe ser conservado, conservable, prometido a la herencia y a la tradición, a la partición».

⁵ HONNETH, A.; *op. cit.*, p. 128.

Considerando, por tanto, la variedad de temáticas que el autor concentra en un texto de muy relativa extensión, acaso sería preferible abstenerse tanto de lecturas unidireccionales, que destacan solo uno de los varios temas tratados por Benjamin, como de interpretaciones exhaustivas, que pretendan proporcionar una lista completa de los asuntos planteados. Sin embargo, cada lectura tiene su punto de vista privilegiado, a partir del cual domina la obra y se deja dominar por ésta. El punto de vista procede del exterior, precede al texto y su existencia prescinde del mismo. El hecho de que, después del encuentro con la obra, aquel punto de vista, al principio genérico, se convierta más tarde en el punto de vista privilegiado del texto, solo significa que el lector y su idea han hallado un terreno fecundo donde brotar, y no que el texto haya plasmado aquel punto de vista como si, antes del encuentro, éste nunca hubiera existido. El punto de vista permanece externo y siempre infiel a la obra. No existen interpretaciones fieles al texto, porque cada lectura empieza con una traición: la del punto de vista, que precede y falsea la voz del autor del texto.

También quien escribe ahora, en calidad de lector/traidor, se ha acercado al ensayo de Benjamin con un predeterminado punto de vista: la idea de que existe una relación muy estricta entre derecho y violencia, que puede llevar, en algunos momentos y en determinadas circunstancias, a una co-fusión entre ambos polos de la distinción. Si, como escribe Resta, el derecho es el lugar en el que se ha jugado, y se sigue jugando, la apuesta de una diferencia respecto a la violencia⁶, un análisis que tenga como único objetivo ver cómo se estructura esta relación no puede ser suficiente. A ella tiene necesariamente que seguir una investigación sobre las prácticas sociales a través de las cuales es posible defraudar la violencia.

L'inganno della violenza [...] consiste nel dar forza a una legge condivisa, convenzionale e artificiale sino in fondo, ma proprio per questo capace di evitare che i cittadini si riappropriino delle armi (ne cives ad arma ruant). È lo stesso inganno che i parlamenti mettono in essere quando sostituiscono le parole alle armi. Del resto, non a caso, parlamento si chiama parlamento. L'inganno allontana la violenza sostituendola: il raggio evita il muso contro muso della battaglia vera, allontana la guerra incorporandola e neutralizzandola. [...] L'inganno è saggezza singolare di un raggio che non nega la violenza e la rimuove lasciandola covare, ma la prende sul serio e la trasforma⁷.

Admitir que exista una relación estricta entre derecho y violencia equivale a tomar en serio el problema de la violencia y dar los primeros pasos hacia una crítica de la misma. El ensayo de Benjamin constituye una referencia imprescindible para quienquiera que decida ofre-

⁶ RESTA, E.; *op. cit.*, p. XVI.

⁷ *Ibidem.*, p. XII.

cer una contribución sobre el tema, no tanto porque se preocupa de aclarar las relaciones existentes entre derecho y violencia⁸, sino porque concibe ésta última como algo impensable fuera del derecho, la política y la moral⁹. En la noción benjaminiana de violencia solo hay lugar para aquellos poderes coercitivos que afectan las relaciones éticas y, por tanto, poseen una actitud moralizadora, capaz de provocar un cambio en la sociedad. La violencia no es un fenómeno natural, una tendencia habitual del hombre a usar la fuerza física de un modo brutal o irracional. Todas las metáforas orgánicas, de las que está repleto el debate sobre el tema y que la representan como un instinto vital, la sustraen de forma irresponsable a la esfera social, haciendo que sea imposible que la sociedad misma se enfrente a ella. Para criticar la violencia y debatir sobre los instrumentos a través de los cuales se puede fortalecer su diferencia respecto del derecho, es forzoso sustraerla al dominio de las ciencias naturales (biología, etología, zoolo-gía etc.) y reconducirla al ámbito de las ciencias sociales. Ciertamente, no se puede prescindir de la obra de Benjamin, a la cual hay que atribuir el mérito de haber vinculado la violencia a las relaciones éticas y haberse opuesto con vigor a cada visión de la misma solo en clave naturalista.

Reflexionando sobre la historia del derecho, y, en particular, sobre la fundación violenta de los ordenamientos jurídicos modernos –sobreveni-dos mediante revoluciones, rebeliones, guerras civiles, ocupaciones militares etc.– Benjamin aprehende que la violencia, que en un tiempo circulaba libremente en la sociedad como medio para satisfacer *directamente* las exigencias de algunos individuos o de una minoría, deja de repente de ser *terra nullius* para convertirse en monopolio del derecho moderno. ¿Qué hace necesaria o simplemente favorece tal apropiación? Distintos factores: la imprevisibilidad de la violencia; la intensidad de sus manifestaciones; la exigencia de oponerle algo que la frene. De hecho, moviéndose de forma descontrolada, como un simple medio a disposición de cualquiera, de manera ilimitada, carente de restricciones o de condiciones impuestas por algún soberano, la violencia expone la colectividad a la insostenible imprevisibilidad de su policifética expresión. Por consiguiente, es preciso intervenir, inventar alguna técnica para gobernar un aspecto social que posee un impacto material excesivo, sobrepujante, que en efecto es capaz de destruir por entero una sociedad. No se trata de eliminar la violencia, sino de controlarla, encauzarla, hacer que sea, en cierta medida, previsible. Y es en respuesta a estos requerimientos que interviene el derecho, como técnica de gobierno de lo que parece ingobernable. El derecho se apo-

⁸ Para una disertación sobre las relaciones entre el derecho y la violencia que adelanta el trabajo benjaminiano, VON JHERING, R.; *Der Zweck im Recht* (1877), Lipsia, Breitkopf y Härtel, 1884, v. 2; Sorel, G.; *Réflexions sur la violence*, París, Deuxième, 1910.

⁹ HONNETH, A.; *op. cit.*, pp. 135 y 136.

dera de toda la violencia disponible y la ejercita de forma exclusiva, con la modalidad dura de la aplicación de la ley o con la más blanda de la amenaza de las consecuencias previstas en las disposiciones normativas, o sea, las sanciones.

Esto no significa que, con la llegada del derecho moderno, la violencia deje de circular en la sociedad y confluya a un espacio circunscrito. Al contrario, sigue a disposición del individuo y de la masa, pero con variantes significativas respecto del pasado: cada recurso no autorizado a ella constituye un ejercicio ilegítimo de la misma; frente al ejercicio ilegítimo de la violencia, el individuo dispone de procedimientos institucionalizados que le permiten obtener satisfacción; para cada tipo de violencia ilegítima se prevé una sanción específica. En definitiva, aunque las acciones violentas siguen siendo impredecibles, las consecuencias jurídicas correspondientes se vuelven, en cambio, cada vez más predecibles. Sin embargo, esta conquista en términos de gobierno/disciplina de la violencia, emblemática del largo camino y progreso de la sociedad hacia niveles de civilización cada vez más altos, se basa en un vacío teórico abismal, al cual actualmente ningún derecho concientemente se asoma.

Es cierto que, al monopolizar la violencia y reprimir cada recurso no autorizado a ella por parte del individuo o de una comunidad organizada, el derecho moderno introduce la distinción entre una violencia legítima –aquella ejercida por el sistema jurídico para fines jurídicos– y una violencia ilegítima –practicada por el individuo o por un grupo para fines naturales– y proporciona un criterio válido para juzgar la ilegitimidad de la violencia (la no juridicidad de sus fines). No obstante, sustrae apresuradamente el primer término de la distinción a una prueba de legitimidad. De hecho, ¿cómo juzgar la legitimidad de la violencia legítima? Esto es, ¿cómo calificar la violencia que, haciéndose derecho, no puede recurrir a categorías jurídicas para calificarse y, por tanto, no puede simplemente definirse como legítima para resultar efectivamente legítima? Escribe Derrida, en *Fuerza de ley*:

¿Cómo distinguir entre la fuerza de ley de un poder legítimo y la violencia pretendidamente originaria que debió instaurar esta autoridad y que no pudo, haber sido autorizada por una legitimidad anterior, si bien dicha violencia no es en ese momento inicial, ni legal ni ilegal o, como otros se apresurarían a decir, ni justa ni injusta?¹⁰

Ni la legalidad, ni la justicia, ni aun la misma legitimidad, constituyen criterios válidos para juzgar la violencia legítima. Sostener que la fuerza ejercida por el derecho es legítima porque procede de una autoridad legítima implica entrar en una tautología sin salida. Entonces,

¹⁰ DERRIDA, J.; *op. cit.*, pp. 17 y 18.

¿cómo juzgar, cómo criticar?¹¹ Éste es el dilema del que parte Benjamin y también el lugar donde su crítica de la violencia pasa a ser crítica del derecho.

Para afrontar la paradoja a la que introduce el juego del derecho y de la violencia, el Benjamin abre con una distinción basada en el tipo de función que desarrolla la violencia. De una parte, piensa en una violencia fundadora, que tiene la función de crear nuevo derecho, y de otra estudia una violencia de mantenimiento, que sirve al derecho para conservarse¹². Trazando la diferencia entre un momento originario, en que se funda un nuevo orden, y un momento ulterior, donde el derecho fundado ya es operativo, Benjamin cree poder salvar, evaluar de forma positiva, al menos uno de los usos que el sistema jurídico hace de la violencia; el dispositivo, atinente a la creación de nuevo derecho. De hecho, en el instante en el que nacen los ordenamientos jurídicos modernos, cuando todavía ninguna violencia se distingue de otra violencia, el recurso a la fuerza extrema por parte del derecho –a fin de oponerse a las manifestaciones descontroladas de *vis absoluta* que afectan a la sociedad– se puede juzgar de forma positiva. Se trata de una violencia fundadora, que se convierte para el derecho en una ocasión de instituirse y actuar como *pharmakon* contra los males de la sociedad y que, por tanto, puede justificarse, siempre y cuando rompa definitivamente con la violencia. Para esta *vis* que funda, existe un criterio de juicio válido, que es externo al derecho y coincide con el fin natural de controlar la violencia. Pero, ¿cómo gobernar la violencia y, al mismo tiempo, guardar la distancia con ella? Benjamin contesta a este interrogante de forma muy propositiva y concreta:

[...] ¿es acaso posible la resolución no violenta de conflictos? Sin duda lo es. Las relaciones entre personas privadas ofrecen abundantes ejemplos de ello. Dondequiera que la cultura del corazón haya hecho accesibles medios limpios de acuerdo, se registra conformidad inviolenta. Y es que a los medios legítimos e ilegítimos de todo tipo, que siempre expresan violencia, puede oponerse los no violentos, los medios limpios. Sus precondiciones subjetivas son cortesía sincera, afinidad, amor a la paz, confianza y todo aquello que en este contexto se deje nombrar. Pero su aparición objetiva es determinada por la ley [...] para que los medios limpios no signifiquen soluciones inmediatas sino solo mediatas¹³.

La propuesta no es utópica, pero el más incrédulo ha de ser su propio autor. Los acontecimientos de los primeros veinte años del siglo xx lo

¹¹ Los *juzgar* y *criticar* se utilizan aquí como sinónimos, de acuerdo con la interpretación que DERRIDA da del concepto benjaminiano de crítica. DERRIDA, J.; *op. cit.*, p. 82.

¹² BENJAMIN, W.; «Zur Kritik der Gewalt», *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 1921, ahora en *Gesammelte Schriften*, II, I, vol. 4, Frankfurt an Main, Suhrkamp, 1977. Utilizo «Para una crítica de la violencia», en *Iluminaciones IV. Para una crítica de la violencia y otros ensayos*, trad. de R. Blatt, Madrid, Taurus, 1991, pp. 23-45.

¹³ *Ibidem.*, p. 34.

han desilusionado. La historia le ha contado una realidad distinta. Ha visto por sí mismo la incapacidad de los ordenamientos jurídicos modernos para emanciparse de la espiral de fuerza de la que brotaron, así como de prescindir de aquella violencia que los conserva legitimándose y que se mantiene legítima conservándolos.

Así pues, no debe extrañar que el autor, impulsado por un comprensible escepticismo, decida revolucionar, a partir de las últimas páginas del ensayo, toda su estructura. Como ya adelanté al comienzo de este apartado, el discurso benjaminiano de la crítica es ante todo el discurso de algo que, de repente, se transforma en otra cosa; la historia de una diferencia que pierde la apuesta en mantenerse distinta y que, en su retorno al origen de todo origen, a Dios, se anula. De hecho, al final del texto todo experimenta una metamorfosis, una mutación. La distinción entre derecho y violencia se convierte en identidad. La crítica de la segunda se traduce en la crítica del primero. La idea de un derecho como gobierno de la violencia se convierte en la idea de un derecho que, simplemente, domina por medio de la violencia. Lo divino se superpone a lo jurídico en el gobierno de los asuntos humanos. La crítica de la violencia se traduce en un elogio de la violencia divina.

3. EL DISCURSO DE LA LEGITIMACIÓN

El discurso de la legitimación es el discurso de la prudencia y la moderación, porque a la peligrosa identificación del derecho con la violencia opone una lectura analítica del universo jurídico que promueve la comprensión del derecho, de la coerción y de la moral como fenómenos sociales distintos, aunque relacionados entre sí¹⁴. Distinguiendo el sistema jurídico de esas otras realidades afines, el discurso de la legitimación realiza una operación clarificadora de la estructura general del pensamiento jurídico en lugar de una crítica del derecho y de la política legislativa¹⁵, y emprende una acción contextual de rescate y defensa de la legitimación de un derecho, en los modelos de posguerra, que, a causa de sus aspectos violentos, se había revelado incapaz de hacer y ser la diferencia.

Como cada orden del discurso, éste también circula y se da a conocer a través del nombre de uno de sus principales exponentes. Así, hablar del discurso de la legitimación o del discurso de H. L. A. Hart

¹⁴ HART, H. L. A.; *El concepto de derecho* (1961), trad. de G. R. Carrio, México, Editora Nacional, 1980, 331 pp. XI. Así también el trabajo de PÁRAMO ARGÜELLES, J. R.; *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid, CEC, 1984, 470 pp. 187, al sostener que el objetivo fundamental de la teoría hartiana no consiste en la determinación y aclaración de una definición del derecho, sino en la identificación y el análisis de aquellas características que lo diferencian de la moral y la coerción.

¹⁵ HART, H. L. A.; *op. cit.*, p. XI.

equivale, en gran parte, a decir lo mismo¹⁶. Existen muchos otros nombres acreditados que se podrían considerar incluidos en esta corriente, pero, para nuestros fines –que son indagar la relación entre derecho y violencia e identificar las prácticas sociales que permitan mantener la diferencia entre ambas realidades– la teoría hartiana ocupa un papel destacado y esencial. Nos permite ver que una distinta calificación de los elementos del derecho puede modificar la forma en que una sociedad percibe y se confronta con el problema de la violencia; y nos plantea el dilema de si basta con uso correcto, o lingüísticamente apropiado, de la terminología jurídica para liberarse del espectro de la violencia¹⁷.

Según Hart, lo que caracteriza al derecho en sentido genérico es el hecho de que su existencia implica la *no opcionalidad* de determinados tipos de conducta¹⁸. Esta característica, en apariencia poco problemática, en realidad se revela como una fuente de malentendidos y animadas discusiones entre los teóricos del derecho cuando proceden a la calificación de las reglas que orientan dichas conductas¹⁹. Cabe sostener, como hace Austin, que esas reglas son *mandatos* impartidos bajo amenaza de sanción²⁰; o distinguir, como hace Hart, entre *normas primarias*, que ligan a los individuos a determinada conducta previendo una sanción en caso de incumplimiento, y *normas secundarias*, que atribuyen poderes y contemplan la nulidad como consecuencia jurídica cuando el sujeto no siga la conducta prescrita²¹. Dicha labor teórica de calificación y taxonomía de las reglas jurídicas que orientan las acciones no está exenta de consecuencias prácticas. De ella dependen la

¹⁶ Esto no significa que la teoría de HART agote el discurso de la legitimación, ni que éste último quede sin nada que decir si prescinde de HART. Tan solo que una parte consistente de ese discurso lleva su nombre.

¹⁷ Basando el ordenamiento jurídico en la norma de reconocimiento (de la que hablaré más adelante) y definiendo las reglas jurídicas como normas en vez de órdenes, HART excluye que la violencia ejercida o amenazada por el derecho constituya el medio de legitimación del mismo.

¹⁸ HART, H. L. A.; *op. cit.*, pp. 7 y 8.

¹⁹ Por razones de economía del discurso y para hacer referencia a los problemas que plantea la distinta definición de las reglas jurídicas, tomaré en consideración solo la calificación efectuada por Austin (y criticada por HART) y la elaborada por el mismo HART.

²⁰ AUSTIN, J.; *El objeto de la jurisprudencia* (1832), trad. de J. R. de Páramo Argüelles, Madrid, CEPC, Madrid, 2002, 338 pp. 36 y 37: «Toda ley o regla (en el significado más amplio que se le puede dar *propriamente* al término) es un *mandato*. [...] Un mandato se distingue de otras manifestaciones de deseo no por la forma en la cual se manifiesta el deseo, sino por el poder y la intención de quien emite el mandato de infligir un mal o un daño en el caso de que el deseo no sea satisfecho. [...] El daño que probablemente se aplicará en el caso de desobediencia de un mandato [...] se llama generalmente *sanción*, o *imposición coactiva de la obediencia* [...]».

²¹ Esta distinción entre dos distintos tipos de normas constituye un aspecto central de la teoría hartiana, cuyo objetivo principal es explicar y aclarar de forma satisfactoria el funcionamiento y la complejidad de los modernos ordenamientos jurídicos. En este sentido, PARAMO ARGÜELLES, J. R.; *op. cit.*, p. 211. En cambio, exclusivamente respecto a la distinción entre normas primarias y secundarias, HART, H. L. A.; *op. cit.*, p. 99.

representación oficial del derecho, la percepción que una comunidad tiene del mismo y el abanico de posibles reformas. De hecho, sustentar que el derecho constituye el conjunto de las órdenes coercitivas dictadas por el soberano no produce iguales efectos prácticos que, en cambio, una idea del derecho como conjunto articulado de normas primarias y secundarias. En el primer caso, el poder ilimitado, único, unitario y no subordinado del soberano²², cuya voluntad fija el contenido de las reglas en forma del todo arbitraria, lleva a una determinada comunidad a interrogarse sobre la sensatez de un poder tal así, y abrirse a propuestas de reforma que pueden concernir tanto a la posición de los súbditos –yendo hacia una ampliación de sus derechos– como a la del soberano –yendo hacia una limitación de su poder. En el segundo caso, la descripción del ordenamiento jurídico a partir del contenido de las normas que lo componen desplaza la atención hacia cuestiones que no atañen solo a la estructura jerárquica del derecho, sino que se extienden también a sus enunciados, sugiriendo así reformas más complejas, que pueden tanto hacer referencia al reparto del poder y atribución de funciones entre los distintos órganos, como también afectar a todos los ámbitos de la esfera pública y privada regulados por el derecho.

Por ende, calificar las reglas jurídicas de una forma en lugar de otra –v. gr., como normas en vez de mandatos– provoca enormes efectos, muy concretos asimismo, y no solo en términos de percepción de la realidad jurídica o delimitación del ámbito de posibles reformas, sino también, y sobre todo, de legitimación de un determinado sistema jurídico. Es evidente, y no demanda añadido aclaratorio, que la teoría imperativista²³ de Austin, al representar el derecho como un conjunto de mandatos impartidos por el soberano²⁴, dota al

²² Por poder ilimitado, único, unitario y no subordinado se entienden respectivamente la absoluta libertad del soberano de legislar sobre cualquier materia sin estar sometido a algún deber jurídico; la ausencia, en el seno del mismo ordenamiento jurídico, de otro sujeto dotado de los mismos poderes; la concentración de la soberanía en una persona o un grupo de personas; la no subordinación del poder soberano al derecho. Para una reconstrucción del poder soberano en estos términos, véase PARAMO ARGÜELLES, J. R.; *op. cit.*, pp. 147 y 148.

²³ La teoría imperativista del derecho, formulada por HOBBS en el ámbito de la teoría del derecho inglés, tiene entre sus seguidores filósofos y juristas como Bentham y Austin. Para esta concepción del derecho la norma jurídica posee estructura de orden y expresa la voluntad del soberano. Una disertación detallada sobre este punto, una vez más PARAMO ARGÜELLES, J. R.; *op. cit.*, pp. 131-134.

²⁴ Es importante precisar que la mayoría de los imperativistas reconoce que ningún ordenamiento jurídico se basa solo en el temor a la sanción. Austin, por ejemplo, sostiene que, para poderse encontrar en presencia de un ordenamiento jurídico, es necesario que, en general, sus miembros compartan la costumbre de obedecer a las órdenes de un soberano común y determinado. En todo caso, para los partidarios de esta teoría no es la actitud general hacia la obediencia la característica saliente del derecho, sino el hecho de que se pueda hacer que se obedezcan las órdenes a través del uso de la fuerza. En este sentido, véase SCHIAVELLO, A.; *L'obbligo di obbedire al diritto* (2012) accesible en: https://www.academia.edu/1887518/Lobbligodiobbedire_al_diritto, p. 18.

sistema de un grado de legitimación indudablemente menor respecto del que proporciona la teoría hartiana, donde la distinción entre normas primarias y secundarias, limitando el recurso a la sanción solo a los casos de violación de las primeras, reduce la visibilidad del componente violento del derecho. En este sentido, el pensamiento de Hart es, desde mi punto de vista, más interesante por lo que no dice y vela sobre la violencia que por lo que expresa y exhibe. De hecho, si existe en él una disertación sobre el tema, ésta se desarrolla de forma del todo negativa.

En el quinto capítulo de *El concepto del derecho*, Hart sostiene que es restrictivo limitar el complejo fenómeno del derecho a la idea de un conjunto de mandatos sostenidos en amenazas²⁵. Esta descripción, que concibe la fuerza como el medio a través del cual el sistema jurídico garantiza su operatividad y ve al ciudadano como un sujeto pasivo, habituado a la obediencia, *no dice* cómo calificar aquellas normas que, contrariamente a las leyes penales –que prohíben o imponen ciertas acciones bajo amenaza de la sanción–, no contienen sin embargo órdenes coactivas, sino que confieren poderes jurídicos de juzgar y legislar (poderes públicos) o de crear o modificar relaciones jurídicas (poderes privados)²⁶. Dicha descripción puede ser representativa de la estructura social propia de las comunidades primitivas, pero no resulta idónea para reflejar la organización de los ordenamientos jurídicos modernos, donde la presencia de un poder legislativo, de tribunales y funcionarios de cualquier tipo garantiza la certeza de las normas, su transformación con base en criterios y formas preestablecidas y la aplicación eficaz de las mismas²⁷. Una comunidad regulada solo por normas primarias, escribe Hart, no está dotada de un sistema; vive según una serie de aislados criterios de conducta, desprovistos de un elemento común que permita reconocerlos como normas; no posee ningún procedimiento capaz de aclarar las dudas que puedan surgir sobre la naturaleza de tales criterios; no dispone de medios para adaptar deliberadamente las normas a las circunstancias variables, abrogando las viejas y desusadas e introduciendo nuevas; por último, carece un órgano especializado para comprobar la violación de una norma dada y solucionar la controversia que deriva de dicha violación. Una

²⁵ HART, H. L. A.; *op. cit.*, p. 99.

²⁶ Cabe destacar que la distinción entre normas primarias y secundarias, que utiliza Hart, no constituye un aspecto original de su trabajo. De hecho, se trata de una clasificación generalizada en el ámbito de la teoría del derecho. De Ihering a Hart, se ha elaborado a partir de distintas perspectivas (temporal, funcional, jerárquica, lógica y estructural) y se ha expresado con una terminología distinta, pero afín (normas de conducta y de organización, normas de conducta y de estructura, normas de conducta y de competencia, normas que imponen obligaciones y organización, normas de conducta y de estructura, normas de conducta y de competencia, normas que imponen obligaciones y normas que atribuyen poderes, normas sustanciales y normas de procedimiento etc.). Véase PARAMO ARGÜELLES, J. R.; *op. cit.*, p. 216.

²⁷ *Ibidem.*, p. 216.

estructura social como ésta solo puede basarse en normas *inciertas, estáticas e ineficientes*²⁸.

Los ordenamientos jurídicos modernos, por contra, disponen de distintos remedios (*remedies*) con los que enfrentan a los problemas derivados de la incertidumbre, el estatismo y la ineficiencia del conjunto normativo. Hart denomina estos remedios respectivamente como norma de reconocimiento, norma de cambio y norma de juicio. La primera tiene por función indicar las características por las que una norma se puede reconocer como tal. La segunda atribuye a un individuo o grupo de ellos el poder de introducir nuevas normas primarias y cancelar las antiguas. La tercera indica tanto quiénes deben juzgar en caso de que surjan conflictos, así como el procedimiento a seguir en tales casos²⁹.

Por consiguiente, la propuesta de Hart se resume en una representación del derecho moderno alternativa a la de Austin y, a juicio de su autor, capaz de reflejar la compleja máquinaria de organización que permite a los sistemas jurídicos contemporáneos funcionar eficazmente. El fundamento de esta teoría general del derecho es la norma de reconocimiento: una norma última (*ultimate*), es decir, dotada de validez jurídica intrínseca, autoexistente —o sea, que no depende de ninguna otra norma— y que contiene distintos criterios, dispuestos en orden jerárquico, que actúan como indicadores de validez jurídica de las otras normas³⁰. Situado este elemento a modo de baricentro del sistema jurídico, Hart se disocia de la idea austiniana según la cual «los fundamentos de un sistema jurídico consisten en la situación que se da cuando la mayoría de un grupo social obedece habitualmente las órdenes respaldadas por amenazas de la persona o personas soberanas, quienes a su vez no obedecen habitualmente a nadie»³¹.

En suma: el derecho no es una institución coercitiva;³² es un fenómeno esencialmente normativo, que no cabe reducir a mecanismos psicológicos o de comportamiento y habitualidad; no se puede concebir como un conjunto de normas todas sancionadas o sancionadoras, ya que éstas, aun siendo indispensables, solo constituyen una parte del material normativo y desarrollan una función subsidiaria³³; las normas secundarias, de que también integran el derecho y dan soporte a toda la armazón jurídica, no imparten mandatos, sino que atribuyen poderes y prevén como consecuencia jurídica negativa la nulidad y no la sanción; ésta

²⁸ HART, H. L. A.; *op. cit.*, pp. 114-116.

²⁹ *Ibidem.*, pp. 118-121.

³⁰ RAMOS PASCUA, J. A., *La regla del reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart. Un intento de configuración del derecho como sistema normativo autónomo*, Madrid, Tecnos, 1989, 251 pp. 135-171.

³¹ Hart, H. L. A.; *op. cit.*, p. 125.

³² MARMOR, A., *The Nature of Law*, en E. N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2011), accesible en <http://plato.stanford.edu/entries/lawphil-nature/>.

³³ PINTORE, A., «A rule-governed gunman writ large? Il posto della coercizione ne Il concetto di diritto», *Sociologia del diritto* 2 (2011), pp. 7-26.

última es el instrumento que desalienta la acción prohibida por la norma, mientras que la primera consiste simplemente en la falta de reconocimiento jurídico de una determinada acción³⁴. Sería, pues, comprometido reprochar a Hart estrechez de horizontes en su disertación sobre el fenómeno jurídico. Abarca la totalidad de aspectos sobre los que una teoría general del derecho debe insistir: estructura del ordenamiento, elementos esenciales del derecho, cuestión de las fuentes, problema de la validez, fundamento etc. Asimismo, es difícil objetarle escasa profundidad de análisis, como también radicalidad en cuanto a las posiciones adoptadas. En efecto, al elaborar su representación del derecho, como escribe M. Cattaneo en la introducción a la edición italiana de *El concepto del derecho*, Hart abre un fecundo diálogo con las principales corrientes del pensamiento jurídico moderno y contemporáneo (la filosofía analítica, el normativismo, el realismo americano etc.) y, en la resolución de los problemas teóricos, aporta siempre una contribución original que nunca abandona el camino del sentido común y la moderación.

Sin embargo, también en este sendero existen recodos umbríos, zonas de sombra, donde la luz del análisis se vuelve tenue y el espíritu crítico de un observador externo se agudiza. Estos espacios de luz difusa no son lugares vanos, ni desérticos. Por el contrario, en ellos se encuentra todo lo que se aparta y se marginaliza para permitir a un discurso prudente y moderado mantenerse en marcha. En la teoría hartiana del derecho el problema de la violencia deambula a través de estos espacios poco iluminados, fronteros entre la claridad y la inaccesible oscuridad. Es muy posiblemente por este modo de tratar la cuestión de la violencia que la obra de Hart ha dado pábulo a dos interpretaciones contrastantes sobre el carácter coercitivo del sistema jurídico. En una se sitúan los teóricos que, como Anna Pintore, creen que el filósofo inglés nunca puso en discusión la naturaleza coercitiva del derecho y evitó tratarla directamente solo porque era obvia³⁵. En otra, estudiosos como A. Marmor³⁶, inclinados a pensar que una de las constantes del pensamiento hartiano es el rechazo expreso de una interpretación del derecho en clave coercitiva.

Aunque muchos pasajes de *The Concept of Law* pueden utilizarse para apoyar una u otra posición, es cierto que Hart no se enfrenta directamente al problema de la violencia y que cada reconstrucción de su pensamiento sobre este punto se expone a todos los riesgos del caso: provisionalidad, incoherencia, contradictoriedad y peligro de refutación. El aspecto coercitivo del derecho le interesa en la medida en que su marginalización permite la afirmación de una idea armoniosa del concepto de sistema jurídico. Postergar la coerción constituye el rito de paso para considerar el ordenamiento como una unión equilibrada de

³⁴ HART, H. L. A.; *op. cit.*, pp. 35-36.

³⁵ PINTORE, A.; *op. cit.*, p. 11.

³⁶ MARMOR, A.; *op. cit.*

normas primarias y secundarias, donde el *carácter regulativo del poder* de las últimas sirve de contrapeso al *carácter represivo* de las primeras.

Un discurso de este tipo, que pretende marcar la diferencia entre el derecho y la coerción limitándose a dejar de lado el aspecto coactivo y destacando, en cambio, la estructura democrática de los ordenamientos jurídicos modernos, oculta la violencia de éstos y, ocultándola, la olvida. Olvidándola, la sustrae al análisis. Sustrayéndola, impide la reflexión sobre la posibilidad de tratar el asunto. Por esta razón, creo que el trabajo de Hart no se puede leer como un ensayo de sociología descriptiva, como su autor deseaba³⁷, sino como un discurso que en los espacios afirmativos (es decir, donde se sitúa la disertación sobre determinados aspectos del derecho) nos cuenta en parte cómo es éste último, mientras que en los negativos (donde se marginaliza y se excluye de la disertación directa el componente coercitivo) nos dice en parte como el derecho debería ser; es decir, *no violento*.

No pretendo ofrecer una lectura inédita de Hart, sino solo dar voz a un discurso, aquél sobre la violencia, que vislumbra en *El concepto del derecho*. Todo el ensayo puede leerse como un intento de anular los aspectos violentos del derecho por medio de un cambio de terminología en su descripción. Dado que todas las expresiones utilizadas por Austin para esbozar la estructura del sistema jurídico hacen referencia a la fuerza, Hart las sustituye por otras más moderadas: el mandato se convierte en norma, la orden respaldada por amenaza se presenta como obligación jurídica y la sanción se califica de consecuencia jurídica negativa. Cambia el registro lingüístico y así cambia la definición de los elementos constitutivos del derecho, y la violencia desaparece del nuevo registro. Hart no la retoma, ni con su propia indumentaria, ni bajo otro ropaje. La violencia se eclipsa para hacer posible un mundo jurídico normalizado, donde los riesgos opuestos de la élite opresiva y de la *sheeplike society* son meramente marginales³⁸.

El grado de legitimación del sistema jurídico que se alcanza operando en estos términos es muy alto, pero la vía a través de la cual transita es discutible desde el un punto de vista de la ecología de la comunicación, pues silencia otras voces, a veces tabús de la esfera jurídica, con el fin de permitir un discurso indiviso, monolítico y unítono.

4. EL DISCURSO DE LA DIFERENCIA

El discurso de la diferencia expresa la imposibilidad de un razonamiento unitario y progresivo, y sustituye la linealidad del pensamiento benjaminiano³⁹ y hartiano por una andadura discontinua, hecha de

³⁷ HART, H. L. A.; *op. cit.*, p. XI.

³⁸ PINTORE, A., *op. cit.*, p. 12.

³⁹ Oír hablar de *linealidad* con referencia al pensamiento de Benjamin puede despertar asombro. Para evitar malentendidos preciso que el término aquí no tiene su

segmentos y desviaciones. Basándose en la idea del lenguaje como movimiento y de la escritura como medio y cuerpo de la diferencia⁴⁰, contempla el carácter dinámico y diferencial de la lengua; reconoce el papel decisivo de la negatividad en la construcción del concepto de presencia, y rompe con la antigua tradición filosófica occidental sustituyendo los conceptos de unidad, identidad, presencia, permanencia, fundamento, estructura y esencia, por los más dinámicos de pluralidad, distinción, cambio, contaminación y separación⁴¹.

También para este orden del discurso vale lo dicho con relación al discurso de la legitimación, o sea, que existen muchas voces a través de las cuales resuena⁴², pero que, una vez más y siempre para nuestros fines, solo una adquiere relevancia aquí: la derridiana, porque asume como su objeto privilegiado la relación entre el derecho y la violencia. En los *Prolegómenos*, que introducen la segunda parte del libro *Fuerza de ley*, titulados como *Nombre de pila de Benjamin* y enteramente dedicados al desciframiento de *Zur Kritik der Gewalt*, Derrida inicia su propia reflexión sobre la violencia desde una lectura que es, ante todo, re-escritura del texto benjaminiano. Para destacar el carácter muy personal de su interpretación y alertar al lector oyente sobre el intento deconstructivo del que aquélla parte, Derrida advierte:

Con razón o sin ella, me ha parecido que quizás no sería completamente inapropiado interrogar un texto de Walter Benjamin, singularmente un ensayo escrito en 1921 y titulado *Zur Kritik der Gewalt* (Para la crítica de la violencia) en la apertura de un encuentro como éste sobre «El nazismo y la solución final. Los límites de la representación». Así pues, me he decidido a proponerles una lectura un poco arriesgada de ese texto de Benjamin, por varias razones que parecen entrecruzarse aquí⁴³.

Y añade: «¿Cómo leer este texto con un gesto «destructor» que no sea [...] ni heideggeriano ni benjaminiano. Ésta es en suma la difícil y oscura pregunta que esta lectura querré aventurar»⁴⁴. El objetivo Derrida, aquí solo en parte declarado, es deconstruir la complicación del derecho y de la violencia de una forma alternativa, es decir, de una manera que supere la metafísica en la que siguen prisioneros, a

sentido habitual y asume una connotación específica, derivada de su uso en el ámbito de la teoría de los sistemas, donde un problema es lineal si se puede descomponer en una serie de subproblemas independientes entre ellos. Al respecto, MAGRASSI, P., *Difendersi dalla complessità*, Milano, Franco Angeli, 2009, 176 pp. 29.

⁴⁰ TELMON, M. P., *La differenza praticata. Saggio su Derrida*, Milano, Jaca Book, 1997, 207 p. 61.

⁴¹ WOOD D., BERNASCONI R. (ed.), *Derrida and Différance*, Evanston, Northwestern UP, 1988, 98 pp. IX.

⁴² *Ibidem.*, p. IX.

⁴³ DERRIDA, J., *op. cit.*, p. 69.

⁴⁴ *Ibidem.*, p. 78.

su juicio, tanto Heidegger⁴⁵ como Benjamin. Si la relación existente entre derecho y violencia es, como hemos repetido varias veces, paradójica, es decir, si el derecho es aquél orden que nace como sustituto de la violencia y, al mismo tiempo, se presenta como la institución que detenta el monopolio de la fuerza/violencia, entonces ninguna metafísica puede hacer de esta relación su objeto. Por su estructura epistemológica, anclada a la idea de ser en sus distintos aspectos (esencia, presencia, identidad y verdad), la metafísica carece de instrumentos adecuados para estudiar aquel movimiento que en una única acción produce al mismo tiempo los polos de la oposición derecho-violencia y los mantiene unidos, difiriendo su *polemos*⁴⁶. Este movimiento, que de la violencia lleva al derecho y viceversa, generando ambivalencias embarazosas, implica, en la producción de la diferencia, una separación espacio-temporal, una fractura seguida de una *dislocación* y un *diferimiento*. Esto es, no solo genera y mantiene, con su ir y venir, la diferencia entre el derecho y la violencia, sino que también coloca los polos de la distinción en un espacio y un tiempo dado, permitiendo la transición reglamentada⁴⁷ de un extremo al otro de la distinción. Gracias a esta oscilación regular y reglamentada, el tiempo y el espacio de

⁴⁵ Aunque siga sintiéndose fuertemente atraído por el pensamiento heideggeriano a lo largo de su propia trayectoria, Derrida reprocha constantemente al filósofo de Messkirch el horizonte metafísico al que abre su especulación. En este sentido, BROGAN, W. A., «The Original Difference», en *Derrida and Différance*, op. cit., pp. 31-39: «The central criticism that Derrida levies against Heidegger's philosophy is that it remains entrapped within the horizon of metaphysics it attempts to surpass. And this is so because Heidegger formulates his own thinking in relation to and always in comparison with metaphysics» (p. 31).

⁴⁶ Sobre la incompatibilidad de las premisas metafísicas con el tema de la *différance*, DERRIDA, J., «La différence», en *Margini della filosofia* (1972), trad. de M. Iofrida, Torino, Einaudi, 1997, pp. 27-57, en esp. pp. 43-44.

⁴⁷ Por transición reglamentada entiendo la idea según la cual cada polo de la diferencia, una vez que ésta se ha trazado, puede cruzar sus propias fronteras y situarse, por periodos más o menos amplios, en el polo opuesto, pero solo con oscilaciones vinculadas, es decir, sujetas a una determinada reglamentación. El ejemplo de la huelga general, al que recurren tanto BENJAMIN como DERRIDA (aunque por razones y con finalidades distintas), puede servir a aclarar este punto. La violencia legítima, que se ejerce a través de la huelga general (legítima en cuanto prevista y concedida por el mismo ordenamiento jurídico), puede superar las fronteras de la legitimidad, convirtiéndose en violencia ilegítima. En este caso, cuando se superan los límites, el sistema jurídico no permanece inerte, sino que dispone de normas que sirven de guía para restablecer las fronteras.

En realidad, el problema de la transición de un lado al otro de la distinción es más complejo, considerando que no todas las violaciones de frontera están previstas o son previsibles por el sistema. Sin embargo, ni aún en los casos imprevistos o imprevisibles el sistema jurídico permanece pasivo. Siempre reacciona a la superación de la frontera con una normativa que la restablece. Y el hecho de que, en los casos específicos, la normativa en cuestión, en lugar de preexistir respecto a la superación de la frontera, surja a causa de la misma, como normativa urgente, nunca excluye la existencia de una reglamentación. De hecho, el principio según el cual el sistema jurídico interviene en los casos de desorden y decide con los instrumentos de emergencia de los que dispone, ya es una reglamentación, aunque blanda.

la violencia nunca se confunden con el tiempo y el espacio del derecho. Esto no significa que no sean posibles «invasiones de campo», sino solo que eventuales violaciones de frontera, en cuanto reglamentadas, se pueden detectar y tratar.

Dado que el análisis de este movimiento requiere, a causa de su complejidad, un lenguaje, una escritura y una práctica adecuados⁴⁸, Derrida acuña el término *différance*: un neologismo capaz de describir una realidad para la cual el lenguaje actualmente no ofrece un *nomen*. Por tanto, la *différance*, es en el pensamiento deconstructivo derridiano, ante todo, un elemento nuevo del lenguaje, pero además una práctica discursiva que se insinúa en la escritura (su *medium* privilegiado) para marcar la diferencia de la diferencia, renegando así de aquella tradición ontometafísica que, partiendo de la identidad de la diferencia, no fue capaz de conciliar la fenomenología de la evidencia con la fenomenología de la temporalidad. O sea, la *différance* es la diferencia que se observa, que reflexiona sobre sí misma y que, en el tiempo necesario para esta autoobservación, difiere de sí misma (del estar presente ante sí misma), superando el pasado y proyectándose en el futuro. En esta *no presencia a sí originaria*, propia de los mecanismos reflexivos, se sustenta el movimiento de la *différance*, que, en su continua remisión a otra cosa, convive mal con supuestas realidades últimas y absolutas como el fundamento, el principio y el origen⁴⁹. Escribe Andrea Potestio en *La decostruzione come operazione testuale*:

La *différance* non può essere originaria perché se divenisse tale, si costituirebbe come origine, come punto di partenza pieno e presente negando così la sua natura sfuggente che si caratterizza per essere possibile solo come un rimando a una presenza solo possibile, potenziale. Il movimento della *différance* mostra la decostruzione sempre in atto e costituisce la condizione di possibilità di ogni struttura o codice come quello linguistico che si forma storicamente come un tessuto di differenze.⁵⁰

Este pasaje pone de relieve la cuestión que principalmente ha guiado el pensamiento derridiano en la construcción de la *différance*. Se trata de la cuestión del origen o, más en concreto, de la *complicación originaria* del origen, de la *contaminación inicial* de lo sencillo⁵¹, de la *des-*

⁴⁸ TELMON, M. P., *op. cit.*, p. 68.

⁴⁹ DERRIDA, J., *La scrittura e la differenza* (1967), trad. de G. Pozzi, Torino, Einaudi, 2002, 390 pp. 360-361.

⁵⁰ POTESTIO, A., «*La decostruzione come operazione testuale*», en *Su Jacques Derrida. Scrittura filosofica e pratica di decostruzione*, Milano, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2008, pp. 129-145, en esp. pp. 144-145.

⁵¹ El tema de la *diferencia* aparece por primera vez en la obra derridiana como *contaminación originaria*. Sólo posteriormente, ésta última formulación cede el paso a la primera. Como ha destacado Telmon, el paso de un concepto al otro es gradual y conlleva pérdidas. De hecho, la atención a los textos de los mayores pensadores dialécticos (HEGEL y HUSSERL) se pierde y el interés se desplaza hacia los verdaderos

viación inaugural que ningún análisis puede presentar en su acontecimiento o reducir a la puntualidad instantánea, idéntica a sí misma, del elemento⁵². «*Tutto comincia con la diade*»⁵³ escribe Derrida en *La disseminazione*, y todo se conserva por medio de la díada, podría añadirse sin temor a leer mal el texto del que la cita procede. Por tanto, la diferencia es originaria; constituye la estructura del lenguaje, es decir, de lo que nos permite hacer experiencia del mundo⁵⁴; impide cualquier acceso al *primum*; y hace impracticable una salida del mecanismo diferencial. Cuál sea el movimiento que erige la estructura bipolar del lenguaje y la fortalece, se nos explica de forma clara en el siguiente pasaje:

Ciò che si scrive *différance* sarà dunque il movimento di gioco che «produce», per mezzo di quello che non è semplicemente un'attività, queste differenze, questi effetti di differenza. Ciò non vuol dire che la *différance* che produce le differenze sia prima di esse, in un presente semplice e in sé immodificato, in-differente. La *différance* è l'«origine» non-piena, non-semplice, l'origine strutturata e differente [*différant*] delle differenze. Il nome di «origine» non le si confà più⁵⁵.

La expresión *origen estructurado y diferente de las diferencias*, aplicada al tema del derecho y la violencia, remite a la idea de que lo que amenaza al derecho y se le opone, es decir, la violencia fundadora, tiene una relación muy estricta con el derecho mismo; o sea, por una parte, le pertenece, pues es capaz de modificarlo y presentarse como *tener derecho al derecho*⁵⁶, y por otra, se sitúa en su espacio externo, pues le opone resistencia e intenta derribarlo. El ejemplo de la huelga general, al que Derrida recurre para explicar este punto, proporciona una valiosa clave de lectura. Los trabajadores dependientes que aspiran a una mejora de sus condiciones laborales tienen derecho a suspender de forma colectiva la actividad laboral a fin de inducir el empresario a revisar el contrato de trabajo. Por tanto, en este caso, el trabajador ejerce el derecho que se le ha concedido para contestar el orden del derecho existente, originando una situación revolucionaria, donde se lucha para la fundación de un nuevo derecho⁵⁷. Este ejemplo, que muestra cómo el movimiento de la *différance* pone en crisis el estatismo de la distinción benjaminiana entre *violencia que funda* y *violencia que con-*

pensadores de la diferencia (NIETZSCHE, LÉVINAS, FREUD, HEIDEGGER y, por supuesto, cada vez más, HEGEL). Telmon, M. P., *op. cit.*, p. 15.

⁵² DERRIDA, J., *Il problema della genesi nella filosofia di Husserl* (1990), trad. de V. Costa, Milano, Jaca Book, 1992, 291 pp. 51.

⁵³ DERRIDA, J., *La disseminazione*, trad. de M. Odorici y S. Petrosino, Milano, Jaca Book, 1989, 384 pp. 67.

⁵⁴ Sobre la idea de que la experiencia del mundo no es directa, sino mediada por el lenguaje, VATTIMO, G., *Le avventure della differenza*, Milano, Garzanti, 2001, 202 pp. 31.

⁵⁵ DERRIDA, J., *La différance*, *cit.*, p. 39.

⁵⁶ DERRIDA, J., *Fuerza de ley*, *cit.*, p. 90.

⁵⁷ *Ibidem.*, pp. 90 y 91.

serva, excluye la existencia de una oposición rigurosa entre fundación y conservación, dado que una se presenta como la estructura y el diferimiento de la otra. De hecho, cada *posición* siempre tiene lugar sobre las ruinas de un viejo orden, en ausencia del cual la violencia fundadora no tendría razón de ser, y la *conservación* siempre es subsistencia, mantenimiento, repetición de un orden nuevo, el cual no iría en la búsqueda de un medio fuerte como la violencia para garantizarse consentimiento y respeto si *ab origine* pudiera considerarse legítimo.

Escribe Derrida:

[...] Ya no hay fundación pura o posición pura del derecho, y en consecuencia pura violencia fundadora, como tampoco hay violencia puramente conservadora. La posición es ya iterabilidad, llamada a la repetición autoconservadora. La conservación a su vez sigue siendo refundadora para poder conservar aquello que pretende fundar. No hay, pues, oposición rigurosa entre la fundación y la conservación, tan solo lo que yo llamaría (y que Benjamin no nombra) una *contaminación diferencial (différentielle)* entre las dos, con todas las paradojas que eso puede inducir [...] La desconstrucción es también el pensamiento *de* esa contaminación diferencial, y el pensamiento atrapado en la necesidad de esa contaminación⁵⁸.

Qué sea exactamente la contaminación *différentielle*, ya lo explicó en la conferencia del 27 de enero de 1968, pronuniada ante de la Sociedad francesa de filosofía, y publicada en el *Bulletin de la société française de philosophie* (julio-septiembre de 1968) y en *Théorie d'ensemble* (París, 1968) con el título *La différence*. Se trata de un *cálculo económico*, de una economía del lenguaje y del pensamiento que, aplicada al tema en examen, obliga al derecho tanto a *tener en cuenta* como a *llevar la cuenta* de la violencia⁵⁹. Denomino ambas implicaciones *tomas de conciencia*, porque una y otra permiten un conocimiento profundo del problema de la violencia. La primera, *tener en cuenta*, evita que en la reflexión teórico-filosófica pase desapercibido un aspecto relevante de la práctica jurídica. La segunda, *llevar la cuenta*, mantiene en cambio, desde un punto de vista práctico-político, el control de la fuerza, que, siendo diferida, nunca desaparece del universo jurídico, sino que, al contrario, constituye una parte no eliminable, aunque reducible, del mismo. Esta duplicidad del contar (cuenta como valor material o moral y cuenta como cálculo) sustrae la *différance*, y las diferencias que se originan de su movimiento, a cualquier representación ontológica y teológica, dado que, considerando las manifestaciones de fuerza y evaluándolas, siempre retrasa el presente de la violencia y la relaciona con algo distinto de sí. Con el dilación de la presencia y la constante referencia a algo distinto de sí, el movimiento de la *différance* causa la destrucción del Ser, sea éste

⁵⁸ *Ibidem.*, p. 98.

⁵⁹ DERRIDA, J., *La différence*, cit., p. 34.

inmanente o trascendente, y instituye sobre sus ruinas el reinado de la diferencia como diversidad diferida y diferente⁶⁰. En el seno de este nuevo imperio, hecho de senderos que se bifurcan, no hay lugar para la onto-teología, no hay lugar para Dios, para el Dios que refranda la crítica benjaminiana de la violencia, y del que Derrida toma distancia.

Al decir así adiós o hasta la vista a Benjamin, le dejo sin embargo la última palabra. Le dejo firmar, al menos si puede. Hace falta siempre que el otro firme, y es siempre el otro el que firma el último. Dicho de otra manera, el primero. [...] Pero ¿quién firma? Es Dios, el Completamente Otro, como siempre. La violencia divina habrá precedido, pero también *dado*, todos los nombres de pila: Dios es el nombre de esta violencia pura, y justa por esencia: no hay ninguna otra, no hay ninguna antes de ella, y ante la que ella tenga que justificarse. En él autoridad, justicia, poder y violencia constituyen una sola cosa. Siempre firma otro, es quizás esto lo que firma este ensayo⁶¹.

Diciendo adiós a Benjamin y a la onto-teología que suscribe *Zur Kritik der Gewalt*, Derrida se despide de indiferenciaciones insoportables que, detrás de la supuesta «pureza» o «justicia por esencia» de su estática unidad, esconden una violencia extrema: la soberanía absoluta, el no tener que dar cuenta, el que no haya que justificarse ni de otro, ni frente el otro.

6. COMUNICACIÓN, MEMORIA Y NARRACIÓN, O CÓMO GANAR LA APUESTA DE LA DIFERENCIA

A través del discurso de la diferencia⁶² Derrida introduce uno de los aspectos claves en la moderna relación entre derecho y violencia: el cálculo, en el doble sentido de *tener en cuenta* y de *llevar las cuentas*. Éste requisito, que estimula los dos polos de la relación hacia una toma de conciencia y evaluación recíprocas, adquiere, desde la perspectiva del sistema jurídico⁶³, el significado de instancia del control. Calcular la violencia significa sobre todo localizar su punto de ignición, examinar su virulencia y tratar de sofocarlo mediante específicas prácticas de vigilan-

⁶⁰ *Ibidem.*, p. 50.

⁶¹ DERRIDA, J., *Fuerza de ley*, cit., pp. 137-139.

⁶² No es impropio hablar de diferencia, en vez de *différance*, abordando el discurso derridiano sobre derecho y violencia, puesto que, en este caso, *différance*, antes que todo, es un expediente lingüístico para tratar de manera nueva un antiguo tema.

⁶³ Asumiendo aquí la perspectiva del derecho no quiero decir que la violencia, por su parte, no ejercite ningún control sobre el mismo sistema jurídico. Al revés, la vigilancia y la alerta, en caso de peligro, son actitudes recíprocas dictadas por la misma diferencia, o más bien, por la percepción del otro como amenaza. Todavía, no obstante la reciprocidad de esta actitud cautelosa, debo circunscribir este análisis dentro de lo que es mi competencia, dirigiendo la atención hacia las modalidades a través de las cuales el derecho vigila la violencia e inmuniza la sociedad de la acción destructiva de la fuerza bruta.

cia. Es oportuno precisar que las formas a través de las cuales estas operaciones de control se llevan a cabo, carecen de eficacia represiva y son solo curativas⁶⁴, y en ocasiones apenas paliativas; es decir, no sirven para bloquear la violencia, ni tampoco para eliminarla, sino para gestionarla mediante *programas condicionales* del tipo *si/entonces*⁶⁵, que permiten regular, con certeza, eventuales circunstancias venideras. Tales programas, como serían los textos jurídicos de ordenación de futuros sucesos, que atribuyen consecuencias ciertas a situaciones altamente contingentes, operan al nivel de la jurisdicción orientando la semántica del procedimiento decisonal y canalizan en las salas del tribunal las explosiones de la *vis*. Es decir, por un lado ofrecen indicaciones sobre cómo actuar en caso de violencia —cuáles son las consecuencias a aplicar y los criterios a seguir—; por otro, encomendan al juez el tratamiento/reparación de la misma. Esto significa dos cosas: que los episodios de violencia nunca toman al derecho desprevenido, y que el subsistema judicial⁶⁶ donde aquellos se filtran les reserva un lugar privilegiado y los somete, utilizando una metáfora tomada en prestamo del campo medico-sanitario, a tratamiento clínico obligatorio. Con decir que el derecho nunca se encuentra impróvido ante la violencia, no sostengo que éste sepa siempre cómo abordarla, sino simplemente que, suceda lo que suceda, ha de hacerlo, incluso cuando el caso particular sea reconducible a la categoría de los *hard cases*⁶⁷, o si el sistema mediante inferencias lógicas correctas no conduzca a una decisión unívoca. El derecho moderno debe atender a la violencia, debe tratarla, o sea, debe prescribirla, lo que en nuestro sistema jurídico contemporáneo, es, con categoría de principio, la *prohibición de denegar justicia*⁶⁸. Decidir es el imperativo ético del sistema, su compromiso con la sociedad, o, como lo define Luhmann, una «precaución institucional» que entra en juego cada vez que surgen problemas irresolubles en la valoración normativa y en la interpretación⁶⁹. Hasta en *casos difíciles* es preciso tomar medidas. Por lo tanto, la interpretación de los textos, a los cuales dichos casos remiten, no puede ser ilimitada e ininterrumpida. Aunque fuere posible ampliar la información a fin de

⁶⁴ Acerca de la idea según la cual la cura de la violencia es un privilegio del derecho moderno, véase el trabajo de E. RESTA (*op. cit.*, p. 21), en la parte donde retoma el pensamiento de Girard.

⁶⁵ Sobre la utilización por el derecho de programas condicionales y su inadecuación de ámbito jurídico. LUHMANN, N., *Das Recht der Gesellschaft* (1993), trad. de L. Avitabile, *Il diritto della società*, Torino, Giappichelli, 2012, 563 pp. 182.

⁶⁶ De *sistema parcial diferenciado* del derecho habla Luhmann, refiriéndose a la posición de los tribunales en el sistema jurídico. LUHMANN, N., *op. cit.*, p. 275.

⁶⁷ Para una análisis de las problemáticas generadas por los *hard cases* en los sistemas de *common law*, véase DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1977, 295 pp. 81-90. Otras especificaciones sobre esta problemática, en referencia a los sistemas de *civil law*, se encuentran en TARUFFO, M., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, Il Mulino, 2002, 345 pp. 223.

⁶⁸ Sobre la escasa literatura teóricamente-jurídica entorno al significado estructural de esta forzosidad a decidir. LUHMANN, N., *op. cit.*, p. 286.

⁶⁹ *Ibidem.*, p. 288.

lograr mayor conocimiento, el sistema debe abortar ese proceso de búsqueda y limitarse al saber reunido. Esto significa que los tribunales deben decidir inclusive allí donde no pueden. En presencia de un material insuficiente deben recrear *estándares* de racionalidad sostenibles para llegar a una conclusión, o hacer *como si* existieran. Deben *inventar*⁷⁰, a partir del derecho en vigor, un derecho que aún no existe. Esto impone un cálculo con variables determinables e indeterminables, donde no es el resultado lo que importa, pues este puede cambiar en virtud de sucesivas aclaraciones respecto de una inicial falta de determinación, sino el proceso, el mismo cálculo, o mejor dicho, la decisión de elaborar un cálculo. Con todo, para que el sistema funcione y la diferencia entre derecho y violencia siga asegurándose, no es suficiente con decidir, sino que será necesario *decidir de modo consistente*, o sea, justo⁷¹. La consistencia fragua en el proceso de argumentación, y se logra mediante una conexión razonada de los textos jurídicos que hacen insistencia sobre el caso particular. Esta tiene el carácter de una meditada razonabilidad intertextual y es garantía de una argumentación llevada a cabo dentro de los confines del sistema y libre de prejuicios morales o de otro tipo⁷². Para que se pueda argumentar y, sobre todo, para que se pueda argumentar de forma consistente, es ineludible interpretar previamente los textos disponibles y someterlos a una prueba de comunicación.

Luhmann escribe:

Quando si parla di interpretazione si pensa al comportamento sociale di un lettore che si concentra sul testo e che evidentemente non vuole essere disturbato. Non lo si può coinvolgere nella comunicazione, senza obbligarlo a interrompere la lettura. O legge o prende parte alla comunicazione. Oggi si legge, normalmente, in silenzio. E chi legge per gli altri agisce solo come organo del testo —e non proprio come il suo interprete. Non interessa quello che un lettore pensa nell'interiorità oscura dei suoi pensieri, nel caso in cui prenda tempo per separarsi dal testo. Quando comincia a interpretare, quello che fa è preparare un'argomentazione. Lo può fare se prima simula la comunicazione nella forma di una conversazione con se stesso (non: nella forma di una conversazione con il testo!) o nella forma di pensieri articolati, verbalizzati, come una specie di prova di comunicazione⁷³.

En este sentido, la interpretación consiste en articular argumentos y razones que funcionen desde el punto de vista comunicativo. Mas, ¿cómo y por qué la argumentación jurídica debe funcionar en la comunicación? El porqué es sencillo y tiene que ver con el carácter dispositivo de la decisión judicial. Si juzgar significa incidir sobre la vida de otras personas, es entonces necesario un diálogo cerrado y continuo

⁷⁰ *Ib.*, p. 292.

⁷¹ *Ib.*, pp. 193-215 y 331, sobre la idea de que la justicia se integra de la consistencia de las decisiones.

⁷² *Ib.*, pp. 313-378.

⁷³ *Ib.*, p. 336.

entre quien juzga y quien es juzgado⁷⁴. Interrumpir esta comunicación puede tener consecuencias graves para con la diferencia entre derecho y violencia. El cómo es cuestión más compleja, ya que no implica simplemente la búsqueda de un método, sino que va más allá de las pretensiones de un modelo de argumentación funcional hasta abarcar una perspectiva ampliamente comunicativa. Para que una argumentación se pueda calificar como comunicativa, no es necesario que su destinatario, o alguna otra persona en su lugar (el abogado, por ej., en el caso del cliente procesado en rebeldía) la entienda, sino que sus razones resulten estructuradas de manera que sea posible su comprensión. Entonces, de cara a la funcionalidad en el plano comunicativo, basta con la simple comprensibilidad de los argumentos, siendo la comprensión, por otro lado, una carga y una prerrogativa de la propia comunicación. Y puesto que no puede darse por hecho que todo actor del proceso hable o escriba de manera comprensible, y dado que el carácter policéntrico de la articulación subjetiva del proceso impone una comunicación enfocada a la toma de una decisión consistente, es natural que, en el curso de su evolución, el sistema jurídico se haya dotado de herramientas mediante las cuales potenciar la experiencia comunicativa que se realiza en el proceso argumentativo. Con este objetivo, el derecho parece haber recurrido, tal confirma la literatura reciente en materia de *storytelling*⁷⁵, a la narra-

⁷⁴ *Ib.*, p. 338.

⁷⁵ Entre los escritos más interesantes en materia de *storytelling*, véanse: BROOKS P. & GEWIRTZ P. (ed.), *Law's Stories. Narrative And Rhetoric In The Law*, New Haven y London, Yale University Press, 1996; WEISBERG, R. H., *Poethics and Other Strategies of Law and Literature*, New York, Columbia University Press, 1992; WEST, R., *Narrative, Authority, and Law*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1993; BARON J. B. & EPSTEIN J., «*Is Law Narrative?*», *Buffalo Law Review*, 45, 1997, pp. 141-187; COVER, R. M.; «*The Supreme Court, 1982 Term-Foreword: Nomos and Narrative*», *Harvard Law Review*, 97, 1983, pp. 4-68; BRUNER, J., *La fabbrica delle storie. Diritto, Letteratura, Vita*, Bari, Laterza, 2006; AMSTERDAM, A. G. & BRUNER, J., *Minding the Law*, Harvard University Press, 2000. Para una teorización marcadamente «narrativista» del proceso cfr. González, J. C.; «Coherencia narrativa y razonamiento judicial», *Revista del Poder Judicial*, 25, 1992, pp. 97-102; El Discurso de los hechos. Narrativismo en la interpretación operativa, Madrid, Tecnos, 1993; «Razonabilidad como relato. (Narrativismo en la observancia y divergencia del precedente)», *Revista del Poder Judicial*, 33, 1994, pp. 33-43; Derecho y Narración. Materiales para una Teoría y Crítica narrativista del Derecho, Barcelona, Ariel, 1996; La Justicia como relato. Ensayo de una semionarrativa sobre los jueces, Málaga, Agora, 1996; Verdad [Narración] Justicia, José Calvo González (coord.), Málaga, Universidad de Málaga, 1998; «La verdad de la verdad judicial. Construcción y régimen narrativo», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 76, 1999, pp. 27-54; «Hechos difíciles y razonamiento probatorio. (Sobre la prueba de los hechos disipados)», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVIII, 2001, pp. 13-33; «Constitutional Law en clave de teoría literaria: una guía de campo para el estudio», *Law and Literature. ISLL. Italian Societyfor Law and Literature. Papers*, 2009, pp. 1-9; «Hechos como argumentos: teoría narrativista y argumentación jurídica», en Milagros Otero Parga (ed.), *Tópica, Retórica y Argumentación en la Jurisprudencia. Estudios en homenaje a Francisco Puy*, Santiago de Compostela, Universidad de de Santiago de Compostela. Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2011, pp. 111-121.

ción como mecanismo para la elaboración, desarrollo y difusión controlada del saber jurídico. Aunque el uso de las prácticas narrativas sea concedido a todos los actores del proceso, en cuanto vehículo discursivo sobre los elementos de fácticos y jurídicos en los que se fundamentará la decisión, es claro que pertenece solo al juez el poder de la narración final y que únicamente su relato lleva el sello de la autoridad⁷⁶. Por estas razones, el juez tiene que seguir determinados patrones narrativos, a los que no necesariamente tienen que ajustarse el resto de los *storytellers*. Así, el relato del juez no puede contener lagunas de información que, sin embargo, legítimamente pueden aparecer en otros relatos; ni asumir un punto de vista particular, debiendo reflejar la imparcialidad subjetiva de su posición. Desde esta diferencia, o sea, desde el contraste entre la rigidez del relato del juez y la flexibilidad del de otros, la comunicación obtiene grandes beneficios, porque el carácter abierto de las hipótesis fácticas generalmente elaboradas por los abogados, testigos, peritos, forenses, etc., no solo equilibra el régimen de cierre en el que el juez trabaja durante la reconstrucción del hecho y del derecho, sino que también garantiza la adquisición de un complejo material informativo que, filtrado por versiones diferentes y plausibles de la dinámica de los hechos⁷⁷, ofrece al juez una base para la elección decisiva. La palabra «elección» se ha utilizado aquí de forma impropia, ya que el juez, aunque se valga como *support* para la resolución del caso de uno entre los varios relatos, no se limita a incorporarlo *sic et simpliciter* en la sentencia. Por el contrario, insertándolo en su razonamiento y tratándolo como premisa menor del silogismo judicial que conduce a la decisión⁷⁸, lo pone en diálogo con la premisa mayor y, resemantizándolo a la luz del marco normativo bajo el cual lo subsume, le dota de consistencia y coherencia. De ello se desprende que el relato decisivo es «otro» respecto de los relatos que ingresaron al proceso, y que su autoridad se basa en dos pilares: el intercambio comunicativo desde el que se origina, y la memoria o referencia al derecho vigente (reglas, principios, doctrina) a través de la cual alumbró zonas que estaban en la penumbra informativa y sutura fragmentos comunicacionales.

Dada la importancia que aquí adquieren los conceptos de comunicación y memoria, creo oportuno aclarar brevemente su historia y el

⁷⁶ Scarpelli se centra en el carácter impositivo de la *res iudicata*, escribiendo: «Con la sentenza definitiva [...] l'autorità impone il suo sigillo sulla verità. Chiuso il giudizio, la verità resta stabilità dall'autorità con la sua decisione. Le eccezioni non poche e gravi, circoscritte alla tardiva emergenza di prove forti, e comunque destinate a concludersi con un nuovo sigillo d'autorità». SCARPELLI, U., «Auctoritas non veritas facit legem», en AA. VV., *Linguaggio, persuasione, verità*, Padova, Cedam, 1984, p. 137.

⁷⁷ En cuanto a la idea de que la sentencia no se basa en hechos brutos, sino bien en una reelaboración de los mismos, conducida a través del *medium* de la narración; CALVO, J., *El Discurso de los hechos*, *op. cit.*, pp. 23-43.

⁷⁸ En la cultura jurídica moderna, a partir de BECCARIA, una decisión jurisdiccional se considera fundada y por ello tal, si es inferida lógicamente desde una norma general en unión con un enunciado factual. GUASTINI, R., *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011, 453 pp. 256.

sentido peculiar con el que circulan en este texto. La palabra comunicación proviene del antiguo adjetivo griego *κοινός* que, con referencia a las cosas, tiene el significado de común, público, que pertenece a todos, mientras que, con referencia a las personas, adquiere el de participe, y también de la misma origen o raza. Retomada por el latín, la raíz griega *κοιν* se convierte en *cum* y en unión al sustantivo *munus* (oficina), da lugar al adjetivo *communis*, esto es, «que cumple su tarea (*munus*) junto (*cum*) a los demás, consiguiendo beneficios». Del adjetivo *communis* derivan, en el latín tardío, las palabras *commune*, *communitas*, *communicare* e *communicatio*. El sentido original de participación y intercambio humano, que está a la base del concepto de comunicación y se deduce claramente de su raíz etimológica, se sustituye en la modernidad por otro, más genérico, de *transmisión de ideas* y *pensamientos*. El cambio semántico tiene lugar alrededor de la segunda mitad del siglo xx, cuando, en los laboratorios de la *Bell Telephone Corporation*, los estadounidenses Claude E. Shannon y Warren Weaver formulan la primera teoría de la comunicación. Según su modelo, un sistema de comunicación se compone de una fuente de información, un mensaje, un codificador, una señal, un canal físico a través del cual el mensaje se transmite en forma cifrada, un decodificador que reconvierte la señal en el mensaje original, y de un receptor de la información. En una llamada telefónica, por ej., la persona que llama es la fuente; la conversación el mensaje; las partes del teléfono que convierten las ondas sonoras en oscilaciones de la corriente eléctrica y viceversa el codificador y el decodificador; los cambios en la tensión eléctrica la señal; los cables eléctricos el canal; quien recibe la llamada el destinatario. A pesar del contexto específico en el que la teoría nace, sus implicaciones aprovechan en una amplia gama de disciplinas (biología, psicología, sociología, semiótica, informática, etc.), lo que lleva a la generalización de una idea sectorial de la comunicación como transmisión de informaciones⁷⁹. No es en este sentido que aquí se utiliza el concepto de comunicación. La ontología y el carácter unidireccional que marcan ese concepto no reproducen adecuadamente la lógica constructiva y participativa de la argumentación⁸⁰.

La metáfora de la transmisión sugiere la imagen de un intercambio material entre emisor y receptor, donde la información, en lugar de ser el producto del proceso de comunicación, transita en el mismo como un dato independiente, adquirido desde fuera y siempre idéntico a sí mismo. O sea, se considera que la sociedad posee un bagaje desde el

⁷⁹ CALABRO, F., *Incertezza e vincolo. Il racconto del diritto nel pensiero di Niklas Luhmann*, Lecce, Pensa MultiMedia, 2007, 264 pp. 13.

⁸⁰ Para un análisis detallado de esta lógica, aunque limitada a una fase específica del proceso argumentativo como es la alegación de los hechos, CALVO, J., *El Discurso de los hechos, op. cit.*, pp. 23-43. CALVO llama en especial la atención sobre el carácter negativo de la participación, destacando la intención voraz y destructiva que anima toda construcción de los hechos al tratar de devorar la adversaria.

que emisor y receptor extraen informaciones, y que el aumento, la reducción y el contenido de la información misma son independientes del evento comunicativo. Esta construcción concibe la comunicación como un espacio de transferencia de mensajes producidos en otro lugar (que, además, no está especificado) antes que como una fábrica de información. Entiende, asimismo, la emisión del mensaje como el momento central de la comunicación y exige requisitos específicos de habilidad solo por parte del emisor. Si éste transmite la información correctamente, en ausencia de ruido en el canal de transmisión, la comunicación puede considerarse exitosa. La posición del receptor es marginal. Él solo tiene que decodificar el mensaje para disponer de la misma noticia que se presume posee el remitente. Es obvio que en este esquema falta una dimensión participativa. Y es igualmente claro el hecho de que esa ausencia hace que el acceso a la información sea tan libre como al mismo tiempo bloqueado. Cualquiera puede tener la información, todo el mundo puede transmitirla y recibirla. Pero, dónde se produce, quién o qué la fórmula, en qué parte de la sociedad se encuentra, si existe un espacio así, cuál es su fuerza motriz, qué la hace circular y que nunca se detenga y/o agote. A estas preguntas las teorías de la comunicación basadas en la metáfora de la transmisión no dan respuestas; limitándose simplemente a potenciar los aspectos técnicos de la comunicación dan de lado los problemas de fondo, que a menudo requieren valoraciones políticas incómodas. Por lo tanto, me alejo de esa posición y acojo aquí la definición de comunicación tal y como se formula en el contexto de la teoría de sistemas. Ésta se refiere a un proceso selectivo de información, iniciado por un sistema social en la interacción con otros sistemas y dirigido al control de la consistencia interna mediante negociaciones de sentido, y a la producción de suficiente redundancia para impedir que la comunicación se cuestione continuamente y deba comenzar cada vez de cero⁸¹.

La comunicación es, escribe Luhmann, un proceso de continuo cambio de los materiales formales portadores de sentido, un proceso de conversión de libertad en libertad, acompañado por el cambio de los condi-

⁸¹ Cfr. BAECKER, D., «*Why Systems?*», *Theory Culture & Society*, 18 (2001), pp. 59-74. Según Baecker tanto el concepto de sistema como la idea de una teoría de sistemas, están relacionados con el intento de la sociedad moderna de controlar su saber a través de la comunicación. Dado que el conocimiento no se produce a través del descubrimiento de causalidades predeterminadas, sino en virtud de la atribución de ciertas causas a ciertos efectos por parte de un observador, el saber mismo debe ser controlado a través de la exposición de cada una de sus adquisiciones a la observación de otros observadores. Esta exposición se logra a través de la comunicación, o en otras palabras, mediante la negociación de significado. La información aquí es solo una propuesta de sentido, y de su aceptación o rechazo en el intercambio comunicativo dependen respectivamente la consolidación del antiguo saber o el desarrollo de nuevos horizontes de sentido. Así que «*any control is an act of communication and can only be successful to the extent that communication is successful*».

cionamientos⁸². Ésta no consiste en mera emisión y recepción de informaciones extraídas de un contenedor y trasegadas a otro, sino en la elaboración de contenidos de sentidos que son, ante todo, propuestas de significado y, como tales, pueden ser aceptadas o rechazadas. Podemos definir como estado elemental de comunicación el que se inicia a partir de una unidad de negación. Cada frase, cada solicitud abre muchas posibilidades de negación: no esto, sino aquello; no así; no ahora; etc... Estas posibilidades permanecen abiertas como remisiones a contenidos de sentido mientras el destinatario de la comunicación no reaccione. Sólo la reacción realiza la comunicación⁸³. En el lenguaje de la teoría de los sistemas, los que toman parte en el proceso comunicativo se denominan *observadores*. Observador es cualquier sistema que utiliza una distinción específica (por ej., sistema/entorno, verdadero/falso, lícito/ilícito,...) para construir un entramado de más distinciones, desde el que obtiene informaciones mediante progresiva selección de uno de los polos de cada par. La observación es la operación característica de los sistemas de sentido, la cual les permite remitir a otras posibilidades además del dato, de tiempo en tiempo actualizado⁸⁴. A través de esta modalidad operativa algo viene seleccionado en la comunicación, se convierte en objeto de atención, y de simple propuesta de significado se transforma en sentido actualizado. La parte del distingo no seleccionada y excluida del sistema, no se pierde, sino que circula en el ambiente como posibilidad no actualizada, como horizonte de significado a disposición de otros observadores. Esto significa que el sentido excluido por una determinada observación se reintroduce en el circuito comunicativo y puede constituir objeto de otras observaciones. Observar, por tanto, no implica una diferencia entre sentido y sin-sentido, sino la diferencia entre actualidad y posibilidad, y el observador no es quien descubre el sentido, sino que lo construye usando distinciones que están expuestas a nuevas observaciones y a otros observadores. La teoría narrativista del derecho llama *narrador* al sistema que observa, *relato* al sentido actualizado por el observador y *narración* al medium utilizado por la comunicación para la elaboración, control y difusión de los relatos.

He dicho que memoria es otro concepto clave, y será oportuno detenerse en él. Memoria, del griego *μνήμη*, que indica la posibilidad de disponer del conocimiento pasado, se refiere a dos fases distintas: el almacenamiento o la retención y el recuerdo. Según esta distinción, ya detectable en Platón, quien habla respectivamente de «conservación de la sensación» y de «reminiscencia» (*Filebo*, 34 a. C), la memoria nace de una relación directa con el exterior, primero; y desde un

⁸² LUHMANN, N., *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie* (1984); trad. de A. Febbrajo y R. Schmidt, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, Il Mulino, 1990, 761 pp. 264.

⁸³ *Ibidem.*, p. 270.

⁸⁴ Cfr. BARALDI C., CORSI G., ESPOSITO E.; *Luhmann in glossario. I concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali*, Milano, FrancoAngeli, 1996, 254 pp. 163-164.

acceso al pasado, luego. Memoria se produciría, tanto en los individuos como en la sociedad, mediante la conservación de las imágenes, que son imágenes de eventos externos y de su llamada o reactivación en el presente. En este sentido, se piensa como *memoria* un dispositivo de almacenamiento de informaciones, de representaciones del entorno, reactivables en cualquier momento⁸⁵. No es de este modo que utilizo aquí el término memoria, ya que, también en este caso, esa definición clásica contiene una sobredosis de ontología, inconciliable con los resultados obtenidos en la materia por disciplinas como la neurociencia y la psicología, donde se ha demostrado que el ambiente no contiene ninguna información, y que «lo que es accesible para el sistema nervioso en cualquiera de sus partes son solo estados de actividad relativa entre células nerviosas, las cuales constituyen los estados de actividad relativa a los que reaccionan»⁸⁶. Por tanto, es impropio hablar de memoria como depósito de material informativo que se puede retomar en diferentes ocasiones.

Cómo precisa Luhmann:

Aquí no debe hablarse de memoria en el sentido de un posible regreso al pasado, ni tampoco en el sentido de un almacén de datos o informaciones a los cuales puede recurrirse cuando surge la demanda. Más bien se trata de una función que se utiliza de manera incesante –aunque siempre en el presente– que verifica la consistencia de todas las operaciones que suceden en vista de lo que el sistema construye como realidad. En nuestro ámbito temático estas operaciones son comunicaciones –y no hay cambios de estados neurobiológicos de cerebro, ni tampoco de lo que una conciencia particular se hace consciente. Por eso, la función de la memoria consiste en garantizar los límites de las posibles pruebas de consistencia, y en liberar a la vez capacidad de procesar información con el fin de que el sistema se abra a nuevas irritaciones. La función principal de la memoria reside, pues, en olvidar, en evitar que el sistema se bloquee a sí mismo a causa de una coagulación de los resultados de observaciones anteriores⁸⁷.

Memoria es aquí el *modus operandi* de un sistema que procesa sentido mediante observaciones que reproducen constantemente la distinción entre recordar y olvidar⁸⁸. Esto hace que sea posible, a través del olvido del sentido no seleccionado, la construcción de constantes, de identidades, de suficientes redundancias para el tratamiento consistente del caso. Memoria es la función que acompaña las observaciones del

⁸⁵ Por una crítica de esta posición DE GIORGI, R., «Memoria del diritto», en *Temidi filosofia del diritto*, Lecce, Pensa MultiMedia, 2006, 233 pp. 153.

⁸⁶ Así U. MATURANA, *cit.* por R. DE GIORGI en *Memoria del diritto*, *cit.*, p. 154.

⁸⁷ LUHMANN, N., *Die Gesellschaft der Gesellschaft* (1997), trad. de J. Torres Nafarrate, *La sociedad de la sociedad*, México, Herder, 2007, 954 pp. 457.

⁸⁸ DE GIORGI, R.; *op. cit.*, pp.155-162.

sistema y asegura un control persistente de su consistencia⁸⁹. No tiene nada que ver con las huellas que los eventos se supone que pudieran dejar en los sistemas individuales de conciencia, porque los acontecimientos no dejan huellas; estos son siempre construcciones de observadores y entran en la comunicación como productos de la misma comunicación, y no como duplicados de datos externos. Memoria, entonces, es un logro de las operaciones de comunicación, el resultado de su recursividad⁹⁰. Ella surge por el hecho de que, en la construcción de nuevo sentido, la comunicación tiene que volver sobre sí misma, hacerse presente, con el fin de examinar las propuestas de significado disponibles y ponderar la selección futura. Memoria, pues, no es un retorno al pasado, sino un pliegue sobre el presente. Lo que hace la memoria es construir el pasado enlazando diferentes estados del sistema, relevantes para la siguiente observación. En este sentido, la memoria no es la reactualización del pretérito, sino una forma de organizar el acceso a la información⁹¹. Es esta organización, y no lo que realmente sucedió en el pasado, la que determina las elecciones futuras. A la luz de estas contribuciones, que proceden todas de la teoría de los sistemas, considero la comunicación como el momento de apertura cognitiva que anima la fase de investigación del juicio, y asimismo la memoria como el momento de cierre operativo que conduce a la decisión. Si bien la comunicación introduce en la reconstrucción del caso suficiente variedad y asegura al relato del juez una ventaja cuantitativa, la memoria, no obstante, vincula la narración decisiva al derecho vigente y le confiere así una ventaja cualitativa. La no-combinación de estos dos ingredientes, o un desequilibrio de dosificación, cuestiona la autoridad de lo que, en palabras de Calvo, sería la *gran narrativa del derecho*⁹². En efecto, un derecho que no comunica, ni tiene suficiente memoria para decidir de manera consistente, se convierte fácilmente en una realidad «kafkiana», en la cual el acusado nunca llegará a conocer su culpa y el acceso a la Ley —o sea, a la memoria del sistema jurídico— siempre estará diferido.

La desinformación y la incertidumbre, que siguen a esa realidad, producen en la sociedad un sentimiento de desconfianza hacia el derecho que, a lo largo del tiempo, reaviva la llama de la violencia: por un lado, los ciudadanos atacarán el derecho debido a su impenetrabilidad e imprevedibilidad; por otro, el sistema, sintiéndose atacado, se defenderá con todos los medios a su disposición, violencia incluida. Está claro que, en este estado de irritabilidad por ambos lados, será imposible apostar sobre la diferencia entre el derecho y la violencia, dado que allí el recurso a la fuerza representará la regla y la ley quedará suspensa hasta nueva cita.

Fecha de recepción: 31/03/2015. Fecha de aceptación: 31/10/2015.

⁸⁹ *Ibidem.*, p. 156.

⁹⁰ LUHMANN, N., *La sociedad de la sociedad*, cit., p. 461.

⁹¹ LUHMANN, N., *Il diritto della società*, cit., p. 104.

⁹² CALVO, J., *El Discurso de los hechos*, cit., p. 43.



La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa

The expansion of flexible law and its impact on the normative production

Por ÁNGELES GALIANA SAURA
Universidad Rovira i Virgili (Tarragona)

RESUMEN

En un contexto de «crisis del Derecho» la regulación de conductas en algunas materias prescinde de los procesos de producción legislativa que han caracterizado la concepción estatalista del Derecho, introduciendo en el ordenamiento jurídico normas de carácter flexible y/o blandas o de soft law. Para aportar cierta claridad conceptual sobre este fenómeno se ha de analizar este tipo de normas, algunas de sus manifestaciones, los efectos que puede producir su introducción en el sistema jurídico, con especial incidencia en la seguridad jurídica, en su consideración o no como fuente del Derecho, en su justiciabilidad y en su controvertido carácter normativo.

Palabras clave: *Derecho flexible, soft law, autorregulación, fuentes del Derecho.*

ABSTRACT

In a context of «crisis of law» the regulation of conduct in some matters dispenses with legislative production processes that have characterized the statist concept of law, introducing flexible or soft law in the legal system. To

provide some conceptual clarity on this phenomenon is to analyze this type of rules, some of its manifestations, the effects that can produce its introduction into the legal system, with special emphasis on legal certainty, consideration or not as a source of law, its justiciability and its controversial normative character.

Key words: *Flexible Law, soft law, self-regulation, sources of Law*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA PRODUCCIÓN NORMATIVA EN UN CONTEXTO DE CRISIS DEL DERECHO.—3. REFLEXIONES SOBRE LA DIFICULTAD DE ESTABLECER UNA DELIMITACIÓN TERMINOLÓGICA: DERECHO FLEXIBLE Y *SOFT LAW*.—4. ALGUNOS EJEMPLOS DERECHO FLEXIBLE Y DE *SOFT LAW*.—5. PROBLEMÁTICA EN TORNO A LA INCLUSIÓN DE NORMAS FLEXIBLES EN EL SISTEMA JURÍDICO.—6. CONCLUSIONES.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.—2. THE NORMATIVE PRODUCTION IN A CONTEXT OF CRISIS OF LAW.—3. REFLECTIONS ON THE DIFFICULTY OF ESTABLISHING A DELIMITATION TERMINOLOGY: FLEXIBLE LAW, SOFT LAW.—4. SOME EXAMPLES OF FLEXIBLE LAW AND SOFT LAW.—5. PROBLEMATIC AROUND TO FLEXIBLE RULES IN THE LEGAL SYSTEM INCLUDING.—6. CONCLUSIONS.

1. INTRODUCCIÓN

La realidad jurídico-social altamente cambiante ante la que nos encontramos supone una revisión constante del aparato conceptual que se emplea para describirla, especialmente cuando las clásicas clasificaciones dejan de ser apropiadas para definir la realidad que pretendían reflejar. Es lo que sucede con la potestad normativa, la capacidad regulativa ya no solo del Estado sino también de la sociedad civil, órganos supraestatales, corporaciones,... y la constatación de que, cada vez con mayor frecuencia, las instancias políticas, para abordar la regulación de conductas en determinados ámbitos, prescinden de las técnicas legislativas propias o tradicionales de nuestro sistema jurídico constitucional, lo que ha provocado un cambio tanto en el proceso de producción normativa como en los sujetos que participan en el mismo. De hecho, se califican algunas de estas prácticas como «para-reglamentarias», que se apoyan en la pretensión de los operadores económicos de conseguir rápidas soluciones en casos de vacío legal (García Álvarez: 2006, 143).

Estas normas de nueva introducción han sido denominadas de forma diversa por la doctrina, calificándolas así como Derecho

«flexible»¹ o «*soft law*», por ejemplo, y se insertan en un contexto regulativo calificado como de «crisis del Derecho»², lo que provoca un cierto desconcierto sobre el sistema de fuentes del Derecho, sobre la consideración del propio Derecho vigente y la certeza jurídica, sobre su interpretación, e incluso sobre su grado de vinculatoriedad. Ante esta realidad, el objetivo de este trabajo es el de aportar cierta claridad conceptual sobre este fenómeno, analizando los rasgos definitorios de estas técnicas legislativas, algunas de sus manifestaciones, ciertos efectos que dicha flexibilización o «suavización» del Derecho están produciendo o pueden producir en los sistemas jurídicos actuales, así como algunas reflexiones sobre la misma consideración de su controvertido carácter normativo.

2. LA PRODUCCIÓN NORMATIVA EN UN CONTEXTO DE CRISIS DEL DERECHO

Hoy en día, y aunque resulte obvio indicarlo, sabemos que el Derecho se caracteriza por la mutabilidad, la rapidez, la caducidad que requiere una sociedad en permanente cambio. Es por ello que es posible afirmar que «el Derecho, tal como nosotros lo conocemos y lo practicamos, no está preparado para dirigir una sociedad moderna» (Arnaud: 1994, 1000-1004). Probablemente, como indica E. Denninger, la actual sociedad sea demasiado dinámica para una norma (el código) cuya razón de ser es petrificar para dar estabilidad. El centro de gravedad del sistema jurídico de una sociedad que no se detiene no

¹ Expresión conocida en el ámbito jurídico por la obra de J. Carbonnier (1994). Incluso se emplea, en ocasiones, la terminología «Derecho dúctil», expresión que se empleó para la traducción de la obra de G. ŽAGREBELSKY, *Il Diritto mitte. Logge, diritto, giustizia*, por M. Gascón (Zagrebelky: 1995). Como señalaba G. Peces-Barba, el término «dúctil» es próximo al de «maleable», «moldeable» o «flexible», aunque sea éste último el que se considere más apropiado para expresar, en sentido figurado, la «idea del pluralismo, de ausencia de rigidez, de principios constitucionales no organizados jerárquicamente, de superación del legalismo y del sistema cerrado con que nuestro autor –se refiere a G. Zagrebelsky– identifica al sistema jurídico». (PECES-BARBA: 1995, 158). No obstante hay que apuntar que G. Zagrebelsky utiliza el adjetivo «dúctil» en un sentido no completamente asimilable al de «flexible» empleado por J. Carbonnier, ya que lo emplea, básicamente, para calificar el carácter esencial del Derecho de los Estados constitucionales actuales, donde la coexistencia de valores y principios, sobre la que debe basarse la Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. Afirma que los términos a los que hay que asociar la ductilidad constitucional son la coexistencia y el compromiso.

² Aunque dicha expresión que no ha de resultar novedosa, pues viene empleándose ya desde antes de la primera mitad del siglo pasado, por autores como Carnelutti, Bourdeau o Ripert. Una síntesis de sus ideas puede verse en PRIETO SANCHÍS (1998, 21-24).

puede ser un código. Esta situación ha provocado que se califique esta etapa como de «descodificación» (Irti: 1992), donde la ley ya no es tanto la fuente principal y casi exclusiva del Derecho, sino que padece modificaciones sustanciales, lo cual implica una reformulación del «imperio de la ley»³. Con todo, la ley sigue siendo la categoría central del Estado Constitucional, solo que no sería juicioso considerar que se trata del mismo tipo de ley, sobre todo existiendo un concepto de soberanía tan quebradizo como el que existe hoy (Denninger: 1994, 54).

A lo anterior también cabe añadir ciertas tendencias desreguladoras y privatizadoras⁴, con lo cual el Estado ha dejado de controlar buena parte de la producción normativa. Por estos y otros motivos se habla no tanto de una «crisis del Derecho», como de una crisis su capacidad regulativa⁵, en un doble sentido (Hespanha: 1997, 230-231): en primer lugar, institucional, dada la progresiva falta de eficacia del Derecho y la aparición de zonas de «a-legalidad» y de «i-legalidad»; y, en segundo lugar, crisis de legitimidad⁶, por la pérdida de la capacidad simbólica del discurso jurídico para representarse, para ser reconocido como el medio idóneo y justo de organización social. Como consecuencia se produce una degradación de los niveles de calidad de la producción normativa, de tal manera que las normas que se elaboran suelen adolecer de graves defectos, tanto formales como materiales⁷.

Muchas de las manifestaciones de esta crisis regulativa tienen que ver con la globalización⁸ y con la necesidad que conlleva a los juristas de pensar en nuevas formas de afrontar la realidad jurídico-

³ Sobre este aspecto véase LAPORTA (2007) y (2014a, 103-121).

⁴ La desregulación «al contrario de lo que la expresión puede sugerir, no equivale a la anomia, sino que se identifica con el desplazamiento de normas intervencionistas por otras limitadas a asegurar la autonomía privada y la libre competencia entre sujetos que operan en el mercado» (MARCILLA: 2005b, 240).

⁵ O, cuando menos una crisis de la razón jurídica, como afirma L. FERRAJOLI, una «pérdida de confianza en esa artificial *reason* que es la razón jurídica moderna, que erigió el singular y extraordinario paradigma teórico que es el Estado de derecho» (FERRAJOLI: 1999, 18). Una crisis en el monopolio del poder de creación del Derecho por el Estado que es irreversible (FERRAJOLI: 2004, 141).

⁶ Como indica R. ESCUDERO, un cambio a la legitimidad de ejercicio frente a la clásica legitimidad de origen. Ello implica, por un lado, la creación de espacios que permitan una mayor participación de los ciudadanos en el proceso que rodea a la creación de las normas jurídicas y de las políticas públicas. Por el otro lado, el paso de una *governance-by-law* a una *governance-by-objectives*, es decir, de una regulación jerárquica de tipo *up-and-down* a una ordenación de las conductas basada en el acuerdo y en el compromiso voluntario (ESCUDERO: 2012, 98).

⁷ En este sentido, consultar, entre otros, la obra de LAPORTA (2007 y 2014a), MARCILLA (2005a), PRIETO SANCHÍS (1998, especialmente el capítulo I «Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el Estado Constitucional», 5-46), GALIANA (2003 y 2008), HIERRO (2003, 449-476), y ZAPATERO (2009).

⁸ Y con el proceso de difuminar las fronteras (reales y simbólicas) que mantenían las dicotomías propias del proyecto de la modernidad: Estado/sociedad civil; público/privado; formal/informal; jurídico/no jurídico... Sobre la polarización dicotómica véase SOUSA SANTOS (1990, 13-16). Sobre la nueva función del Derecho en el proceso de globalización, véase del mismo autor (1998), o FARIA (2001), entre otros.

social actual. En este contexto, el Derecho tiende a acentuar el propio valor interactivo y comunicativo y esto lo configura como un producto abierto, capaz de reaccionar ante nuevas situaciones, que se forma en muchos ámbitos, según una lógica de la posibilidad y de la oportunidad más que no sobre la del vínculo y la de la sanción (Pastore: 2003, 9). La «estatalidad» de la ley resulta cada vez menos representativa de la realidad jurídica, y así también lo demuestran los diferentes procesos de descentralización normativa y el creciente protagonismo normativo de la sociedad civil a través de grupos y/o corporaciones, agrupaciones, en suma, con una elevada capacidad de autorregulación⁹. Las sociedades actuales se caracterizan además por ser sociedades amenazadas por el riesgo derivado del desarrollo tecnológico, especialmente los ambientales¹⁰. Para una adecuada gestión de estos posibles daños se requiere una intervención, en algún sentido, de quien los genera, generalmente organizaciones privadas.

En un mundo globalizado, la legislación aparece como una forma de intervención demasiado rígida e incapaz de articular la complejidad de esta realidad, resultando difícil que el Estado pueda resolver los conflictos de intereses de la sociedad sin caer en contradicciones. Es más, la necesidad de plantear al lado del Derecho interno un Derecho transfronterizo puede, entre otros elementos, suponer un cierto deterioro de los esquemas conceptuales y normativos tradicionales y una posible fragmentación de la unidad del ordenamiento jurídico (Laporta: 2014b, 41-42)¹¹.

El aumento y la relevancia de los instrumentos jurídicos «flexibles» están estrechamente conectados con esta crisis de la capacidad regulativa de la legislación, ya que tienen mayor posibilidad de adaptarse a contextos diversos. La introducción de esta flexibilidad en el

⁹ En este sentido se habla de una crisis de la «estatalidad» del Derecho provocada por los procesos de descentralización normativa y fomentada por el creciente protagonismo de grupos y corporaciones, sobre todo económicos, en los procesos de creación de normas. Incluso se puede afirmar que «el repliegue de la ley estatal merced a normas de gestación privada se ha instalado en nuestros sistemas jurídicos: el legislador presta audiencia a grupos organizados que defienden intereses y acepta que influyan en la adopción de decisiones políticas, avala normas en cuya formación el propio legislador apenas ha intervenido, reconoce altas cotas de autonomía normativa a ciertos sujetos privados para la gestión de sus asuntos...» (MARCILLA: 2005b, 240-246).

¹⁰ Sobre este aspecto puede consultarse la obra de ESTEVE PARDO (1999 y 2002).

¹¹ Tal y como afirma A. Pizzorusso, principalmente a partir de la segunda mitad del siglo XX, con el desarrollo de la denominada «globalización» económica y cultural, han surgido formas de Derecho «transnacional» (denominado también de otras maneras), que han dado lugar a ordenamientos jurídicos no estatales, que no se encuentran vinculados (salvo en aspectos de carácter secundario) a ordenamientos estatales o al ordenamiento internacional, y que conforman áreas de Derecho no reconducibles a una de las pirámides correspondientes a los ordenamientos jurídicos de los Estados, o a otros vinculados a estos. Pizzorusso (disponible en <http://www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos/10AlessandroPizzorusso.htm>) [Fecha de consulta: 10/01/2014].

sistema jurídico va a suponer el debilitamiento de la autoridad y la rigidez formal de las normas jurídicas a favor de un importante incremento de la discrecionalidad y la apertura del Derecho hacia todo tipo de presiones sociales y políticas y, en general, los criterios de oportunidad (Calvo García: 1998, 104-105). Ante esta situación se insertan en el sistema jurídico instrumentos normativos de muy distinta variedad que responden al esquema del consejo o la recomendación y no al imperativo tradicional¹² y que, además, en muchas ocasiones no provienen del Estado. De este modo, el Derecho se aproxima más a un Derecho negociado y directivo, querido y aceptado más que no impuesto, en sociedades democráticas cada vez más complejas y segmentadas (Amselek: 1991, 129-154)¹³. Un Derecho flexible que se ve constreñido a prescindir de la generalidad y abstracción porque aspira a ser el Derecho del nuevo tipo de organización socio-económica (Hespanha: 1997, 253-254).

Estos fenómenos señalan una mutación en el modelo de regulación, no tanto centrado en la norma rígida que se impone a la generalidad de ciudadanos, y a su faceta analítica, sino más atenta a la exigencia de hacer de la normativa un instrumento capaz de adaptarse a la dinámica social, económica, tecnológica, en continuo cambio; resulta idóneo para tener en cuenta los intereses en juego y orientar el comportamiento de los sujetos sin obligarles a uno específico, sino dirigiendo, en cambio, por muchos caminos, al logro de determinados objetivos. La flexibilidad de estos instrumentos jurídicos concilia la intervención normativa con las múltiples manifestaciones que caracterizan la sociedad actual, evitando que el Derecho se emplee como factor de rigidez.

El Derecho aparece como un tejido, una red de interrelación, donde regulaciones suaves, blandas, fluidas y elásticas (que juegan varios papeles, respondiendo a la solicitud de flexibilidad y adaptabilidad de contextos sociales cada vez más complejos) conviven con disciplinas plenamente obligatorias. La normatividad resulta, en este cuadro, no monolítica, sino caracterizada por una notable tasa de graduación (Pastore: 2003, 14). No obstante, como indica F. Laporta, sugerir una graduación de la normatividad tiene algunos problemas importantes. Al fin y al cabo, la idea de una «obligatoriedad voluntaria» parece una contradicción en los términos. Por ello se señala que se trata de normas obligatorias acompañadas, sin embargo, de ciertas «cláusulas de escape» o «provisiones de salida» que permiten a la parte vinculada determinar cuándo es exigible la obligación, que no son lo mismo que las normas no jurídicas, pues las normas no jurídicas no son exigibles por el Derecho (pero sí por medios políticos); sin embargo, donde hay

¹² Se trata de fórmulas que proponen y no imponen la realización de conductas, que podrían corresponderse con la función promocional del Derecho indicada por BOBBIO (1990, 371-372).

¹³ Véase también en este sentido MORAND (1991, 181-219).

una cláusula de escape no hay justificación para la aplicación por la fuerza de la norma, e incluso la aplicación política por la fuerza estaría excluida (Laporta: 2014b, 75-76).

3. REFLEXIONES SOBRE LA DIFICULTAD DE ESTABLECER UNA DELIMITACIÓN TERMINOLÓGICA: DERECHO FLEXIBLE Y *SOFT LAW*

El uso del término «flexibilidad» en el ámbito normativo resulta frecuente y aumenta en los últimos años, si bien se emplea de manera muy diversa, lo cual provoca confusión a la hora de determinar su alcance y conceptualización. Es por ello que resulta necesario realizar alguna reflexión en torno a qué se entiende por «Derecho flexible».

La palabra «flexibilidad» implica la cualidad de ser «flexible», y partiendo de que el adjetivo «flexible» tiene varias acepciones en su sentido común (entre las que destacan «que tiene disposición para doblarse fácilmente», «que no se sujeta a normas estrictas, a dogmas o a trabas», o «susceptible de cambios o variaciones según las circunstancias o necesidades») ¹⁴, el término es empleado por los juristas para describir fenómenos heterogéneos, lo cual nos deja en una situación de incertidumbre respecto a qué se quiere hacer referencia con las expresiones «flexibilidad normativa» o «Derecho flexible». A veces se emplean para describir el fenómeno de adaptabilidad de las normas al cambio social; otras, en cambio, pretenden hacer referencia a la posibilidad de modular los efectos de las normas; e incluso se utilizan en el ámbito del Derecho Internacional para hacer alusión a la capacidad de las partes en un tratado internacional para excluirse de las obligaciones jurídicas dimanantes de la norma convencional (Liñán: 2003, 13).

El término «flexibilidad normativa» está, pues, relacionado con la adaptación del Derecho a la heterogeneidad y dinamismo de la realidad social regulada; pudiendo así incluso determinar dos acepciones de la flexibilidad: la dinámica y la estática (Martín Rodríguez: 2003, 26-29). La acepción dinámica de la flexibilidad se relaciona con la modificación o cambio normativo. La flexibilidad es utilizada en este sentido para determinar la mayor o menor capacidad de renovación del contenido normativo del Derecho. La acepción estática, por su parte, hace referencia al contenido normativo, a la amplitud del precepto para albergar conductas variadas, para prescribir un imperativo no demasiado concreto sino que admita cierta variación, esto es, diversas formas de cumplimiento. Se considera que la norma es flexible porque es capaz de perfilar un contenido no rígido, sino variable. La flexibilidad estática, así entendida, determina la necesidad de analizar cuál es el

¹⁴ Definición extraída del *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. RAE. [Fecha de la consulta: 19.03.2014] <http://lema.rae.es/drae/?val=flexibilidad>

umbral de la normatividad (lo jurídico de lo no jurídico), e incluso puede cuestionar el propio concepto de norma jurídica, al distinguir grados en su fuerza imperativa (Abi-Saab: 1987, 184 y ss.).

En cualquier caso, y sea cual fuere el sentido atribuido, las propiedades del Derecho flexible siempre terminan definiéndose por oposición a las propias del Derecho clásico, del también denominado *hard law*. Frente a la lógica de la vinculación y de la sanción a la que responde éste, aquél obedece a la lógica de la oportunidad y de la persuasión (Valdés Dal-Re: 2005, 41), aunque no solo es Derecho flexible aquél que tiene un contenido no vinculante, sino también normas de *hard law* dictadas en términos vagos o ambiguos que dejan un gran margen a la interpretación. Debido a esta característica relacionada con su no vinculatoriedad (que también se predica del Derecho flexible en algunas de sus manifestaciones) en nuestro ámbito doctrinal es cada vez más frecuente el empleo de la expresión anglosajona «*soft law*»¹⁵ (como contraposición al *hard law*) para referirse a la flexibilidad jurídica. En cualquier caso, considero necesario apuntar que en realidad no se trata de fenómenos idénticos, pero sí que mantienen ciertas similitudes (especialmente por su conexión con la flexibilidad estática), por lo que creo que se debe también realizar alguna precisión conceptual respecto a este último término, confuso y no unánimemente definido por la doctrina¹⁶.

La expresión «*soft law*» ha provocado discusiones doctrinales respecto a su propia forma semántica, ya que parece una contradicción en los términos. Algunos autores mantienen que si una norma es «*law*» no puede ser «*soft*», y si es «*soft*» no puede ser «*law*». Sin embargo, como afirma Laporta (2014b, 62) «esa misma ambigüedad o mezcla de términos que parecen no casar entre sí, y que ha llevado a no pocos autores a ver en ella un oxímoron o *contradictio in terminis*, es lo que hace de la nueva acuñación algo especialmente feliz para dar cuenta de los nuevos (y no tan nuevos) fenómenos normativos del Derecho internacional. Ha sido esa conciencia de estar asistiendo a algo nuevo en ese mundo normativo lo que ha unido la nueva expresión a la nueva realidad».

Resulta usual utilizar la denominación de *soft law* en el ámbito del Derecho Internacional para referirse a todos aquellos actos que carecen de eficacia normativa y que son dictados por organismos internacionales (Snyder: 1993a, 32), ya tengan éstos poder normativo o carezcan de él, con diversa denominación, como recomendaciones,

¹⁵ Acuñada por Lord McNAIR en su obra *The Law of Treaties* (1986). No obstante, como señala LAPORTA, se piensa que su intención era más bien la de diferenciar entre enunciados normativos de *lege lata* y enunciados normativos de *lege ferenda*. (LAPORTA: 2014b, 62).

¹⁶ Precisamente uno de los mayores problemas para intentar definir el *soft law* es la heterogeneidad y pluralidad de instrumentos que pueden entrar en esta calificación (ROBILANT: 2006, 500).

resoluciones, recomendaciones, guías, códigos o estándares de conducta (Shaw: 2008, 118). Se trata de normas que carecen de eficacia directa y *erga omnes*, así como de la oponibilidad propia de las normas jurídicas del *hard law*. Sin embargo, son herramientas técnicas con las que se pretende influir en el Derecho positivo de los distintos Estados estableciendo los principios informadores de las distintas regulaciones nacionales, detallando el tratamiento posible de los distintos aspectos del tema, o realizando otra serie de consideraciones. En el ámbito del Derecho Internacional, el *soft law* se considera que se refiere aquí a reglas de conducta que se encuentran en el nivel de lo no vinculante jurídicamente (en el sentido de ser aplicable por la fuerza y sancionable mediante la responsabilidad internacional) pero que, de acuerdo con la intención de sus autores, posee un alcance jurídico (*legal scope*) que ha de ser definido ulteriormente en cada caso. Tales reglas no tienen en común un estándar de intensidad uniforme por lo que a su alcance jurídico respecta, pero sí el que están dirigidas (intención de los autores) y tienen como efecto (a través del Derecho internacional) que la conducta de los Estados, las organizaciones internacionales y los individuos sea influida por esas reglas, sin contener, sin embargo, derechos y obligaciones jurídicas internacionales (Wellens y Borchardt: 1989, 274)

El *soft law* se afirma que se caracteriza por su lenguaje vago y abstracto, aunque en realidad ésta no es una característica exclusiva de este tipo de normas, sino que también es muy habitual en normas de *hard law* de Derecho interno, las cuales podrían calificarse de «flexibles» debido a la existencia de mayores márgenes de acción que alcanzan incluso a la negociación o el acuerdo sobre los términos de aplicación de la ley (Añón: 1994, 909)¹⁷. El significado de un determinado mensaje normativo puede ser más claro o más confuso, pero también hay que tener presente que la ambigüedad del mismo puede favorecer los intereses de quien lo enuncia porque amplía, por ejemplo, los espacios de discrecionalidad operativa permitiéndole sostener que en el futuro puedan realizarse no solo una, sino más acciones diversas entre sí, sobre la base de un mismo mensaje. La ambigüedad de las normas legales es, por ello, a menudo intencionada, bien por este motivo, o bien porque quienes participan en la formulación de las normas no son capaces de llegar a un acuerdo sobre la sustancia del contenido (Ferrari: 2000, 177).

Se suele afirmar que es característico del *soft law* la ausencia de efectos vinculantes, no obstante cabe señalar que esto no implica la ausencia de efectos jurídicos, ya que como incidiré posteriormente, el *soft law* puede servir, entre otras funciones, de parámetro interpretativo del *hard law* (Alonso García: 2001, 64). La posición generalizada

¹⁷ Las normas jurídicas vagas y genéricas pueden ser vinculantes jurídicas (como lo son, por ejemplo, los principios jurídicos), lo que sucede es que presentan muchos problemas de aplicación. (LAPORTA: 2014b, 72-73).

de la doctrina es la de considerar que el *soft law* es un instrumento de carácter jurídicamente no vinculante pero con cierta relevancia jurídica¹⁸, con una mayor expansión en la producción del Derecho Internacional pero que se va extendiendo cada vez más a los Derechos internos. En este sentido desarrolla también una función en la formación de normas generales y, más en general, en la elaboración de estándares uniformes que reflejan el interés general de la comunidad mundial (Pastore: 2003, 5-6). Se les considera «normas ligeras» por su falta de eficacia obligatoria *per se*, carencia que no impide, sin embargo, que gocen de cierta eficacia jurídica gracias a la influencia que ejercen, derivada de su capacidad de persuasión, sobre los Estados, las instituciones comunitarias y los individuos. Las normas de *soft law* pueden ser adaptadas y modificadas más rápida y flexiblemente que otras normas, como pueden ser los tratados internacionales, ya que no requieren ratificación, son más fáciles de negociar porque implican un menor nivel de compromiso, etcétera (Bodansky: 2010, 156). También se ha señalado, en el ámbito del Derecho Internacional, que en realidad su existencia debe verse como una manifestación de la intención política de un Estado de comportarse de una determinada manera (Shaw: 2008, 118)¹⁹.

Entre las razones que motivan la utilización del *soft law*, y sintetizando, se suelen citar las siguientes (Escudero: 2012, 114): la presión de los poderes fácticos ante las instituciones democráticas; la pérdida de confianza en las autoridades e instrumentos tradicionales; la demanda de participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones políticas; la desafección del ciudadano hacia las instituciones y organizaciones supranacionales llamadas a cobrar un papel decisivo en un mundo globalizado; la intención de reservar determinados ámbitos de decisión a la opinión de los hipotéticos «expertos» en la materia; o el progresivo abandono de la regulación estatal en el marco de las relaciones económicas, entre otras muchas.

Debido a su flexibilidad, el *soft law* puede desplegarse donde el *hard law* no puede o no se atreve a intervenir, especialmente en el ámbito internacional, de dos maneras complementarias, pero diferentes (Abi-Saab: 1993, 64-68): en primer lugar, el *soft law* puede explorar los nuevos ámbitos de expansión de la regulación jurídica, trazar las líneas generales que debe seguir la regulación, incitar a los Estados a avanzar en la elaboración de la misma o a afinar más en su contenido y en sus instrumentos, sirviendo así de precursor en el proceso de

¹⁸ Pueden verse entre otros, DEL TORO HUERTA (2006, 513-549), ALONSO GARCÍA (2001, 63-94), SARMIENTO (2006, 221-261), ALARCÓN GARCÍA (disponible en <http://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/10423/1/E1%20soft%20law%20y%20nuestro%20Sistema%20de%20fuente%20%20Homenaje%20RodríguezBereijo%20%20pre-print%2017%202%202010.pdf>) [Fecha de consulta: 15/01/2014]

¹⁹ Sobre su uso en el Derecho Internacional, así como sobre la nota de la autonomía en la falta de eficacia obligatoria, véanse, entre otros, DISTEFANO (2003, 17).

desarrollo del Derecho. Y, como una etapa en la evolución del Derecho, se trata de «Derecho», con ciertos efectos jurídicos (aparte del hecho de suministrar los parámetros de las reglas en formación): establecer el interés y la competencia para regular jurídicamente una determinada materia; invalidar las reglas contrarias preexistentes en la materia; etc. De este modo, la norma de *soft law*, sin ser obligatoria y aplicable directamente, produce ciertos efectos jurídicos inmediatos, de tipo colateral, indirecto o de rebote. En este sentido se afirma que el *soft law* de hoy es o anuncia el *hard law* de mañana. No se trata de una *lex imperfecta*, de un Derecho defectuoso, sino de un Derecho en gestación, *in statu nascendi* (Abi-Saab: 1993, 66).

Los instrumentos de *soft law* pueden transformarse en *hard law* mediante decisiones judiciales, administrativas o legislativas. Es lo que sucede por ejemplo, en el ámbito del Derecho Comunitario, con los acuerdos interprofesionales o sectoriales adoptados por los interlocutores sociales que son convalidados por el Consejo en el procedimiento legislativo correspondiente, pues si bien son negociados en el seno de dicho procedimiento como fase del mismo, en una interpretación abierta significa que la negociación colectiva se convierte, por esta vía, en actos legislativos del Consejo. El resultado es una norma de *hard law*, sin embargo, su contenido muestra una evolución acorde con la tendencia hacia la regulación mediante líneas generales, que distingue estas Directivas convencionales basadas en un acuerdo marco de las tradicionales que ofrecían una regulación detallada de la materia social que tratase, estableciendo derechos y obligaciones para los particulares. Han sido Directivas que, en muchos casos, han cumplido una labor de desbloqueo legislativo a nivel comunitario sobre ciertas materias, pero cuya efectividad en los Estados miembros no está siendo amplia²⁰.

En segundo lugar, el *soft law* puede ser un producto final, el instrumento normativo empleado, y no simplemente una etapa intermedia en el proceso de formación del Derecho. En muchas ocasiones se trata de una elección efectuada por la misma naturaleza del objeto de la regulación, por su carácter altamente cambiante o dependiente de factores imprevisibles, lo cual provoca que el contenido normativo sea muy vago para evitar tener que revisarlo constantemente. Desde el punto de vista de la finalidad de estas normas, se trata no tanto de que se cumplan estrictamente sus recomendaciones, como de que se cree un estado de opinión favorable a su cumplimiento. Incluso es posible afirmar que más que obligar pretenden convencer. Se considera que a este tipo de normas les falta la naturaleza de imperativas, pero tampoco pueden considerarse condicionales por no someterse a condición alguna su cumplimiento. También se les califica como normas

²⁰ En este sentido, véase PASTORE (2003, 7-8); SNYDER (1993a, 97-101); BANO (2003, 65-67), entre otros.

«indicativas»²¹; e incluso los autores reticentes al término «*soft law*» emplean términos tales como «Derecho programatorio», «pre-Derecho» o «*lex in statu nascendi*», que parecen más apropiados, ya que muestran en qué etapa se encuentra una norma en el proceso de formación del Derecho, y en qué medida esta norma es imperfecta respecto a su fuerza obligatoria.

En conclusión, a la hora de valorar la utilidad de la expresión «*soft law*» se ha de tener en cuenta que se trata, en definitiva, de una categoría descriptiva que engloba fenómenos heterogéneos donde concurre un mínimo denominador: la falta de obligatoriedad jurídica –que no siempre es un mínimo común, puesto que en ocasiones falta la obligatoriedad (recomendaciones de organizaciones internacionales), en otras falta la juridicidad (acuerdos no normativos, instrumentos de actores no estatales)–, y la relevancia jurídica (a su vez, manifestada de diferentes maneras). Hay que constatar, de todos modos, que el que parece ser el significado más extendido de *soft law* es el que se refiere a instrumentos no obligatorios, considerados más bien como consejos y no verdaderas reglas, consistente más en buenos deseos o declaraciones de intenciones que de pautas para ordenar el presente. No obstante, cabe indicar que mediante el *soft law* no simplemente se aconseja, sino que también formulan deberes, tal y como afirma Laporta «es un vehículo de deberes» (Laporta: 2014b, 74)²². Ahora bien, hay que volver a poner de manifiesto que no hay unanimidad acerca de la expresión y por ello resulta necesario definir previamente el término cuando se vaya a emplear (Mazuelos Bellido: 2004, 38).

El fenómeno del *soft law* fue reconocido en el año 2003 por la Unión Europea²³ en el Acuerdo Interinstitucional «Legislar mejor»²⁴, donde dada la inflación de normas comunitarias, se propone recurrir a

²¹ Boletines terminológicos y normativos de la UE, número 15, 1999, disponible en http://www.europarl.europa.eu/transl_es/plataforma/pagina/celter/bol15.htm [Fecha de consulta: 15/01/2014]

²² No deben, pues, confundirse con los consejos, que siguiendo a BOBBIO no son jurídicamente vinculantes y las exhortaciones tampoco son *soft law*, una exhortación es una incitación persuasiva a realizar algo porque es considerado adecuado o útil tanto para quien lo realiza como para los demás.

²³ La configuración de la Unión Europea como comunidad jurídica tiende también hacia el empleo de actos normativos no ya de naturaleza cogente y jurídicamente exigibles, como se había realizado de forma tradicional, sino a través de un recurso cada vez mayor a las fórmulas de *soft law*. El Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea refleja este cambio: «El acto normativo es solo una parte de una solución más amplia, en la que han de combinarse normas formales con otros instrumentos no vinculantes, como las recomendaciones, las orientaciones e, incluso, autorregulaciones conforme a una lógica común concordada», Libro Blanco: Gobernanza Europea, COM (2001), p. 21.

²⁴ Acuerdo Institucional del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión «Legislar mejor» (2003/C 321/01, DOUE C 321, de 31 de diciembre de 2003). En este sentido, puede verse también el Informe Cot sobre el COM (97)626, «Legislar mejor» (A4-498/98); Resolución PE de 18 de diciembre de 1998.

técnicas propias del *soft law* (co-regulación y autorregulación)²⁵ cuando se considere que no es conveniente la creación de Directivas o Reglamentos. Este Acuerdo pretende, entre otras cosas, potenciar la coordinación interinstitucional y la transparencia mediante un marco estable para instrumentos de legislación «blanda» que facilite su futura utilización, con el objetivo de mejorar la calidad de la legislación mediante una serie de iniciativas y procedimientos, y al margen de las técnicas legislativas reconocidas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, pero dejando también claro que estas técnicas normativas «alternativas» no serán aplicables para cuestiones que afecten a los derechos fundamentales, cuando se trate de opciones políticas importantes, o en situaciones en que deban aplicarse uniformemente las normas en todos los Estados miembros. Lo que se pretende es, ante una determinada realidad, realizar un análisis para determinar qué planteamiento regulador es el más adecuado, y si en el caso concreto es preferible una respuesta legislativa o cabe estudiar otras alternativas como la co-regulación o la autorregulación.

En el Derecho interno encontramos ejemplos numerosos de *soft law* tales como las cartas de servicio, los códigos de buen gobierno, las guías técnicas e incluso los códigos deontológicos (de entes públicos), los planes y programas de la administración pública, etc. (Escudero: 2012, 112). Además, cada vez más la Administración renuncia a regular una determinada cuestión –pudiendo hacerlo– y deja que sean los propios sujetos afectados quienes lo hagan, estableciendo el marco general y los límites de la misma. Se trata del conocido fenómeno de la «autorregulación»²⁶, más en concreto de la «autorregulación regulada»²⁷.

²⁵ El Acuerdo entiende por co-regulación (punto 18.º) «el mecanismo por el que un acto legislativo comunitario habilita para la realización de los objetivos definidos por la autoridad legislativa a las partes interesadas reconocidas en el ámbito de que se trate (en particular, los agentes económicos, los interlocutores sociales, las organizaciones no gubernamentales o las asociaciones)». Sobre la co-regulación puede verse SENDEN (2005, 1-27).

La autorregulación, por su parte, se define en el Acuerdo como la posibilidad de que los agentes económicos, los interlocutores sociales, las organizaciones no gubernamentales o las asociaciones adopten para sí directrices comunes de ámbito europeo, en particular, códigos de conducta o acuerdos sectoriales (punto 22.º). Por tanto, tendría lugar, según la Unión Europea, en aquellos ámbitos no regulados por los tratados o en los que la Unión aún no ha legislado.

²⁶ Con carácter general se puede afirmar que el fenómeno de la autorregulación en un determinado sector económico suele estar ligado, además de a la complejidad normativa importante en una determinada área económica, a la existencia de una autoridad administrativa independiente con competencias en la materia, como en el caso del sector Bancario (Banco de España), los mercados de valores (Comisión Nacional del Mercado de Valores), el buen funcionamiento del mercado desde la libre competencia (Comisión Nacional de Competencia) o incluso, más allá de estos ámbitos, el de las empresas que manejan datos de carácter personal en sus relaciones con terceros (Agencia Española de Protección de Datos). (PALÁ LAGUNA: 2010, 11).

²⁷ Tal y como plantea DARNACULLETA (DARNACULLETA: 2003, 11), la autorregulación se concreta en diversos grupos de normas de origen social (autorregulación normativa) y en una batería de controles privados que avalan y/o garantizan el cumpli-

Dudosa resulta la inclusión en el ámbito del *soft law* de los instrumentos o normas que provienen de sujetos privados, que no tienen capacidad ni competencia para dictar normas de *hard law*, especialmente el caso de los códigos de autorregulación, códigos de conducta o códigos deontológicos o éticos. Se trata de una técnica normativa muy utilizada no solo por particulares sino también por organizaciones internacionales o estatales. En este sentido se afirma, por parte de la doctrina (Escudero: 2012, 109-111), que su inserción en el *soft law* podría dar lugar también a la de los contratos entre privados o particulares, ejemplo claro de forma de autorregulación de conductas, y respecto a los cuales no se predica el carácter de norma jurídica, aunque no hay discrepancia respecto a su eficacia obligacional.

4. ALGUNOS EJEMPLOS DE DERECHO FLEXIBLE Y DE *SOFT LAW*

Con la finalidad de intentar concretar su ámbito de aplicación podrían indicarse algunas manifestaciones de Derecho flexible y, especialmente, de *soft law* en el escenario jurídico actual. Así, en el ámbito internacional se podrían incluir en esta expresión las declaraciones de principios de la Asamblea General de las Naciones Unidas, las resoluciones, las invitaciones, etc. También entrarían en esta categoría las normas convencionales y las recomendaciones de organizaciones o conferencias internacionales, que tienen un valor no obligatorio sino exhortativo, de indicación o programático, etc.

Aunque el empleo del *soft law* es más frecuente en el ámbito del Derecho Internacional Económico y en el Derecho Internacional Ambiental, no debe obviarse el papel importante que tiene en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, más específicamente en relación con los órganos creados por los tratados sobre Derechos Humanos, donde se puede observar que las recomendaciones que emiten (Observaciones y Comunicaciones, básicamente) son de gran utilidad para exponer ante la comunidad internacional los índices de cumplimiento o incumplimiento del tratado en cuestión (Damián Colmegna: 2012, 35). De esa manera, puede decirse que las normas de *soft law* no solo pueden afectar la imagen de un Estado a nivel interna-

miento de tales normas (autorregulación declarativa y resolutoria, respectivamente). La autorregulación regulada aparece cuando estos fenómenos son tomados en consideración por los poderes públicos mediante la regulación pública de la actividad normativa y de control que ejercen los sujetos privados.

En el fenómeno de la autorregulación regulada Esteve Pardo distingue tres categorías: en primer lugar, pautas normativas con cierto grado de abstracción (normas técnicas, protocolos o códigos de conducta); en segundo lugar, acuerdos o decisiones singulares; y, en tercer lugar, mecanismos de resolución de conflictos (ESTEVE PARDO: 2002, 15).

cional sino que también son susceptibles de desencadenar una opinión crítica de las políticas públicas que se desarrollen en el mismo y, de esa manera, favorecer la consolidación de una sociedad civil activa que reclame el cumplimiento de las obligaciones internacionalmente asumidas por el Estado (Abbott, Snidal: 1998, 27).

Las normas del *soft law* resultan frecuentes, como he indicado anteriormente, en el Derecho Internacional Ambiental, ya que suelen servir como la primera aproximación a la problemática que puede contribuir a la conclusión de instrumentos de *hard law* que establezcan normas obligatorias a cargo de los Estados. Esto se debe a que el *soft law* se basa sobre un acuerdo que tiende a uniformar, por lo menos, la consideración política de un problema, no solamente entre los grupos políticos, sino también en la opinión pública, con el propósito de fijar las bases para que en un futuro sea posible el establecimiento de normas obligatorias. De esta forma, las normas del *soft law* tienden un puente entre la política internacional y el Derecho Internacional Público, para facilitar el consenso en vías al establecimiento de nuevas normas internacionales (Palmer: 1991, 269). La mayoría de la regulación ambiental internacional, especialmente la multilateral, se ha encaminado al establecimiento de compromisos más que de obligaciones, reflejándose ello en la terminología utilizada, indicando que los Estados deberán «cooperar», «informar», «consultar», «vigilar», «coordinar»,... términos éstos que no resultan ser imperativos, sino meramente declarativos, ya que se traducen en normas de conducta, directrices genéricas, encontrándose, incluso, a menudo las cuestiones más conflictivas en «anexos»²⁸.

Este sistema normativo utilizado por el Derecho Internacional Ambiental, encuentra su justificación al radicar la suscripción, ratificación y cumplimiento de los instrumentos internacionales en la voluntad y consenso de los Estados, quienes buscan disposiciones escapatorias al establecimiento de responsabilidades, así como a la determinación de infracciones y sanciones; y al establecimiento de instituciones u órganos supraestatales dotados de poder de decisión y sanción, pues son los mismos Estados quienes ejercen dentro de su respectiva jurisdicción el control y cumplimiento de los compromisos acordados y en ciertos casos se crean comités, comisiones o grupos de trabajo *ad-hoc* destinados únicamente a la cooperación o coordinación.

Ante este sistema jurídico «blando» y de corte declarativo, y a la reacción de ciertos organismos internacionales y de organizaciones no gubernamentales, frente al agotamiento de los recursos naturales, el deterioro del ambiente y del medio humano, se hace palpable la exigencia de una regulación que introduzca pautas y mecanismos que busquen

²⁸ Incluso se configuraba inicialmente como un Derecho sin sanción, dotado únicamente de una responsabilidad atenuada, tal y como indicaba Kiss, consistente en dar satisfacción a las víctimas a través de mecanismos como la negociación, la indemnización sin reconocimiento de responsabilidad o, en su caso, por la adopción en el futuro de una regulación que pretenda eliminar el daño o lo reduzca (Kiss: 1981, 518).

un máximo rigor en la protección de intereses generales de la comunidad internacional, ya no solo a través de mecanismos que aseguren la prevención de riesgos, sino que una vez producidos sea factible el establecimiento de responsabilidades y responsables, más aún cuando nos encontramos frente a la existencia de recursos naturales escasos de trascendental importancia internacional, como el suelo y el agua.

En conclusión, se podría decir que así como se han configurado las características del Derecho Internacional Ambiental, debido a su marcado tinte prevencionista, normativa de carácter voluntarista y sugerente, absoluto protagonismo de los Estados y escaso margen de participación de los ciudadanos y organizaciones sociales; la actitud de los Estados frente a la presencia de posibles controversias ambientales internacionales se ha traducido en una reticencia al establecimiento de responsabilidades y responsables, y que sean los particulares quienes asuman la reclamación y reparación por los daños ocasionados o sufridos al ambiente, a las personas y/o a su patrimonio, respectivamente.

A nivel comunitario se pueden encontrar múltiples ejemplos de *soft law*, entre las que destacan las Conclusiones de la Presidencia de los Consejos Europeos, las Comunicaciones de la Comisión Europea, sus recomendaciones, los informes anuales, así como los códigos de conducta, las declaraciones, las instrucciones que guían las relaciones institucionales (Pastore: 2003, 7). Los códigos de conducta de la Unión Europea no tienen un carácter jurídicamente vinculante, y son declaradamente voluntarios. Reflejan un compromiso político que fija pautas de comportamiento en relación con una concreta materia, como pueda ser la autorización de las exportaciones de material de defensa de los Estados miembros, para ayudar a las empresas a adoptar una mayor eficiencia energética, a adquirir productos de Green IT e informar del uso energético o en materia de fiscalidad²⁹.

5. PROBLEMÁTICA EN TORNO A LA INCLUSIÓN DE NORMAS FLEXIBLES EN EL SISTEMA JURÍDICO

Si bien es cierto que en un contexto calificado como de «crisis de la capacidad regulativa del Derecho» más que un sistema unitario y jerárquico de fuentes se necesita una amplia gama de opciones reguladoras

²⁹ Algunos ejemplos son el Código de Conducta de prácticas fiscales perniciosas, o el Código de Conducta sobre la documentación relacionada con los precios de transferencia exigida a las empresas asociadas en la Unión Europea, el Código de Conducta dirigido a mejorar el funcionamiento del Convenio de Arbitraje 90/436/CEE, de 23 de julio de 1990... El código de conducta comunitario sobre exportaciones de material de defensa obtuvo un gran éxito en su aplicación y en el logro del objetivo fundamental de la armonización de las políticas de exportación de estos materiales, la cual cosa ha propiciado que numerosos países se adhieran al mismo. En este sentido, véase MURO MARTÍNEZ (2005).

flexibles, capaces de adaptarse con mayor rapidez y facilidad a los cambios que se suceden, se ha de tener presente las consecuencias que puede comportar esta inclusión que puede alterar la construcción tradicional de la pirámide jurídica cuando las fuentes del Derecho se multiplican y se diversifican³⁰, se despliegan en una gran variedad de posibilidades que, además, son mutables, tendentes a huir de un orden fijo de tipo jerárquico (Ost y Van de Kerchove: 2000, 1-9). Debido a que existe una gran heterogeneidad de formas en las que se manifiesta el Derecho flexible, con diversos niveles de efectividad y relevancia jurídica, hay quien lo considera al margen del campo de las «verdaderas» fuentes del Derecho, pues si se mantiene la idea de que la vinculatoriedad y la coercibilidad se establecen como rasgos típicos del Derecho, la regla elástica o flexible (con carácter voluntario), que insiste más sobre la persuasión que sobre la obligación, no parece una regla jurídica (Ferreri: 1998, 299-301).

De «fuentes del Derecho», en síntesis, tenemos una noción material y una formal. Según la noción «material», la expresión hace referencia a todo acto o hecho que produzca Derecho. A la luz de esta definición, para saber si un acto o hecho es fuente del Derecho, se ha de identificar su contenido (si es un acto) o su resultado (si es un hecho). Según la noción «formal», la expresión hace referencia a todo acto o hecho, no ya efectivamente productivo de normas, pero «autorizado» a producir normas, independientemente de su contenido (si es acto) o resultado (si es hecho). De ello se sigue que para saber si un cierto acto o hecho es fuente del Derecho, basta con mirar si en el ordenamiento del que se trata existe una norma (precisamente una norma sobre la producción jurídica) que autoriza al acto o al hecho en cuestión a crear Derecho (Guastini: 1998, 57-65). Ahora bien, viendo el panorama jurídico actual configurado como una red en la cual interaccionan normas de diversa procedencia se puede decir que la distinción entre fuente en sentido material y fuente en sentido formal, resulta superada. Se asiste así a la imposibilidad de reconducir el sistema de las fuentes a un elenco sistemático, por ejemplo sobre el procedimiento de formación. Entre las fuentes, además de las normas hay variados materiales jurídicos, heterogéneos y dotados de diversa fuerza vinculante, que interaccionan entre sí.

Respecto a la inclusión del *soft law* en las fuentes del Derecho cabe afirmar que es evidente que el mismo, en sus múltiples y diversas manifestaciones, prescribe, aunque sea de forma atenuada, alguna cosa. Los actos de *soft law* recomiendan un fin, indican un comportamiento a asumir, un programa a seguir, un aspecto que debe ser tenido

³⁰ En este sentido, Pérez Luño ya afirmaba a principios de los años noventa del pasado siglo que «una marea transformadora ha alcanzado incluso aquellos ámbitos del ordenamiento jurídico que parecían inasequibles a la innovación como es el de las fuentes del Derecho. Un jurista decimonónico transportado en el túnel del tiempo hasta el sistema de fuentes jurídicas actuales, forzosamente se sentiría confundido y desorientado» (PÉREZ LUÑO: 1993, 76).

en consideración, un valor que requiere atención..., incidiendo sobre la producción normativa. El *soft law*, por tanto, forma parte del *corpus* normativo y entra en el proceso de positivización. Es, por ello, una fuente del Derecho, en el sentido que es considerado capaz de generar en cualquier modo reglas jurídicas (Pastore: 2003, 12). No obstante, esta afirmación no es unánimemente aceptada en la doctrina. Si bien hay cierto consenso en encuadrar el Derecho débil o flexible en las fronteras del sistema jurídico, las discrepancias se manifiestan a la hora de ubicarlo en el borde exterior o interior de esos confines. En este sentido comparto la tesis de quienes sitúan el *soft law* en el interior del Derecho, en razón de su aptitud para generar algún efecto jurídico relevante, evidentemente también débil (Valdés Dal-Re: 2005, 41). Es constatable la capacidad de algunas manifestaciones de *soft law* de anticipar futuras regulaciones, de actuar como criterios de interpretación de las reglas jurídicas vinculantes, o de transformarse, a resultas de una aplicación reiterada, en normas vinculantes (Snyder: 1993, 97-101). Los códigos de conducta, las recomendaciones, los códigos de buenas prácticas, las declaraciones, las instrucciones, los programas... pueden definir reglas que, pese a no ser exigibles a través de los procedimientos típicos de la coerción jurídica (Spadaro: 2001, 259-260), pueden llegar a ser observadas, conformando comportamientos y alcanzando cierto grado de efectividad jurídica. A todo ello añadir que si se considera que el *soft law* puede constituir un parámetro interpretativo del *hard law*, parte de la doctrina defiende la calificación del *soft law* como fuente del Derecho en cuanto principio general del Derecho (Sarmiento: 2006, 223), especialmente en Derecho Internacional³¹.

Por otra parte, cabe también remarcar que una de las mayores críticas a la aparición de la flexibilidad en el Derecho consiste en que su inclusión puede vulnerar la certeza del Derecho, e incluso se apela a su alejamiento respecto al ideal del imperio de la ley del Estado de Derecho (Laporta: 2007, 263). No obstante, hay que tener presente que, como indica Zagrebelsky³², la fijeza –que es un aspecto de la certeza– ya no es una característica de los actuales sistemas jurídicos; además, no solo es dudoso que la certeza, como fijeza del ordenamiento en todas sus partes, pueda ser hoy un objetivo realista, sino que

³¹ Un ejemplo son las Recomendaciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que cumplen con tal función en la medida en que sirven de parámetro interpretativo de la Carta de la ONU, cuando han sido adoptadas por unanimidad o consenso entre los Miembros, reflejando así su voluntad (MAZUELOS BELLIDO: 2004, 12).

³² La certeza descargaría sobre el legislador una tarea insoportable de incesante modificación del Derecho vigente, una tarea que se desarrolla, en cambio, en la labor silenciosa y soterrada de las salas de los tribunales y de los estudios de los juristas. Y ello sin tener en cuenta que muchos de los nuevos interrogantes planteados al Derecho por el progreso tecnológico quizás puedan encontrar de forma más adecuada una primera respuesta en un procedimiento judicial, en el que se confronten prudentemente los principios implicados, que en asambleas políticas, donde el recurso a los principios es con frecuencia un instrumento partidista (ZAGREBELSKY: 1995, 146-147).

también es dudoso que sea deseable. La finalidad del *soft law* no es la de eludir los principios de seguridad jurídica, la imperatividad del Derecho o el imperio de la ley, sino que como afirma R. Escudero «juegan en campos diferentes», pretende jugar, precisamente, en aquellos lugares de los que la clásica regulación basada en los principios citados ya se ha retirado (Escudero: 2012, 114). Es más, la existencia de actos o instrumentos de *soft law* solo puede admitirse si se produce desde la óptica de la coherencia del sistema jurídico³³, sin atentar al principio de seguridad jurídica. Todo acto o instrumento de *soft law* debe encontrar acomodo en el ordenamiento jurídico.

Otro de los argumentos comúnmente empleados para criticar las normas flexibles y, especialmente, la norma de *soft law* es el de su no vinculatoriedad ante los tribunales, la no obligatoriedad de ser tenida en cuenta por el juez a la hora de resolver un caso. Sin embargo, el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su sentencia «Grimaldi» señala que «Los jueces nacionales están obligados a tener en cuenta las recomendaciones a la hora de resolver los litigios de que conocen, sobre todo cuando aquéllas ilustran acerca de la interpretación de disposiciones nacionales adoptadas con el fin de darles aplicación, o también cuando tienen por objeto completar las disposiciones comunitarias dotadas de fuerza vinculante. [En consecuencia, tales recomendaciones] no pueden ser considerados como carentes en absoluto de efectos jurídicos»³⁴.

Asumida que la doctrina Grimaldi resulta en principio aplicable a otras variantes de *soft law*, hay que advertir la diferencia de matiz entre el alcance interpretativo de éste y el del *hard law*, que en su vertiente de directivas se traduce en que «al aplicar el Derecho nacional, ya sea disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado – actual 249–»³⁵. Por lo tanto, el mismo Tribunal de Justicia de las Comu-

³³ La idea de que el derecho ha de ser coherente sugiere que se muestre como un conjunto de elementos no aislados ni independientes entre sí para que pueda ser interpretado y aplicado con sentido y corrección. Sobre este aspecto véase RUIZ SANZ (2009).

³⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia, Caso Grimaldi/Fonds des Maladies Professionnelles (TJCE 1990, 75), C-322/88, EU: C:1989:646, apartado 18.

³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia, «caso Marleasing», de 13 de noviembre de 1990, 106/89, Fundamento Jurídico 8. Mientras que en «Marleasing» se impone la búsqueda de una interpretación concurrente, de modo que siendo ésta posible no pueda ser descartada por el juez nacional al aplicar el Derecho interno, en «Grimaldi» se limita a imponer al juez la obligación de no obviar la existencia de la recomendación, lo que nos sitúa no en el terreno de la obligada interpretación concurrente –tanto de su búsqueda como, si encontrada, de su plena operatividad–, sino cuanto más en el de la motivación sobre su posible descarte en la aplicación del Derecho interno. En ningún caso se podría, pues, concluir sosteniendo que en «Grimaldi» se estaría equiparando en última instancia las recomendaciones con instrumentos jurídicamente vinculantes. En este sentido, tam-

nidades Europeas ha señalado que aunque el *soft law* se integre por actos o disposiciones no vinculantes esto no quiere decir que carezcan de eficacia jurídica, ya que deben tenerse en cuenta en el marco de la interpretación de otras disposiciones de Derecho comunitario y de Derecho nacional. En este sentido, el mismo Tribunal ha señalado que con arreglo a su jurisprudencia, «las recomendaciones no carecen totalmente de efectos jurídicos a pesar de que no están destinadas a producir efectos vinculantes y de que no pueden crear derechos que los particulares puedan invocar ante un juez nacional. Efectivamente, los jueces nacionales están obligados a tener en cuenta las recomendaciones a la hora de resolver los litigios de que conocen, sobre todo cuando aquéllas ilustran acerca de la interpretación de disposiciones nacionales adoptadas con el fin de darles aplicación, o cuando tienen por objeto completar las disposiciones de la Unión Europea dotadas de fuerza vinculante»³⁶.

Las normas de *soft law* pueden, pues, ser utilizadas por los jueces a la hora de llevar a cabo la justificación externa de sus sentencias, es

poco hay que olvidar que el Tribunal enfatizó en «Grimaldi» el hecho de que la recomendación ilustre acerca de la interpretación de disposiciones nacionales adoptadas con el fin de darles aplicación, lo que parece acentuar su fuerza interpretativa con relación al Derecho nacional adoptado en voluntaria ejecución de la recomendación (frente a su fuerza interpretativa respecto del Derecho nacional a ella preexistente) o tenga por objeto completar las disposiciones comunitarias dotadas de fuerza vinculante, lo que también parece acentuar su fuerza interpretativa a medida que mayor sea su ligazón con el *hard law*. Por otro lado, parece claro que la publicidad o no del *soft law* puede también desembocar en una mayor o menor intensidad de su fuerza interpretativa; y otro tanto podría decirse de la presencia o no de doctrina del Tribunal de Justicia en su respaldo, o del contexto mismo de su procedencia (así, el Tribunal suele otorgar poco valor, por no decir ninguno, a las declaraciones que acompañan en muchas ocasiones a reglamentos o directivas cuando no se reflejan de algún modo en la normativa adoptada. En este sentido, véase la Sentencia del Tribunal de Justicia, caso «Antonissen», de 26 de febrero de 1991, 292/89) (ALONSO GARCÍA, 2010, 81-82, nota 34).

³⁶ Véanse las sentencias de 13 de diciembre de 1989 [TJCE 1990, 75] Grimaldi C-322/88, Rec. p. 4407, apartados 7, 16 y 18, y de 11 de septiembre de 2003 [TJCE 2003, 258], Altair Chimica, C-207/01 Rec. p. I-8875, apartado 41). Caso Rosalba Alassini contra Telecom Italia SpA. (Sentencia de 18 marzo 2010, TJCE 2010/78).

Asimismo, en su sentencia sobre el Caso «Baltlanta», señalaba que «aunque estas Directrices no pretenden producir efectos vinculantes, los Jueces nacionales están obligados a tenerlas en cuenta a la hora de resolver los litigios de que conocen, sobre todo cuando aquéllas ilustran acerca de la interpretación de disposiciones nacionales adoptadas con el fin de darles aplicación, o también cuando tienen por objeto completar las disposiciones del Derecho de la Unión dotadas de fuerza vinculante». Sentencia sobre el Caso «Baltlanta» UAB contra Lietuvos valstybė. Sentencia de 3 septiembre 2014 (TJCE 2014/257). Véanse, por analogía, las sentencias Grimaldi/Fonds des Maladies Professionnelles (TJCE 1990, 75), C-322/88, EU: C:1989:646, apartado 18; Altair Chimica (TJCE 2003, 258), C-207/01, EU: C:2003:451, apartado 4.

También en el Caso Arcor AG and Co. KG contra Bundesrepublik Deutschland, el TJCE considera que «a pesar de que las recomendaciones no estén destinadas a producir efectos vinculantes, los jueces nacionales están obligados a tener en cuenta las recomendaciones a la hora de resolver los litigios de que conocen, sobre todo cuando aquéllas ilustran acerca de la interpretación de disposiciones nacionales adoptadas con el fin de darles aplicación, o cuando tienen por objeto completar las disposiciones comunitarias dotadas de fuerza vinculante». Sentencia de 24 abril 2008, TJCE 2008/94.

decir, cuando conforman la premisa mayor del silogismo judicial. Nada obsta a que formen parte de la construcción de la decisión judicial, pero tampoco nada obsta a que el mismo juez las aparte de su decisión, ya que ninguna norma le obliga a tenerlas necesariamente en cuenta (Escudero: 2012, 104-105).

Finalmente cabe destacar el debate en torno al *soft law* relacionado con la problemática de la sanción, pues éste se caracteriza por la no aplicabilidad de sanciones como consecuencia de su incumplimiento, pues no existe una norma vinculante de la cual depende la prescripción de una sanción para el caso de su incumplimiento. Esta ausencia se presenta a veces como un problema para su extensión y su consolidación como método eficaz de regulación de conductas. De ahí que se articulen esfuerzos teóricos tendentes a relacionar el incumplimiento de las normas de *soft law* con algún tipo de sanción, aunque sea ésta más débil o difusa, tales como perjuicios económicos. En este punto es necesario poner de manifiesto que hay autores que consideran que aun cuando el incumplimiento de las disposiciones que integran el *soft law* no es sancionable mediante las formas tradicionales, existe lo que se viene denominando la *soft* coerción, la cual tiene sus propios canales de sanción³⁷.

Respecto a esta cuestión es necesario remarcar que resulta contradictorio con la propia finalidad del *soft law* el hecho de contemplar una sanción por su incumplimiento, ya que se basa en la adhesión voluntaria, su fuerza radica, precisamente, en la voluntaria aceptación de su contenido, ya que de no pensar así sería mejor optar por otras formas jurídicas tradicionales que sí prevén expresamente estos mecanismos de garantía de su cumplimiento. Además, el mecanismo a través del cual se podrían imponer estas *soft* coerciones o sanciones blandas no se podrían comparar a la forma como actúa la sanción jurídica del *hard law* (Escudero: 2012, 103-104). Es más, cuando el autor y el destinatario del *soft law* coinciden (generalmente sucede entre poderes públicos), se dan las condiciones para que genere una expectativa de cumplimiento que será efectiva.

6. CONCLUSIONES

Siendo cierto que las normas de *soft law* pueden ser modificadas y/o adaptadas más rápidamente que otras normas, resultan –por su

³⁷ «Ciertamente en el contexto actual de globalización económica cada vez con mayor frecuencia e intensidad los diferentes Estados se ven obligados a reformar su ordenamiento siguiendo el *soft law*, dado que en caso contrario pueden sufrir determinado tipo de contramedidas por parte de las organizaciones e instituciones que las han dictado, como por ejemplo, la inclusión en una «lista negra» (*blacklisting*), sanciones económicas, obstaculización de las operaciones con el país incumplidor por parte de un bloque de países que establecen legislación a tal efecto (v. gr. «contramedidas» fiscales como la propuesta por el Comité Fiscal de la OCDE en relación con los países que figuran en su *blacklisting*), o simplemente la suspensión de los pagos de un crédito internacional» (CAAMAÑO ANIDO y CALDERÓN CARRERO: 2002, 263).

propia flexibilidad— más adecuadas para regular determinados aspectos de una sociedad compleja y globalizada. Además, tal y como también se ha apuntado a lo largo de este trabajo, resultan más fáciles de negociar porque implican un menor nivel de compromiso al no existir sanción vinculada a su incumplimiento, sino que basan en su aceptación voluntaria, lo que les dota de cierta «fuerza obligatoria». No cabe olvidar que una de las funciones importantes que promueve el *soft law* es el carácter promocional de su contenido para lograr el objetivo pretendido. Por lo que respecta a su finalidad, no se trata pues tanto de obligar como de pretender convencer, de crear un estado de opinión favorable a su cumplimiento. Estos motivos y otros hacen que la opción legislativa hacia este tipo de normas vaya en aumento, bien porque se emplea como un recurso normativo para intervenir en una materia en la cual se carece competencia y/o autoridad para emplear una norma de *hard law*; o bien porque se trata de acude a este tipo de normas de forma intencionada para regular la materia en cuestión (cuando el *hard law* resulta inapropiado o incapaz de dar una respuesta adecuada).

Es por ello que es posible afirmar que el *soft law* no es simplemente un instrumento subsidiario en el ordenamiento jurídico que se limita a ayudar en la hermenéutica, sino que su repercusión e importancia va *in crescendo* y supone una opción reguladora ya no solo alternativa sino también principal en algunas materias en los sistemas jurídicos actuales, por considerar que puedan resultar más eficaces y/o efectivas, al tratarse generalmente de normas que buscan una adhesión voluntaria por parte de sus destinatarios. En este sentido la juridicidad predicable de los actos integrados bajo la noción de *soft law* tiende así a desplazar su centro de gravedad desde el plano de la coercibilidad al terreno de la efectividad, lo cual intenta justificar su empleo.

Por su parte, la opción reguladora a través de normas flexibles, muchas de las cuales sí que constituyen sin duda *hard law*, definidas a través de términos vagos y ambiguos de forma deliberada (para facilitar su adaptación e interpretación a contextos cambiantes sin necesidad de modificar para ello la misma redacción del texto normativo), se trata de una decisión legislativa voluntaria fruto muchas veces del propio consenso político por la incapacidad de llegar a un acuerdo sobre el contenido regulado.

En general, es posible afirmar que el incremento de este fenómeno regulativo supone un reflejo de la pérdida de poder del Estado, de su capacidad para adoptar determinadas decisiones y el aumento de poder de los subsistemas sociales, con lo cual se critica el hecho de provocar un cierto desplazamiento del poder desde la institución representativa y democrática por excelencia, el Parlamento, hacia el poder Ejecutivo, donde además empiezan a cobrar una preocupante relevancia los organismos y agencias descentralizados e independientes en sus criterios de actuación. Como se ha visto anteriormente, una de las notas características de algunas normas de *soft law* es la concu-

rrencia en su elaboración de agentes sociales. Según F. Laporta, la participación de agentes no estatales haría del *soft law* un instrumento particularmente idóneo para las tareas de la «gobernanza» porque también en ésta se convocan a la acción política a actores de la sociedad civil, aunque apunta que éste no parece ser un rasgo especial y propio solo del *soft law*, sino más bien una tendencia general en los procesos actuales de creación de normas jurídicas de todo tipo (Laporta: 2014b, 74).

En cualquier caso, el abuso del empleo de normas flexibles, de *soft law*, de normas no vinculantes o el fenómeno de la desregulación o de la autorregulación regulada puede provocar un riesgo especialmente en términos de mecanismos de participación y representación de intereses en condiciones de igualdad de los más débiles, al no resultar fácil discernir las cuestiones que carecen de interés o trascendencia pública y que podrían ser reguladas por parte de organismos y/o sujetos privados (bajo formas de autorregulación) o no estatales (bajo la forma de *soft law*) y las que no deben quedar al margen de los procedimientos democráticos de decisión legislativa; y puede, por consiguiente, servir de excusa por parte de los poderes públicos para justificar su inacción ante determinadas materias, especialmente las de carácter social, con la consecuente vulneración de derechos fundamentales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBOTT, K., SNIDAL, D., «Why States Act Throug Formal International Organizations», *Journal of Conflict Resolution*, 42, 1998.
- ABI-SAAB, G., «Cour général de droit international public», en *Revue des Cours de l'Académie de Droit International*, tomo 207, 1987.
- «Éloge du Droit Assourdi. Quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain», en VV. AA., *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*. Bruyillant, Bruxelles, 1993.
- ALARCÓN GARCÍA, G., «El soft law y nuestro sistema de fuentes», 2010, en <http://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/10423/1/E1%20soft%20law%20y%20nuestro%20Sistema%20de%20fuente%20%20Homenaje%20RodriguezBereijo%20%20pre-print%2017%2002%202010.pdf>
- ALONSO GARCÍA, R., «El soft law comunitario», en *Revista de Administración Pública*, 154, 2001.
- AMSELEK, P., «L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales», en VV. AA., Ch. A. Morand (Éd.), *L'État propulsif: Contribution à l'étude des instruments d'action de l'Etat*. Publisud, París, 1991.
- AÑÓN, M. J., «Notas sobre discrecionalidad y legitimación», en *DOXA*, 15-16, 1994.
- ARNAUD, A. J., «Los juristas frente a la sociedad (1975-1993)», Trad. de I. Lifante y V. Roca, en *DOXA*, 15-16, 1994.
- BANO, F., «Diritto del Lavoro e nuove tecniche di regolazione: il soft law», en *Lavoro e Diritto*, 1, 2003.
- BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, Debate, Madrid, 1990.

- CAAMAÑO ANIDO, M. A. y CALDERÓN CARRERO, J. M., «Globalización Económica y Poder Tributario: ¿Hacia un nuevo Derecho Tributario?», *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, 114, 2002.
- CALVO GARCÍA, M., «Paradojas regulativas: las contradicciones del Derecho en el Estado intervencionista», en M. J. AÑÓN, R. BERGALLI, M. CALVO y P. CASANOVAS et alt., *Derecho y Sociedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- CARBONNIER, J., *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*. Trad. de L. M. Díez-Picazo, Tecnos, Madrid, 1994.
- DAMIÁN COLMEGNA, P., «Impacto de las normas de soft law en el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos», *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, Año VI, 8, 2012.
- DARNACULLETA GARDELLA, M. M., *Derecho Administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada*. Universitat de Girona, 2003, Tesis doctoral, en <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/7681/tmdg.pdf;jsessionid=485588C628E004E377352C570892AEAD.tdx1?sequence=7>
- DEL TORO HUERTA, M. I., «El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional», *Anuario Mejicano de Derecho Internacional*, vol. VI, 2006.
- DENNINGER, E., «El lugar de la ley», en VV. AA., A. LÓPEZ PINA (dir.), *Democracia representativa y parlamentarismo*. Secretaria General del Senado, Madrid, 1994.
- DISTEFANO, M., «Origini e funzioni del soft law in diritto internazionale», en *Lavoro e Diritto*, 1, 2003.
- ESCUADERO, R., «El concepto de soft law», en VV. AA., Moreso, J. J. y Martí, J. L. (Eds.), *Contribuciones a la Filosofía del Derecho. Imperia en Barcelona 2010*, Marcial Pons, Barcelona, 2012.
- ESTEVE PARDO, J., *Técnica, Riesgo y Derecho: Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho Ambiental*. Ariel, Madrid, 1999.
- *Autorregulación. Génesis y efectos*. Aranzadi, Navarra, 2002.
- FARIA, J. E., *El derecho ante la globalización económica*. Trotta, Madrid, 2001.
- FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta, Madrid, 1999.
- «¿Es posible una democracia sin Estado?», en *Razones jurídicas del pacifismo*, G. Pisarello (ed.), Trotta, Madrid, 2004.
- FERRARI, V., *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la Sociología del Derecho*. Dykinson, Madrid, 2000.
- FERRERI, S., «Tipología», en VV. AA., A. PIZZORUSSO, S. FERRERI (a cura di), *Le fonti del diritto italiano. I. Le fonti scritte*. Utet, Torino, 1998.
- GALIANA, A., *La legislación en el Estado de Derecho*. Dykinson, Madrid, 2003.
- *La ley: entre la razón y la experimentación*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- GARCÍA ÁLVAREZ, V., «Los poderes normativos de las administraciones independientes en el ámbito económico», *Revista de Administración Pública*, 171, 2006.
- GUASTINI, R., *Teoria e dogmatica delle fonti*. Giuffrè, Milano, 1998.
- HESPAÑA, A. M., *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Publicações Europa-América, Lisboa, 1997.
- HIERRO, L., «Igualdad, generalidad, razonabilidad y crisis de la ley», en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26, 2003
- IRTI, N., *La edad de la descodificación*. Trad. de L. Rojo Bosch, Barcelona, 1992.
- KISS, A. Ch., «L'état du droit de l'environnement en 1981: Problèmes et solutions», en *Journal de Droit International*, 1981.

- LAPORTA, F. J., *El imperio de la ley. Una visión actual*. Trotta, Madrid, 2007.
- «¿Imperio de la ley o gobierno del capital?», *Teoría Política*, 4, 2014a.
- «Gobernanza y soft law: nuevos perfiles jurídicos de la sociedad internacional», en VV. AA., Ruiz Miguel, A. (Ed.), *Entre Estado y Cosmópolis. Derecho y Justicia en un mundo global*, Trotta, Madrid, 2014b.
- LIÑÁN, D. J., «Prólogo», en MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., *Flexibilidad y tratados internacionales*. Tecnos, Madrid, 2003.
- MARCILLA, G., *Racionalidad legislativa: crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005a.
- «Desregulación, Estado Social y proceso de globalización», *DOXA*, 28, 2005b.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., *Flexibilidad y tratados internacionales*. Tecnos, Madrid, 2003.
- MAZUELOS BELLIDO, A., «Soft Law, ¿Mucho ruido y pocas nueces?», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 8, 2004.
- MORAND, CH. A., «La contractualisation corporative de la formation et de la mise en oeuvre du droit», en VV. AA., Ch. A. Morand (Ed.), *L'État pulsif: Contribution à l'étude des instruments d'action de l'Etat*. Publi-sud, París, 1991.
- MURO MARTÍNEZ, R., «El Código de Conducta de la Unión Europea en materia de exportación de armas. Siete años de experiencia», *Boletín Económico de ICE*, 2858, 2005.
- OST, F. y VAN DE KERCHOVE, M., «De la pirámide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit?», *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 44, 2000.
- PALÁ LAGUNA, R., «Soft Law, moral suasion y autorregulación: ¿tibieza del legislador o prudencia en la elaboración de las normas jurídicas?», 2010, en <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/docannexe.php?id=812>.
- PALMER, G., «New ways to Make International Environmental Law», en *American Journal of International Law*, vol. XXX, núm. 5, 1991.
- PASTORE, B., «Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti», en *Lavoro e Diritto*, a. XVII, 1, 2003.
- PECES-BARBA, G., «Epílogo. Desacuerdos y acuerdos con una obra importante», en ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. de M. Gascón, epílogo de G. Peces-Barba, Trotta, Madrid, 1995.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*. Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993.
- PIZZORUSSO, A., «La producción normativa en tiempos de globalización», en <http://www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos/10AlessandroPizzorusso.htm>
- PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos*. Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 1998.
- ROBILANT, A., «Genealogies of Soft Law», en *The American Journal of Comparative Law*, 54, 2006.
- RUIZ SANZ, M., *La construcción coherente del Derecho*. Dykinson, Madrid, 2009.
- SARMIENTO, D., «La autoridad del Derecho y la naturaleza del soft law», *Cuadernos de Derecho Público*, 28, 2006.
- SENDEN, L., «Soft law, self-regulation and co-regulation in European Law: where do they meet?», *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 9.1 (January 2005).
- SHAW, M., *International Law*. Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

- SNYDER, F., «The effectiveness of European Community law: institutions, processes, tools and techniques», *The modern Law Review*, vol. 56, n.º 1, 1993a.
- «Soft law e prassi istituzionale nella Comunità Europea», en *Sociologia del Diritto*, 20, 1993b.
- SOUSA SANTOS, B. DE, «O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna: para um Novo Senso Comum sobre o Poder e o Direito», *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 30, 1990.
- *La globalización del derecho*. Universidad Nacional de Colombia-ILSA, Santa Fe de Bogotá, 1998.
- SPADARO, A., «Sulla giuridicità della carta europea dei diritti: c'è ma (per multi) ma non si vede», en VV. AA., F. G. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Niza. Il costituzionalismo dei diritti*. Giuffrè, Milán, 2001.
- VALDÉS DAL-RE, F., «Derecho del trabajo y orden económico globalizado: el imparable avance del Derecho flexible», en *Modelo Social Europeo (I)*. Claridad, 2005.
- WELLENS, K. C. y BORCHARDT, G. M., «Soft law in European Community Law», *European Law Review*, octubre, 1989.
- ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. de M. Gascón, epílogo de G. PECES-BARBA, Trotta, Madrid, 1995.
- ZAPATERO, V., *El arte de legislar*. Azaranzadi, Pamplona, 2009.

Fecha de recepción: 31/03/2015. Fecha de aceptación: 31/10/2015.

¿Teoría jurídica queer?
Materiales para una lectura queer del derecho

Queer Legal Theory?
Materials for a Queer Reading of Law

Por DANIEL J. GARCÍA LÓPEZ¹
Universidad de Granada

RESUMEN

Desde la década de los 90, el feminismo se ha visto trastocado con la aparición de una corriente de pensamiento y activismo (LGTBI) en lo que se ha venido a llamar Teoría queer. Esta trata de deconstruir las categorías políticas modernas, tales como identidad o sujeto, para construir espacios de resistencia a la heteronormatividad. Si bien la Teoría queer ha tenido una rápida expansión, no ha conseguido aún llegar a los espacios propiamente jurídicos. Este artículo trata de dibujar las líneas generales para una lectura queer del derecho.

Palabras clave: *Teoría queer, feminismo, sujeto, identidad, heteronormatividad, LGBTI.*

ABSTRACT

Since the 90s, the feminism has been criticized by the appearance of a current of thought and a political movement (LGBTI) in what has been

¹ Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada. El artículo ha sido concluido durante una estancia de investigación en la Universidad Autónoma de Madrid. Mi agradecimiento a Julián Sauquillo por su acogida. Dirección: Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, Plaza de la Universidad, s/n. C. P.: 18071, Granada. Email: danieljgl@gmail.com

called Queer Theory. This theory tries to deconstruct the modern political categories, such as identity or subject, to create space of resistance to heteronormativity. Although queer theory has expanded rapidly, it has not reached the legal spaces. This paper attempts to draw the outlines for a queer reading of law.

Key words: *Queer Theory, feminism, subject, identity, heteronormativity, LGBTI*

SUMARIO: I. SOBRE EL TÉRMINO «QUEER».—II. DEGENERAR CATEGORÍAS, REAPROPIAR CONCEPTOS.—III. LA MATRIZ HETEROSEXUAL DE LA LEY.—IV. CONCLUSIÓN: *GENDERFUCK* COMO PRIMER PASO PARA UNA LECTURA QUEER DEL DERECHO.

SUMMARY: I. ABOUT THE TERM «QUEER».—II. TO DEGENERATE CATEGORIES, REAPPROPRIATE CONCEPTS.—III. THE HETEROSEXUAL MATRIX OF THE LAW.—IV. CONCLUSION: *GENDERFUCK* AS A FIRST STEP FOR A QUEER READING OF LAW.

1. SOBRE EL TÉRMINO «QUEER»

En el tercer número de la revista *Differences*, editado en 1991, Teresa de Lauretis introdujo la definición –si es que en este marco se puede utilizar tal expresión²– de un término que venía gestándose desde algunos años antes³. *Queer*, extraño, raro, torcido, excéntrico, desviado, sospechoso, de mala reputación, pero también maricón, camionera, bujarra, tortillera, puto, marimacho⁴. Todos ellos insultos a los que se veían violentados históricamente determinados colectivos

² Sobre la (in)definición de la teoría queer, CEBALLOS MUÑOZ, A., «Teoría rari-ta», en Córdoba, D., Sáez, J. y Vidarte, P. (Eds.), *Teoría queer. Políticas bolleras, maricas, trans, mestizas*, 2.ªed., Madrid, Ed. Egales, 2005, pp. 165-177.

³ DE LAURETIS, T., «Queer Theory: Lesbian and Gay Sexualities», en *Differences: A Journal of Feminist Cultural Studies*, n.º3, 1991, pp. III-XVIII. Señala: «the term «queer», juxtaposed to the «lesbian and gay» of the subtitle, is intended to mark a certain critical distance from the latter, by now established and often convenient, formula». DE LAURETIS, T., «Queer Theory: Lesbian and Gay Sexualities», *cit.*, p. IV. La definición de Sedgwick: «the open mesh of possibilities, gaps, overlaps, dissonances and resonances, lapses and excesses of meaning when the constituent elements of anyone's gender, of anyone's sexuality aren't made (or *can't be made*) to signify monolithically». SEDGWICK, E. K., *Tendencias*, Duke University Press, 1993, p. 8.

⁴ Una posible traducción, que supone también un desplazamiento geopolítico, ha sido *transfeminismos*. SOLÁ, M. y URKO, E., *Transfeminismos. Epistemes, fricciones y flujos*, Tafalla, Ed. Txalaparta, 2013.

situados en los márgenes de la sexualidad hegemónica⁵. Ante este panorama, lo que se vino a llamar *teoría queer*, que en sí no es una teoría científica sino una parodia⁶, se articuló desde las élites académicas, marcadamente postestructuralistas, como una forma de resistencia antinormativa a través de la reapropiación y la resignificación de la injuria y la ofensa⁷.

Se produce así un desplazamiento de la burla hacia una herramienta de identificación en el margen, un arma política fronteriza para aquellos sujetos –anormales, perversos– que no encajan en el régimen heterosexual ni, asimismo, en la cultura gay estándar. *Una identidad sin esencia*. La cuestión de *quién* es desplazada hacia *dónde*: no se trata de definir lo que se es sino de localizar los espacios de resistencia. Se produce un desplazamiento de la norma a la abyección y se expropian las tecnologías médico-jurídicas para desdibujarlas, degenerarlas, inventando así otros cuerpos, otras subjetividades.

Y la pregunta por el *dónde* es sintomática. Michel Foucault mostró cómo a fines del siglo XVIII y principios del XIX se produce una transformación en la ciencia médica: se pasa de la pregunta «¿qué tiene usted?» (modelo clasificatorio) a «¿dónde le duele a usted?» (modelo de incursión sistemática en los órganos)⁸. Para el dispositivo médico-jurídico el *dónde* se alza como espacio protagonista, enmudeciendo aquel sujeto que habita el cuerpo. Su palabra solo se ubica en aquel espacio del malestar, del síntoma, de la enfermedad, de la deformidad. El sujeto se convierte en espacio donde se encuentra el *quién* de la enfermedad. Por eso mismo se debe acudir al *dónde* en lugar de al *quién*.

Se trazan las líneas para la reapropiación, en un reapropiar que es un colectivizar, de ese *dónde* para poder hacer hablar al *quién*. El cuerpo es un lugar donde convergen discursos y prácticas. En tanto lugar privilegiado de la racionalidad, el foco de atención y atracción debe posarse sobre él: desordenarlo, someterlo al caos. Un *contracuerpo*. Un contracuerpo *sacrificial*, como el de Orlan⁹, que está siendo *cualsea*¹⁰ que ocupe el espacio entre lo definido como hombre y lo definido como mujer.

⁵ *Queer* fue empleado en la década de los años veinte del siglo XX para autodefinirse como homosexual. LÓPEZ PENEDO, S., *El laberinto queer. La identidad en tiempos de neoliberalismo*, Madrid, Ed. Egales, 2008, p. 36.

⁶ No pretende alcanzar las metas de la ciencia, ni presentarse como un corpus sistemático, sino simplemente provocar. SÁEZ, J., *Teoría queer y psicoanálisis*, Madrid, Ed. Síntesis, 2004, pp. 126-127.

⁷ Sobre el contexto de surgimiento de la teoría queer puede verse JAGOSE, A., *Queer theory. An Introduction*, Ed. Melbourne University Press, 1996, pp. 72-100.

⁸ FOUCAULT, M., *El nacimiento de la clínica. Una arqueología de la mirada médica*, México, Ed. Siglo XXI, 2009, p. 14.

⁹ Sobre la estética de ORLAN, BENITO CLIMENT, J. I., *El arte-carnal en Orlan. Hacia una estética del sacrificio*, Madrid, Ed. Devenir, 2013.

¹⁰ Utilizo el término en el sentido de AGAMBEN: «Las singularidades cualsea no pueden formar una sociedad porque no disponen de idéntica alguna que hacer valer, ni de un lazo de pertenencia que hacer reconocer. En última instancia, de hecho, el

Si nos encontramos en una época marcada por el *pharmakon*¹¹, por la cura que al suministrarse porta un veneno mortal, la *immunitas*¹², una época que Paul B. Preciado ha llamado, no sin cierta polémica, *farmacopornográfica*¹³, los programas de producción de subjetividad corporal han de ser un objetivo en la batalla desde el margen; un margen que deba aprovechar el *terror* que provoca¹⁴.

Se presenta como el espacio de resistencia. Un margen abyecto repleto de monstruos, en los que se mezcla la raza, la clase y el sexo, dispuestos a salir a la luz y desestabilizar los discursos dominantes. Aunque el término se hiciera eco entre las élites académicas, incluso pronto Teresa de Lauretis se distanció al percibir la apropiación que del mismo término se había realizado desde las instituciones y la industria publicitaria¹⁵, en la calle sus propuestas venían siendo realizadas desde tiempo atrás. La injuria *queer* había sido reapropiada y reactivada políticamente en el marco de la crisis del sida. Desde *Open the Pills* reivindicado por quienes padecían la pandemia del sida hasta el movimiento transexual de despatologización o el movimiento *crip* (tullido).

En este sentido, fue radicalmente importante el discurso y la movilización activista en el marco de la crisis del sida con *ACT-UP (AIDS Coalition to Unleash Power)* y *Queer Nation* como mejores ejemplos¹⁶. En un contexto en el que se vinculaba sida y homosexualidad,

Estado puede reconocer cualsea reivindicación de identidad –incluso (la historia de las relaciones entre Estado y terrorismo en nuestro tiempo es la elocuente confirmación) aquella de una identidad estatal en su propio interior–; pero que las singularidades hagan comunidad sin reivindicar una identidad, que los hombres se co-pertenezcan sin una condición representable de pertenencia (ni siquiera en la forma de un simple presupuesto), eso es lo que el Estado no puede tolerar en ningún caso» AGAMBEN, G., *La comunidad que viene*, Valencia, Ed. Pre-Textos, 2006, p. 70.

¹¹ Sobre el *pharmakon*, RESTA, E., *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*, Bari, Ed. Laterza, 2006, pp. 27-36.

¹² ESPOSITO, R., *Immunitas. Protezione e negazione della vita*, Torino, Einaudi, 2002. Véase GARCÍA LÓPEZ, D. J. «Entre *communitas* e *immunitas*: la profanación de la comunidad jurídica», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, vol. 23, 2011, pp. 215-233.

¹³ PRECIADO, B., *Testo Yonki*, Madrid, Ed. Espasa, 2008.

¹⁴ Guy Hocquenghem habló del miedo y la paranoia antihomosexual. HOCQUENGHEM, G., *El deseo homosexual*, seguido de *Terror anal* de Beatriz Preciado, Barcelona, Ed. Melusina, 2009.

¹⁵ «As for «queer theory», my insistent specification *lesbian* [se refiere a su libro *The Practice of Love: Lesbian Sexuality and Perverse Desire*, de 1994] may well be taken as a taking of distance from what, since I proposed it as a working hypothesis for lesbian and gay studies in this very journal (*differences*, 3.2), has very quickly become a conceptually vacuous creature of the publishing industry». DE LAURETIS, T., «Habit changes», en *Differences: A Journal of Feminist Cultural Studies*, n.º6, 1994, pp. 296-313. Citado por la versión incluida en DE LAURETIS, T., *Figures of Resistance. Essays in Feminist Theory*, Ed. University of Illinois Press, 2007, p. 200.

¹⁶ Puede verse CARRASCOSA, S. y VILA NÚÑEZ, F., «Geografías víricas: hábitats e imágenes de coaliciones y resistencias», en *El eje del mal es heterosexual*, Madrid, Ed. Traficantes de Sueños, 2005, pp. 45-59. LÓPEZ PENEDO, S., *op. cit.*, pp. 39-59.

fue urgente la necesidad por resistir al discurso dominante revisando, al mismo tiempo, los parámetros en los que se había movido el activismo homosexual. Esta crisis fue un revulsivo para una nueva identidad política con la potencialidad para desnaturalizar las categorías sobre las que se había asentado el sida.

Mas este sujeto que se sitúa en el espacio inhabitable del margen no sustituye al sujeto moderno ni se presenta en el lugar de sus ruinas. Las subjetividades periféricas, excéntricas, degeneradas, nómadas, y un largo etcétera siempre abierto a la posibilidad en el borde, no tratan de invertir los términos para colocar lo marginal y lo otro en el lugar de lo mismo y lo idéntico¹⁷. Al contrario, su propósito radica en cuestionar los límites mismos de la identidad desde la ironía, la blasfemia o la profanación del sujeto mismo, haciéndolo así imposible. Hay que devenir *hierba, mala hierba*, que se reapropie de los nutrientes de los jerárquicos árboles heterocapitalistas¹⁸. Como señalaba Paco Vidarte, «una ética marica se propone acceder a una subjetividad con iniciativa y capacidad política, algo que nunca nos viene dado ni regalado desde arriba, desde el poder: todo lo que es otorgado ya está desactivado políticamente, ya porta el virus de la sumisión, de la libertad concedida. No es lo mismo ser libre que ser liberto»¹⁹.

Lo cierto es que aquí se abre una aporía, pues se cuestionan todas las identidades (cerradas y obradas) y, al mismo tiempo, se mantiene la categoría de sujeto, de esta nueva subjetividad marginal. Pero no se trata de un sujeto unitario, homogéneo y unidireccional. Al contrario, es una identidad estratégica, dispuesta a la lucha, descolocada y descolocante, dislocada, abierta y sin obrar o en una constante obra, múltiple, contradictoria, sin esencia. Una posición que toma como punto de partida el alejamiento de las redes clientelistas y de las posturas asimilacionistas. El mejor ejemplo lo encontramos en el habitante de Kakanía²⁰.

SÁEZ, J., «El contexto sociopolítico de surgimiento de la teoría queer. De la crisis del sida a Foucault», en Córdoba, D., Sáez, J. y Vidarte, P. (Eds.), *Teoría queer. Políticas bolleras, maricas, trans, mestizas*, cit., pp. 67-69.

¹⁷ MELONI, C., *Las fronteras del feminismo. Teorías nómadas, mestizas y post-modernas*, Madrid, Ed. Fundamentos, 2012, p. 87.

¹⁸ Por eso es importante el rizoma de Deleuze y Guattari.

¹⁹ VIDARTE, P., *Ética marica. Proclamas libertarias para una militancia LGTBQ*, Marid, Ed. Egales, 2.º edición, 2010, pp. 33-34.

²⁰ Los habitantes de Kakanía poseen nueve caracteres que los definen e identifican: profesional, nacional, estatal, de clase, geográfico, sexual, consciente, inconsciente y otro de carácter privado. El habitante de Kakanía reúne todos estos caracteres en sí, lo cual provoca su propia descomposición. Sin embargo, existe un décimo carácter, a saber: la fantasía pasiva de espacios vacíos. El décimo carácter tiene como función no tomar en serio a los otros nueve caracteres. Se trata de un «espacio vacío e invisible en cuyo interior está la realidad, como una pequeña ciudad de piedra de un juego de construcciones infantil, abandonada por la fantasía». MUSIL, R., *El hombre sin atributos*, Vol. I, Barcelona, Ed. Seix Barral, 2007, p 37.

2. DEGENERAR CATEGORÍAS, REAPROPIAR CONCEPTOS

Decía Simone Weil que al abrir los términos del vocabulario político nos encontraríamos en su centro el vacío²¹. En este sentido, los conceptos han de ser entendidos como espacios. En las siguientes páginas nos reapropiaremos de conceptos, de mitos, de simulacros. No se realizará un análisis pormenorizado y sistemático, sino un panorama general, una cartografía sin puntos cardinales, que se contrae y se expande a una misma vez, un allí y un aquí.

2.1 El régimen político heterosexual

Mientras parte del (hetero)feminismo se encontraba analizando la categoría *patriarcado* e igualando a todas las mujeres como si la opresión fuera para todas las personas la misma –pues el sujeto de referencia es la mujer blanca, heterosexual, de clase media, occidental y capacitada²²–, desde los márgenes que constituía la resistencia lesbiana en la década de los 70 y 80, Monique Wittig, Gayle Rubin y Adrienne Rich, más allá del feminismo de la diferencia²³, plantearon la necesidad de ir un paso más allá: había que analizar la misma heterosexualidad. De esta forma, situándola en su historicidad, se derribaría el mito de la heterosexualidad como dato natural y, al mismo tiempo,

²¹ WEIL, S., «No empecemos otra vez la guerra de Troya», en *Escritos históricos y políticos*, Madrid, Ed. Trotta, 2007, p. 359.

²² «*La Mística de la feminidad*, de Betty FRIEDAN, que sigue siendo apreciado por haber abierto el camino al movimiento feminista contemporáneo, fue escrito como si esas mujeres no existieran. La famosa frase de Friedan, «el problema que no tiene nombre», citada a menudo para describir la condición de las mujeres en esta sociedad, se refería de hecho a la situación de un grupo selecto de mujeres blancas, casadas, de clase media o alta y con educación universitaria: amas de casa aburridas, hartas del tiempo libre, del hogar, de los hijos, del consumismo, que quieren sacarle más a la vida [...]. Hizo de su situación, y de la situación de las mujeres blancas como ella, un sinónimo de la condición de todas las mujeres estadounidenses. Al hacerlo, apartó la atención del clasismo, el racismo y el sexismo que evidenciaba su actitud hacia la mayoría de las mujeres estadounidenses [...]. Las mujeres blancas que dominan el discurso feminista, que en su mayoría crean y articulan la teoría feminista, muestran poca o ninguna comprensión de la supremacía blanca como política racial, del impacto psicológico de la clase y del estatus políticos en un estado racista, sexista y capitalista». bell hooks, «Mujeres negras. Dar forma a la teoría feminista», en VV. AA., *Otras inapropiables. Feminismos desde las fronteras*, Madrid, Ed. Traficantes de Sueños, 2004, pp. 33, 34 y 36.

²³ Es clásica la distinción entre un feminismo de la igualdad que pretende la extensión de las categorías del hombre a la mujer en tanto poseen el mismo *status* frente al feminismo de la diferencia que reclama la quiebra social, política, ontológica y epistemológica del patriarcado. Heredando, en cierta medida, el legado de la diferencia, el feminismo del que aquí hablaremos, partiendo de la necesaria labor deconstructiva (frente a los universales), pone en duda las políticas de identidad en tanto reproducen una lógica identitaria, efecto del poder, incapaz de la emancipación. Sobre la apuesta del feminismo de la diferencia frente al de la igualdad, RUBIO CASTRO, A., *Feminismo y ciudadanía*, 2.ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, especialmente pp. 21-54.

la mujer como concepto esencialista pasaría a constituirse como clase, pues se muestra el sexo como categoría política producida por el sistema de pensamiento hegemónico²⁴. Pero lo interesante no son las prácticas heterosexuales, sino el dispositivo heterosexual²⁵. Por tal ha de entenderse un conjunto de prácticas discursivas y no discursivas (saberes, técnicas, que van desde la medicina al derecho pasando por el sistema educativo y el discurso científico, así como los medios de comunicación) que producen e imponen un complejo normativo entorno al sexo, al género y a la filiación.

Este pensamiento hegemónico o dominante construirá una sociedad marcadamente heterosexual basada, siguiendo la expresión de Gayle Rubin acuñada en 1975, en el *sistema sexo/género*²⁶ fruto de la división sexual del trabajo. El sexo vendría a estar constituido por el conjunto de diferencias biológicas, anatómicas, cromosómicas y hormonales que separan a los individuos en machos y hembras, haciendo así del binarismo o del dimorfismo un elemento natural, inmutable, universal e indiscutible. El género, en cambio, sería la traducción en términos culturales del sexo. El género, por tanto, sí que es moldeable a lo largo del tiempo. Este sistema se comporta como un ideal regula-

²⁴ «La categoría de sexo es una categoría que funda la sociedad en cuanto heterosexual. En este sentido, no se trata de una cuestión de ser, sino de relaciones (ya que las «mujeres» y los «hombres» son el resultado de relaciones) aunque los dos aspectos son confundidos siempre cuando se discuten. La categoría de sexo es la categoría que establece como «natural» la relación que está en la base de la sociedad (heterosexual), y a través de ella la mitad de la población –las mujeres– es «heterosexualizada» (la fabricación de las mujeres es similar a la fabricación de los eunucos, y a la crianza de esclavos y de animales) y sometida a una economía heterosexual. La categoría de sexo es el producto de la sociedad heterosexual que impone a las mujeres la obligación absoluta de reproducir «la especie», es decir, reproducir la sociedad heterosexual [...]. Esta apropiación del trabajo de las mujeres se efectúa exactamente de la misma manera que la apropiación del trabajo de la clase obrera por la clase dominante [...]. La categoría de sexo es el producto de la sociedad heterosexual, en la cual los hombres se apropian de la reproducción y la producción de las mujeres, así como de sus personas físicas por medio de un contrato que se llama contrato de matrimonio». WITTIG, M., «La categoría de sexo», en *El pensamiento heterosexual*, Madrid, Ed. Egales, 2010, pp. 26 y 27.

²⁵ Aludimos al *dispositivo* en FOUCAULT: «un conjunto decididamente heterogéneo, que comprende discursos, instituciones, instalaciones arquitectónicas, decisiones reglamentarias, leyes, medidas administrativas, enunciados científicos, proposiciones filosóficas, morales, filantrópicas; en resumen: los elementos del dispositivo pertenecen tanto a lo dicho como a lo no dicho. El dispositivo es la red que puede establecerse entre estos elementos». FOUCAULT, M., «El juego de Michel Foucault», en *Saber y verdad*, Madrid, Ed. La Piqueta, 1984, p. 127.

²⁶ «Es el conjunto de disposiciones por el que una sociedad transforma la sexualidad biológica en productos de la actividad humana, y en el cual se satisfacen esas necesidades humanas transformadas [...]. El reino del sexo, del género y de la procreación humanos ha estado sometido a, y ha sido modificado por, una incesante actividad humana durante milenios. El sexo tal como lo conocemos –identidad de géneros, deseo y fantasías sexuales, conceptos de la infancia– es en sí un producto social». RUBIN, G., «El tráfico de mujeres: notas sobre la «economía política» del sexo», en *Nueva Antropología*, vol. VIII, 1986, pp. 97-103.

tivo, como una construcción normativa que estará complementada por un dispositivo de producción disciplinaria capaz de realizar la unidad, la coherencia y la plenitud en la relación sexo-género.

Por eso Teresa de Lauretis se refirió al género como una tecnología. Este no sería una propiedad del sexo o del cuerpo, sino un conjunto de efectos del poder –por usar la terminología foucaultiana– que se producen en un cuerpo²⁷. El género, esta tecnología del género, formaría parte de los *aparatos ideológicos del Estado*: es una ideología en el sentido que daba a este término Louis Althusser. Instrumentos tales como la escuela, la religión, el derecho, la familia, la cultura, etc. garantizan la sumisión a la ideología hegemónica y, al mismo tiempo, conservan el sistema de producción²⁸. El género actúa como un agente regulador y administrativo, esto es, como un aparato ideológico del Estado que construye y forma subjetividades²⁹.

La (ideología de la) diferencia sexual, aquella que separa lo masculino y lo femenino, el hombre y la mujer, se presenta como una causalidad natural, escribe Wittig en 1982, «para disimular el hecho de que las diferencias sociales implican un orden económico, político e ideológico»³⁰. Admitir la división sexual como algo natural, asumiendo que hombres y mujeres han existido siempre, supone una naturalización tanto de la historia como de los fenómenos sociales que inciden en la opresión y, de esta forma, evitan cualquier cambio³¹. Se trata de realizar un análisis materialista de la opresión.

Apostar por los derechos de las mujeres y de los homosexuales, si bien la misoginia y la homofobia son reales, en última instancia es colaborar en la conservación de nociones esencialistas, una suerte de opresión ontológica, consolidando el sistema binario del régimen

²⁷ «A starting point may be to think of gender along the lines of Michel Foucault's theory of sexuality as a «technology of sex» and to propose that gender, too, both as representation and as self-representation, is the product of various social technologies, such as cinema, and of institutionalized discourses, epistemologies, and critical practices, as well as practices of daily life. Like sexuality, we might then say, gender is not a property of bodies or something originally existent in human beings, but «the set of effects produced in bodies, behaviors, and social relations», in Foucault's words, by the deployment of «a complex political technology». DE LAURETIS, T., *Technologies of Gender: Essays on Theory, Film, and Fiction*, Indianapolis, Ed. Indiana University Press, 1987, pp. 2 y 3.

²⁸ ALTHUSSER, L., «Ideología y aparatos ideológicos del Estado», en *La filosofía como arma de la revolución*, Ed. Siglo XXI, 2005, pp. 102-130.

²⁹ «For, like sexuality and subjectivity, gender is located in the private sphere of reproduction, procreation, and the family, rather than in the public, properly social, sphere of the superstructural, where ideology belongs and is determined by the economic forces and relations of production [...]. If I substitute *gender* for *ideology*, the statement still works, but with a slight shift of the terms: Gender has the function (which defines it) of constituting concrete individuals as men and women». DE LAURETIS, T., *Technologies of Gender*, cit., p. 6.

³⁰ WITTIG, M., «La categoría de sexo», en *El pensamiento heterosexual*, cit., p. 22.

³¹ WITTIG, M., «No se nace mujer», en *El pensamiento heterosexual*, cit., p. 33.

político heterosexual³². Adrienne Rich sacó así a la luz el heterocentrismo que contagiaba la teoría feminista, así como la exclusión de la raza y la clase³³. Por eso Wittig, a diferencia de sus coetáneas, reivindicará la supresión de las mismas categorías hombre y mujer como instrumento que conduzca a un cambio real³⁴, a una sociedad sin sexos, a la destrucción de la heterosexualidad obligatoria. Leámoslo de sus propias palabras:

«Ahora bien, para nosotras no hay ser-mujer ni ser-hombre. «Hombre» y «mujer» son conceptos políticos de oposición. Y, dialécticamente, la cópula que los reúne es al mismo tiempo la que preconiza su abolición, es la lucha de clase entre hombres y mujeres la que abolirá los hombres y las mujeres. No hay nada ontológico en el concepto de diferencia. Sólo es la forma en que los amos interpretan una situación histórica de dominación. Y la diferencia tiene como función enmascarar los conflictos de intereses a todos los niveles, incluidos los ideológicos. Esto supone decir que para nosotras no puede ya haber mujeres, ni hombres, sino en tanto clases y en tanto categorías de pensamiento y de lenguaje: deben desaparecer políticamente, económicamente, ideológicamente. Si nosotras, las lesbianas y gays, continuamos diciéndonos, concibiéndonos como mujeres, como hombres, contribuimos al mantenimiento de la heterosexualidad»³⁵.

2.2 Entre fronteras

En 1981 ve la luz un texto clave. Editado por Cherríe Moraga y Gloria Anzaldúa, *This bridge called my back*³⁶ supuso un cambio radical en la conciencia feminista. Un conjunto de artículos escritos por y sobre mujeres negras y chicanas, excluidas doblemente por su situación fronteriza: excluidas del discurso feminista que guarda silencio ante las cuestiones de raza y clase (un feminismo blanco, burgués y heterosexual); y excluidas de los movimientos de la negritud por su

³² «Lo que yo sugiero es que la heterosexualidad, como la maternidad, tiene que ser reconocida y estudiada como *institución política* –incluso, o especialmente, por esos individuos que creen ser, en su experiencia personal, los precursores de una nueva relación social entre los sexos». RICH, A., «Heterosexualidad obligatoria y existencia lesbiana», en *Sangre, pan y poesía*, Barcelona, Ed. Icaria, 2001, p. 51.

³³ RICH, A., *op. cit.*, pp. 41-86.

³⁴ «Hay que señalar que, en lo referente al estado civil, tanto el color como el sexo deben ser «declarados». Sin embargo, gracias a la abolición de la esclavitud, la «declaración» del «color» se considera ahora una discriminación. Pero esto no ocurre en el caso de la «declaración» del «sexo», algo que ni siquiera las mujeres han pensado en abolir. Yo me digo: ¿a qué esperamos?». WITTIG, M., «La categoría de sexo», en *El pensamiento heterosexual*, cit., p. 29.

³⁵ Por eso, dirá WITTIG, «las lesbianas no son mujeres», pues la palabra *mujer* mantiene un significado heterosexual. WITTIG, M., «El pensamiento heterosexual», en *El pensamiento heterosexual*, cit., pp. 53, 54 y 57.

³⁶ Moraga, Ch. y Anzaldúa, G. (Eds.), *This Bridge Called My Back: Writings by Radical Women of Color*, Ed. Persefone, 1981.

marcado carácter machista y homófobo. *Cuerpos fronterizos*. Extranjeras, lesbianas y de clase obrera, empobrecidas en esta triple condición y en un no-lugar. No obstante, desde la frontera, *otras inapropiadas/inapropiables*³⁷, construyen su empoderamiento. El feminismo entra en contacto con la postcolonialidad³⁸ y la negritud³⁹: es necesario descolonizar el feminismo, que conserva ciertas lógicas coloniales y racistas, y el pensamiento en general.

En esta encrucijada, Gloria Anzaldúa escribe en el mismo borde entre el español y el inglés, ambas lenguas colonizadoras, *Borderlands/La Frontera*. «I am a border woman», se puede leer en el prefacio a la primera edición⁴⁰. El uso del verbo *to be* es toda una provocación si a continuación se sitúa una identidad fronteriza que, como tal, se caracteriza precisamente por encontrarse entre un lugar y otro pero no ser ninguno de los dos. Por eso la frontera es una herida abierta, un puente tendido⁴¹ a ningún lado en el que el lenguaje, que ladra, se hace terrorista, aberrante, huérfano, mestizo: se mezclan los idiomas, se rompen las reglas gramaticales (*lenguajeo*)⁴². Vivir en la frontera es encontrarse en el fuego cruzado entre bandas, donde tu cuerpo es tu campo de batalla, sobreviviendo sin fronteras en un cruce de caminos⁴³. De esta forma, se pone en tela de juicio la idea de sujeto único,

³⁷ El término se debe a T. Minh-Ha, T. (Ed.), «She, the Inappropriate/d Other», en *Discourse*, 8, 1986-1987. «*Otras inapropiadas/inapropiables*, desubicadas de las cartografías occidentales y modernas de la política, de la identidad, del lenguaje, del deseo; desbordando las categorías claras y distintas, las promesas de pureza y separación; proponiendo nuevas geometrías posibles para considerar relaciones atravesadas y constituidas por diferentes diferencias. Otras inapropiadas/inapropiables que nos urgen a hacer *feminismos desde y atravesados por las fronteras*». Eskalera Karakola, «Prólogo», en VV. AA., *Otras inapropiables. Feminismos desde las fronteras*, cit., p. 9.

³⁸ Una recopilación de textos fundamentales sobre postcolonialidad en VV. AA., *Estudios postcoloniales*, Madrid, Ed. Traficantes de Sueños, 2008.

³⁹ Suele situarse en la emergencia de los estudios postcoloniales la obra de Edward SAID *Orientalism* (1978) así como para la negritud el texto de Frantz FRANON *Peau noire, masques blancs* (1952).

⁴⁰ ANZALDÚA, G., *Borderlands/La Frontera. The New Mestiza*, 3.º ed., San Francisco, Ed. Aunt Lute Books, 2007, p. 19. Más adelante dirá: «But I, like other queer people, am two in one body, both male and female. I am the embodiment of the *hieros gamos*: the coming together of opposite qualities within». ANZALDÚA, G., *op. cit.*, p. 41.

⁴¹ ANZALDÚA, G., *op. cit.*, p. 25.

⁴² «*Deslenguadas. Somos los del español deficiente*. We are your linguistic nightmare, your linguistic aberration, your linguistic *mestizaje*, the subject of your *burla*. Because we speak with tongues of fire we are culturally crucified. Racially, culturally and linguistically *somos huérfanos*—we speak an orphan tongue». ANZALDÚA, G., *op. cit.*, p. 80.

⁴³ «To live in the Borderlands means you / are neither *hispana india negra Espanola/ ni gabacha, eres mestiza, mulata*, half-breed / caught in the crossfire between camps / while carrying all five races on your back / not knowing which side to turn to, run from; / To live in the Borderlands means / knowing that the *india* in you, betrayed for 500 years, / is no longer speaking to you, / that *mexicanas* call you *rajetas*, / that denying the Anglo inside you / is as bad as having denied the Indian or Black; / *Cuando vives en la frontera* / people walk through you, the wind steals your voice, / you're a *burra, buey*, scapegoat, / forerunner of a new race, / half and half—both woman and man, neither— / a new gender; / To live in the Borderlands means to / put *chile* in the borscht, / eat whole wheat *tortillas*,

cerrado, obrado, y el mismo concepto de mujer. La mestiza, como el subalterno, desde la crítica de la razón colonial⁴⁴, desquebraja los mitos en los que el feminismo se ha anclado. Subjetividad entre espacios fronterizos que, para sobrevivir, necesita de la mezcla, de la hibridación y, al mismo tiempo, la tergiversación, como reapropiación, de los códigos lingüísticos, culturales y sociales. Ya no hay un *oikos* seguro. El espacio es desplazado hacia lo desconocido del margen.

La lucha en la frontera muestra la cohabitación en la opresión entre sexo, clase, raza y diversidad funcional. Obviar alguno de estos elementos supone, en cierta medida, colaborar con el sistema de opresión y explotación (heteronormativo⁴⁵, heterocapitalista). Como afirmó bell hooks, «los hombres negros pueden ser víctimas del racismo, pero el sexismo les permite actuar como explotadores y opresores de las mujeres. Las mujeres blancas pueden ser víctimas del sexismo, pero el racismo les permite actuar como explotadoras y opresoras de la gente negra»⁴⁶. Es por ello que tanto hombres negros como mujeres blancas comparten la doble condición de miembros de movimientos de liberación y opresores de otros grupos.

Si en 1981 aparecía el libro editado por Moraga y Anzaldúa, también era publicada otra obra escrita desde el cuerpo como campo de batalla. Tras pasar una temporada en la cárcel, Angela Yvonne Davis, profesora expulsada de la Universidad, lesbiana, pantera negra y militante comunista, publicó *Women, Race & Class*. El objetivo del libro se plasmaba bien claro desde el título: la opresión y explotación no es un terreno exclusivamente del patriarcado, en el que las mujeres se encuentran bajo su yugo, sino que se extiende por todo el sistema capitalista. Si se quiere acabar con la opresión se debe atacar precisamente al sistema económico.

A través de un análisis histórico, Davis desgrana algunos mitos, reapropiándolos, y localiza ciertas lagunas históricas en relación a las mujeres negras. Plantea la lógica excluyente que ha imperado en el

/ speak Tex-Mex with a Brooklyn accent; / be stopped by *la migra* at the border checkpoints; / Living in the Borderlands means you fight hard to / resist the gold elixir beckoning from the bottle, / the pull of the gun barrel, / the rope crushing the hollow of your throat; / In the Borderlands / you are the battleground / where enemies are kin to each other; / you are at home, a stranger, / the border disputes have been settled / the volley of shots have shattered the truce / you are wounded, lost in action / dead, fighting back; / To live in the Borderlands means / the mill with the razor white teeth wants to shred off / your olive-red skin, crush out the kernel, your heart / pound you pinch you roll you out / smelling like white bread but dead; / To survive the Borderlands / you must live *sin fronteras* / be a crossroads». ANZALDÚA, G., *op. cit.*, pp. 216 y 217.

⁴⁴ SPIVAK, G., «Can the Subaltern speak?», en Nelson, C. y Grossberg, L. (Eds.), *Marxism and the Interpretation of Culture*, University of Illinois Press, 1988, pp. 271-313. SPIVAK, G., *A Critique of Postcolonial Reason*, Harvard University Press, 1999.

⁴⁵ Este concepto es interpretado como las normas, generales y, en ocasiones, invisibles, sobre la heterosexualidad. WARNER, M., «Introduction: Fear of a Queer Planet», en *Social Text*, n.º29, 1991, pp. 3-17. WARNER R. M., *Fear of a Queer Planet. Queer politics and Social Theory*, Ed. University of Minnesota Press, Minneapolis/London, 1993.

⁴⁶ Bell hooks, «Mujeres negras. Dar forma a la teoría feminista», en VV. AA., *Otras inapropiables. Feminismos desde las fronteras*, cit., p. 49.

movimiento feminista, cuyo modelo de mujer blanca y de clase media deja fuera a las mujeres negras, de clase trabajadora, latinas, nativas.

Uno de los mitos, que se puede atestiguar en *La cabaña del tío Tom*⁴⁷, es la relación de género dentro de las comunidades esclavas. Si en el mundo libre el capitalismo había impuesto la jerarquía de roles, enclaus-trando a la mujer (blanca) en el hogar (ama de casa) y en la maternidad, «el orden económico de la esclavitud contradecía la jerarquía de los roles sexuales incorporada en la nueva ideología». Es así que las relaciones entre hombres y mujeres esclavos no encontraban asiento en el modelo ideológico dominante: «transformaron esta igualdad negativa, que emanaba del hecho de sufrir la misma opresión como esclavos, en una cualidad positiva: la igualdad caracterizadora de sus relaciones sociales»⁴⁸.

Esta situación impuesta por el capitalismo también se trasladó a la lucha por la eliminación de la esclavitud. Entre los abolicionistas (blancos) no circulaba ninguna conciencia de clase; de hecho, defendían a los industriales capitalistas. Tampoco suponía ningún problema el capitalismo para las mujeres que defendían, a mediados del siglo XIX, los derechos (sufragistas) bajo la dominación masculina, excluyendo a las mujeres negras⁴⁹. El problema era de moralidad o de humanidad. El resto –es decir, el capitalismo– era aceptable⁵⁰.

2.3 La performatividad queer

En 1990 se publica uno de los textos más relevantes para la teoría queer: *Gender Trouble*⁵¹. En este ensayo Judith Butler plantea mecanismos para subvertir la identidad –los regímenes de verdad– desde una crítica interna al feminismo por sus planteamientos heteronormativos que a la postre generan espacios violentos de exclusión. La auto-

⁴⁷ La novela, escrita por HARRIET STOWE y datada en el año 1852, muestra las condiciones de existencia de los esclavos. A pesar de encuadrarse en la literatura abolicionista, el personaje femenino de la obra, Eliza, es una trasposición de los cánones de la mujer blanca. Se cambia una cara blanca por otra negra.

⁴⁸ DAVIS, A., *Mujeres, raza y clase*, Madrid, Ed. Akal, 2005, pp. 20 y 26.

⁴⁹ En relación a la resolución de 1893 de la Asociación Nacional Americana por el Sufragio Femenino: «Al aprobar la resolución de 1893, las sufragistas también podrían haber anunciado que si en virtud de su condiciones de mujeres blancas de la clase media y de la burguesía les fuera entregado el poder del voto, rápidamente reprimirían por la fuerza a los tres elementos principales que componían la clase obrera estadounidense: las personas negras, los inmigrantes y los trabajadores nativos analfabetos. De hecho, éstos eran los tres grupos de personas cuyo trabajo era explotado y cuyas vidas eran sacrificadas por los Morgans, los Rockefellers, los Mellons y los Vanderbilts, es decir, por la nueva clase de capitalistas monopolistas que estaba erigiendo despiadadamente sus imperios. Ellos controlaban tanto a los trabajadores inmigrantes en el Norte como a los antiguos esclavos y trabajadores blancos pobres que mantenían en funcionamiento las nuevas industrias ferroviaria, minera y siderúrgica en el Sur». DAVIS, A., *op. cit.*, p. 120.

⁵⁰ DAVIS, A., *op. cit.*, p. 73.

⁵¹ BUTLER, J., *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, Barcelona, Ed. Paidós, 2007.

ra sostiene que la defensa de una identidad cerrada, inequívoca, obrada, niega la complejidad de la vida⁵².

Butler parte de un planteamiento en principio sencillo: «¿es la disolución de los binarios de género, por ejemplo, tan monstruosa o tan temible que por definición se afirme que es imposible, y heurísticamente quede descartada de cualquier intento por pensar el género?»⁵³. A esta pregunta responde a través de un análisis genealógico⁵⁴ con la intención de desenmascarar la forma en la que el género y el sexo se han representado (naturalidad, universalidad, inmutabilidad) y replantearlos desde parámetros antitéticos (historicidad, artificialidad).

Si el primer objetivo puso sobre la mesa la violencia ejercida por la naturalización del sexo y el género (separando lo legítimo de lo ilegítimo, lo normal de lo patológico, el ser del no-ser), en el segundo objetivo ha sido fundamental su teoría de la performatividad, cuya raíz encontramos en J. Austin, a partir de la cual construir el género, otro género, otras formas de pensarlo, de vivirlo, resituándolo.

Una de las primeras tareas que realiza Butler es analizar la categoría por excelencia del feminismo, a saber: *mujer*. Si bien es cierto que el término ha mostrado su operatividad a la hora de visibilizar y legitimar como sujeto político a un sector de la población⁵⁵, el mismo no deja de

⁵² «En 1989 mi atención se centraba en criticar un supuesto heterosexual dominante en la teoría literaria feminista. Mi intención era rebatir los planteamientos que presuponian los límites y la corrección del género, y que limitaban su significado a las concepciones generalmente aceptadas de masculinidad y feminidad. Consideraba y sigo considerando que toda teoría feminista que limite el significado del género en las presuposiciones de su propia práctica dicta normas de género excluyentes en el seno del feminismo, que con frecuencia tienen consecuencias homofóbicas. Me parecía –y me sigue pareciendo– que el feminismo debía intentar no idealizar ciertas expresiones de género que al mismo tiempo originan nuevas formas de jerarquía y exclusión; concretamente, rechacé los regímenes de verdad que determinaban que algunas expresiones relacionadas con el género eran falsas o carentes de originalidad, mientras que otras eran verdaderas y originales». BUTLER, J., *El género en disputa*, cit., prefacio a la edición de 1999, p. 8

⁵³ BUTLER, J., *El género en disputa*, cit., prefacio a la edición de 1999, p. 9.

⁵⁴ «Considerar que las categorías fundacionales del sexo, el género y el deseo son efectos de una formación específica del poder requiere una forma de cuestionamiento crítico que Foucault, reformulando a Nietzsche, denomina «genealogía». La crítica genealógica se niega a buscar los orígenes del género, la verdad interna del deseo femenino, una identidad sexual verdadera que la represión ha mantenido enterrada; la genealogía indaga sobre los intereses políticos que hay en señalar como *origen* y *causa* las categorías de identidad que, de hecho, son los *efectos* de instituciones, prácticas y razonamientos de origen diverso y difuso. La labor de este cuestionamiento es centrar –y descentrar– esas instituciones definitorias: el falogocentrismo y la heterosexualidad obligatoria». BUTLER, J., *El género en disputa*, cit., pp. 37 y 38.

⁵⁵ «En su mayoría, la teoría feminista ha asumido que existe cierta identidad, entendida mediante la categoría de las mujeres, que no solo introduce los intereses y los objetivos feministas dentro del discurso, sino que se convierte en el sujeto para el cual se procura la representación política. Pero *política* y *representación* son términos que suscitan opiniones contrapuestas. Por un lado, *representación* funciona como término operativo dentro de un procedimiento político que pretende ampliar la visibilidad y la legitimidad hacia las mujeres como sujetos políticos; por otro, la representación es la función normativa de un lenguaje que, al parecer, muestra o distorsiona lo

ser un efecto de (los sistemas jurídicos de) poder⁵⁶. Simone de Beauvoir, por ejemplo, fue consciente de que la categoría mujer es una construcción cultural, pero ello no la llevó a poner en duda el sexo: el sexo con el que se nace es inmutable. De ahí la necesidad de cuestionar al sujeto preexistente, a su naturalidad y situarlo en la contingencia, en la historicidad. Asimismo, el concepto *mujer* ha sido creado desde parámetros universales sin prestar atención a la intersección de identidades múltiples, como la clase o la raza, ocultando las diversas formas de opresión bajo la órbita de un patriarcado universal⁵⁷.

Ante el discurso científico que sitúa el sexo en el mundo de los hechos, de lo natural, «¿tiene el sexo una historia?»⁵⁸, esto es, ¿podemos rastrear cómo se formó y determinó la dualidad de sexos? Refutar el carácter invariable del sexo y situarlo en el plano de lo construido hace del género «el medio discursivo/cultural a través del cual la «naturaleza sexuada» o «un sexo natural» se forma y establece como «prediscursivo», anterior a la cultura, una superficie políticamente neutral *sobre la cual* actúa la cultura», de tal forma que el binarismo del sexo se asegura situando dicha dualidad en un campo prediscursivo: «esta producción del sexo como lo prediscursivo debe entenderse como el resultado del aparato de construcción cultural nombrado por el *género*»⁵⁹.

Al situar el sexo como una ficción prediscursiva del género, Butler rompe con la concepción dominante por la que el sexo es una entidad

que se considera verdadero acerca de la categoría de las mujeres. Para la teoría feminista, el desarrollo de un lenguaje que represente de manera adecuada y completa a las mujeres ha sido necesario para promover su visibilidad política. Evidentemente, esto ha sido de gran importancia, teniendo en cuenta la situación cultural subsistente, en la que la vida de las mujeres se representaba inadecuadamente o no se representaba en absoluto». BUTLER, J., *El género en disputa*, cit., pp. 45 y 46.

⁵⁶ «Foucault afirma que los sistemas jurídicos de poder *producen* a los sujetos a los que más tarde representan. Las nociones jurídicas de poder parecen regular la esfera política únicamente en términos negativos, es decir, mediante la limitación, la prohibición, la reglamentación, el control y hasta la «protección» de las personas vinculadas a esa estructura política a través de la operación contingente y retractable de la elección. No obstante, los sujetos regulados por esas estructuras, en virtud de que están sujetos a ellas, se constituyen, se definen y se reproducen de acuerdo con las imposiciones de dichas estructuras. Si este análisis es correcto, entonces la formación jurídica del lenguaje y de la política que presenta a las mujeres como «el sujeto» del feminismo es, de por sí, una formación discursiva y el resultado de una versión específica de la política de representación. Así, el sujeto feminista está discursivamente formado por la misma estructura». BUTLER, J., *El género en disputa*, cit., p. 47.

⁵⁷ «Si una «es» una mujer, es evidente que eso no es todo lo que una es; el concepto no es exhaustivo, no porque una «persona» con un género predeterminado sobrepase los atributos específicos de su género, sino porque el género no siempre se constituye de forma coherente o consistente en contextos históricos distintos, y porque se entrecruza con modalidades raciales, de clase, étnicas, sexuales y regionales de identidades discursivamente constituidas. Así, es imposible separar el «género» de las intersecciones políticas y culturales en las que constantemente se produce y se mantiene». BUTLER, J., *El género en disputa*, cit., p. 49.

⁵⁸ BUTLER, J., *El género en disputa*, cit., p. 55.

⁵⁹ BUTLER, J., *El género en disputa*, cit., p. 56.

natural que, como tal, es inquebrantable en su destino. La ley produce lo que luego oculta bajo una noción esencialista, como aquel sujeto anterior a la ley a través de la cual se crea. No obstante, la famosa frase de Simone de Beauvoir («no se nace mujer: se llega a serlo»⁶⁰) puede llevar hacia un mismo determinismo ahora cultural, impidiendo la libre elección del individuo con respecto a la construcción de su propia identidad⁶¹.

Butler ataca de esta forma la lógica identitaria que construye el sistema sexo/género. Según esta (matriz de inteligibilidad, *vid. infra*), el género es inteligible cuando existe una coherencia y una continuidad con el sexo (la práctica sexual y el deseo). Se instaura una verdad sobre el sexo⁶². En aquellos supuestos en los que el género rompa con esa línea de coherencia y continuidad con el sexo (o cuando las prácticas sexuales no se correspondan con el género-sexo), estaremos ante una imposibilidad de existencia, ante una falla o defecto en el desarrollo normal susceptibles de ser sometidas a reprobación social⁶³. Este ha sido el gran pacto entre la medicina y el derecho⁶⁴.

Para subvertir esta alianza es preciso empoderar los márgenes. Y en los márgenes aquello que se halla es precisamente el cuerpo como espacio en el que se graban los acontecimientos, el cuerpo como grabado por la historia⁶⁵: *actos corporales subversivos*. Butler trata de construir una gramática de la subversión en torno al pensamiento de Kristeva, Foucault o Wittig que ampliará notablemente en 1993, afrontando las críticas a su concepción de la performatividad⁶⁶, en su obra *Bodies that Matter*. Sin necesidad de detenernos en las continuidades y discontinuidades con estos tres focos de pensamiento, Butler parte de la materialidad de la corporeidad (*matter; materialize*: importar, materializar) en el marco del discurso, no fuera ni antes. La carga política de resistencia que marca se sitúa precisamente en aquellos actos, gestos y realizaciones *performativos* en los que «la esencia o la

⁶⁰ BEAUVOIR, S., *El segundo sexo*, Madrid, Ed. Cátedra, 1999, p. 13.

⁶¹ BUTLER, J., *El género en disputa*, cit., pp. 57, 58 y 59.

⁶² «¿Hasta qué punto la identidad de género, vista como una relación entre sexo, género, práctica sexual y deseo, es el efecto de una práctica reguladora que puede definirse como heterosexualidad obligatoria? [...]. Este esbozo del género nos ayuda a comprender los motivos políticos de la visión sustancializadora del género. Instituir una heterosexualidad obligatoria y naturalizada requiere y reglamenta al género como una relación binaria en la que el término masculino se distingue del femenino, y esta diferenciación se consigue mediante las prácticas del deseo heterosexual». BUTLER, J., *El género en disputa*, cit., pp. 73 y 81.

⁶³ BUTLER, J., *El género en disputa* cit., pp. 72 y 73.

⁶⁴ «Las relaciones de poder que infunden las ciencias biológicas no disminuyen con facilidad, y la alianza médico-legal que aparece en Europa en el siglo XIX ha originado categorías ficticias que no podían predecirse». BUTLER, J., *El género en disputa*, cit., p. 97.

⁶⁵ BUTLER, J., *El género en disputa*, cit., p. 255.

⁶⁶ Un estudio anterior de Butler sobre la performatividad se encuentra en BUTLER, J., «Performative Acts and Gender Constitution: An Essay in Phenomenology and Feminist Theory», en *Theatre Journal*, 40, 1988, pp. 519-531. Un buen estudio la tesis de BUTLER lo encontramos en PÉREZ NAVARRO, P., *Del texto al sexo. Judith Butler y la performatividad*, Ed. Egales, Madrid, 2008.

identidad que pretenden afirmar son *invenciones* fabricadas y preservadas mediante signos corpóreos y otros medios discursivos»⁶⁷. Por eso no se puede hablar de verdad o falsedad, sino de los efectos o juegos de verdad del discurso identitario.

Butler localizará en el travesti la puesta en cuestión de los procesos de configuración del género. Si este se pretende original, «*al imitar el género, la travestida manifiesta de forma implícita la estructura imitativa del género en sí, así como su contingencia*»⁶⁸. He aquí lo paródico del género: si no hay original –aunque la ley se repita constantemente para generar la idea de origen–, no hay elementos fijos, previos u ontológicamente naturales.

El peso del ser –la naturaleza, la sustancia, la biología– se hace levedad. La política performativa que propone Butler rompe con los pretendidos fundamentos naturales, con la pureza y la presunción de la identidad como un elemento que se halla desde el principio. Este es el camino para quebrantar la equivalencia entre la naturaleza y la seguridad jurídica.

2.4 La desestabilización queer

Venimos señalando una serie críticas que desde diversos sectores se han articulado en torno al sexo y a la sexualidad. A modo de resumen, pueden ser citadas las siguientes características ante lo que se ha venido a llamar la teoría queer. No se trata, como ya se ha advertido, de un elenco cerrado propio de una teoría científica. Más bien es un arsenal multi-forme y poliédrico, un mapa sin coordenadas, dispuesto a ser usado⁶⁹.

1) Desnaturalización de la sexualidad: la sexualidad no es un hecho natural, sino una construcción (social, política, económica, jurídica...).

2) Desnaturalización del sexo: las categorías sexuales *hombre y mujer* no son esencias naturales sino construcciones artificiales. El sistema sexo/género es una tecnología social de dominio. El sexo es un producto del dispositivo de género.

3) Heteronormatividad: La heterosexualidad es un régimen político y normativo que establece la correlación natural entre sexo, género y orientación.

4) Identidad: desde la visión antiesencialista en la que se mueve (cuestionamiento de la identidad esencialista), la identidad debe re-

⁶⁷ BUTLER, J., *El género en disputa*, cit., p. 266.

⁶⁸ BUTLER, J., *El género en disputa*, cit., p. 269.

⁶⁹ Un resumen de las propuestas queer puede encontrarse en CÓRDOBA GARCÍA, D., «Teoría queer: reflexiones sobre sexo, sexualidad e identidad. Hacia una politización de la sexualidad», en CÓRDOBA, D., SÁEZ, J. y VIDARTE, P. (Eds.), *Teoría queer. Políticas bolleras, maricas, trans, mestizas*, cit., pp. 21-66. SÁEZ, J., *Teoría queer y psicoanálisis*, cit., pp. 128-154.

articularse desde una visión construccionista y nómada, un artificio que puede ser usado como herramienta política a través de la performatividad (parodia) que pone en cuestión el original.

5) Lucha contra los dualismos: naturaleza/cultura, sexo/género, hetero/homo, hombre/mujer, masculino/femenino.

6) Interseccionalidad: articular mecanismos de resistencia a la normalización en la que confluyan sexo (como prótesis, como prácticas contrasexuales), raza, clase, diversidad funcional⁷⁰.

7) Se debe abandonar, por tanto, la acción política basada en la identidad. Debe articularse, en cambio, por medio de la multiplicidad y de la situación (*del locus*).

3. LA MATRIZ HETEROSEXUAL DE LA LEY

A partir de las ideas de *contrato heterosexual* de Monique Wittig y *heterosexualidad obligatoria* de Adrienne Rich, Judith Butler acuña el término *matriz heterosexual* para referirse a:

«la rejilla de inteligibilidad cultural a través de la cual se naturalizan cuerpos, géneros y deseos [...] para describir un modelo discursivo/epistémico hegemónico de inteligibilidad de género, el cual da por sentado que para que los cuerpos sean coherentes y tengan sentido debe haber un sexo estable expresado mediante un género estable (masculino expresa hombre, femenino expresa mujer) que se define históricamente y por oposición mediante la práctica obligatoria de la heterosexualidad»⁷¹.

Se trata de construir una unidad y una identidad aceptable (inteligibilidad cultural) para fragmentar el cuerpo en partes sexuales (masculinas y femeninas) y no sexuales (extraídas, por tanto, del placer), así como imponer un sexo naturalizado a través de la restricción del cuerpo erógeno. Todo ello vigilado constante y colectivamente en nombre de un hipotético bien común⁷². Se establece un *continuum* o un encadenamiento entre el sexo y el género. Una persona posee un sexo *ergo* pertenece al género correspondiente con un determinado deseo y una

⁷⁰ Es de suma importancia la aportación que está realizando Lucas PLATERO. Véase, Platero, R. (L.), *Intersecciones: cuerpos y sexualidades en la encrucijada. Temas contemporáneos*, Barcelona, Ed. Bellaterra, 2012. Para el ámbito de la diversidad funcional (*disability studies*), McRUER, R., *Crip Theory: Cultural Signs of Queerness and Disability*, Ed. New York University Press, 2006.

⁷¹ BUTLER, J., *El género en disputa*, cit., p. 53, nota a pie 6. En *Cuerpos que importan* Butler sustituye este concepto por el de *hegemonía heterosexual*, con ciertas reminiscencias gramscianas.

⁷² SOLEY-BELTRAN, P., *Transexualidad y la matriz heterosexual*, Barcelona, Ed. Bellaterra, 2009, pp. 36 y 37.

práctica. Unidad, coherencia y plenitud. Conceptos estos que son fácilmente reconocibles para los juristas.

La matriz heterosexual marca la coherencia o la incoherencia de la unión de los cuatro factores, su continuidad o discontinuidad. Los cuerpos deben mantener una rigurosa correspondencia entre el sexo anatómico, el género, el deseo y las prácticas sexuales. Aquellos cuerpos que, por el contrario, se nieguen a o sean incapaces de mantener dicha correspondencia serán sometidos al escarnio, a la patologización, a la exclusión de la matriz heterosexual. Son ejemplos claros la Ley ordinaria 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo (BOE n.º 65, de 16 de marzo de 2007), que patologiza a las personas transexuales y les impone el deber de la hormonación (con todas las consecuencias que acarrea, llegando a la esterilización), como el deber jurídico implícito de mutilar a las personas intersexuales (cirugía de normalización sexual)⁷³.

El orden heterosexual hegemónico, esta matriz, se construye, por tanto, en torno a un código: una serie de estándares normativos que producen la identidad y ante los cuales estamos obligados –moral, jurídica y biológicamente– a cumplir. Todo lo que transgreda será considerado inaceptable y se abrirá un proceso con su correspondiente sanción. Como todo código, es un conjunto de enunciados lingüísticos, un discurso estructurado que organiza en categorías al ser humano en esos cuatro ítems señalados: sexo, género, deseo y prácticas. De lo que se desprende una identidad aceptable, una inteligibilidad, una naturalidad. Pero al igual que la ley trata de disuadir, la matriz heterosexual también posee una función preventiva: establece el modelo corporal al que debemos tender o sobre el que debemos proyectarnos. En caso de desviación, seremos nosotros mismos quienes deberemos reconducirnos antes de que, en caso de no hacerlo, sean los vigilantes del género⁷⁴ los que se ocupen de nuestros cuerpos. En este punto el derecho conservará esta matriz heterosexual, aportando las herramientas propicias para la ejecución o la legitimación de la coacción, la coerción y la sanción.

El derecho crea, o conserva, una realidad que se presenta como universal, natural y oficial, ocultando la base de la construcción y de la

⁷³ Sobre la Ley 3/2007 GARCÍA LÓPEZ, D. J. y FERNÁNDEZ PÉREZ, M. M., «Transexualidad y deconstrucción del género jurídico», en VV. AA., *Experiencias jurídicas e identidades femeninas*, Madrid, Ed. Dykinson, 2011, pp. 139-156, «La confesión jurídica de la transexualidad», en VV. AA., *Las mujeres en la esfera pública. De lo privado a lo público*, Madrid, Ed. E-Ditamos, 2012, pp. 65-83. GARCÍA LÓPEZ, D. J., «Bestiario jurídico: dispositivos de normalización ante la transexualidad», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º49, 2015, pp. 395-415. Sobre la problemática intersexual GARCÍA LÓPEZ, D. J., «La intersexualidad en el discurso médico-jurídico», en *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, n.º 8, 2015, pp. 54-70 y GARCÍA LÓPEZ, D. J. *Sobre el derecho de los hermafroditas*, Ed. Melusina, 2015.

⁷⁴ Podríamos señalar, entre otros, al equipo médico que supervisa el cambio de sexo del transexual en la UTIG o que produce el verdadero sexo del intersexual, así como el encargado del Registro Civil que vela por la ejecución de la sentencia (en este caso, el informe médico) en la verdad del archivo.

dominación a través de la forma jurídica. Es lo que Pierre Bourdieu llamó la violencia simbólica legítima⁷⁵: «poder invisible que solo puede ejercerse con la complicidad de quienes no quieren saber que lo sufren o que incluso lo ejercen»⁷⁶. El derecho construye su realidad, imponiendo sus límites, a través de su faceta de *estructura estructurante*, es decir, es un instrumento de conocimiento y construcción de realidad; pero también es *estructura estructurada* (lenguaje y comunicación). El derecho, como poder simbólico e instrumento de dominación, cumple la función de domesticar a los dominados. Los somete al filtro de la realidad que ha construido pero que impone como si fuese natural⁷⁷.

Ello se produce porque el derecho se ha arrogado la prerrogativa de la verdad. Dice la verdad y al decirla crea la realidad con la que opera. La única posible. Es cierto que las prescripciones, lenguaje propio del derecho, no son ni verdaderas ni falsas⁷⁸, sino válidas o inválidas. Pero en ocasiones el derecho presenta una función prescriptiva a través de una intención indicativa. De esta forma oculta la prescripción a través de un lenguaje –principalmente por medio de la remisión a las ciencias naturales– cargado de elementos propios de las descripciones, estas sí susceptibles de los criterios verdad-falsedad.

Uno de los argumentos que se dan en contra de la verdad de las normas es que no existe una realidad a la que las normas puedan corresponder. Pero las normas jurídicas que protegen el dimorfismo sexual no se remiten a una realidad a la que dar protección jurídica, sino que esa misma realidad es creada por la norma que obliga al recién nacido a ser inscrito como hombre o como mujer. En una estrategia propia de funambulistas, el derecho se remite a la biomedicina para imponer jurídicamente la dualidad de sexos y la biomedicina se remite al derecho para imponer al neonato uno de los dos sexos. Es precisamente en este círculo vicioso donde se produce la realidad. Pero no se trata de una simple presunción *iuris et de iure* que no admite prueba en contrario. En los márgenes de la sexualidad, el derecho no actúa a través de presunciones. Más bien parte de una posición

⁷⁵ BOURDIEU, P., «La fuerza del Derecho», en *Poder, derecho y clases sociales*, 2.^a ed., Bilbao, Ed. Desclée, 2001, pp. 167 y 168.

⁷⁶ BOURDIEU, P., «Sobre el poder simbólico», en *Poder, derecho y clases sociales*, cit., p. 88.

⁷⁷ «No hay poder o dominación duradera y eficaz que no sea sobre todo una dominación simbólica, ejercida a través de las formas (como el derecho), y que mediante un trabajo constante de legitimación transforme las relaciones de fuerza en relaciones de sentido, la violencia en contrato, e imponga desde ahí una visión del mundo social (la de los dominantes) que sea reconocida como legítima (es decir, como «normal» y «natural») por aquellos a los que les es impuesta. El poder consiste, por eso, en el poder de construir la realidad, de hacer existir en un estado explícito, objetivado, público y formal lo que solo existe previamente en estado implícito: es decir, el poder de *instituir* una determinada realidad (y, sobre todo, de instituir grupos, como las clases sociales)». GARCÍA INDA, A., *La violencia de las formas jurídicas. La sociología del poder y del derecho de Pierre Bourdieu*, Barcelona, Ed. Cedecs, 1997, pp. 131 y 132.

⁷⁸ Argumentos en pro y en contra de la verdad de las normas en PINTORE, A., *El derecho sin verdad*, Madrid, Ed. Dykinson, 2005, pp. 39-75.

cercana a la verdad como correspondencia. Aquí aquello con lo que se corresponde es el producto del mismo derecho. No hay elemento extralíngüístico o extrajurídico. El derecho contiene la verdad en su matriz.

4. CONCLUSIÓN: *GENDERFUCK* COMO PRIMER PASO PARA UNA LECTURA QUEER DEL DERECHO ⁷⁹

El segundo día de julio de 2005, el «Boletín Oficial del Estado» publicó la Ley 13/2005 por la que se reforma el Código Civil decimonónico en su artículo 44. Allí, tras una dura polémica en los pulpitos –tanto políticos como eclesiásticos–, se reconocía el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Las calles jalearon la reforma, para bien o para mal. Llegó incluso a pronunciarse el Tribunal Constitucional ratificando esta extensión subjetiva de la institución matrimonial.

Así, el 6 de noviembre de 2012, el Tribunal Constitucional emitió sentencia favorable al matrimonio entre personas del mismo sexo. Tras una demora de siete años, el garante de la Constitución entendió que, a la vista del recurso de inconstitucionalidad, la Carta Magna de 1978 garantiza en su artículo 32 no una suerte de institución natural sino un derecho reconocido tanto al hombre como a la mujer, individualmente considerados, para que puedan ejercerlo en pareja (esto no se aplica, según una circular enviada ya en 2005 por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en las oficinas consulares de los países en los que la legislación no permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, de acuerdo al art. 5f. del Convenio de Viena de 1963).

Lo preocupante de este asunto no solo es que un sector de la población entienda que hay personas anormales, enfermas o pecaminosas según su orientación sexual. Lo preocupante, desde una posición queer, es que colectivos, asociaciones y personas individuales aplaudan la bendición que el Tribunal Constitucional ha hecho del matrimonio. Esta es una institución jurídica que incorpora una serie de valores vinculados a un sistema de explotación capitalista, impropios para una democracia participativa.

Didier Eribon señalaba, unos años antes de la aprobación del matrimonio en España y Francia, que la demanda del matrimonio supondría una subversión de la institución, produciéndose su desacralización y poniendo de manifiesto la violencia de los discursos que se oponen⁸⁰. En el mismo marco territorial, Daniel Borrillo ha analizado cómo el acceso al matrimonio permitiría abolir la jerarquía social de las sexualidades, así como romper con la supremacía (social, cultural y jurídica) de la hetero-

⁷⁹ La expresión *Genderfuck* hace referencia a las prácticas activistas LGTBIQ (Lesbianas, Gays, Transexuales, Intersexuales, Queer) de subversión de la identidad y los roles de género.

⁸⁰ ERIBON, D., *Reflexiones sobre la cuestión gay*, Barcelona, Ed. Anagrama, 1999, p. 62.

sexualida⁸¹. También Martha Nussbam ha apostado por el matrimonio entre personas del mismo sexo como mecanismo para desarticular el discurso del miedo y de la amenaza (similar al matrimonio interracial), esto es, el pánico moral⁸². Pero la autora también se plantea si debemos quedarnos en esta superficie o ir un paso más allá: cuestionar los privilegios asociados a la institución matrimonial (inmigración, adopción, herencia, atención médica)⁸³. A ello añade Butler, aunque crítica con el matrimonio, que la auténtica subversión radica en la institución adoptiva. Es esta la que puede producir la transformación de los esquemas heteronormativos, pues trastocaría la reproducción de la cultura⁸⁴.

En este marco, la defensa del matrimonio entre personas del mismo sexo por razones de índole estratégica gira en torno a una serie de problemáticas jurídicas que el matrimonio puede resolver: bienes comunes en relaciones de larga duración, acceso a la herencia de la pareja, parejas con descendencia a la hora de adoptar el hijo/a de la otra persona, por cuestiones migratorias (visado, permiso de residencia, trabajo)⁸⁵. Es cierto que el matrimonio es una institución heteropatriarcal, pero se entiende como un mal menor al convertirla en un instrumento para resolver los problemas señalados, para hacer vidas vivibles.

Por el contrario, desde ámbitos más cercanos a la teoría queer⁸⁶, se ha planteado que la demanda de integración mediante la institución

⁸¹ BORRILLO, D., *Le droit des sexualités*, París, Preses Universitaires de France, 2009, p. 105. Más adelante señala: «Si la différence des sexes était une condition *sin qua non* du sacrement matrimonial dont la consommation sexuelle (*copula carnalis*) permettait à l'homme et la femme de devenir un seul corps (*erunt uno in carne una*), la notion moderne de mariage se fonde exclusivement sur le consentement. En effet, la perfection du mariage ne dépend plus de la rencontre de deux corps de sexes différents mais uniquement de deux volontés. La controverse entre les partisans et les opposants du mariage homosexuel révèle la différence entre une vision canonique de l'institution matrimoniale et l'affirmation du mariage civil fondée sur la modernité» (p. 165). Si el matrimonio está asentado sobre la voluntad, BORRILLO quizás debería extender su tesis y no limitarla a dos voluntades, sino a una multiplicidad.

⁸² NUSSBAUM, M., *Sex and Social Justice*, New York, Oxford University Press, 1999, pp. 184-210; *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza, ley*, Buenos Aires, Katz, 2006, pp. 296 y ss.; *From Disgust to Humanity: Sexual Orientation and Constitutional Law*, Oxford University Press, 2010.

⁸³ «Sin embargo, es en alguna medida lamentable que el debate público se haya centrado solo en la cuestión de si se debe otorgar al matrimonio entre personas del mismo sexo los privilegios que se le reconocen al matrimonio heterosexual. Esta manera de plantear el asunto deja de lado una cuestión previa, es decir, saber si una sola institución, el matrimonio, debería disfrutar del amplio y heterogéneo conjunto de privilegios con el que cuenta actualmente, privilegios en áreas que van desde la inmigración, la adopción y la herencia, hasta el privilegio del cónyuge en cuanto a decisiones sobre el entierro y la atención médica». NUSSBAUM, M., *El ocultamiento de lo humano*, cit., p. 309.

⁸⁴ BUTLER, J., *Deshacer el género*, Barcelona, Paidós, 2006, p. 160.

⁸⁵ PICHARDO, J. I., «We are family (or not): Social and Legal recognition of same-sex relationships and lesbian and gay families in Spain», en *Sexualities*, 14, 2011, p. 554.

⁸⁶ No obstante, hay quien ha tratado de compaginar teoría queer y matrimonio. BOELLSTORFF, T., «When Marriage Falls. Queer Coincidences in Straight Time», en *GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies*, vol. 13, 2007, pp. 227-248.

matrimonial puede acarrear una paradoja: si se acepta esta integración sin cuestionar el orden social, se continúa colocando a los homosexuales, lesbianas y transexuales en la misma situación de inferioridad. El derecho al matrimonio reproduce el orden establecido, pues se reconoce y refuerza una institución marcadamente heteronormativa y se olvidan otras reivindicaciones como las leyes antidiscriminación y la reestructuración económica.

Por eso la normalización, como asimilación frente a visibilidad⁸⁷, implica un reforzamiento de la noción neoliberal de privatización del cuidado y de la responsabilidad, reescribiendo de esta forma la noción heteropatriarcal de familia⁸⁸. Asimismo, el Estado ha construido la heterosexualidad monogámica como requisito previo a la ciudadanía. La reclamación del matrimonio sería al mismo tiempo una reclamación por ser considerados ciudadanos. Pero la ciudadanía está construida en torno a la exclusión: es un discurso normativo que presupone la universalidad y niega la diferencia. El Estado crea al ciudadano que necesita. El matrimonio entre personas del mismo sexo fomenta y protege al *buen ciudadano*, aquel que acoge el Estado a través del matrimonio, contra aquellos *malos ciudadanos* (no casados, no heterosexuales, con sexo no reproductivo, etc.). A través del matrimonio el Estado protege e inmuniza la heteronormatividad⁸⁹.

Si ciudadanía e igualdad han de ser los presupuestos del sistema constitucional⁹⁰, hay que plantearse en qué medida es posible con aquellas identidades que el propio sistema patologiza, negando, por tanto, la ciudadanía (pensemos en las personas transexuales que han de pasar por un diagnóstico de disforia de género y un tratamiento hormonal para poder cambiar su DNI o las personas intersexuales

⁸⁷ PLATERO, L., «Love and the State: Gay Marriage in Spain», en *Feminist Legal Studies*, 15, 2007, pp. 329-340.

⁸⁸ BINNIE, J., «Queer theory, neoliberalism and urban governance», en Leckey, R. y Brooks, K. (Ed.), *Queer Theory: Law, Culture, Empire*, Ed. Routledge, 2010, p. 26.

⁸⁹ BRANDZEL, A. L., «Queering Citizenship? Same-Sex Marriage and the State», en *GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies*, vol. 11, 2005, pp. 171-204.

⁹⁰ Como apunta Octavio Salazar desde la noción de *ciudadanía como igualdad diferenciada*: «En relación al binomio ciudadanía-igualdad formal, es necesario, tal y como hemos visto que ha planteado la teoría feminista, profundizar en la igualdad sustantiva y *deconstruir* una universalidad que ha supuesto la imposición de la cultura dominante y la negación de las diferencias. Ello nos lleva a un proceso paralelo de reajuste la ciudadanía. Uno, interno o estatal, que nos llevaría a una concepción de la ciudadanía fragmentada o diferenciada. Otro, externo, que plantea el objetivo de crear una ciudadanía cosmopolita, global o transnacional, recuperando la utopía kantiana del Derecho cosmopolita como condición para la paz perpetua. Entre ambas habría que situar conceptos como el de «múltiples ciudadanías» mediante el cual nos referimos a la integración del individuo en múltiples redes regionales y globales, o incluso el de ciudadanía «transnacional»». SALAZAR BENÍTEZ, O., *Cartografías de la igualdad. Ciudadanía e identidades en las democracias contemporáneas*, Ed. Tirant lo Blanch, 2010, p. 282-283. Véase también SALAZAR BENÍTEZ, O., *Masculinidades y ciudadanía: los hombres también tenemos género*, Ed. Dykinson, 2013, pp. 168 y ss.

cuyos cuerpos, considerados *aberraciones*, son mutilados –tratamientos de normalización– en los hospitales occidentales⁹¹).

Lo que lleva a plantearnos, siguiendo a Judith Butler, es qué formas de relación deben ser legitimadas por el Estado, es decir, «*quiénes podrían desear el deseo del Estado*»⁹². Se plantea si no hay otros mecanismos para conseguir beneficios jurídicos (fiscales, de nacionalidad, etc.) sin pasar por la institución del matrimonio⁹³. Por eso la única salida se encuentra en la eliminación de toda forma de matrimonio⁹⁴.

Como sostiene Dean Spade, la estrategia enmarcada en las demandas de reconocimiento e igualdad (leyes antidiscriminatorias, derechos) refuerza un sistema jurídico y penal que causa gran sufrimiento entre las personas más vulnerables (especialmente transexuales). Si la reivindicación homosexual se ha movido en esta línea (centrado en la demanda del matrimonio), ello no ha provocado la profunda transformación que se necesita. Para ello es preciso «trascender las políticas de reconocimiento e inclusión», pues la reforma jurídica no debe ser la única demanda⁹⁵. Por eso Spade acude al ámbito administrativo, pues muestra cómo la ley estructura y reproduce la vulnerabilidad. Por ejemplo, las leyes de odio (v.gr. Ley catalana 11/2014, llamada contra la LGTBIfobia) hace pensar que las vidas vulnerables mejorarán, pero «este planteamiento de reforma jurídica se basa en un marco de derechos individuales, que hace hincapié en los daños causados a los individuos por otros individuos que los matan, o los despiden, porque pertenecen a un determinado grupo. La solución que se busca es el castigo contra individuos que hacen el mal, motivados por la violencia. Este análisis no comprende el funcionamiento del poder y puede conducir a propuestas de reforma jurídica que terminan

⁹¹ Hemos planteado la hipótesis de extender el tipo penal *crimen contra la humanidad* a las cirugías de normalización genital intersexual, al entenderse un caso de tortura (así lo reconoce la ONU en el informe de 2013 sobre tortura infantil) cometido por razones de identidad sexual a una población concreta. Véase GARCÍA LÓPEZ, D. J., *Sobre el derecho de los hermafroditas*, cit., pp. 171-174.

⁹² BUTLER, J., *Deshacer el género*, cit., p. 161.

⁹³ BUTLER, J., *Deshacer el género*, cit., p. 159.

⁹⁴ PRECIADO, B., *Manifiesto contra-sexual*, Madrid, Opera Prima, 2002, p. 30.

⁹⁵ SPADE, D., *Una vida normal. Violencia administrativa, políticas trans críticas y los límites del derecho*, Ed. Bellaterra, Barcelona, 2015, p. 43. Más adelante señala (p. 136): «Este análisis necesita romper deliberadamente con el foco de derechos jurídicos, que ha terminando imponiéndose como el objetivo natural y preeminente de los grupos marginales, y trata de imitar las iniciativas de reforma jurídica de gays y lesbianas en décadas recientes. Tras reconocer que cambiar lo que una ley dice explícitamente sobre un grupo no resuelve necesariamente la inseguridad estructural sufrida por este grupo, surge el interrogante aún mayor sobre las transformaciones que no tienen cabida en las demandas de inclusión y reconocimiento jurídico. Es más, las demandas de inclusión y reconocimiento jurídico suelen reforzar las lógicas de los sistemas perjudiciales, justificándolos, contribuyendo a la ilusión de que son justos e iguales y reforzando el ataque contra determinados «parásitos» o «enemigos internos», dividiendo al grupo en personas «meritorias» y «no meritorias», y a continuación, abordando únicamente los intereses del sector favorecido».

ampliando el alcance de sistemas violentos y nocivos»⁹⁶. Esto es, la paradoja de los derechos (una suerte de *pinkwashing*) es que oculta y reproduce las condiciones de riesgo. Por medio de la inclusión y la asimilación se produce una estrategia de secuestro de la resistencia⁹⁷. La violencia se entiende meramente individual y no estructural, de ahí que el racismo, la homofobia, el sexismo, la xenofobia, la transfobia, la interfobia o el capacitismo se mantengan intactos en el marco del aparato administrativo (hospitales, colegios, sistema fiscal, registro civil, sistema penitenciario, hogares de acogida, empresas, transporte...). Por eso el objetivo, para Spade, no reside en la igualdad, sino en el «desmantelamiento de los sistemas de violencia de estado que están matando a personas trans. Las demandas que esta resistencia exige cada vez más desde el activismo trans de base son la abolición de la policía, las prisiones y las fronteras, el fin de la pobreza y la riqueza, y la autodeterminación colectiva sobre nuestras vidas y recursos»⁹⁸.

En definitiva, bajo una mirada marginal o desde los márgenes, una lectura queer nos llevaría a entender que la única sentencia positiva hubiese sido aquella que eliminara la institución del matrimonio, de todo matrimonio (así como aquellas instituciones administrativas que reproducen –basadas en el binarismo, la raza, la clase, la capacidad...– la situación de vulnerabilidad), garantizando la igualdad de derechos (y material) para aquellas personas que comparten un proyecto de vida en común (independientemente de su número). El matrimonio representa otra de las caras de la heteronormatividad, de ese reglamento del género que nos imponen como dispositivo normativo de control social. El matrimonio supone aceptar la represión que históricamente se ha ejercido desde las instancias jurídico-políticas. Aceptar que la opresión explícita y cruel realizada en el pasado ahora permite la normalización, silenciando las heridas. Como bien decía Audre Lorde, «las herramientas del amo nunca desmontan la casa del amo»⁹⁹.

¿Qué pasa, entonces, cuando el derecho se encuentra con la disidencia sexual y *rarita*? La configuración jurídica del sexo y del género, así como las instituciones que los utilizan como base –y el matrimonio es un ejemplo–, parecen anclados aún en el viejo iusnaturalismo. La universalidad, la ahistoricidad, el carácter inalterable y verdadero que defendían los seguidores del derecho natural se reproduce hoy en día en la heteronormatividad. El binarismo sexual se configura como una institución universal, ahistórica, inalterable y verdadera. El positivismo jurídico, que precisamente rompía con aquellos valores, los ha conservado.

La teoría queer trata de atacar el núcleo del sistema jurídico: la norma. Desnaturaliza, saca a la relucir cómo actúa y de qué forma se configuran

⁹⁶ SPADE, *Una vida normal*, cit., pp. 44-45.

⁹⁷ SPADE, *Una vida normal*, cit., p. 77.

⁹⁸ SPADE, *Una vida normal*, cit., p. 268.

⁹⁹ LORDE, A., *La hermana, la extranjera: artículos y conferencias*, Madrid, Ed. Horas y Horas, 2003, capítulo 9.

los elementos contingentes e históricos como si estos fuesen naturales. Mas la antinormatividad de la teoría queer se manifiesta. En este sentido, el objetivo coincide –quizás no los medios– con el marxismo: el fin del derecho como instrumento de clase (sexo, raza, capacidad). El primer paso es la eliminación del sexo-género como categoría jurídica¹⁰⁰.

Daniel Borrillo ha trazado una agenda para una Teoría Queer del Derecho¹⁰¹: desacralizar la sexualidad, dessexualizar al sujeto de derecho, desheterosexualizar el matrimonio, desbiologizar la filiación y contractualizar los vínculos familiares¹⁰². Aunque las intenciones de Borrillo son loables, pues al final de lo que se trata es de reconocer derechos a quienes son discriminados y hacer vidas vivibles, no deja de reproducir la lógica jurídica. ¿Es posible, entonces, conjugar derecho y teoría queer? ¿Acaso la teoría queer no se define precisamente por su no normatividad? O quizás, ¿es realmente necesaria la pregunta acerca de la posibilidad de alianza? ¿Cuál es el objetivo: queerizar el derecho, conservándolo, o destruir el derecho como instrumento de normalización?

La antinormatividad queer no puede quedarse en las simples reformas que permiten la supervivencia del sistema biopolítico, sino arribar a la ruptura, a la palingénesis. Larga ha sido la historia y las reflexiones, desde Antígona y Prometeo, acerca de la legitimidad de destituir y destruir al tirano. Aquí no nos detendremos en estas pesquisas: reforma o revolución, desobediencia o resistencia, pacifismo o violencia. La resistencia ha sido entendida como el restablecimiento de un orden constituido para conservarlo y en ese sentido la ofensiva queer no puede jugar. El orden caótico es un *otro*. No debe pretender restaurar la legalidad, por muy bienintencionada que esta pueda ser, puesto que se halla viciada en su núcleo por los dispositivos biopolíticos. En el margen, en lo otro que viene, no se puede hablar de uso de la violencia cuando el sistema heteronormativo es la violencia en sí. Por eso las propuestas que

¹⁰⁰ La eliminación de esta noción no afectaría a los derechos o potestades que el sujeto eventualmente posea. Se podría plantear, además, una *declaración de género voluntaria* como fase intermedia entre la vigencia del sexo civil y su desaparición. Nos hemos ocupado de esta hipótesis (enmarcándola en las consecuencias en materia de violencia de género, derecho laboral –embarazo y lactancia, bajas por maternidad/paternidad, negociación colectiva–, derecho administrativo...) en GARCÍA LÓPEZ, D. J. y FERNÁNDEZ PÉREZ, M. M., «La confesión jurídica de la transexualidad», cit., pp. 78-83.

¹⁰¹ Otro intento, más cercano a lo que planteamos en este artículo, lo encontramos en GÓMEZ SÁNCHEZ-TORREALVA, F., «Dificultades de un estudio queer del Derecho», en *Centro Latinoamericano de Estudios Queer*, <http://ceqr4.com.ar/dificultades-de-un-estudio-queer-del-derecho-por-francisco-gomez-sanchez-torrealva> (visitado el 20 de marzo de 2015). También han de destacarse Valdes, F., *Queer, Sissies, Dykes, and Tomboys: Deconstructing the Conflation of «Sex», «Gender», and «Sexual Orientation» in Euro-American Law and Society*, número especial de la revista *California Law Review*, vol. 83, 1995. Stychin, C., *Law's Desire. Sexuality and the Limits of Justice*, Routledge, 1995. BROOKS, K. y PARKES, D., «Queering Legal Education: A Project of Theoretical Discovery», en *Harvard Women's Law Journal*, vol. 27, 2004, pp. 89-136. Albertson Fineman, M. et al., *Feminism and Queer Legal Theory*, Ashgate, 2009.

¹⁰² BORRILLO, D., «Por una Teoría Queer del Derecho de las personas y las familias», en *Direito, Estado e Sociedade*, n.º39, 2011, pp. 27-51.

abogan por un derecho de resistencia constitucional como mecanismo de defensa contra el poder no encajan en una perspectiva queer¹⁰³. Los principios articulados en las constituciones de posguerra no dejan de ser un instrumento de clase, de raza, de sexo y de capacidad. Por eso, ni desobediencia, ni resistencia, ni revolución a la antigua usanza. La pregunta por lo jurídico desde la otredad queer quizá se acerca a la advertencia de Walter Benjamin: frente a la violencia fundadora y conservadora de derecho es preciso articular otra fuerza que no oponga otro derecho, igualmente violento y que hiciera continuar esta lógica instrumental hasta el infinito, sino una fuerza destructiva (que no pretende crear derecho), que interrumpe la lógica mítica del derecho y cuyo principio es la justicia: una *Reine Gewalt*, una violencia pura¹⁰⁴.

En definitiva, si de lo que se trata es de propiciar las condiciones de posibilidad de vidas vivibles (vidas que merezcan la pena ser vividas)¹⁰⁵, la sostenibilidad de la vida ha de situarse en el centro, evitando reproducir la lógica identitaria del capitalismo, y construyendo un *hábito gramatical queer*¹⁰⁶ desde el que plantear subjetividades otras como forma-de-vida¹⁰⁷.

Fecha de recepción: 31/03/2015. Fecha de aceptación: 31/10/2015.

¹⁰³ VITALE, E., *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional*, Madrid, Ed. Trotta, 2012.

¹⁰⁴ BENJAMIN, W., «Por una crítica de la violencia», en *Obras*, Libro II, vol. I, Madrid, Abada, 2007, pp. 183-206. Como señala AGAMBEN siguiendo este texto de BENJAMIN, «la ruptura del nexo entre violencia y derecho abre dos perspectivas a la imaginación (la imaginación es naturalmente una praxis): la primera es la de una acción humana sin ninguna relación con el derecho, la «violencia revolucionaria» de BENJAMIN o un «uso» de las cosas y de los cuerpos que no tenga nunca la forma de un derecho; la segunda es la de un derecho sin ninguna relación con la vida —el derecho no aplicado, sino solamente estudiado, del cual BENJAMIN decía que es la puerta de la justicia». Se trata de la respuesta que da AGAMBEN ante la pregunta de FLAVIA COSTA, «¿Imagina una praxis para esa teoría?» [se refiere a la teoría del estado de excepción]. AGAMBEN, G., *Estado de excepción*, Ed. Adriana Hidalgo, Buenos Aires, 2005, p. 15. La teoría queer podría estar cercana a la *abdicationis iuris*: una vida ajena al derecho la localiza GIORGIO AGAMBEN en el *usus pauper* franciscano: el deber jurídico es sustituido por la regla como hábito. De ahí que, frente a la propiedad privada, la comunidad franciscana opusiera el uso común: *koinos bios*, vida común. La pregunta sobre la que se mueve Agamben es cómo pensar una forma-de-vida, es decir, una vida sustraída de la sujeción del derecho y un uso de los cuerpos que no se sustancie en una apropiación. En palabras de Agamben, «pensare la vita come ciò di cui non si dà mai proprietà ma soltanto un uso comune». Esto aleja la forma-de-vida franciscana del derecho y de la liturgia. *Abdicationis iuris*: el uso deviene la pura renuncia al derecho. La cita en AGAMBEN, G., *Altissima povertà. Regole monastiche e forma di vita. Homo sacer IV, I*, Vicenza, Ed. Neri Pozza, 2011, p. 10.

¹⁰⁵ BUTLER, J., *Marcos de guerra. Las vidas lloradas*, Ed. Paidós, 2009.

¹⁰⁶ Se utiliza el concepto *hábito* en el sentido de AGAMBEN, G., *Altissima povertà*, cit.

¹⁰⁷ «Col termine *forma-di-vita*, intendiamo invece una vita che non può mai essere separata dalla sua forma, una vita in cui non è mai possibile isolare e mantenere disgiunta qualcosa come una nuda vita». AGAMBEN, G., *L'uso dei corpi*, Ed. Neri Pozza, Vicenza, 2014, p. 264.

Las raíces del viento.
Un análisis desde Nietzsche sobre el Derecho
como forma reguladora de conocimiento¹

*The roots of the wind.
An analysis of Nietzsche on the Law as a regulatory
form of knowledge*

Por M.^a JOSÉ GONZÁLEZ ORDOVÁS
Universidad de Zaragoza

A Clara y Gabriel
por comprender mi dedicación a Nietzsche
«Uno corresponde mal a un maestro
si sigue siempre sin ser más que un discípulo».

Así habló Zaratustra, F. Nietzsche

RESUMEN

En España no han sido muchos los trabajos de investigación que desde la Filosofía del Derecho han abordado el pensamiento de Nietzsche sobre el Derecho. Este artículo trata de ser una aportación en ese

¹ El artículo no pretende analizar todas las reflexiones relativas al Derecho, al poder y a la política realizadas por Nietzsche, esa sería una tarea no abordable en este número de páginas. El trabajo se centra en el estudio del Derecho como forma reguladora del conocimiento en tanto que asunto no abordado hasta la actualidad, los otros temas merecen capítulo aparte y así serán tratados.

ámbito procurando realizar un estudio sobre el autor alejado de planteamientos sesgados y escasamente rigurosos. En él se analiza el Derecho como forma reguladora del conocimiento de segundo nivel o grado para lo cual se expone y reflexiona sobre las formas de conocimiento de primer nivel en las que el Derecho se basa: el lenguaje y la moral. Todo ello se sustenta en una detallada lectura de Nietzsche y la correspondiente interpretación de Heidegger, Rorty y otros pensadores. Además de ello se abordan cuestiones fundamentales del fenómeno jurídico como son sus orígenes, función y límites.

Palabras clave: *Nietzsche, Derecho, conocimiento, moral, lenguaje, poder, voluntad, límites.*

ABSTRACT

In Spain not many essays have addressed the thought of Nietzsche on the Law. This article seeks to be a rigorous contribution without biased interpretations. The law is seen as a regulatory form of knowledge of second level or degree to which it is exposed and reflects on the ways of knowing first level where the law is based: language and morals. All this is based on a close reading of Heidegger's Nietzsche and other philosophers. Furthermore fundamental questions of legal phenomenon such as its origins, function and limits are discussed.

Key words: *Nietzsche, Right, knowledge, morality, language, power, will, limits*

SUMARIO: 1. LA VALENTÍA DE LA CONCIENCIA.-2. MODERNIDAD DE NIETZSCHE.-2.1. *Existencia y axiología.*-2.2. *Identidad y realidad.*-3. MOVILIDAD DE LA MODERNIDAD: VOLUNTAD, DEVENIR Y CONOCIMIENTO.-4. SOBRE LAS FORMAS REGULADORAS DE LA EXISTENCIA: EL DERECHO.-5. ANTE LAS NORMAS, TRAS LAS PALABRAS.-6. TEORÍAS DE LOS DEBERES Y SUS LÍMITES.

SUMMARY: 1. THE COURAGE OF CONSCIOUSNESS.-2. NIETZSCHE MODERNITY.-2.1. *Existence and axiology.*-2.2. *Identity and reality.*-3. MOBILITY OF MODERNITY: WILL, BECOMING AND KNOWLEDGE.-4. ON REGULATORY FORMS OF EXISTENCE: THE LAW.-5. TO THE RULES, AFTER THE WORDS.-6. THEORIES OF DUTIES AND LIMITS.

1. LA VALENTÍA DE LA CONCIENCIA

Tras su muerte, desde las más variadas perspectivas, con las más distintas intenciones y pretextos no ha habido autor que a partir de la Filosofía, la sociología o el pensamiento en general no se haya detenido y entretenido por las sendas a que conducía ese genial explorador de la mente y el alma humana llamado Nietzsche. Ese al que incluso los menos ortodoxos han considerado un extraviado² ha resultado ser, a juzgar por sus influencias, reproches, seguidores y críticos, un necesario extraviado. No es exagerado decir que «Nietzsche es un peligro para todo el que se ocupa de él», su peligro «no está solo en su naturaleza de ratonera, en la musicalidad de su persuasivo lenguaje, sino que consiste más bien en una mezcla inquietante de filosofía y sofística»³. Él, a quien la filosofía occidental le parecía «un movimiento profundamente negativo», es paradójicamente uno de los filósofos más importantes de todos los tiempos y lo es tanto por el contenido de sus principales ideas como por la exigencia permanente a la que somete al lector, para el que no hay tregua una vez que se ha decidido a hacer una lectura ni sesgada ni prejuiciada de sus escritos. La justificación de por qué de nuevo Nietzsche, la legitimación de este empeño es, en el menor de los casos doble: porque siempre se ha de volver a los clásicos y Nietzsche lo es desde hace ya mucho y porque Nietzsche, como algún otro autor más, pertenece a ese reducido grupo de pensadores a los que cada generación vuelve en inquieto peregrinaje no tanto para encontrar las respuestas sino para hallar las preguntas adecuadas al haber quedado veladas por tanto prejuicio, premisa y promesa.

Pocos autores necesitan de tanta interpretación⁴, y ello permite, y aun exige, recorrer los caminos de ida y vuelta que van desde él hasta cada época y momento, hasta nosotros. Su complejo estilo plagado de paradojas, metáforas, ironías y hasta parábolas semibíblicas lo hacen acreedor de tantas lecturas como lectores, no siempre coincidentes ni siquiera compatibles. Así, hemos conocido un Nietzsche socialista, el propuesto por Nicolas, Andler, Mehring y Shaw; nihilista de la mano de Bröcker, Obenauer y Mathäus; el jansenista de Gide; el nazi que veían Copleston, Johannes, Haertle, Haug, Ludovici, Bäumlér, Mis, Kassler y Giese⁵ entre otros, mientras Thomas Mann aseguraba, por el contrario, que «el fascismo quedaba completamente fuera de la imaginación de Nietzsche». Y, «el hecho de que la burguesía alemana con-

² BATAILLE, G., «Sobre Nietzsche» en *El alaluya y otros textos*, tr. F. Savater, Madrid, Alianza Editorial, 1981, p.112.

³ FINK, EUGEN., *La filosofía de Nietzsche*, tr. A. Sánchez Pascual, Madrid, Alianza Editorial, 1976, p. 15.

⁴ ADORNO, T., HORKHEIMER, H. G. GADAMER., «Nietzsche et nous», en HANS-GEORG GADAMER, *Nietzsche, l'antipode le drame de Zarathoustra*, París, Éditions Allia, 2007, p. 55.

⁵ PUY, F., *El Derecho y el Estado en Nietzsche*, Madrid, Editora Nacional, 1966, p. 6.

fundiese la irrupción nazi con los sueños de Nietzsche acerca de la barbarie renovadora de la cultura –le parecía– el más estúpido de los malentendidos»⁶. De hecho, algunas de las más acreditadas y autorizadas interpretaciones de los años treinta y cuarenta son interpretaciones antinazis y, sin duda contribuyeron a su «redescubrimiento» decidido y necesario: Jaspers, Löwith, Heidegger o Bataille, estarían ahí⁷.

Y más, también existe el Nietzsche reaccionario descrito por Fedorov y Lukács, el kantiano de Würzbach; el existencialista, de Giesz, Heidegger y Löwith; el vitalista defendido por Bergson y Ortega o el Nietzsche cuya práctica estaría más cerca del marxismo que del hegelianismo a decir de Lefebvre⁸. Y hasta ha llegado a hablarse del «Nietzsche francés» representado sobre todo por Deleuze pero que además incluiría a Foucault, Klossowski, Pautrat, Rey y Kofman, a su vez influidos por Bergson y Bataille⁹.

Sea como fuere, si algo confirma esa proliferación de versiones es que Nietzsche, pese a los intentos, no es una bandera apropiable a disposición de los más variados «ismos», todo lo contrario es, él lo supo y así lo quiso, «imposible de clasificar»¹⁰ y encasillar tanto desde los parámetros filosóficos clásicos como desde los políticos¹¹.

⁶ MANN, T., *Schopenhauer, Nietzsche, Freud*, tr. A. Sánchez Pascual, Madrid, Alianza Editorial, 2010, p. 125.

⁷ VATTIMO, G., «Nietzsche y la hermenéutica contemporánea» en VATTIMO, G., *Diálogo con Nietzsche. Ensayos 1961-2000*, tr. C. Revilla, Barcelona, Paidós, 2002, p.129.

⁸ «Hay una práctica nietzscheana que no se identifica ni con la práctica hegeliana del saber (práctico-teórico) ni con la práctica política (es decir, en principio y dialécticamente, antipolítica) del marxismo pero se acerca mucho más a esta que a aquella», *Henri Lefebvre, Hegel, Marx, Nietzsche (o el reino de las sombras)*, tr. M. Armiño, Madrid, Siglo XXI, 1976, p. 238.

⁹ VATTIMO, G., «Nietzsche y la hermenéutica contemporánea», *op. cit.*, p. 129.

¹⁰ «Imposible clasificar a Nietzsche. Quizás se encuentre en la línea de Pascal, Kierkegaard, Dostoievski. Aunque difieren radicalmente entre sí, estos hombres son como las grandes víctimas de la condición humana en un momento de transición de la historia universal (...) Como los otros grandes pensadores que modelaron el mundo – PABLO, AGUSTÍN, LUTERO– tienen sin duda algo de repugnante para quien los considere muy de cerca», Karl JASPERS, *Nietzsche y el cristianismo*, tr. O Troiani, Buenos Aires, Editorial Deucalión, 1955, p. 106. Más allá de las inequívocas diferencias entre Dostoievski y Nietzsche, éste sentía por aquél una profunda y confesada admiración como se evidencia en su *Correspondencia*, tr. F. González Vicén, Madrid, Aguilar, 1989, pp. 388 y 391. Ambos tenían en común el no tener ya en cuenta «lo que es necesario a los buenos y a los justos (a los KANT y a los MILL). Ellos han comprendido que el porvenir de la Humanidad, si es que la Humanidad tiene porvenir, está fundado no sobre los que hoy triunfan, convencidos de poseer el bien y la justicia, sino al contrario sobre aquellos que, sin conocer el reposo, el sueño y las alegrías, luchan y buscan y abandonando sus antiguos ideales, parten al encuentro de una nueva realidad, por horrorosa y tremenda que parezca», LEÓN CHESTOV, *La filosofía de la tragedia, Dostoievsky y Nietzsche*, tr. D. J. Vogelmann, Buenos Aires, Emecé Editores, 1949, p. 247.

¹¹ «Nietzsche era un hombre que estaba lejos de la política, un hombre inocentemente espiritual; pero en cuanto sensibilísimo instrumento de expresión y de registro, percibió de antemano con su filosofema del poder, el imperialismo ascendente y anunció (...) la época fascista de Occidente», Thomas MANN, *Schopenhauer, Nietzsche, Freud*, tr. A. Sánchez Pascual, Madrid, Alianza Editorial, 2010, p. 123.

Oscilando siempre entre los extremos para hacer tambalear en cada uno algo de lo que se había considerado intocable y aun inamovible ha sido calificado como un escritor en blanco y negro¹², muy probablemente como forma de destacar que su modo de pensar, escribir y vivir, siendo las tres acciones una sola en realidad, está exenta siempre de *sfumato*, desvanecimiento o difuminación. Marca y recalca, con aforismos o sin ellos, de manera contundente y hasta machacona a veces, aunque no siempre del todo clara, qué hay y por qué es eso y no otra cosa lo que acompaña al hombre.

No es Nietzsche un filósofo al uso: prescinde de citas, de incursiones analíticas por textos y autores y no aporta más demostraciones que sus comparaciones entre poéticas y oníricas. Y ello hasta el punto de que tomar a Nietzsche en serio no supone, no puede ser, tomarlo siempre al pie de la letra. Autor que juega y se recrea en un lenguaje al que desmaquilla y desnuda de los prejuicios y conceptos largamente transmitidos para que no embosquen ni emborronen las ideas nuevas que él sí trae y defiende.

Crítico con la idea misma de sistema no podía tramar y adoptar tal estructura para presentar un pensamiento que escapa a cualquier domesticación o sometimiento dialéctico, didáctico o divulgativo impuestos por el método. Su manifiesto abandono de toda forma e intención de sistema así como el osado contenido de su pensamiento, pertenezca a la etapa que pertenezca, hacen que en él «lo lúcido, el delirio y el complot formen un todo indisoluble»¹³. Pero no es un complot de clase sino el más solitario y aislado de los complots, el del individuo solo que solo se enfrenta al peso del pensamiento heredado y transmitido sin ser sometido a la difícil prueba de la verdad. Su original estilo, escollo insalvable para cualquier intento de catalogación y etiquetado ha pensado y elaborado todos sus libros como un monólogo consigo mismo, son confesiones de un autor que se muestra sin máscaras en un primer plano resultando imposible una separación nítida entre vida, obra y pensamiento guiados todos ellos en una unidad casi mística de ejecución: su vida es su pensamiento y este su vida entera.

Del mismo modo que nadie duda de que el siglo xx no pudo ser sin Nietzsche (ni Marx, ni Freud) tampoco parece que el xxi vaya a poder prescindir de él, presente en todo caso de forma explícita o no, directa o no, en algunas de las más influyentes obras de los más destacados autores de entonces y ahora. Tal vez por ser un autor que gustaba de los extremos era un autor que gustaba a los extremos y, sin dudar, los ha habido que se han aprovechado de él, reduciendo y retorciendo

¹² Así se refiere a él Berkowitz para describir su forma de hacer genealogía y, en mi opinión, es extensible a su manera de presentar y mostrar sus ideas, usando el máximo contraste posible entre opuestos. Peter BERKOWIZ, *La ética de un inmoralista*, tr. M. Condor, Madrid, Cátedra, 2000, p. 98.

¹³ KLOSSOWSKI, P., *Nietzsche y el círculo vicioso*, tr. N. Sánchez y T. Wangeman, Barcelona, Seix Barral, 1972, p. 12.

su pensamiento para acomodarlo interesadamente como justificación y mayor gloria de sus postulados más excesivos. No se puede trocear a Nietzsche sin desbaratar el sentido de unidad que aportó con sus trabajos. Y si ya en 1950 Adorno veía claro y hacía suya la labor de devolver a Nietzsche la verdadera imagen de pensador que, a su juicio, le correspondía oponiéndose a la torticera deformación y apropiación por parte del nacionalsocialismo¹⁴, hoy sigue siendo a mi parecer preciso el cometido de deslindar su figura de la caricatura y fácil crítica de quienes sin leerlo, seducidos por los fáciles atajos de las lecturas de terceros, lo han denostado y simplificado hasta hacer casi de él parodia y mofa. Por contra, muchos son y han sido los que han hablado «En favor de Nietzsche»¹⁵ y de las muchas aportaciones que de él rescatan destacan su énfasis en liberar al pensamiento de la presencia de todo logocentrismo y su incomparable aportación al «mostrarnos las cosas bajo una luz nueva»¹⁶. Es la suya una sinceridad extravagante que nos enfrenta en ocasiones a verdades feas e inmorales pero sinceridad al fin de la que pretendemos dar aquí cuenta e interpretación por cuanto pueda servir de contribución a la explicación del presente con la convicción de que para actuar bien es preciso y condición conocer bien, siendo el conocimiento solo posible gracias a la «valentía de la conciencia»¹⁷.

2. MODERNIDAD DE NIETZSCHE

2.1 Existencia y axiología

De los tres autores que, según Lumia, marcan los orígenes y el comienzo del existencialismo: Kierkegaard, Nietzsche y Husserl, el jurista italiano destaca cómo Nietzsche concurre con su inaugural visión de la realidad pues «contra el fácil optimismo de su siglo él reconoce que la vida es dolor, lucha, incertidumbre y error» lo cual no le hace en absoluto renunciar a la vida, antes al contrario, la acepta como es, con sus rasgos «irracionales y absurdos». Uno de los temas en los que la aportación nietzscheana resulta más contundente y concluyente es en lo que afecta a su clara «conciencia de la crisis de valo-

¹⁴ ADORNO, Th., *Nietzsche et nous* en H.-G. GADAMER, *Nietzsche l'antipode le drame Zarathoustra*, op. cit., p. 52. Ese ensayo recoge la transcripción de la conversación mantenida y grabada el 31 de julio de 1950 entre Adorno, Gadamer y Horkheimer en los estudios de Herrischer Rundfunk en Francfort-sur-le-Main. También está incluido como «Nachgelassene Schriften, 1942-1972 en el tomo 13 de HORKHEIMER, M., *Gesamelte Schriften*, S. Fischer Verlag, 1989.

¹⁵ TRIAS, E., *et al.*, *En favor de Nietzsche*, Madrid, Taurus, 1972.

¹⁶ GADAMER, H.-G., *Nietzsche l'antipode le drame Zarathoustra*, op. cit., p. 19.

¹⁷ NIETZSCHE, F., *Más allá del bien y del mal*, 9.^a ed., tr. A. Sánchez Pascual, Madrid, Alianza Editorial, 1984, Sección Primera, «De los prejuicios de los filósofos», 5, p. 25.

res tradicionales fundados sobre la base de un orden objetivo y universal». Sin embargo y por el contrario, para Nietzsche no existe la verdad o, por mejor decir no hay más verdad que «mi verdad». No existe un bien que yo deba reconocer y al cual someterme, no existe más bien que el que yo quiera aceptar como tal. Detener la verdad, elaborar los conceptos y fijar los valores que es lo que por siglos ha ocupado a la Filosofía occidental vendría a ser algo así como un ejercicio intelectual de taxidermia con la vida al disecar toda manifestación vital de transformación, mudanza y cambio inherentes a la existencia en cuanto tal. En ese sentido bien pudiera decirse que Nietzsche más que un existencialista es un filósofo de la existencia, pues aparta y reniega de todo cuanto pueda suponer amenaza, sustracción o rebaja para la vida por cruel y despiadado que pueda resultar. Es la suya una filosofía que no sale a la defensiva sino a la defensa más activa de la vida¹⁸.

La modernidad de Nietzsche, que sienta las bases de nuestra modernidad, se sustenta en esa defensa acérrima y encendida por la vida que le lleva a desechar todo intento intelectual tendente a mermar su potencia y potencial, de ahí su «negación despiadada y resuelta del pasado» al que culpa a través de sus diversas manifestaciones: historia, metafísica, religión, moral, derecho... de frenar la vida. En ese sentido parece correcto afirmar que Nietzsche es, junto con Hegel, «la conciencia histórica que reflexiona sobre todo el pasado occidental, sopesándolo y examinándolo»¹⁹.

El de Nietzsche es pues un replanteamiento de todo lo que hasta la fecha había servido de basamento a la sociedad y que él reduce a un conjunto de mentiras, errores y prejuicios tenidos por verdades sobre las que se construye Occidente. La muerte de Dios, sus significados, gravedad y alcance acaban siendo el huérfano cimiento sobre el que elevamos el siglo XX²⁰. En todo caso, piénsese lo que se piense de él, Nietzsche fue «con su disposición al riesgo existencial de la verdad, el pensador más audaz de la era moderna»²¹. Gracias a él, «enfrentado a todas las reglas de la conciencia histórica», «la “modernidad” deja de ser un simple rótulo para designar el proceso volcánico por el que un presente aún inestable rechaza su propia prehistoria»²².

A sus ojos, miopes y castigados pero lúcidos y escrutadores, todo es valor, encierra un valor o ensalza un valor, nada es ajeno a la axiología, tampoco la metafísica, en absoluto la metafísica que «es vista de manera no ontológica, sino “moral” (...) como un movimiento (y un proceso) vital en el que se reflejan ante todo “estimaciones de valor”, un

¹⁸ Tal vez su declaración más apasionada sea aquella en que se presenta como «abogado de la vida», F. NIETZSCHE, *Así habló Zaratustra. Un libro para todos y para nadie*, tr. A. Sánchez Pascual, Madrid, «009, Alianza Editorial, p. 205.

¹⁹ FINK, E., *La filosofía de Nietzsche*, op. cit., p. 9.

²⁰ *Ibidem*, p. 17.

²¹ SLOTERDIJK, P., *El pensador en escena. El materialismo de Nietzsche*, tr. G. Cano, Valencia, Pre-Textos, 2000, p. 50.

²² *Ibidem*, pp. 51 y 52.

movimiento en que se imponen “valores” que atrofian, oprimen y debilitan la vida»²³. Pero su mirada no se queda ahí, no solo la metafísica²⁴, todo, incluso lo más aparentemente neutral, aséptico y lejano a ellos está teñido de valores: nada es solo ontología, todo al fondo resulta ser, tras el velo, axiología. Y no es que esquive la cuestión de la certeza es que, como él mismo proclama, «el problema de los valores es más importante que el de la certeza; este último se convierte en algo que importa, después de plantearse el problema de los valores»²⁵.

2.2 Identidad y realidad

El único método seguido por Nietzsche, y lo es de forma muy peculiar, es la genealogía. A través de ella trata de «redimir» a la realidad de las falsedades sobre las que reposa porque «la genealogía desentierra y saca a la luz ideas históricas antes inaccesibles»²⁶. Con esa y tras esa exfoliación de lo visible aparece una nueva y acorde identidad sin otro contenido, fin, ni verdad que la que nosotros queramos y podamos asignarle. Es la nueva identidad de un sujeto bastante distinto a la del ciudadano occidental anterior, el que hasta entonces había sido centro y eje del universo humano ve cómo ya no hay uno sino varios centros alrededor de los cuales gira todo, el suyo ha quedado reducido a uno más entre todos. Ya no hay eje que, como parámetro, determine la corrección o equivocación de todo cuanto se haga, diga o calle. Lo que emerge es una disputa por la determinación de unos modos de vida rivales: ninguno en posesión de la verdad pero todos asidos a ella, a la suya.

La justificación de la necesidad de su genealogía, insustituible por otra parte en el estudio de la moral, radica en la detección y superación de un defecto metodológico que invalida las conclusiones de las investigaciones emprendidas sin ella. Esto es, el estudio de la historia

²³ Al respecto véase FINK, E., *La filosofía de Nietzsche*, op. cit., p. 141.

²⁴ Si bien es cierto que en la que se considera la primera etapa de su pensamiento NIETZSCHE tiene un sentido positivo de la metafísica como se aprecia en el *Origen de la tragedia*, escrita en 1872, donde habla de la metafísica estética y del arte como suplemento metafísico de la realidad natural». Algo después, en su Tercera consideración intempestiva, *Schopenhauer como educador* de 1874 se percibe su ya su reprochación a la metafísica como se observa en su conocida crítica contra la «filosofía universitaria». Y es a partir de 1878, con *Humano demasiado humano*, cuando su reproche se hace explícito e inquebrantable: «Todo lo que hasta ahora les ha hecho considerar que las hipótesis metafísicas son valiosas, temibles o agradables, lo que las ha creado es pasión, error y autoengaño (...) En última instancia solo podríamos explicar el mundo metafísico con atributos negativos, puesto que es diferente de nosotros y esa diferencia nos resulta inaccesible e incomprensible». Al respecto cfr. F. NIETZSCHE, *El origen de la tragedia*, 11.^a ed., tr. E. Ovejero, Barcelona, Austral, 2013, 5 y 24, pp. 67 y 124 y *Humano, demasiado humano. Un libro para espíritus libres*, trs. E. Fernández y E. López, Madrid, M. E. Editores, 1993.

²⁵ NIETZSCHE, F., *La voluntad de poder*, tr. A. Froufe, Madrid, Edaf, 2000, parágrafo 580, p. 406.

²⁶ BERKOWITZ, P., *La ética de un inmoralista*, op. cit., p. 97.

guidado por un pensamiento «esencialmente ahistórico que sitúa en un lugar equivocado la fragua de los conceptos» resultando en ese sentido «una chapucería»²⁷. Al prescindir conscientemente el «sentido histórico» de los prejuicios propios de la época del investigador permite explicar y comprender el pasado libre de tales conceptos y escrúpulos siendo así el puente a un «entendimiento suprahistórico y transcultural»²⁸. Nietzsche se sirve del ejemplo del origen de la idea de bueno para mostrar ambas metodologías.

Así, según Nietzsche, a juicio de los filósofos ingleses:

«las acciones no egoístas fueron elogiadas y llamadas “buenas” por aquellos a quienes favorecían, es decir, por aquellos a quienes resultaban útiles; más tarde se olvidó el origen de estos elogios, y las acciones no egoístas, solo porque siempre fueron elogiadas por costumbre, se sintieron también como buenas en sí mismas (...) tenemos “la utilidad”, “el olvido”, “la costumbre” y como conclusión “el error”»

pues

«¡el juicio “bueno” no procede de aquellos a quienes se “beneficia”! Antes bien, fueron los propios “buenos”, es decir, los distinguidos, los poderosos, los de posición de intenciones superiores, quienes se sintieron y valoraron a sí mismos y a sus acciones como “buenos”, es decir, como de primer rango (...) este es el origen de la oposición “bueno” y “malo”. El derecho de los señores a dar nombres llega tan lejos que podríamos permitirnos concebir el origen del lenguaje mismo como una manifestación del poder de los señores: dicen “esto es tal o cual”, marcan cualquier cosa o acontecimiento con el sello de un vocablo así en cierto modo toman posesión de ellos»²⁹.

Es ese «sentido histórico» con el que Nietzsche trabaja y en el que confía el que confiere a sus conclusiones la garantía de una «verdad» desprovista de las deformaciones provocadas por conceptos, reglas o prejuicios extemporáneos. El resultado: el descubrimiento de que la historia de la filosofía y por ende de todo el pensamiento occidental es, en realidad, la historia de la racionalización de prejuicios y errores que a fuerza de ser repetidos a lo largo del tiempo se acaban convirtiendo en costumbre entrando, erradamente, en nuestra moral por la puerta de la verdad y no por la de la mentira como les correspondería.

«Nosotros

asegura

tomamos aún nuestro fuego de ese incendio provocado por una fe milenaria, esa fe de los cristianos que fue también la fe de Platón, la

²⁷ NIETZSCHE, F., *La genealogía de la moral*, tr. J. L. López, Madrid, Tecnos, 2010, I.2, p. 66.

²⁸ BERKOWITZ, P., *La ética de un inmoralista*, op. cit., p. 103.

²⁹ NIETZSCHE, *La genealogía de la moral*, op. cit., I, 2, pp. 67 y 68.

fe en que Dios es la verdad, en que la verdad es divina (...) Pero ¿qué sucede si Dios mismo se revela como nuestra mentira más duradera? (...) El ideal ascético ha dominado hasta ahora toda la filosofía, porque la verdad misma fue establecido como el ser, como Dios, como instancia suprema; porque no era lícito que la verdad fuese un problema»³⁰.

Según resulta, todos los caminos conducen a una única salida cierta: la muerte de Dios que es tanto como sentenciar la muerte de la verdad universal y objetiva, guía única hasta entonces del quehacer occidental y su ficticia ilusión por el progresivo avance hacia ella. La muerte de Dios es, ciertamente, la muerte o desaparición de la verdad única, justa e imparcial y se convierte a partir de entonces en un problema.

«Desde el momento en que se niega la fe en Dios del ideal ascético, hay también un nuevo problema: el problema del valor de la verdad... La voluntad de verdad requiere una crítica, precisemos con esto nuestra propia tarea: por una vez debe intentarse poner en cuestión el valor de la verdad».³¹

Bien podría decirse que hasta que Nietzsche «irrumpe» en el tema de la moral y de su genealogía no es que dicho tema se hubiera cerrado en falso es que es que falso que lo hubiera. De hecho venía a ser innecesario por redundante pues, llevados por el error del origen de la moral, se había establecido la existencia de una verdad como criterio de corrección moral y por tanto de plausibilidad jurídica. Siguiendo el estilo de Nietzsche podría decirse que su «atea» pretensión es la de redimir a la realidad de las calumnias y cadenas impuestas sutil y eficazmente por el error de la moral y el concepto.

Nietzsche cierra la puerta de la unicidad y la unidad y abre la de la diversidad y, en consecuencia, del perspectivismo³². Ya no es posible sostener la existencia de fenómenos morales sino la de la interpretación moral de los mismos, interpretación necesariamente diversa y múltiple que conduce al perspectivismo o coexistencia de miradas que pugnan por poner e imponer su voluntad de poder que es tanto como decir su voluntad de verdad. La hábil moralización del mundo emprendida desde Occidente de la mano del cristianismo, o sea de Platón, ha llevado al hombre a un autoengaño que Nietzsche se propone descubrir, frenar y enmendar. Él no decreta sino «solo» anuncia la derogación de la verdad y «como nada es verdad, todo está permitido». El

³⁰ NIETZSCHE, *La genealogía de la moral*, op. cit., III, 24, p. 197.

³¹ *Ibidem*, p. 198.

³² Para conocer algunos de los análisis contemporáneos sobre el perspectivismo de NIETZSCHE cfr. A. NEHAMAS, *Nietzsche. La vida como literatura*, tr. R. J. García, México, F. C. E., 2002 pp. 63-99; P. KOUBA, *El mundo según Nietzsche*, tr. J. A. Sánchez, Barcelona, Herder, 2009, pp. 292-327 y M. J. GONZÁLEZ ORDOVÁS, «Derechos humanos: naturaleza y ley. Reivindicación del perspectivismo de Nietzsche», *Derechos y Libertades*, (n.º 33), 2015, pp. 163-195.

alcance, repercusión y consecuencias y humanas, sociales y jurídicas de ello son todas las sabidas y todas las que aún estén por llegar.

Nietzsche avisa de que la verdad yace muerta junto a Dios muerto y lo hace y fundamenta a la inversa de como Kant fundamentara. Kant prefiere y propugna *de nobis ipsis silemus*³³, que callemos sobre nosotros mismos, Nietzsche, en cambio, propone, antes que nada, que hablemos de nosotros mismos, los constructores de la vida para conociéndonos, conocerla. Sacude de ese modo toda la tradición filosófica, saca al individuo del escondrijo del sujeto universal y a partir de ahí compone la identidad que forma y es transformada por la realidad en pugna con la identidad y voluntad del resto. Ese «gato viejo»³⁴ que era Kant urdió así una trampa casi perfecta: la que pasa desapercibida como trampa. Kant aparta *ab initio* aquello que le sobra en su tarea de la edificación del ciudadano y la verdad universal. Kant desde la primera frase retira la palabra al hombre, Nietzsche se la devuelve. Frente a un estratégico Kant que «inhibe o retira todos los signos de la identidad del sujeto»³⁵ Nietzsche se pregunta por la identidad: ¿quién habla?, ¿quién conoce? y, desde esos interrogantes de respuesta incierta, reinterpreta la cultura. Con ellos pone en evidencia la condición de posibilidad y seguridad de todo intento sistemático de describir y conocer la realidad y cuyo fin último no es otro que prescribirla. Reniega de lo atinado de «un sistema coherente de conceptos, los cuales se remiten los unos a los otros y jamás remiten a nada más que a la estructura interna de sus relaciones»³⁶. Nietzsche deserta de cualquier malla de conceptos en la que, una vez dentro, al lector atrapado en ella le resulta casi imposible desasirse. La invención de un cosmos conceptual pretendidamente centro, eje y fondo de lo que hubo, hay y habrá no pasa de ser una mentira de innegable utilidad para acomodar la realidad a nuestros deseos y voluntades pero incapaz de mostrarla. Esas filosofías habrán servido para velar realidad e identidad pero nunca para revelarlas.

Se ha pretendido ver en la afanosa crítica de Nietzsche a la objetividad, su acción y recorrido un argumento para desacreditarle situándole en la nómina del irracionalismo. Esa es, en lo fundamental, la parcial visión que Lukács manifiesta en su *Asalto a la razón* donde Nietzsche no pasa de ser un pensador del «contradictorio e irracional movimiento de la “inteligencia” burguesa en lucha imperialista contra las fuerzas naturales y racionales de la revolución proletaria»³⁷. Lo que, a su juicio, sería, en última instancia, fruto del romanticismo ale-

³³ KANT comienza su *Crítica de la Razón Pura* con las palabras *de nobis ipsis silemus*, sobre nosotros mismos callaremos.

³⁴ Así se refiere a él EUGENIO TRÍAS y, en mi opinión, la imagen «ilustra», TRÍAS, «De nobis ipsis silemus», en Eugenio Trías *et al.*, *En favor de Nietzsche*, op. cit., p. 18.

³⁵ *Ibidem*, p. 24.

³⁶ *Ibidem*, p. 26.

³⁷ LUKÁCS, G., *El asalto a la razón: la trayectoria del irracionalismo desde Schelling hasta Hitler*, 2.ª ed., Barcelona, Grijalbo, 1968, pp. 311 y 335-336.

mán causado por el retardado desarrollo social. Con menor aspereza pero parecido criterio Habermas considera que Nietzsche ha desarrollado «un concepto perspectivista de verdad y un concepto irracionalista de realidad que se disuelve en un pluralismo de ficciones perspectivistas y que se constituye como una multiplicidad de aspectos en principio todos igualmente arbitrarios»³⁸. Y ello, que forma parte del malentendido que largamente ha padecido³⁹, nos parece erróneo por lo fragmentario como trataremos de exponer.

3. MOVILIDAD DE LA MODERNIDAD: VOLUNTAD, DEVENIR Y CONOCIMIENTO

Convencido de que no hay quietud ni ontología sino solo devenir de la moral y moral del devenir cuyo permanente movimiento impide el reposo del ser, Nietzsche no fue nunca discípulo de Parménides, Sócrates o Kant⁴⁰, siempre lo fue en cambio de Heráclito, admirador de Montaigne y durante el tiempo que pervivió su fascinación por Schopenhauer seguidor suyo, aunque solo al abandonarle comenzó su

³⁸ HABERMAS, J, *Conocimiento e interés*, tr. M. Jiménez, J. F. Ivars y L. Martín Santos, Madrid, Taurus, 1982, p. 125.

³⁹ «Uno de los filósofos del siglo pasado de más amplia fama y de peor suerte intelectual ha sido Nietzsche. Durante decenios se ha hablado de él largamente, se lo ha leído y comentado y malentendido; por lo general, se ha solido tomar de él la superficie, lo más brillante y atractivo de su obra, lo que en ella era literatura –excelente por cierto–, incluso sus más graves errores, pero no se ha sabido desligar de todo eso el fondo de auténtica filosofía que sus libros encierran. Por eso, todavía hoy, al cabo de tantos años de inquieto rumor en torno a su figura, Nietzsche reclama una comprensión adecuada y filosófica de su pensamiento», J. MARÍAS, *El tema del hombre*, Madrid, Revista de Occidente, 1943, pp. 365-366.

⁴⁰ De las muchas y muy diversas críticas de NIETZSCHE a KANT traigo aquí solo tres contenidas en tres obras diferentes publicadas en 1886, 87 y 88 respectivamente. La primera, una de las que incluye en *Más allá del bien y del mal*: «la tan tiesa como morigerada tartufería del viejo Kant, con la cual nos atrae hacia los tortuosos caminos de la dialéctica, que encaminan o, más exactamente, desencaminan hacia su “imperativo categórico” –esa comedia nos hace sonreír a nosotros, hombres exigentes que encontramos no parca diversión en indagar las sutiles malicias de los viejos moralistas», «De los prejuicios de los filósofos» 5, p. 25. La segunda contenida en su *Genealogía del moral* que destila ironía y mordacidad: «¿y no podría añadirse que en el fondo ese mundo (el derecho de obligaciones) nunca ha perdido por completo cierto olor a sangre y a tortura? (ni siquiera en el viejo Kant: el imperativo categórico huele a crueldad...)» II.6, p. 106. Y la tercera y última del *Crepúsculo de los ídolos* y que, desde luego, tampoco deja lugar a dudas: «A los alemanes yo les guardo rencor por haberse equivocado acerca de Kant y de su “filosofía de las puertas traseras”, como yo la denomino, no era él el tipo de la honestidad intelectual». En opinión de ANDRÉS SÁNCHEZ PASCUAL hay dos posibles significados para esas «puertas traseras»: o bien son las puestas por las que aparentemente Kant expulsa a la teología o bien son las puertas traseras de la ética por las que KANT introduce la metafísica. F. NIETZSCHE, *Crepúsculo de los ídolos o cómo se filosofa con el martillo*, tr. y notas, A. Sánchez Pascual, Madrid, Alianza Editorial, 1973, pp. 96 y 162.

originalidad creadora⁴¹. Nietzsche encarna el fin del culto pacto de silencio y máscara⁴² hasta entonces consigna válida de toda una filosofía confinada, a su juicio, en la dorada jaula de la metafísica y la ontología. Inaugura así la llegada del «dolor» a la filosofía donde la dificultad ya no proviene tanto de la complejidad de un entramado intelectual encriptado cuanto de la «fijación» y aceptación de ciertas verdades cuya fealdad no les resta valor, antes al contrario. Es el final de la filosofía de salón y el comienzo de la menos elegante de dinamita⁴³.

Este nuevo itinerario en el que aún nos desenvolvemos y al que seguimos llamando modernidad⁴⁴ es, en gran medida, deudor de la guerra abierta por Nietzsche contra la metafísica a la que culparía de dos graves errores con efectos perversos y devastadores para el hombre: su separación entre el ser y el tiempo, omitiendo el lugar que le corresponde al movimiento, al cambio, al devenir... y su confusión al ordenar las cosas anteponiendo lo general y abstracto a lo sentido, sensitivo, sensorial dicho de otro modo, lo vacío a lo lleno, lo fabricado a lo vivido⁴⁵.

De ese modo, negando la evidencia de la mudanza y por tanto de lo efímero, la metafísica altera el objeto de su descripción, ya que, a base de remachar como objetivo lo que no es, consigue hacerle un hueco en la sede del instinto natural y no en la del artificio como le correspondería.

La contribución de la filosofía como compendio de la metafísica, la ontología y la moral a la creación de un hombre domesticado en tanto que estable y «objetivo», parece evidente. En un claro abuso de la moral lo singular queda proscrito, lo innombrable vetado. La fijación de un yo prototipo, canjeable es el supuesto y presupuesto necesario para las instituciones⁴⁶. La forja de una identidad modélica es una ficción pero, como otras, cumple con su cometido y hace surtir los

⁴¹ Comparto esta opinión con SANTIAGO GONZÁLEZ NORIEGA, «El devenir en la filosofía de Nietzsche» en E. Trías *et al.*, *En favor de Nietzsche*, op. cit., pág. 35.

⁴² No puedo evitar pensar en la imagen del conocido entretenimiento de la corte y algunos salones europeos donde, a ciegas y sin voz, había que descubrir e identificar al resto de compañeros del juego. Su parecido con las filosofías centradas en la metafísica y la ontología me parece oportuno. Eso sí, en el refinado juego se incorporaba el movimiento, algo de la danza a la que NIETZSCHE tanto recurría.

⁴³ Me sirvo aquí de la calificación que se diera a sí mismo el propio NIETZSCHE: «Conozco mi suerte. Alguna vez irá unido a mi nombre el recuerdo de algo monstruoso, de una crisis como jamás la hubo antes en la Tierra, de la más profunda colisión de las conciencias, de una decisión tomada, mediante un conjuro, contra todo lo que hasta ese momento se ha creído, exigido, santificado. Yo no soy un hombre, soy dinamita», F. NIETZSCHE, *Ecce Homo. Cómo se llega a ser lo que se es*, 3.ª ed., tr. A. Sánchez Pascual, Madrid, Alianza Editorial, 2011, p.151.

⁴⁴ Atrás y casi olvidado ha quedado su bautismo como postmodernidad acaso por asumir que la postmodernidad no era sino la modernidad en avanzado estado de gestación.

⁴⁵ Para profundizar más sobre ambos reprochos de NIETZSCHE a la metafísica cfr. E. FINK, *La filosofía de Nietzsche*, op. cit., p. 152.

⁴⁶ Como es bien sabido en las primeras Declaraciones el sujeto de derecho era un varón europeo o cuando menos occidental y cristiano. Se tardó mucho tiempo en incorporar como sujetos de derechos políticos, por ejemplo, a las mujeres, los no

efectos esperados: promover y facilitar el orden en una convivencia entre individuos «iguales». A diferencia de la justificación rousseauiana, quien en su *Discurso sobre los orígenes de la desigualdad*, había hecho depender el «yo» de las necesidades de la división del trabajo y de las exigencias económicas en general, para Nietzsche, la construcción de la identidad obedecía más bien a requerimientos morales y jurídicos en cuyo trasfondo hallaríamos la capacidad de hacer promesas y la posibilidad de poder exigir las⁴⁷.

Y es que, aun cuando admitimos con Jaspers que a Nietzsche le faltaban conocimientos jurídicos⁴⁸ –o tal vez fuese mejor hablar de falta de precisión en la terminología jurídica– Nietzsche es capaz de ver con claridad la profundidad filosófica del hecho y la relación jurídica. Por un lado, muestra cómo al com-prometerse el sujeto anticipa cuáles serán sus acciones en el futuro: lo que ocurrió y lo que está por venir tropiezan en un presente que no cesará de fraguarse. Por otro, revela que del concepto de deuda al de culpa solo hay un paso y que su generalización e interiorización deslizan esa concreta idea de justicia hasta el instinto del individuo, donde la razón adquiere tintes de naturaleza haciendo pasar por verdad y necesario lo que solo es una posibilidad y contingente.

«Criar un animal que tenga derecho a prometer... no es precisamente esta la paradójica tarea que la naturaleza se ha impuesto respecto al hombre? ¿No es este el auténtico problema del hombre? ...»⁴⁹ «Esta es precisamente la larga historia de la procedencia

blancos, los no cristianos, los incapacitados... y todos aquellos otros supuestos que no encajasen en el patrón de hombre y ciudadano en el sentido más clásico.

⁴⁷ De hecho, autores de coyunturas tan distintas y con interpretaciones tan diferentes como las de HERNÁNDEZ DE GURMENDI, QUINTANO RIPOLLÉS, PUY, GONZÁLEZ NORIEGA, MARTÍNEZ GARCÍA o CARRASCO JIMÉNEZ coinciden en respaldar una lectura también jurídica de los escritos de Nietzsche que, según resulta de la selección de citas incluida a continuación entre otros textos posibles, nos parece del todo necesaria. Pese a su extensión se ha considerado que la siguiente referencia al respecto era necesaria para fundamentar la argumentación del trabajo. Al respecto pueden consultarse entre otros: J. M. HERNÁNDEZ DE GURMENDI, *Algunos aspectos de la pena en Nietzsche*, Actas I Congreso Nacional de Filosofía Mendoza, Universidad Nacional de Cuyo, tomo III, 1950, pp. 1882-1885; A. QUINTANO RIPOLLÉS, «Ideas jurídicas de Nietzsche», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1957, V, 1957, pp. 175-194; F. PUY, *El Derecho y el Estado en Nietzsche*, *op. cit.*, p. 7; R. BARAHONA ISRAEL, «El pensamiento jurídico de F. Nietzsche: una posición existencial ante el Derecho», *Revista de filosofía de la Universidad de Costa Rica*, (n.º 20), 1967, pp. 41-54; S. GONZÁLEZ NORIEGA, «El devenir de la filosofía en Nietzsche» en E. TRÍAS *et al.*, *En Favor de Nietzsche*, *op. cit.*, p. 50; J. I. MARTÍNEZ GARCÍA, «Nietzsche y los Derechos Humanos» en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ *et al.* (Dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo III, Siglo XIX Vol. II, Libro II, La filosofía de los Derechos Humanos, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 2007, pp. 1037-1105; J. M. CARRASCO JIMÉNEZ, *Verdad y ley en Sócrates y Nietzsche*, Tesis doctoral, UNED, 2011, pp. 223 y ss, 256 y ss.

⁴⁸ JASPERS, K., *Nietzsche. Introduction à sa philosophie*, tr. H. Niel, París, Gallimard, 1978, p. 422.

⁴⁹ NIETZSCHE, F., *La genealogía de la moral*, *op. cit.*, II, 1, p. 97.

de la responsabilidad. Ya hemos comprendido que esa tarea, criar un animal que tenga derecho a hacer promesas, implica como su condición y preparación la tarea, más próxima, de hacer primero al hombre en cierta medida necesario, uniforme, igual entre iguales, regular y, en consecuencia, previsible»⁵⁰. «Pero, ¿cómo llegó al mundo esa otra “cosa siniestra”, la conciencia de la culpa, toda la “mala conciencia”? (...) La “culpa” (*Schuld*), ese concepto moral fundamental, procede del concepto, muy material, de “deudas” (*Schulden*)»⁵¹. «En esta esfera, es decir en el derecho de obligaciones, se fragua el universo de conceptos morales “culpa”, “conciencia”, “deber”, “santidad del deber”»⁵². «El sentimiento de culpa, de obligación personal (...) se originó (...) en la relación personal más antigua y originaria que existe, en la relación entre comprador y vendedor, acreedor y deudor: aquí se enfrentaron por primera vez las personas, aquí se midieron por primera vez las personas entre sí (...) Fijar precios, tasar valores, inventar equivalentes, cambiar (...) en cierto sentido es el pensar (...) Quizás nuestra palabra “hombre” (*Mensch*) (manas) expresa todavía algo de ese sentimiento de sí mismo: el hombre se designaba como el ser que mide valores, que valora y mide, como el “animal evaluativo en sí” (...) La mirada estaba ya adaptada a esa perspectiva (...) pronto se alcanzó la gran generalización: “todo tiene un precio”; “todo puede pagarse”: el más antiguo e ingenuo canon moral de la justicia, el comienzo de todo “carácter bondadoso”, de toda “equidad”, de toda “buena voluntad”, de toda “objetividad” sobre la tierra. En este primer estadio, la justicia es la buena voluntad entre seres que aproximadamente tienen el mismo poder, la voluntad de llegar a un arreglo, de “entenderse”, de nuevo mediante una compensación... y, en relación con los menos poderosos, de obligar a una compensación a los que están por debajo...»⁵³.

Pero hay más razones para hacer de Nietzsche un comienzo. Junto con algunas de sus aportaciones más conocidas como son la muerte de Dios, el eterno retorno, o el «superhombre» su pensamiento abierto conjugaría, tres grandes ideas en virtud de las cuales la vida sería entendida, antes que nada, como voluntad de poder; el mundo como devenir y la verdad equivaldría a conocimiento. La correlación entre ellas conduciría, por un lado, al perspectivismo⁵⁴ en tanto que coexistencia en pugna de las distintas interpretaciones plausibles y, por otro, a la convicción de que el conocer mismo es la esquematización del caos a resultas de las necesidades prácticas. Estas, según estimo, afectan especialmente al Derecho en la medida en que atañen al conoci-

⁵⁰ *Ibidem*, II.2, p. 99.

⁵¹ *Ibidem*, II.4, p. 103.

⁵² *Ibidem*, II.6, p. 106.

⁵³ *Ibidem*, II.8, p. 110-112. Tal vez sea útil recordar el parecido derivado del tronco común del que provienen de las palabras alemanas *Menschen*: hombres y *messen*: medir.

⁵⁴ Sobre el perspectivismo y su repercusión en el Derecho he tratado de ocuparme en el trabajo «Derechos humanos: naturaleza y ley. Reivindicación del perspectivismo de Nietzsche», *Derechos y Libertades*, n.º 33, 2015, pp. 163-195.

miento, la certeza, la verdad y los valores. Me detendré en este último punto basándome para ello en todos los anteriores⁵⁵.

4. SOBRE LAS FORMAS REGULADORAS DEL CONOCIMIENTO Y LA EXISTENCIA: EL DERECHO

Comparto con el profesor Jiménez Moreno la opinión de que, al acercarnos a desentrañar los pensamientos sociales de Nietzsche, es imprescindible que tengamos presente su concepto de hombre⁵⁶ puesto que su conocimiento es un conocimiento operativo proyectado por la persona hacia el conjunto de cuanto existe del que nada queda al margen. Así, la moral, la voluntad y el conocimiento confluirían en las diversas formas reguladoras que, a la postre, desembocan en la decisión misma.

Como se ha indicado, la moral presupone la facultad de hacer y mantener promesas, ya que, lleva implícita la capacidad de asumir responsabilidades involucrando directamente al futuro. Pero ni la cualidad ni el potencial en que dicha facultad descansa provienen directamente de ahí sino que se han ido gestando desde mucho más atrás. El lenguaje sería la primera forma reguladora, el Nietzsche filólogo lo sabe bien: la formación de las palabras, y sobre todo la gramática, ocasionarían un efecto parecido a la pervivencia de Dios dada su acción fijadora de la verdad⁵⁷.

«Los filósofos más diversos cumplen una y otra vez un cierto esquema básico de filosofías posibles (...) por muy independientes que se sientan los unos de los otros con su voluntad crítica o siste-

⁵⁵ Adopto en este punto la indicación de JASPERS sobre NIETZSCHE y otros autores: «debemos comprender a un pensador a partir de sus concepciones más amplias, con arreglo a las cuales deben ordenarse luego las observaciones de detalle. Para interpretarlo hemos de partir del punto en que él alcanzó la mayor profundidad, y todos los otros temas deben situarse en relación a ese punto», K. JASPERS, *Nietzsche y el cristianismo*, op. cit., p. 99.

⁵⁶ Al respecto cfr. JIMÉNEZ MORENO, L., *Nietzsche*, Madrid, Labor, 1972, p. 149.

⁵⁷ Para esa afirmación me baso en las frase de NIETZSCHE: «Temo que no vamos a desembarazarnos de Dios porque continuamos creyendo en la gramática», «La "razón" en la filosofía», 5, *Crepúsculo de los ídolos*, op. cit., p. 49. No ha sido NIETZSCHE el único filósofo que ha asignado a la gramática un papel crucial en la desempeño de la razón y de la fijación de la verdad, en sus *Investigaciones filosóficas* WITTGENSTEIN afirmó que la «teología es una gramática». A decir de SAVATER «la fascinación ante el orden gramatical y la inmediata relación de este con la divinidad son uno de los paralelos (no el único, pero quizá el más importante) que pueden establecerse entre el autor del *Tractatus* y el de *Zarathustra*. Para ambos la gramática es la sede del orden racional, de lo que ocurre, el fundamento último de la distinción y de la jerarquización de las cosas, como núcleos estables, estructurados; es lo que hace pensable, es decir, fijo, lo fluente. La gramática comparte con Dios la promesa de inmutabilidad: es un dique frente al devenir», F. SAVATER, *Cincuenta palabras de Federico Nietzsche*, en E. TRÍAS et al., *En favor de NIETZSCHE*, op. cit., p. 157.

mática: algo existente en ellos los guía, algo les empuja a sucederse en un determinado orden, precisamente aquel innato sistematismo y parentesco de los conceptos (...) Justo allí donde existe un parentesco lingüístico resulta imposible en absoluto evitar que, en virtud, de la común filosofía de la gramática –quiero decir, en virtud del dominio y al dirección inconscientes ejercidos por funciones gramaticales idénticas–, todo se halle predispuesto de antemano para un desarrollo y sucesión homogéneo de los sistemas filosóficos: lo mismo que parece estar cerrado el camino para ciertas posibilidades distintas de interpretación del mundo»⁵⁸.

El hechizo de la lengua y la gramática impide ver con claridad cuál es el origen último de la verdad y los conceptos. En ese sentido Nietzsche exige y conduce a un reajuste de la mirada. La palabra, su construcción y relación, esto es, el lenguaje condiciona, limita y vincula más de lo que en un primer análisis parece. Los efectos de ello en la filosofía por una parte y en el derecho por otra van a resultar de primer orden. Llegamos hasta las cosas a través de metáforas y, en consecuencia, los conceptos resultan ser una elaboración que, partiendo de las palabras, se alejan cada vez más de la realidad a la que pretenden describir y acaba por definir. A medida que el lenguaje nos separa de lo individual, sensitivo y particular nos desviamos de ello para alojarnos en el recinto de la razón. El lenguaje, nos aleja de la realidad material y lo empírico con tal maestría y sigilo que apenas nos damos cuenta de que acaba instalándonos en un especialísimo lugar falsamente neutro y neutral del que presuntamente la filosofía y el derecho parten de cero. Sin embargo no es así, ambos caminan desde el principio, sin avisar, enraizados en el lenguaje convertido en la sede clandestina de la moral.

«Con las palabras jamás se llega a la verdad (...) Creemos saber algo de las cosas mismas cuando hablamos de árboles, colores, nieve y flores y no poseemos, sin embargo, más que metáforas de las cosas (...) Todo concepto se forma por equiparación de casos no iguales (...) La omisión de lo individual y de lo real nos proporciona el concepto (...) En la construcción de los conceptos trabaja originariamente el lenguaje (...) Ese impulso hacia la construcción de metáforas, ese impulso fundamental del hombre del que no se puede prescindir ni un solo instante, pues si así se hiciese se prescindiría del hombre mismo, no queda en verdad sujeto y apenas si domado por el hecho de que con sus evanescentes productos, los conceptos, resulta construido un nuevo mundo regular y rígido que le sirve de fortaleza (...) Ese enorme entramado y andamiaje de los conceptos al que de por vida se aferra el hombre indigente para salvarse, es solamente un armazón»⁵⁹.

⁵⁸ NIETZSCHE, F., *Más allá del bien y del mal*, op. cit., Sección primera, «De los prejuicios de los filósofos», 20, pp. 41 y 42.

⁵⁹ NIETZSCHE, F., *Sobre verdad y mentira en sentido extramoral*, 5.ª ed., tr. L. N. Valdés y T. Orduña, Madrid, Tecnos, 2008, pp. 22, 23, 33, 34 y 36.

La fundamentación del compromiso y la responsabilidad, antes expuesta, sumada al doble papel desenvuelto por el derecho en tanto que lenguaje y norma sitúan al hombre occidental en el punto de partida de un juego con la seriedad que explica una dinámica civilizatoria especialmente abstracta y por ello apartada de toda intuición. En ese sentido la regulación procedente del derecho es más y de mayor profundidad de lo inicialmente estimado pues su ordenación no solo procede de la imposición normativa de definiciones, prohibiciones u obligaciones como de hecho se espera. Además de ello, la dependencia y subordinación del derecho al lenguaje en el que, como acabamos de ver, radica una importantísima carga de regulación y contención que pasa inadvertida lo convierten en un fortín de la voluntad y la autoridad pero también hacen de él una forma de conocimiento no transparente de la realidad. Podría decirse que el derecho añade un grado más de alejamiento respecto a lo «natural» pues suma al que proviene de la prescripción el que, insospechadamente, resulta del lenguaje estando ambos: norma y lengua imbuidos de moral.

Es así como la moral se eleva como una sólida arquitectura que confina al hombre sin que él haya elegido tal prisión, pues le viene dada por el derecho pero también por el lenguaje mismo. Esa omnipresencia de la moral enmascarada en cada palabra justifica el duro reproche de Nietzsche a tal metafísica lingüística. Y es que fundamentar la moral en un pensamiento supeditado a su vez a un lenguaje no inerme sino que viene ya cargado de apuntes morales resulta ser un engaño circular.

«Puesto que el hombre, tanto por necesidad como por hastío, desea existir en sociedad y gregariamente, precisa de un tratado de paz y, de acuerdo con este, procura que, al menos, desaparezca de su mundo el más grande *bellum omnium contra omnes*. Este tratado de paz conlleva algo que promete ser el primer paso para la consecución de ese misterioso impulso hacia la verdad. En este mismo momento se fija lo que a partir de entonces ha de ser “verdad”, es decir, se ha inventado una designación de las cosas uniformemente válida y obligatoria, y el poder legislativo del lenguaje proporciona también las primeras leyes de verdad»⁶⁰.

Como se observa, el pensamiento de Nietzsche es, en buena medida, una teoría y una filosofía del lenguaje enmarcada en una crítica de la tradición metafísica. Sabe que la palabra es engañosa como también sabe que el hombre no es tal sin la palabra. He ahí su trágica paradoja: la misma que le hace consciente le condena. El pensamiento y voluntad del hombre se expresa en el lenguaje y mediante él pero, sin embargo, el lenguaje no parece ser la expresión más adecuada de

⁶⁰ *Ibidem*, p. 20.

todas las realidades⁶¹. De modo que, según resulta, quien solo usa el sentido heredado de las palabras está encadenado por ellas y queda casi mudo. En cambio, el conocedor del engaño del que el lenguaje es depositario es quien, en realidad, conoce y por ello puede hablar. Según esa compleja relación establecida por Nietzsche la comunicación vendría a ser a la conciencia lo que el lenguaje al derecho: el signo en que se inscribe, arraiga y crece.

«Podríamos, efectivamente, pensar, sentir, querer, recordar, e incluso “obrar”, en todos los sentidos de la expresión, sin necesidad de que todo ello entre en nuestra conciencia (...) *¿Para qué se necesita entonces la conciencia si es superflua en todo lo esencial? (...)* La sutileza y la fuerza de la conciencia están siempre en función, a mi juicio, de la capacidad de comunicación de un hombre y esta facultad está en función de la necesidad de comunicarse (...) *La conciencia, en general, solo ha podido desarrollarse bajo la presión de la necesidad de comunicación*, desde un principio la conciencia solo era necesaria y útil en las relaciones de hombre a hombre (...) La conciencia no es, en suma, más que una red de vínculos entre los hombres, y solo en cuanto tal debió desarrollarse: si hubiera vivido aislado como un animal salvaje, el hombre habría podido pasar muy bien sin ella. El hecho de que nuestros actos, nuestros pensamientos, nuestros sentimientos y hasta nuestros movimientos se nos hagan conscientes, al menos una parte de ellos, no es sino el resultado del imperio espantosamente largo que un “debe” ha ejercido en el hombre; él, el animal más amenazado *necesitaba* ayuda, protección, *necesitaba* a sus semejantes, era preciso que supiera ser inteligible para expresar su angustia, y para todo esto necesitaba antes que nada la “conciencia”, incluso para “saber” lo que le hacía falta, para “saber” lo que experimentaba, para “saber” lo que pensaba»⁶².

Pero, más allá de todo ello, ¿por qué afirmamos que el Derecho desempeña un importante papel en el conocimiento? Heidegger, casi parafraseando una de las afirmaciones de Nietzsche asegura que «el conocer es la esquematización de un caos de acuerdo con una necesidad práctica»⁶³. Nietzsche, en su *Voluntad de poder* había dicho: «Más que “conocer”, esquematizar, imponer al caos bastante regularidad y suficiente número de formas para satisfacer nuestras necesidades prácticas»⁶⁴. En palabras de Heidegger, nuestro conocer es un esque-

⁶¹ Aunque aquí se ha expuesto en modo afirmativo, en realidad NIETZSCHE lo plantea como pregunta retórica: «¿Es el lenguaje la expresión adecuada de todas las realidades?», *Ibidem.*, p. 21.

⁶² NIETZSCHE, F., *La gaya ciencia*, tr. L. Díaz Marín, Madrid, M. E. Editores, 1994, pp. 228 y 229.

⁶³ HEIDEGGER, M., *Nietzsche*, tr. J. L. Verma, Barcelona, Ariel, 2014, p. 441.

⁶⁴ Nietzsche, F., *La voluntad de poder*, *op.cit.*, parágrafo 509, p. 351. Es sabido que ese es, en realidad, un libro póstumo, si bien es verdad que, como relata su biógrafo RÜDIGER SAFRANSKI, «el último año antes del derrumbamiento Nietzsche trabajaba todavía en *La Voluntad de poder*. No deja de reunir y clasificar pensamientos suyos sobre este tema y de esbozar esquemas de articulación», *Nietzsche. Biografía de su*

matizar y esquematizar es «imponer una cierta medida de “regularidad” y “formas”. Los esquemas son aquí formas que, en cuanto tales, contienen al mismo tiempo una regularidad y una regulación»⁶⁵.

Pues bien, ¿acaso es otra cosa el Derecho? Si conocer es esquematizar, cada esquematización de la realidad supone un conocimiento de la misma, conocimiento acumulativo del individuo y cuyo sumatorio daría como resultante el contenido perspectivista de su conciencia. Este original planteamiento ha de insertarse en otra de las ideas nietzscheanas: la que concibe el mundo y la vida como continuo devenir y, por tanto, parcialmente inaprensible para toda forma de conocimiento estática⁶⁶. Y sí, entendemos que el Derecho sería una de esas formas de esquematizar la realidad a las que alude Nietzsche, una forma que describe y prescribe por lo que su conocimiento y aplicación contribuye a con-formar una percepción y entendimiento de la realidad, la vida y el mundo. En esa composición «intransitada»⁶⁷ hasta Nietzsche conocimiento, conciencia, vida, utilidad y moral serían las piezas imantadas de un puzle en incesante movimiento impulsado por la búsqueda de una verdad tan imposible como imprescindible.

pensamiento, 3.^a ed., tr. R. Gabás, Barcelona, Tusquets, 2009, p. 327. Pero el 3 de enero de 1889 NIETZSCHE sufre una crisis que le impedirá retomar su trabajo hasta su muerte el 25 de agosto de 1900. NIETZSCHE ya se había referido a esa obra un tiempo atrás en su *Genealogía de la moral* de 1887 sin embargo se distanció un tanto del proyecto ocupado en otras obras. En todo caso, *La voluntad de poder* tal y como hoy la conocemos recoge los aforismos elaborados a tal fin por su autor, si bien es cierto que, las primeras ediciones sufrieron la manipulación interesada de su hermana a cuya primera edición de 1901 también añadió un prólogo y un epílogo. No creemos que los sombríos avatares que padeció esta obra puedan ser considerados menores o banales como entendió LOSURDO en 1909 y ello por dos motivos. En primer término porque *La voluntad de poder* es el libro más citado en lengua alemana en todo el siglo XX y, en segundo, porque las alteraciones llevadas a cabo por Elisabeth explican en buena medida la apropiación e interpretaciones nazis que sufrió NIETZSCHE. La bibliografía sobre dicho episodio es realmente abundante, al respecto puede consultarse Niemeyer, Ch. (Ed.), *Diccionario Nietzsche. Conceptos, obras, influencias y lugares*, trs. I. de los Ríos, S. Santana, J. L. Puertas y J. Planells, Madrid, Biblioteca Nueva, 2012, pp. 534-540.

⁶⁵ HEIDEGGER, M., *Nietzsche, op. cit.*, p. 444.

⁶⁶ De los muchos y muy destacados pensadores en que ha influido esta teoría de NIETZSCHE destacamos aquí, por el alcance de su proyección en nuestro entorno cultural, a HENRI BERGSON algunas de cuyas afirmaciones nos recuerdan y retrotraen a otras de su maestro: «Nuestra inteligencia solo se representa con claridad la inmovilidad» pero «el movimiento es, sin duda alguna, la realidad misma, y la inmovilidad no es nunca más que aparente (...) Estimamos que la inteligencia humana es relativa a las necesidades de la acción (...) La inteligencia, tan hábil al manipular lo inerte, muestra su torpeza en cuanto toca lo vivo». También a juicio de BERGSON el orden que atribuimos a la naturaleza es producto de nuestra inteligencia y el conocimiento no es tanto un resultado de la inteligencia cuanto «una forma integrante de la realidad». Al respecto, cfr. *La evolución creadora*, tr. M.^a L. Pérez Torres, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1994, pp. 142 y 144.

⁶⁷ Comparto y hago aquí mío el halago que FINK dedica a NIETZSCHE y en concreto a su obra *La voluntad de poder*. «La grandeza de Nietzsche como pensador consiste en que camina hacia lo intransitado, en que se sale de una senda que durante muchos siglos ha guiado el pensamiento de Occidente», E. FINK, *La filosofía de Nietzsche, op. cit.*, p. 180.

Siguiendo a Nietzsche podríamos decir que dos características determinan nuestra forma de conocer: en su origen la utilidad y en su resultado la imperfección. Ambas, en la medida en que el Derecho es una forma de conocimiento aunque, evidentemente, no es solo eso, le atañerían también a él. Veámoslo.

Para Nietzsche toda forma de conocimiento depende de la abstracción y si existe y tiene sentido y lugar es para satisfacer una necesidad práctica, alcanzar un fin útil. Para él, al principio no fue el verbo sino el caos, la palabra y el lenguaje vinieron después a poner orden. En ausencia de la mirada ordenadora, ordenante y ordenada del hombre el mundo es puro caos⁶⁸. De hecho, el comienzo es un «caos inicial de representaciones. Las representaciones que se alían entre sí, subsisten; aquellas otras que no logran esta alianza, la mayoría desaparecen y sucumben»⁶⁹. Ese caos al que alude es un caos tremendamente moderno pues «no se refiere solo a lo no ordenado, sino a la confusión dentro de lo confuso, a la mezcla que reina en lo atropellado». El caos es un tipo de movimiento, un nombre para la vida, «aquello que impulsa, fluye y mueve y cuyo orden está oculto, cuya ley no conocemos de modo inmediato»⁷⁰.

A sus ojos «el espíritu anhela la igualdad»⁷¹ porque «todo pensar, juzgar, percibir igual que comparar está sometido a una “equiparación” y anteriormente a una “igualación”»⁷². De ahí arranca la lógica, de la condición y supuesto de que haya casos idénticos. Pero esa construcción nuestra que es el conocer no es desinteresada, a su parecer «resulta inverosímil que nuestro conocer pueda ir más allá que lo estrictamente necesario para la conservación de la vida»⁷³. Y en cuanto Nietzsche nombra la vida aparecen como parte y manifestación de la misma las valoraciones, la voluntad de poder, la verdad...

«Toda mecánica del conocimiento es un aparato de abstracción y de simplificación, que no está encaminado al conocer, sino a conseguir poder sobre las cosas»⁷⁴. De hecho, «somos conscientes en la medida en que la conciencia resulta válida, nos es útil. No cabe duda que todas las percepciones sensibles se encuentran vinculadas a juicios de valor»⁷⁵. La valorización es tenida como esencia de la

⁶⁸ «El carácter del conjunto del mundo es desde toda la eternidad el del caos, en razón no de la ausencia de necesidad, sino de la falta de orden, de articulación, de forma, de belleza, de sabiduría y de cualesquiera que sean nuestras categorías estéticas humanas (...) No le afectan ninguno de nuestros juicios estéticos o morales! (...) Desconoce toda clase de ley. Guardémonos de afirmar que hay leyes en la naturaleza. No hay más que necesidades», F. NIETZSCHE, *La Gaya ciencia*, op. cit., pp. 127 y 128.

⁶⁹ Nietzsche, F., *La voluntad de poder*, op. cit., parágrafo 503, p. 348.

⁷⁰ Heidegger, M., *Nietzsche*, op. cit., pp. 449 y 452.

⁷¹ *La voluntad de poder*, op. cit., parágrafo 506.2, p. 349.

⁷² *Ibidem*, parágrafo 496, p. 345.

⁷³ *Ibidem*, parágrafo 489, p. 343.

⁷⁴ *Ibidem*, parágrafo 498, p. 346.

⁷⁵ *Ibidem*, parágrafo 500, p. 346.

«verdad». «Los supuestos esenciales de todo lo vivido y de su vida son: un repertorio de creencias, la posibilidad de juzgar, la ausencia de dudas sobre todos los valores esenciales. Lo importante, por consiguiente, es que algo sea tenido por verdadero aunque no lo sea»⁷⁶.

Vivir, conocer, valorar... todo es gracias y debido a las necesidades prácticas siendo la primera de todas ellas la elaboración de esquemas que permitan una existencia consistente en medio del movimiento y el desorden llamado caos. Es la necesidad la que da la medida de las cosas, «la necesidad de comprender más que de “conocer”, de resumir, de esquematizar, da la inteligencia del cálculo (...) No es una idea preconcebida la que trabaja en este caso, sino la utilidad; las cosas no son valorizables y manejables para nosotros, sino cuando las vemos groseramente e iguales unas a otras... Las categorías no pueden considerarse “verdades” más que en el sentido de que son condiciones de existencia para nosotros»⁷⁷.

Los esquemas, la igualación, la creación de categorías se hacen necesarios para vivir en un mundo en incesante devenir pues para nosotros, carentes de un órgano o sentido propio para conocer, todo resultaría de otro modo in-inteligible. Pues en realidad «solo podemos comprender el mundo que nosotros hacemos»⁷⁸. El mundo de la razón es en tal sentido un mundo imaginario y necesario por ello tenemos una «facultad ordenadora, simplificadora, que falsea y separa artificialmente. “Verdad” es la voluntad de hacerse dueño de la multiplicidad de las sensaciones –ordenar los fenómenos respecto a determinadas categorías»⁷⁹. Las conclusiones de todo ello no son fáciles de articular en el discurso filosófico clásico occidental pues desmonta lo que hasta entonces había sido tenido como base de nuestra civilización y fundamento de su «progreso»: la razón y la verdad. A partir de esos argumentos Nietzsche afirma que «el pensamiento racional es una interpretación con arreglo a un esquema del que nosotros no podemos prescindir»⁸⁰, «las “verdades”, a priori, más firmemente creídas son creencias provisionales»⁸¹ y, en conclusión, «el conocimiento es una fábula evidente». Nuestro único posible conocer es el de fijar cantidades, más allá de ello conocer significa siempre «poner algo bajo cierta condición», «ponerse en relación con algo, sentirse condicionado con algo y al mismo tiempo condicionar este algo por parte del que conoce»⁸².

Siendo la verdad una creación, aunque tan necesaria como el conocimiento mismo del que proviene, las visiones y apreciaciones no son sino perspectivas y las transformaciones del mundo el resultado de la

⁷⁶ *Ibidem*, parágrafo 502, p. 348.

⁷⁷ *Ibidem*, parágrafo 509, p. 351.

⁷⁸ *Ibidem*, parágrafo 490. P. 343.

⁷⁹ *Ibidem*, parágrafo 511, p. 354.

⁸⁰ *Ibidem*, parágrafo 516, p. 357.

⁸¹ *Ibidem*, parágrafo 492, p. 344.

⁸² *Ibidem*, parágrafo 548, p. 378.

acción y pugna entre aquellas. Pero, llevados por este camino en el que «no existen hechos sino solo interpretaciones»⁸³, interpretaciones que además pueden ser infinitas⁸⁴ hemos de preguntarnos: ¿hasta dónde alcanza ese carácter perspectivista de la existencia? ¿Acaso esa falta de predictibilidad permanente no imposibilita la vida o al menos la vida en paz?, ¿a dónde nos conduce admitir esa visión perspectivista de la vida?, ¿equivale a puro relativismo?

Desde luego no se planteó Nietzsche tales interrogantes en esos términos, sin embargo, no dejó de tratarlos como el eterno dilema entre vida y moral, como comprometida tangencia entre la vida y los límites. No ha sido extraño, por parte de algunos autores, enmarcar esas y otras reflexiones de Nietzsche en la política intentando buscar allí pistas con las que disciplinar su pensamiento. Pero tal tentativa, ya apuntada, nos parece un error pues, como señala Savater, por un lado es imposible casarle con ningún sistema político y, por otro, es imprescindible tener siempre presente que Nietzsche elaboró todas sus reflexiones con un pretendido afán polémico y provocativo⁸⁵. Lo más que podemos hacer a la hora de situar su pensamiento en este punto es seguir a Heidegger cuando dice «para pensar la esencia de la justicia de manera adecuada a esta metafísica hay que excluir todas las representaciones acerca de la justicia que provienen de la moral cristiana, moralista, iluminista, burguesa y socialista»⁸⁶. Esto es, en el envite entre vida y moral, para Nietzsche gana la vida que situada más allá del bien y del mal no conoce de otras restricciones que las que nosotros, con nuestras formas reguladoras de la existencia decidamos y consigamos imponer.

Para Nietzsche la necesidad práctica señalaría posibles caminos en el mundo que es la vida y que es caos porque es el movimiento mismo. Esa necesidad práctica no es otra cosa que la razón⁸⁷ misma y, en cuanto tal, sería la creadora de las formas reguladoras del conocimiento. De estas podríamos considerar al lenguaje y la gramática como formas reguladoras de primer orden o grado. El Derecho, en cambio, podría ser tenido como una forma de segundo grado pues además de que necesariamente incorpora a ambas y, por consiguiente, a la moral «petrificada» en ellas adiciona también la moral de la voluntad de poder cuya perspectiva se haya hecho dominante en la pugna entre las existentes. Nin-

⁸³ «Todo es “subjetivo”, decís vosotros: pero ya eso es “interpretación”, el sujeto no es algo dado sino algo inventado y añadido», F. NIETZSCHE, *Sabiduría para pasado mañana. Antología de fragmentos póstumos (1869-1889)*, edición de D. Sánchez Meca, trad. de J. Aspiunza *et aliter*, Tecnos, Madrid, 2009, (Finales de 1886-Primavera de 1887), p. 283.

⁸⁴ NIETZSCHE, F., «No podemos ignorar la posibilidad de que (el mundo) implique infinitas interpretaciones», *La gaya ciencia, op. cit.*, parágrafo 374, pp. 260 y 261.

⁸⁵ SAVATER, F., «Cincuenta palabras de Federico Nietzsche» en E. Trías *et al.*, *En favor de Nietzsche, op. cit.*, 149 y 150.

⁸⁶ HEIDEGGER, M., *Nietzsche, op. cit.*, p. 778.

⁸⁷ *Ibidem*, 459.

guna razón práctica, tampoco la del Derecho, es estática, nunca está quieta, anda siempre en movimiento porque siempre están en lucha las distintas perspectivas que pugnan por convertirse en la voluntad de poder dominante que haga dominar su moral. Los límites del Derecho y de lo permitido y vedado por él no son permanentes, no son fijos ni están quietos sino movibles y por tanto inestables. Y ello que supone admitir que hemos de vivir con la permanente obligación de adaptarnos a la necesidad práctica de la vida, sus condicionantes y sus límites, en especial los que provienen del Derecho ocurre y es válido con independencia del sistema político. Toda perspectiva intenta ser la dominante para que sea su moral quien fije la forma reguladora de conocimiento llamada Derecho y ello ocurrirá por la vía diplomática, democrática o bélica o, incluso, llegado el caso por todas ellas a la vez pues está en la naturaleza misma de toda perspectiva que trate de ser la principal o la única según sea el contexto jurídico-político en que haya de «luchar».

Ya ha quedado reseñado que, según Nietzsche, la verdad no existe o al menos que para nosotros, con una deficiente capacidad cognoscitiva, la verdad que reside en la conciencia proviene realmente de la demanda de utilidad impuesta por la necesidad. También cuando no lo parece, incluso cuando menos lo parece. Pues bien, de esa verdad que compite por abrirse camino han de realizarse dos apuntes en apariencia excluyentes. Por una parte, dice Nietzsche: «el criterio de verdad está en razón directa del aumento del sentimiento de fuerza» y por otra: «un juicio particular no equivale a una verdad (...) solo en relación entre varios juicios hay una garantía»⁸⁸. Dicho de otro modo: en relación a lo que es tenido socialmente por verdad la fuerza desempeña una contribución decisiva, sea de forma manifiesta o latente. Pero ello no sortea el hecho de que la verdad no es lo simple, ni lo dialécticamente unitario, sino lo plural en continua tensión. De ahí que solo admitiendo esa coexistencia de diferentes proposiciones de verdad nos acercaremos lo máximo posible a ella, dadas nuestras limitaciones epistemológicas y nuestro ímpetu de poder.

En su brillante pretensión de hacer de Nietzsche el máximo exponente de la metafísica y no su verdugo, como fue visto por otros, Heidegger trae para sí y llena de contenido una idea que había pasado de puntillas por los escritos originales de aquél. Así, en su intento de amansar y contener al maestro, Heidegger elabora un personalísimo desarrollo de la idea ya señalada de Nietzsche según la cual lo que nosotros hacemos «más que conocer (es) esquematizar, imponer al caos bastante regularidad y suficiente número de formas para satisfacer nuestras necesidades prácticas». Ahí donde Nietzsche abre e inaugura, Heidegger cierra y clausura y donde Nietzsche nos arroja al desamparo de la intemperie, Heidegger busca y encuentra un «horizonte» que perfila y le dé sentido y finalidad a todo. Veámoslo.

⁸⁸ NIETZSCHE, F., *La voluntad de poder*, op. cit., párrafos 528 y 524, pp. 366 y 363.

En un tono empleado a menudo por Nietzsche, donde la filosofía es casi confidencia, nos revela sus deberes y los de todo «espíritu libre» y, entre ellos, el de «aprender el carácter de perspectiva que tiene toda apreciación: la deformación, la distorsión y la aparente teleología de los horizontes y todo lo referente a la perspectiva, así como esa dosis de indiferencia necesaria que hay en todo *pro* y todo *contra*, la injusticia como algo inseparable de la vida, la vida misma como condicionada por la perspectiva y su injusticia»⁸⁹. Heidegger da un salto y reformula en este punto lo dicho por Nietzsche cuando asegura: «con frecuencia Nietzsche equipara horizonte y perspectiva y por ello no llega nunca a exponer de manera clara su diferencia y su conexión». El «discípulo» inquieto por los oscuros e inexplorados caminos que abre el maestro trata de «orientarlos» al sosegado sendero de la metafísica que Nietzsche tanto reprobó. En nuestra opinión, Nietzsche no equiparó horizonte y perspectiva pues ello hubiera supuesto acomodar el caótico movimiento de la vida al ritmo ordenado del pensamiento metafísico. Bien al contrario, si algo caracterizó a Nietzsche, según él mismo afirmó, es «que muchas de las palabras que utiliza tienen un significado específico no aceptado aún»⁹⁰. Sospechamos que probablemente Nietzsche no hubiera dado por suya la idea que Heidegger le atribuye y en virtud de la cual «horizonte y perspectiva están necesariamente coordinados y entrelazados, de modo tal que con frecuencia pueden ocupar el uno el lugar del otro. Pero sobre todo, ambos se fundan en una figura esencial más originaria del ser humano (en el ser-ahí)»⁹¹. Inferimos que «el horizonte» de Heidegger sería una brújula no manejada por Nietzsche pues ese, como cualquier otro atajo para escapar del azar y el caos, tiene difícil cabida en el universo nietzscheano⁹².

⁸⁹ NIETZSCHE, F., *Humano, demasiado humano*, op. cit., p. 9.

⁹⁰ BRANDES, G., *Nietzsche. Un ensayo sobre el radicalismo aristocrático*, tr. J. Libermann, Madrid, Editorial Sexto piso, 2008, p. 77.

⁹¹ HEIDEGGER, M., *Nietzsche*, op. cit., p. 458.

⁹² «Mensurar la verdad, dice Nietzsche, tiene algo de ilusión», *La voluntad de poder*, op. cit., parágrafo 594, p. 411. En realidad son varias las voces autorizadas que se han apartado de la «sorprendentemente cerrada» interpretación heideggeriana de NIETZSCHE que, por otro lado, reivindica «el descubrimiento del único pensamiento» del autor lo cual además de problemático va en contra del sentido propio del perspectivismo. De hecho, según esas mismas voces, lo que HEIDEGGER denominaba «el asunto Nietzsche (...) difería del modo en el que Nietzsche entendía sus propios asuntos». Al respecto cfr. Ch. NIEMEYER, *Diccionario Nietzsche*, op. cit., p. 240 en relación a W. MÜLLER-LAUTER, «Das Willenswesen und der Übermensch. Ein Beitrag zu Heideggers Nietzsche Interpretationen» en *Nietzsche Studien* 10-11, 1981-82, pp. 132-177 y E. BEHLER, «Nietzsche jenseits der Dekonstruktion» en J. Simon (ed.), *Nietzsche und die philosophische Tradition*, Würzburg, 1985, pp. 88-107. En España dice Luis Jiménez Moreno, «no cabe duda de que podemos aceptar la interpretación histórico-axiológica de la metafísica que Heidegger atribuye a Nietzsche, aunque resulte cuestionable en gran medida la ontologización que Heidegger y Fink hacen de la filosofía nietzscheana», *Hombre, historia y cultura. Desde la ruptura innovadora de Nietzsche*, Madrid, Espasa-Calpe, 1983, p. 138.

5. ANTE LAS NORMAS, TRAS LAS PALABRAS

Derecho no es Justicia aunque sí pueda decirse a la inversa. Es Heidegger y no Nietzsche quien pone en el centro de la obra de éste la preocupación por la Justicia, probablemente porque en la interpretación que Heidegger hace de Nietzsche hay tanto del uno como del otro. Así, cabría hablar de una ontologización de Nietzsche al acercar y tratar de alumbrar todo su pensamiento a través de la cuestión del ser, tan decisiva para Heidegger⁹³. De hecho, no parece casual que la literatura secundaria apenas haya seguido al Rector de Friburgo en su ensalzamiento del papel de la Justicia en Nietzsche e incluso contenga razonadas críticas al respecto⁹⁴. Lo reducido de su extracción y lectura selectiva de dos fragmentos tardíos que Nietzsche no vió publicados donde menciona a la Justicia, así como su premisa de que Nietzsche es el «último metafísico» orientan y hasta condicionan su exégesis⁹⁵. Frente a esa mirada que siente Nietzsche como un pensador metafísico parece más fértil y fiel la de quien lo concibe y sitúa en el origen de la postmetafísica, lo cual, lejos de ser una cuestión de nomenclatura, hace variar notablemente el fundamento, énfasis y fines asignados a la Justicia, al Derecho, a las normas...

Como si anduviesen sobre fallas distintas a las que resisten el universo existencial pero sistematizado de Heidegger, Alexander Nehamas, Richard Rorty, Peter Sloterdijk, Pavel Kouba o Richard Bernstein ven y contemplan a Nietzsche desde otro ángulo: los suyos son ángulos agudos y no recto donde todo está a expensas de las contingencias: la contingencia del yo, la del lenguaje...⁹⁶ donde no hay cabida para las esencias ni «el en sí» descartados por el movimiento ínsito de todas las cosas, relaciones, situaciones... por el mundo y la realidad en cuanto totalidad dinámica.

Detrás de la premisa latente de que el mundo es un enigma cuya significación y función solo puede ser descubierta a través de la moral,

⁹³ Soy de la opinión de F. ASAAD-MIKHAIL quien señala cómo la interpretación de Heidegger en su conjunto termina relacionando, de un modo u otro, todo el pensamiento nietzscheano con la cuestión del ser, absolutamente central en la obra del intérprete. Al respecto cfr. «Heidegger, interprete de Nietzsche», *Revue de Métaphysique et de Moral*, (n.º 73), 1968, pp. 16-55.

⁹⁴ Aun admitiendo que la interpretación heideggeriana de NIETZSCHE es generalmente considerada la más completa de las existentes han de ser tenidos en cuenta los reparos realizados a la idea y protagonismo de Justicia que HEIDEGGER atribuye a NIETZSCHE, al respecto pueden consultarse entre otros: J. STEVENS, «Nietzsche and Heidegger on Justice and Truth» en *Nietzsche Studien*, 1980, (n.º 9), pp. 224-238; M. B. CRAGNOLINI, *Nietzsche, camino y demora*, 2.ª ed., Buenos Aires, Biblos, 2003, p. 199 o V. LEMM, *Nietzsche y el pensamiento político contemporáneo*, trs. M. Bascuñán, D. Rosello y S. Vázquez, Santiago de Chile, F. C. E., 2013, p. 227.

⁹⁵ Sobre la primera de las cuestiones cfr. M. HEIDEGGER, *Nietzsche, op. cit.*, pp. 770-785 y sobre la segunda puede consultarse la pág. 17 y la 725 entre otras de la misma obra.

⁹⁶ Esas son dos de las principales premisas de que parte RORTY en su conocido trabajo *Contingencia, ironía y solidaridad*, tr. A. E. Sinnot, Barcelona, Paidós, 1991, pp. 23-63.

en tanto que código de conducta que descifra y discierne el bien del mal, estaría la metafísica. Por ello, por su complicidad en la organización nihilista de la vida, Nietzsche combate esa metafísica que cimienta una moral de contrarios que enmascara y simplifica engañosamente la complejidad propia de la vida limitándola, haciéndola reactiva, débil, decadente...

La moral, dice Pavel, obliga a ver siempre el mundo con «un único significado general, es decir, como un problema que tiene una manera de solucionarse»⁹⁷. Y sería precisamente con esa idea moral de un mundo polarizado en contrarios como se ha ido gestando y gesta la metafísica primero europea y occidental después. De ahí que «cuando Nietzsche arremete contra la reconstrucción del mundo a partir de antítesis (puramente) morales, emancipadas del condicionamiento de la situación, está dirigiéndose directamente contra la esencia de la concepción metafísica del mundo» por ofrecer e «imponer» al hombre un sistema de reglas y valoración permanente que le evita enfrentarse por sí mismo en cada ocasión a cada situación, a cada decisión, librándole así de «la peor de las angustias»⁹⁸ pero ocultándole que vamos por el mundo «como en volandas»⁹⁹, sin ver las diversas perspectivas y significados que quedaron fuera del monopolio legitimador de la moral imperante.

La metafísica sería el germen necesario de la moral y ésta, para Nietzsche, consecuencia ocultada y olvidada de su verdadero interés la convierten primero en «síntoma, máscara, tartufería» para transformarla después en «remedio» y sin dejar de ser en ningún momento «estorbo, veneno...»¹⁰⁰. Ello justificaría por sí solo y sobradamente la combativa hostilidad de Nietzsche hacia ambas: metafísica y moral pues, como señala Jaspers, «la vida no era para Nietzsche (...) algo que se resuelva según alguna regla conocida»¹⁰¹. Niemeyer sistematiza el tratamiento nietzscheano de la moral en torno a tres ejes: la psicología moral con propósito de descubrir los motivos que se camuflan tras las acciones supuestamente altruistas; la historia de la moral donde insiste en los motivos utilitaristas y darwinistas de las acciones sociales y, por último, como crítica a una tradición donde los conceptos fundamenta-

⁹⁷ KOUBA, P., *El mundo según Nietzsche*, op. cit., p. 164.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 164.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 169.

¹⁰⁰ Tomo tales epítetos de: «necesitamos una crítica de los valores morales, hay que poner alguna vez en cuestión el valor de esos valores, y para eso hace falta un conocimiento de las condiciones y circunstancias en que han surgido, se han desarrollado y han ido desplazándose (la moral como consecuencia, como síntoma, como máscara, como tartufería, como enfermedad, como malentendido; pero también la moral como causa, como remedio, como estimulante, como estorbo, como veneno), un conocimiento que hasta ahora nunca existió, que ni siquiera se ha deseado», F. NIETZSCHE, *La genealogía de la moral*, tr. J.L. López, Madrid, Tecnos, 2010, Prólogo, párrafo 6, pp. 60-61.

¹⁰¹ JASPERS, K., *Nietzsche*, tr. E. Estiú, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1963, p. 84.

les de la filosofía moral (voluntad, sujeto, conciencia, responsabilidad, acción...) son categorizados y hasta tenidos como evidentes sin antes haber hecho un «examen de los fenómenos morales»¹⁰². Y sí, pero no pues si bien es cierto que tales son los principales focos de preocupación que la moral suscitó en Nietzsche, para él no existían fenómenos o hechos morales sino interpretaciones morales de los hechos y fenómenos. En todo caso, el supuesto inmoralismo de Nietzsche resulta ser, en realidad, «la autosupresión de la moral por pura veracidad»¹⁰³ una anulación a tal punto sin concesiones que llega a aislarle en tal veracidad¹⁰⁴. Nietzsche, a través de su «hermenéutica de la sospecha»¹⁰⁵ «deroga» lo que es (tenido como) verdad, esto es, que el altruismo, la generosidad y la benevolencia son los fundamentos de la moral cuando, según él, la utilidad y la respuesta a la necesidad son sus auténticos basamentos. Moral que, en todo caso, de la discreta mano de la metafísica alcanza sus objetivos de imponer valores encaramadas una y otra en y por el lenguaje puesto que el hombre habla el lenguaje tanto como éste habla al hombre. Y es que las palabras tienen fuerza por sí mismas, un poder que les es propio e inherente: el poder legislativo del lenguaje que con sus conceptos, creaciones giros y figuras acaban determinando lo que se puede admitir como proyecto posible: proyecto personal o proyecto social. Desde este punto de vista las palabras nos habrían convertido en lo que somos¹⁰⁶.

Nietzsche, como el resto de los que Rorty denomina teóricos ironistas¹⁰⁷, sería antimetafísico, porque abandona la metafísica o, dicho de otro modo, porque renuncia a un universalismo que, a pesar de no haber existido nunca en la realidad, ha gozado siempre de la bendición y confirmación de la moral. El papel del lenguaje es, como se ha visto, decisivo¹⁰⁸ si bien se espera de él un cometido dis-

¹⁰² NIEMEYER, Ch. (Ed.), *Diccionario Nietzsche. Conceptos, obras, influencias y lugares*, op. cit., p. 353.

¹⁰³ MANN, T., *Schopenhauer, Nietzsche, Freud*, op.cit., p. 145.

¹⁰⁴ JASPERS, K., *Nietzsche*, op. cit., p. 66.

¹⁰⁵ Como se viene apuntando a lo largo del texto «la hermenéutica de la sospecha nietzscheana (...) nos permite discernir y criticar lo subyacente en nuestra moral», R. BERNSTEIN, *El mal radical. Una indagación filosófica*, tr. M. G. Burello, Buenos Aires, Lilmód, 2004, p. 176.

¹⁰⁶ Como dice RORTY cuando Heidegger señala al lenguaje como «la casa del ser» lo que está afirmando es que las palabras son la casa en la que vive el hombre y no las herramientas que usa. Sobre esas y otras atribuciones del lenguaje cfr. RORTY, *Contingencia, ironía y solidaridad*, op. cit., pp. 128 y 136.

¹⁰⁷ Teóricos que en el fondo han tratado de desmontar la idea de que exista una naturaleza esencial e inmutable del ser humano que condiciona por sí lo racional y lo natural de modo que todo lo ajeno al sujeto –objeto– que se oponga a lo racional y natural definido por tal sujeto resultara irracional, contranatura y, por tanto, rechazable y castigable. A juicio de RORTY en esa línea de pensamiento estarían junto a NIETZSCHE, HEIDEGGER, DERRIDA, JAMES, DEWEY, GOODMAN, SELLARS y DAVIDSON entre otros. Cfr. RORTY, *Ibidem*, p. 30.

¹⁰⁸ Decisivo en NIETZSCHE y a partir de NIETZSCHE pues su «crítica general al foso que separa el lenguaje de la realidad se convierte, a principios del siglo XX, en

tinto según se parta de la trascendencia de la metafísica o de la contingencia de su opuesto. Mientras que los primeros entienden que «lo fundamental del lenguaje es representar una realidad oculta que se halla fuera de nosotros», los segundos, convencidos de la imposibilidad de tal correspondencia, consideran que el propósito del lenguaje es expresar una realidad oculta que se encuentra dentro de nosotros»¹⁰⁹. Para estos, dice Rorty basándose en Davidson, el lenguaje no sería un medio –ni de representación ni de expresión– que esté entre el individuo y la realidad. El yo no sería algo previo y superior, que después, con mayor o menor acierto, es «expresado» a través de un determinado léxico, antes bien, «el yo es creado por el uso de un léxico». En consecuencia con ello la verdad no sería algo ajeno a nosotros que esté esperando afuera a ser descubierto sino que la verdad depende y descansa en las proposiciones lingüísticas siendo éstas las únicas de las que puede decirse que sean verdaderas o falsas y, por tanto, en ese sentido, la verdad se construye con el lenguaje y no descubre fuera de él¹¹⁰.

Pues bien, en síntesis podría decirse que, para Nietzsche, el pensamiento y la moral occidental descansan en un esquema gramatical¹¹¹ cuyo afán universalizador lo hacen merecedor de su reprobación, mordaz, acerada, caústica a veces. Lo cual no solo no es ajeno al Derecho sino que, a mi parecer, se proyecta directamente en él puesto que, si el lenguaje no es un medio, ¿por qué iba a serlo el lenguaje jurídico? Y más: de acuerdo a esa lógica «el cambio de lenguajes y de otras prácticas sociales puede producir seres humanos de una especie que antes nunca había existido,»¹¹² ¿y acaso no es ello predicable del lenguaje jurídico? Entiendo que habría un ejemplo que, sobre todos los demás, podría ilustrar dicha perspectiva: ¿no ha contribuido la construcción jurídico-lingüística de los derechos humanos, su difusión e interiorización a crear un nuevo tipo de sujeto y ciudadano? Visto desde esa óptica el efecto configurador de los derechos humanos sería mayor que el emancipador puesto que su principal aportación radicaría en originar (ser el origen) de un determinado modelo de persona «mejorado» gracias a la moral inherente a ellos¹¹³, he ahí el principal reproche de

un escepticismo lingüístico muy extendido que estimulará decisivamente el así llamado «giro lingüístico» del que surgirá la filosofía del lenguaje», Niemeyer, Ch. (Ed.), *Diccionario Nietzsche. Conceptos, obras, influencias y lugares*, op. cit., p. 314.

¹⁰⁹ RORTY, R., *Ibidem*, p. 39.

¹¹⁰ RORTY, R., *Ibidem*, p. 30.

¹¹¹ Al respecto cfr. MUÑOZ, J., «Nihilismo y crítica de la religión en Nietzsche» en M. Fraijó (Ed.), *Filosofía de la religión. Estudios y textos*, Madrid, Trotta, 1994, p. 351.

¹¹² RORTY, R., *Ibidem*, pp. 27 y 28.

¹¹³ «En todo tiempo se ha querido “mejorar” a los hombres: a esto sobre todo es a lo que se ha dado el nombre de moral (...) Tanto la doma de la bestia hombre como la cría de una determinada especie de hombre han sido llamadas mejoramiento», F. NIETZSCHE, *Crepúsculo de los ídolos*, op. cit., «Los mejoradores de la humanidad», 2, p. 72.

Nietzsche a los mismos¹¹⁴. Verdaderas «fábricas de ideales»¹¹⁵ cuyo «lenguaje percibe como un canto de sirenas».¹¹⁶ O quizás, en otras palabras, los derechos humanos se afinarían como himno articulado que late en la base del autorretrato del hombre occidental contemporáneo.

6. TEORÍAS DE LOS DEBERES Y SUS LÍMITES

A resultas de todo lo anteriormente expuesto el Derecho sería una forma reguladora del pensamiento de segundo nivel o grado, una forma especialmente compleja, como también se ha visto, cuyo alcance no se agotaría en ese rasgo aunque sí se fundamentaría en él. Sin embargo con ello no se cierran ni concluyen las cuestiones pendientes sobre la naturaleza del Derecho. La razón no es estática, también ella está en movimiento porque ha de atender a la «necesidad práctica» que le requiere y condiciona. Por ello los propios límites marcados por esa forma reguladora del conocimiento que es el Derecho también están y son movimiento. Pero además lo son porque las formas reguladoras simples de las que depende: el lenguaje y especialmente la moral son igualmente inestables, mudables, transitorias. Ambos: moral y derecho gravitan, aunque con diferente estructura, consecuencia y efectos, en torno a teorías del deber y los deberes que mutuamente se retroalimentan convertido el derecho en correa de transmisión de los contenidos de la moral.

En este punto, Brandes, menos entregado al orden que acompaña al conjunto de la obra de Heidegger, y con mayor humildad, se acerca a Nietzsche como aprendiz al maestro, más preocupado por comprenderle que por contenerle. En su correspondencia y estudio sobre Nietzsche encontramos un examen sin duda menos omnicompreensivo que el de Heidegger pero sí consideramos más fiel, al menos en lo tocante a esta cuestión de la moral y el derecho¹¹⁷. Así, de acuerdo con Brandes podríamos decir que para Nietzsche la moral resulta en este aspecto ambivalente pues es «preciosa» e «ilógica» a la vez¹¹⁸. «Preciosa» porque ejerce sobre el individuo la presión duradera necesaria

¹¹⁴ Como especifica J. I. MARTÍNEZ GARCÍA la expresión «derechos fundamentales del hombre» (la equivalente a derechos humanos) aparecería en dos ocasiones en los textos nietzscheanos: en un fragmento de 1871 destinado a formar parte de *El nacimiento de la tragedia* posteriormente reelaborado en *El Estado griego*, y en un trabajo sobre el socialismo escrito en 1877. Y pese a que ninguno de dichos textos llegó a ser publicado en vida del autor no puede decirse que éste sea un tema marginal para él, al contrario, «está constantemente, obsesivamente presente. NIETZSCHE aparece como uno de los más radicales y obstinados adversarios de todo lo que los derechos humanos significan y representan», «Nietzsche y los Derechos Humanos», *op. cit.*, p. 1037.

¹¹⁵ NIETZSCHE, F., *La genealogía de la moral*, *op. cit.*, I, 14, p. 87.

¹¹⁶ MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., «Nietzsche y los Derechos Humanos», *op. cit.*, p. 1056.

¹¹⁷ BRANDES, G., *Nietzsche. Un ensayo sobre el radicalismo aristocrático*, *op. cit.*

¹¹⁸ *Ibidem*, pp. 36 y 37.

que le obliga y lleva a alcanzar su mayor desarrollo posible pero «ilógica» también en la medida en que generaliza y homogeneiza aquello que ni se deja ni se puede igualar puesto que ni hay actos idénticos, ya que los propios individuos no lo son, ni hay actos como tal a valorar sino que con lo que el individuo se encuentra y la conciencia lleva a cabo es una interpretación moral de los mismos y que, por tanto, variará según el tiempo y lugar.

Sí, dicho así es casi tanto como decir que no existe ni la justicia ni la injusticia en sí por lo que, en un contexto de tan difícil indefinición como ese, «el derecho no podrá constituir jamás otra cosa que un estado de excepción: es decir, una restricción impuesta al instinto esencialmente vital, cuyo fin es el poder»¹¹⁹. La voluntad de poder y no el mantenimiento o reproducción de la vida sin más, la obtención del poder con toda su capacidad definitoria de los nombres, del bien y del mal. En realidad es imposible tal fraccionamiento¹²⁰ pues, en la práctica, lo uno empuja a lo otro ya que «la lucha por la existencia conduce irremisiblemente a la lucha de los poderes y a la lucha por los poderes. Desde ese punto de vista el derecho es un medio en la lucha de los poderes,»¹²¹ no cabe entenderlo de otro modo en la filosofía de Nietzsche pues «tomado como absoluto, como un medio contra la lucha en general sería un principio hostil a la vida»¹²². Y la vida es, como concepto y en todas sus manifestaciones, el motivo último de reflexión y preocupación de Nietzsche y, para él, es lo que es:

«esencialmente apropiación, ofensa, avasallamiento de lo que es extraño y más débil, opresión, dureza, imposición de formas propias, anexión y al menos, en el caso más suave, explotación (...) La explotación no forma parte de una sociedad corrompida o imperfecta y primitiva: forma para de la esencia de lo vivo, como función orgánica fundamental, es una consecuencia de la auténtica voluntad de poder, la cual es cabalmente la voluntad propia de la vida. –Suponiendo que como teoría eso sea una innovación, –como realidad es el hecho primordial de toda historia: ¡seamos pues honestos con nosotros mismos hasta este punto!–»¹²³.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 48.

¹²⁰ «En todos los lugares donde encontré seres vivos encontré voluntad de poder (...) solo donde hay vida hay voluntad pero no voluntad de vida, sino (...) voluntad de poder», F. NIETZSCHE, *Así habló Zaratustra*, op. cit., pp. 176 y 177.

¹²¹ BRANDES, G., *Nietzsche. Un ensayo sobre el radicalismo aristocrático*, op. cit., p. 48. Para realizar tal afirmación es muy probable que Brandes se basara en la siguiente aseveración: «los fisiólogos deberían pensárselo bien antes de afirmar que el instinto de autoconservación es el instinto cardinal de un ser orgánico. Algo vivo quiere, antes que nada, dar libre curso a su fuerza –la vida misma es voluntad de poder: la autoconservación es tal solo una de las consecuencias indirectas y más frecuentes de esto», F. NIETZSCHE, *Más allá del bien y del mal*, 13, p. 34.

¹²² BRANDES, G., *Nietzsche. Un ensayo sobre el radicalismo aristocrático*, op. cit., p. 48.

¹²³ NIETZSCHE, F., *Más allá del bien y del mal*, op. cit., «¿Qué es aristocrático?», parágrafo 259, p. 221.

Lo cual no significa que el hombre haya renunciado o pueda renunciar a imprimir en ella una organización y deberes como consecuencia de la victoria de unos valores sobre otros. De hecho, la vida misma nos lleva a juzgarla y ordenarla de acuerdo con unas normas morales y jurídicas y no de acuerdo con otras. Las primeras son las vencedoras, las segundas las derrotadas pero cuando las primeras, imponen límites que apagan o debilitan la vida significa que la victoria ha sido para una moral decadente que termina por desarmar y marchitar a la vida y por eso, y en esa medida, no le conviene porque le perjudica.

«Todo naturalismo en la moral, es decir, toda moral sana está regida por un instinto de vida, –un mandamiento cualquiera de la vida es cumplido con un cierto canon de “debes” y “no debes”, un obstáculo y una enemistad cualesquiera en el camino de la vida con ello eliminados. La moral *contranatural*, es decir, casi toda moral hasta ahora enseñada, venerada y predicada se dirige, por el contrario, precisamente contra los instintos de la vida, –es una *condena*, a veces encubierta, a veces ruidosa e insolente, de esos instintos (...) Cuando hablamos de valores, lo hacemos bajo la inspiración, bajo la óptica de la vida: la vida misma es la que nos constriñe a establecer valores, la vida misma es la que valora a través de nosotros cuando establecemos valores»¹²⁴.

Es el hombre quien «impone» la moral a la vida mientras esta, ajena a reglas y juicios impropios de la existencia, al margen de todo reproche o condena moral, discurre y fluye inocente. El «rotundo» e incondicional «sí a la vida» proclamado por Nietzsche «no proviene de una vacilación deliberativa, que sopesa lo bueno y lo malo de ella y finalmente opte por la afirmación». Puede que la vida tenga «todas las características de lo indeseable éticamente y, sin embargo es lo único jubilosamente deseable y deseado (...) la moral no puede condenar ni redimir a la vida, pues carece de cualquier superioridad sobre ella, no tiene esa altura que pretende mirarla, con aire de perdonavidas, por encima del hombro...»¹²⁵.

Esa que es una reflexión muy al margen de los métodos y contenidos habituales no ha estado exenta de duras críticas, siendo especialmente atinadas las de autores que, como Thomas Mann, le han profesado un gran respeto. Para él, la relación que Nietzsche establece entre la vida y la moral es «enteramente falsa tratándolas como si fueran antítesis. Vida y moral van juntas. La ética es apoyo a la vida, y el hombre moral es un buen ciudadano de la vida»¹²⁶. Sea como fuere lo más correcto es enmarcar esa idea de Nietzsche en su declarado intento de autosuperación de la moral por la veracidad¹²⁷.

¹²⁴ NIETZSCHE, F., *Crepúsculo de los ídolos*, op. cit., «La moral como contramateria» 4 y 5, pp. 56 y 57.

¹²⁵ SAVATER, F., «Cincuenta palabras de Federico Nietzsche», op. cit., pp. 174 y 175.

¹²⁶ MANN, T., *Schopenhauer, Nietzsche, Freud*, op. cit., p. 116.

¹²⁷ NIETZSCHE, F., *Así habló Zaratustra*, op. cit., pp. 20 y 160.

Y es ahí donde encontraremos que entre la vida como voluntad de poder y el poder que ha podido decidir qué moral dirimirá dónde termina el bien y empieza el mal, aparece el Derecho, pero: ¿cuál es su papel? «El Derecho, dice Nietzsche, es la voluntad de eternizar una eventual relación de poder. Por eso la paz es la condición previa. Todo lo que es venerable está llamado a mostrar al derecho como lo eterno»¹²⁸. Con arreglo a ello, se comprende al Derecho como una manifestación pactada y detenida, en cierto modo y medida, de la voluntad de poder.

Pero no, no hallamos aquí una visión amable o fácil del Derecho, lejos del enfoque de los racionalistas jurídicos ilustrados el Derecho no es, sin más, un «heraldo de libertad», su origen es ya muestra de la lucha de la que procede:

«La sumisión al derecho: ¡oh, con qué resistencias de la conciencia renunciaron las estirpes nobles del mundo entero a la *ven-detta* y aceptaron el poder de un derecho situado por encima de ellas! El derecho fue por mucho tiempo un *vetitum*, un sacrilegio, una novedad; surgió con violencia, como una violencia a la que uno se sometía avergonzándose de sí mismo»¹²⁹.

Concepción que tampoco evita ni remedia otras dificultades a las que, por naturaleza y función, el Derecho ha de enfrentarse puesto que la voluntad de poder es una voluntad de futuro, una voluntad de definir el futuro lo cual obliga al Derecho a permanentes ajustes, adaptaciones, reajustes y readaptaciones. Pues bien, una de sus negativas consecuencias es su dilemática sobreabundancia de reglas pues, para Nietzsche, el exceso normativo (aunque solo en parte achacable a la precisa actualización normativa) se identificaría con el declive: «Un viejo chino decía haber oído que cuando los imperios están hundiéndose cuentan con muchas leyes»¹³⁰.

Pero aún así, y pese a los posibles males derivados de esa incesante exigencia de acomodación y respuesta del Derecho a las necesidades prácticas de la moral y el poder, el poder del Derecho es el de su predictibilidad. Y en ella radica su paradójico e insustituible papel. A falta de cualquier otra predictibilidad necesitamos la que proviene de

¹²⁸ NIETZSCHE, F., *Fragmentos póstumos sobre política*, tr. J. E. Esteban Enguita, Madrid, Trotta, 2004, (Noviembre 1882-Febrero 1883), parágrafo 190, p. 162.

¹²⁹ NIETZSCHE, F., *La genealogía de la moral*, op. cit., III, 9, p. 159. Ya mucho antes, en 1872, en una de sus obras de juventud, NIETZSCHE se refería de esto modo al origen del Derecho: «Los griegos nos lo han revelado en su instinto en materia de *ius gentium*: un derecho que, también en la más madura plenitud de su moralidad y de su humanidad, no cesaba de proclamar por su bronceada boca palabras como estas: «Al vencedor le pertenece el vencido, con mujer e hijos, vida y bienes. La violencia da el primer derecho, y no hay derecho que en su fundamento no sea arrogación, usurpación y acto de violencia», *Cinco prólogos para cinco libros no escritos*, tr. A. del Río Herrmann, Madrid, Arena, 2010, III «El Estado griego», p. 28.

¹³⁰ NIETZSCHE, F., *La voluntad de poder*, op.cit., parágrafo 740, p. 494.

nuestras propias formas de organización y especialmente la del Derecho que se hace imprescindible como un ejercicio de límites y autovinculación social que trata de superar el auténtico nihilismo, el nihilismo a que nos conduciría la ignorancia de los verdaderos orígenes de nuestras formas de conocimiento.

«¿Por qué no pensar que toda unidad sea solo unidad como organización? (...) Toda unidad es unidad únicamente como organización y como estructura en la misma manera que es unidad una comunidad de seres humanos: es decir, como oposición a la anarquía atómica y, por tanto, como un modelo de hegemonía, que significa lo mismo, pero que no es uno»¹³¹.

Para Nietzsche, que ante todo fue un educador para la libertad, cuyos «libros acrecientan la independencia en el mundo»¹³², la «creación» de un sistema de ordenación mediante palabras, conceptos, seguridades y normas resultaba humano, demasiado humano incluso, pero, como él sabía, «toda verdad es curva»¹³³ y el valor de las cosas ha de ser establecido por nosotros en cada generación, a cada paso, forzados a ser creadores y creados por nuestro propio conocimiento y orden¹³⁴. Su filosofía es desafío incómodo y perenne a nociones como razón, verdad, virtud o moral entendidas desde una sola y única perspectiva, por ello más allá del fácil eslogan y del maniqueo y simplificador tópico, tal vez lo más adecuado sea seguir la recomendación de Berkowitz: «quienes tengan la valentía de sus convicciones deben probarlo valiéndose por sí mismos; quienes quieran saber si tienen el valor necesario para un ataque contra sus convicciones deben estudiar a Nietzsche»¹³⁵.

Fecha de recepción: 31/03/2015. Fecha de aceptación: 31/10/2015.

¹³¹ NIETZSCHE, F., *Ibidem*, parágrafo 554, p. 381.

¹³² ZWEIG, S., *La lucha contra el demonio (Hölderlin, Klesit, Nietzsche)*, tr. J. Verdager, Barcelona, Acanilado, 2010, p. 335.

¹³³ NIETZSCHE, F., *Así habló Zaratustra*, *op. cit.*, p. 230.

¹³⁴ NIETZSCHE, F., *Así habló Zaratustra*, *op. cit.*, p. 125.

¹³⁵ BERKOWITZ, P., *La ética de un inmoralista*, *op. cit.*, p. 14.

El «valor de la convivencia» como argumento fuerte
y débil para la prohibición del velo integral
en la jurisprudencia europea¹

*The «Value of Living Together»
as Thick and Thin Argument for the Integral Veil Ban
in the European Case Law*

Por ENCARNACIÓN LA SPINA
Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe
Universidad de Deusto

RESUMEN

Tradicionalmente, la jurisprudencia estrasburguesa ha siempre intentado justificar la prohibición del velo islámico de acuerdo a argumentos más concretos que abstractos. Sin embargo, a raíz de la última decisión de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la prohibición general del velo integral en Francia, el valor de la convivencia alcanza una amplia y preferente dimensión panaeuropea. Esta propuesta plantea una reflexión crítica sobre las «líneas de fuerza» del argumento de la convivencia en la jurisprudencia nacional y supranacional. Básicamente porque no solo

¹ Investigador postdoctoral del programa de contratos de formación postdoctoral de Ministerio de Economía y Competitividad, referencia FPDI-2013-16413. Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto I+D+i del Ministerio de Economía y Competitividad *Diversidad y Convivencia. Los derechos humanos como guía de acción*, DER 2015-65840-R (MINECO/FEDER). Y también ha sido realizado en el marco del programa Fernand Braudel-IFER (International Fellowships for Experienced Researchers) y la Comisión europea (Programme Action Marie Curie _COFUND-7ème PCRD) LabexMed, CERIC– UMR 7318 reference 10-LABX-0090.

es un concepto jurídico indeterminado que crea incertidumbre jurídica sino que también eleva el margen de apreciación de los Estados sin suficiente base probatoria.

Palabras claves: *Convivencia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, margen de apreciación, argumentos, Francia y Bélgica*

ABSTRACT

Traditionally, Strasbourg case law has always tried to justify the islamic veil ban according to more concrete reasons than abstract legal basis. However, due to the decision of the last Grand Chamber of the European Court of Human Rights about general prohibition of integral veil in France, the value of living together reaches a broad and priority pan-European dimension. This proposal raises critical remarks on the «lines of force» of living together's argument in national and supranational case law. Basically, because it is not just a vague legal concept that creates legal uncertainty but also increases the margin of state discretion without sufficient evidentiary basis.

Key words: *Living together, European Court of Human Rights, margin of discretion, arguments, France and Belgium*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. ALGO MÁS QUE CUESTIONES TERMINOLÓGICAS: CONVIVENCIA, COEXISTENCIA Y TOLERANCIA.—II. EL ALCANCE PROPULSIVO DEL OBJETIVO LEGÍTIMO DEL «VIVRE ENSEMBLE» EN FRANCIA Y BÉLGICA.—III. LA JURISPRUDENCIA ESTRASBURGUESA SOBRE LA PROHIBICIÓN DEL VELO INTEGRAL: MARGEN DE APRECIACIÓN Y/O (DE)GRADACIÓN DE ARGUMENTOS.—IV. CONSIDERACIONES FINALES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY: INTRODUCTION.—I. MORE THAN TERMINOLOGICAL QUESTIONS: LIVING TOGETHER, COEXISTENCE AND TOLERANCE.—II. THE PROPULSIVE SCOPE OF THE LEGITIMATE AIM OF «VIVRE ENSEMBLE» IN FRANCE AND BELGIUM.—III. STRASBOURG'S CASE LAW ON INTEGRAL VEIL BAN: DISCRETION AND /OR (DE)GRADATION OF ARGUMENTS.—IV. CONCLUDING REMARKS.—V. BIBLIOGRAPHY.

INTRODUCCIÓN

En la jurisprudencia europea se han presentado numerosas ocasiones para iniciar, posponer e incluso retomar el debate sobre el alcance y las implicaciones jurídicas que conlleva la prohibición del velo islámico.

mico en los distintos Estados europeos². Los motivos esgrimidos a favor de la prohibición han tenido diferente índole pues han oscilado entre los más concretos, relacionados con el orden público material, como la seguridad pública, el correcto desenvolvimiento de los servicios públicos, o la tutela de los derechos fundamentales de los demás, y en particular el derecho a la educación. Sin perjuicio también de otros de lo más abstracto, relacionados con el llamado «orden público inmaterial» que incluye la convivencia o el riesgo de generar un conflicto con los fundamentos del orden democrático-liberal occidental, entre los que están la dignidad de la mujer y la igualdad de género, la neutralidad religiosa del Estado, la necesidad de evitar la formación de sociedades paralelas o la presión social a las que conduciría el multiculturalismo, etc. Entre todos los posibles *leit motiv* que justifican una intervención normativa precisamente son estos últimos aquellos que han trascendido de forma más clara en la decisión de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos³ al no considerar la ley 2010-1192 del 11 de octubre de 2010⁴ contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

A raíz de esta decisión mediáticamente esperada como si se tratara de causar un golpe de efecto⁵, lejos de apelar a motivos de reproche jurídico concreto se ha reproducido sin más el argumento del irrefutable valor del «vivre ensemble» o en su versión inglesa «living

² Recientemente, a nivel europeo junto a las dos únicas leyes de prohibición general del velo islámico de Bélgica y Francia, en Holanda se ha presentado un proyecto de ley por parte del Gobierno de Rutte que contiene la posibilidad de imponer multas de hasta 405 euros si se portan prendas que cubran el rostro, además de que las autoridades policiales podrán pedir a quienes lleven esas vestimentas que se las quiten para proceder a su identificación.

³ STEDH de 1 de julio de 2014, (GC) *SAS v France* Application no 43835/11.

⁴ LOI n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public (JORF n°0237 du 12 octobre 2010 page 18344 texte n° 1). Art. 1 «Nadie puede, en el espacio público, llevar ropa destinada a ocultar su rostro» y art. 2 «A los efectos del art. 1, el espacio público se compone de las vías públicas y lugares destinados al servicio del gobierno público. II. La prohibición establecida en el art. 1 no se aplicará si se requiere o permite la ley o los reglamentos de la conducta, si se justifica por razones de salud o razones profesionales o si son parte de las actividades deportivas, celebraciones o eventos artísticos o tradicionales. El art. 3 «La ignorancia de la prohibición establecida en el art. 1, se castiga con una multa por los delitos de segunda clase [150 euros como máximo]. La obligación de cumplir el curso de ciudadanía mencionada en el art. 131-16 del Código Penal se podrá imponer al mismo tiempo o en lugar de la multa.» También mencionar del Código Penal francés el art. 225-4-10 «El hecho de que alguien imponga una o más personas para ocultar sus rostros por amenazas, violencia, coacción, abuso de poder o abuso de poder, debido a su sexo, se castiga con un año de prisión y € 30.000 multa. Cuando el hecho se cometa contra un menor de edad, la pena se elevará a dos años de prisión y una multa de € 60.000. ».

⁵ Sobre el trasfondo más político que jurídico *vid.* YUSUF, H., «S. A. S. v. France. Supporting «Living Together» or Forced Assimilation», *International Human Rights Law Review*, vol.3, 2014, pp.277-302. GALEMBERT, C., «Forcer le droit à parler contre le burqa: Une judicial politics à la française?», *Revue française de science politique*, vol. 64, n.4, 2014, pp. 647-668.

together». Esto es el valor de la convivencia como apuntada en la jurisprudencia constitucional belga y francesa pero con dos aportaciones: un matiz y una amplia dimensión panaeuropea. Si bien en la fundamentación jurídica ha habido una cuidada selección y descarte de los posibles fines legítimos que se podían alegar a favor de la prohibición del velo islámico, la irrupción preferente del valor de la convivencia como argumento de peso guarda la apariencia de un fuego fatuo⁶ tal y como se tratará de analizar en este trabajo.

Para ello, en un primer lugar se realizará una aproximación conceptual sobre los tres llamados conceptos-valor objeto de protección: convivencia, coexistencia, tolerancia y seguidamente se analizará el alcance relativo de tales valores como argumentos gruesos para justificar la proporcionalidad de las medidas tendentes a la prohibición del velo integral en Europa⁷. Y, asimismo se plantearán dudas razonables sobre las líneas de fuerza que presentan los mismos tanto en las sedes jurisprudenciales belga y francesa como en la jurisprudencia estrasburguesa. Aunque se incidirá precisamente en esta última que ha movilizadado la opinión pública por medio de una «falsa necesidad» de prohibir del velo integral que es, en la mayoría de las discusiones, meramente teórica a falta de un número congruo de mujeres portadoras de velos integrales que hayan presentado realmente problemas de identificación o conflictividad social.

I. ALGO MÁS QUE UNA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA: CONVIVENCIA, COEXISTENCIA Y TOLERANCIA

La interesada apelación a la convivencia como un bien jurídico a proteger en Europa plantea una cuestión terminológica básica. Como punto de partida parece fundamental discernir que se entiende por este valor y qué proyección se quiere dar en unas sociedades llamadas a ser multiculturales. La combinación de ambos vectores: significación y proyección marca la consistencia de los contornos y de los distintos tipos de razones (razones no necesariamente concluyentes o definitivas) que afectan a la permisibilidad o no de determinadas conductas en aras de la convivencia.

Si como resultado de tal combinación se identifica la convivencia con una *relación intrínsecamente armoniosa* todo se reduce a promover la existencia de una tendenciosa idealización de la armonía, dado que la convivencia implica conflicto y es también conflicto en su con-

⁶ En la literatura, es habitual la referencia al fuego fatuo que tiene a menudo un significado metafórico, describiendo cualquier esperanza o meta que guía a alguien pero que es imposible de alcanzar, o algo que uno encuentra siniestro y desconcertante.

⁷ WALZER, M.. *Thick and Thin Moral Argument at Home and Abroad*, Indiana, University of Notre Dame Press Notre Dame, 1994, p. 3.

notación positiva y negativa. No en vano en las sociedades contemporáneas la diversidad de puntos de vista o individuos es a la vez el resultado y la causa de la complejidad social. Tanto las tendencias a la integración como las tendencias hacia el conflicto van entrelazándose de forma continua, alcanzando en la sociedad contemporánea cotas desconocidas de complejidad. Una complejidad que desde el ámbito jurídico no debe reducirse como si no existiera aunque de hecho exista⁸. Básicamente por dos razones. Primero las sociedades complejas representan una multiplicidad de perspectivas no siempre coherentes entre sí, más bien casi nunca y segundo esas sociedades son jerarquizadas en base a ciertas relaciones de poder dentro de un marco de posibles intervenciones dirigidas a condicionar el campo de acciones actuales o eventuales, presentes o futuras de los sujetos. Por lo tanto, en la búsqueda de la armonía existe una lucha por el predominio de unos determinados puntos de vista sobre otros, de acuerdo con las relaciones de poder que logran imponerse frente a ciertas concepciones sobre todo del grupo porque son difundidos como «más válidos» y «más importantes» que otros considerados anómicos o ejemplos de «conductas desviadas»⁹.

Además si bien en el mundo anglosajón, «convivencia» suele traducirse por *co-existence*, este no es estrictamente un término sinonímico ya que describe una opción deliberada de «living together»¹⁰. Si lo que se salvaguarda es tanto la convivencia como la coexistencia ambas no dejan de ser matizables por cuanto la primera en función de quién la interpela puede conllevar por lo general un sentido más positivo, hasta cuando se percibe por alguna de las partes que «hay una mal convivencia» pues se está mostrando que se desea lo contrario y se debe romper dicha irreversibilidad aprendiendo «una forma al uso» de convivir. Precisamente, aquí la coexistencia entraña una ligera connotación de resignación a la hora de aceptar al otro con el que se convive no por necesidad, sino porque no hay más remedio. De este modo, el «vivre ensemble» puede llegar a compartir dos características en común con la tolerancia en su acepción tradicional: por un lado, es algo deseable y, por el otro, implica – en algún grado – una percepción más positiva porque promueve algo obviamente teniendo en cuenta la mayoría o el mayor número de miembros de la sociedad al no reconocer el sujeto tolerado como un igual. Se trata meramente de

⁸ RUIZ SANZ, M., «Sociedades multiculturales y sistemas jurídicos. Intersecciones y confrontaciones», *Derechos y Libertades*, 32, 2015, pp. 79-105, p. 92-93.

⁹ DURKHEIM, E., *La división del trabajo social*, Madrid, Akal, 1982. Por ejemplo, la anomia, en su opinión, es un indicador del bajo nivel de integración social y se produce como consecuencia de la falta de reglas morales y jurídicas que lleva aparejada la debilidad de las instituciones económicas y sociales.

¹⁰ Una expresión que ha inspirado el Informe «Living Together: Combining diversity and freedom in 21st-century», Grupo de Personas Eminentes del Consejo de Europa, Mayo de 2011. URL= <http://human-rights-convention.org/2011/05/11/living->

permitir en su sentido débil; más bien, aguantar, soportar el uso de ciertas prendas, imprimiendo un inequívoco aroma de paternalismo¹¹.

Asimismo, tanto la tolerancia en su dimensión de virtud privada como en su proyección de principio del espacio público (jurídico-político) hace difícil discernir el falsamente innovador reto de la convivencia bajo la envoltura del «vivre ensemble» pues está muy lejos de hacer frente a la relación engañosa entre tolerancia e intolerancia respecto a la diversidad. Una falacia reestructurada que encuentra su manifestación más clara en aquellas medidas y argumentos tendentes a la implacable prevención del conflicto y a la negación del reconocimiento de la autonomía del otro sin posibilidad de crear espacios de negociación o resolución en caso de conflictos o tensiones.

II. EL ALCANCE PROPULSIVO DEL OBJETIVO LEGÍTIMO DEL «VIVRE ENSEMBLE» EN FRANCIA Y BÉLGICA

En la búsqueda de objetivos legítimos y necesarios para justificar la restricción *ex lege* del velo integral en una sociedad democrática, tanto las alegaciones de los Gobiernos francés como belga recogen de forma divergente pero análoga correspondencias entre el marco normativo de la prohibición y el examen de la constitucionalidad propuesto por sus respectivos tribunales. El primero de esos objetivos es garantizar la seguridad pública (necesidad de identificar a todo individuo con el fin de prevenir los atentados a la seguridad de las personas y de los bienes y de luchar contra el fraude de identidad) y el segundo proteger los derechos y libertades de los demás a través del respeto de las exigencias mínimas de la vida en sociedad (ya que ocultar el rostro en el espacio público tiene como efecto romper la relación social y manifestar una negativa a «vivir en común»). Todo ello, sin perjuicio de la igualdad entre hombres y mujeres junto a la consideración del velo como algo deshumanizante y contrario a la dignidad humana con independencia de que su uso sea elegido o impuesto.

Por tanto, la *repetitio* de la fórmula no diluye incluso en ambas jurisdicciones nacionales la existencia de dudas razonables para basar en ella una respuesta sólida al problema de referencia. De hecho, tras la exposición argumental de ambos tribunales sobre sendas leyes de

¹¹ MANCINI, S., «Patriarchy as the Exclusive Domain of the Other: the Veil Controversy, False Projection and Cultural Racism», *International Journal of Constitutional Law*, 10, 2, 2012, pp. 411-428. Sin embargo, como advierte dicha autora con excepciones muy limitadas, sociedades liberales no consideran artículos de vestir, excepto los islámicos, una cuestión a regular judicial o legalmente (..)es probable que se perciba como la negativa de la mujer a participar según los protocolos «normales» (occidentales) de interacción con los miembros del sexo opuesto y, por tanto, como una violación de las nociones de las jerarquías de género establecidos dentro de la estructura social occidental.

prohibición y atendiendo a sus particularidades¹² son mayores las precisiones que se hacen para descartar los objetivos legítimos de la prohibición del uso, léase seguridad o salud pública, y hay menos voluntad de someter al mismo examen el argumento de la convivencia.

1. Las superficiales líneas de fuerza del Tribunal Constitucional francés

Propiamente, la dimensión inmaterial del orden público que tiene su exponente más claro en el «vivre ensemble» no ha sido explícitamente acuñada por la Corte Constitucional francesa, aunque ello no significa, que no haya sido esgrimida nunca por la jurisprudencia y por cierta doctrina francesa¹³. No en vano el Alto Tribunal francés ha llevado a cabo un control de proporcionalidad en cierto modo superficial a favor de la constitucionalidad de la ley ciñéndose a «apreciar» que de hecho la ley sí concilia los diferentes principios constitucionales y «no es manifiestamente desproporcionada» teniendo en cuenta la naturaleza de la sanción que acarrea. Al efecto desiste de apoyar su razonamiento en una concepción objetiva de la dignidad pasando a admitir sin considerar las advertencias del *Conseil d'État* que simplemente es suficiente una interpretación novedosa capaz de integrar tanto el tradicional orden público material como el entendimiento amplio del orden público inmaterial¹⁴. Por tanto, la aportación del Tribunal Constitucional tiene como objetivo dotar de una amplia sig-

¹² Son apreciables como diferencias entre el marco normativo de la ley belga y la ley francesa que esta última formula de forma general la prohibición de la ocultación del rostro en el espacio público y por lo tanto no dirigida explícitamente al velo islámico (niqab y burqa). Frente a la legislación belga, el inciso 2 del art. 2 de la Ley francesa da una especie de definición de «espacios públicos accesibles». Además, el art. 3 establece la obligación de seguir un curso de ciudadanía en lugar de o en combinación con la multa. Sin embargo, la diferencia más importante con la ley belga es que establece un delito por las personas (esposos, tíos, hermanos, etc.) que obligan a una mujer a llevar un velo que cubre la cara y castiga este delito con sanciones.

¹³ Vid. Exposé des motifs du projet de loi n.º 2520 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public «manifestation communautariste d'un rejet de valeurs de la République (...) porteuse d'une violence symbolique et déshumanisante, qui heurte le corps social». Entre otras citas a filósofos como Elisabeth Badinter «une automutilation sociale», «la rupture du pacte social» «une fin de non recevoir à tout échange humain» o Emmanuel Lévinas «le visage et l'expression de l'humanité». Vid. La visión crítica de CHAMPEIL-DESPLATS, V., «Laïcité et liberté religieuse en France: aux sources de la loi interdisant la dissimulation intégrale du visage dans l'espace public», *Revista de Derecho del Estado*, n.º 29, 2012, pp. 51-72, p. 70-71.

¹⁴ Conseil constitutionnel français, decisión n.º 2010-613 DC 7 octobre 2010, «la prohibición de cubrirse el rostro en el espacio público no puede causar daño indebido al art. 10 de la Declaración de 1789, que restringe el ejercicio de la libertad religiosa en los lugares de culto abiertos al público». Vid. sobre una visión crítica de no ser un «pouvoir contre-majoritaire» FATIN-ROUGE STÉFANINI MARTHE *et al.*, «Jurisprudence du Conseil constitutionnel Octobre 2010-mars 2011», *Revue française de droit constitutionnel*, 3, n.º 87, 2011, pp. 547-559, p. 551.

nificación a aquello que puede ser catalogado como orden público inmaterial, a sabiendas que su intangibilidad permite una mayor apertura cognoscitiva sobre un concepto ya de por sí excesivamente vago. Esto es, aquello que puede ser abarcable dentro del orden público inmaterial solo puede ser limitado por el agente emisor/receptor de esa acción cognoscitiva y no viceversa.

Para ello, resulta inevitable o ineludible la asociación del orden público inmaterial con la llamada «base mínima de exigencias recíprocas para la vida en sociedad» que también se presta a fáciles confusiones con el orden moral, por muchos deslindes trazados frente la misma. Así pues como apunta Areces si bien es cierto, que esta noción no ha tenido una consagración jurídica, tampoco se puede decir que carece de todo efecto, en la medida que ella tiene rango constitucional formando parte de la expresión «Moralité publique»¹⁵. Esta concepción del orden público inmaterial como base de las exigencias fundamentales está fuertemente anclada en la tradición jurídica francesa y en el bloque constitucional correspondiendo en cualquier caso al legislador definir los límites de las normas sin las cuales la vida social se presume imposible. Desde esta perspectiva paternalista o moralista, se considera que el hecho de ocultar la cara en público de manera permanente es manifiestamente contrario a la base mínima de las exigencias recíprocas necesarias para la vida en común, es decir, al orden público inmaterial que se incardina en el «interés general» o el «interés público» de dicha sociedad que no sería otro que el de la mayoría. Ahora bien, los indicativos que denotan la manifiesta contrariedad de llevar cubierto el rostro con el cumplimiento de las mínimas exigencias sociales así planteados son absolutos a diferencia de lo que ocurre con los rebatidos motivos de seguridad y salud pública donde es necesaria la existencia de un grave peligro para ser objetivamente razonada la medida prohibitiva¹⁶.

Por tanto, la manifiesta contrariedad a una comunidad de valores prestablecidos deviene un elemento suficiente de alteración de unas bases mínimas exigibles por lo que no consiente modulaciones o apreciaciones posibles sobre la intensidad o gravedad dañina de dicha medida. Eso sí, causar daño no es razón suficiente, sino solo necesari-

¹⁵ Entre otros puntos de conexión quizás forzada a este conjunto de reglas comunes sería la llamaba «Société» en el sentido de art. 5 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano 1789, que establece: «La loi n'a le droit de defendre que les actions nuisibles à la Société»; en 1848, se le dió el nombre de «Fraternité», noción que figura todavía en la actualidad en el art. 3 de la Constitución francesa de 1958, tanto en su preámbulo, como en art. 72-3. ARECES PIÑOL, T. «El tribunal europeo de Derechos Humanos valida la ley francesa que prohíbe el burka en los espacios públicos», *Revista General de Derecho canónico y eclesiástico del Estado*, n.º 37, 2015, pp. 1-59.

¹⁶ En Alemania, por ejemplo en esta línea el First Senate of the Federal Constitutional Court Order of 27 January 2015 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10 indica que no debe ser un daño abstracto sino constituir un daño específico que altere la paz en la escuela o ponga en duda la neutralidad el estado.

ria, porque no siempre que se causa un daño a otro tenemos una razón concluyente para interferir en la libertad del sujeto. Algo que ocurre de forma análoga con otras prácticas consideradas dañinas que generan rechazo¹⁷ o son una «amenaza» para el *status quo* de la sociedad.

2. Las matizables líneas de fuerza del Tribunal constitucional belga

De igual modo, en Bélgica¹⁸, el otro país parte del Consejo de Europa que ha impuesto una prohibición similar respecto a la prohibición del velo¹⁹ también su Alto Tribunal en 2011 rechazó los recursos de inconstitucionalidad subrayando que el uso de tales prendas sí constituye un obstáculo para los derechos de las mujeres a la igualdad y a la dignidad pero especialmente en su fundamentación hace una especial reiteración del peligro que esta conlleva en el desenvolvimiento de las condiciones necesarias para la vida en común. Respecto a la dignidad no la identifica con la autodeterminación moral de la persona en base a la cual la misma entra en su esfera de libertad disponer sobre su imagen sino como un componente más del orden público que limita el ejercicio de los demás derechos por medio de la «la valoración de un proyecto de vida digno»²⁰. Ahora bien, a diferencia de su homólogo francés sí se pueden extraer mayores aseveraciones sobre el valor del «vivre ensemble» en la Sentencia del Tribunal Constitucio-

¹⁷ JOPPKE, C., TORPEY, J.: *Legal integration of Islam. A transatlantic comparison*, Cambridge, Massachusetts, London, Harvard University Press, 2013, p. 31.

¹⁸ *Loi visant à interdire le porte de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage* de 1 de junio de 2011 (Moniteur Belge num. 2011000424), en su art. 2 establece una nueva penalización, un delito penal, a través de la adición de un nuevo artículo en el Código Penal. Contrariamente a las ordenanzas municipales locales que establecieron una sanción administrativa, la nueva ley es, por tanto exigible a través de una sanción penal. El primer inciso del art. 563bis del Código Penal castiga a las personas que muestran en los espacios públicos accesibles con una cara totalmente o parcialmente cubierto u oculto que son irreconocibles y no identificable. Por lo tanto, se impone una sanción pecuniaria de 15 hasta 25 euros y además de la pena prisión de un día hasta siete días, o una de estas penas exclusivamente. El segundo inciso fija una excepción para dos categorías de personas. La primera categoría es la de las personas irreconocibles que aparecen en los espacios públicos accesibles con una cara totalmente o parcialmente cubierta o escondida de acuerdo con las normas laborales. Y la segunda categoría son las personas que aparecen en los espacios públicos accesibles con una cara totalmente o parcialmente oculta con el permiso de una ordenanza de la policía a causa de las festividades.

¹⁹ La Cámara de representantes del Parlamento belga aprobó el 29 de abril de 2010 un proyecto de Ley prohibitivo del uso del velo integral en espacios públicos. Sin embargo, la disolución de las Cámaras en mayo de 2010 hizo que el proyecto quedase pendiente de aprobación por el Senado. Tras la celebración de las elecciones, ambas cámaras lo retomaron y lo aprobaron con un texto casi idéntico el 1 de junio de 2011, entrando en vigor el 13 de julio con su publicación oficial en Le Moniteur Belge.

²⁰ Conseil d'Etat, arrêt n.º 85699, de 29 de febrero de 2000.

nal belga de 6 de diciembre de 2012²¹ que se pone abiertamente en relación con el deber de sociabilidad inherente a los sujetos de derecho en una sociedad democrática. Al efecto, cabe destacar cómo el interés radica casi exclusivamente en elevar la individualización de las personas por el rostro a la categoría de valores y principios necesarios para la convivencia social o como parte de un mandato que se dirige a los poderes públicos para salvaguardar la capacidad de los individuos para relacionarse de forma autónoma.

Bajo esta lógica, el grado de convivencia de una sociedad dada está directamente vinculada a la capacidad de individualización de las personas que forman parte de la sociedad o a la disposición a convivir y la solidaridad²². Así se sostiene que la correlación entre individualización y convivencia social puede decaer en caso de generalización de las características individuales de las personas pues como hilo conductor invisible la autonomía también se truncaría y ésta debe ceder ante la heteronomía social. No es tanto un temor a la globalización que impregna las relaciones de poder y convivencia en las sociedades actuales sino más bien el temor a la extensión de una determinada «marca» cultural que resta capacidad o autonomía al individuo por lo que transmite o se entiende que transmite.

Precisamente, aquí se deriva la falsa dicotomía entre intereses colectivos e individuales en el libre desarrollo de la personalidad²³, si bien la interdicción de ciertas prácticas con la finalidad de evitar la afectación de determinados derechos individuales no debe conllevar la prohibición generalizada de todas las restricciones internas, ni mucho menos reducir las protecciones externas que una política multicultural pluralista defiende. La voluntad de llevar el velo objeto de controversia según los extremos del caso no solo es atribuible a su condición de individuo libre sino también en su condición de miembro de un grupo con el que se representa o le une vínculos espirituales o simbólicos. De acuerdo a ello, no necesariamente debe verse reducida su capacidad de autonomía ni pertenencia ciudadana si decide no llevarlo o viceversa. Un símbolo polisémico o signo identificativo compartido por varios miembros de un grupo no puede por sí mismo

²¹ Cour constitutionnel belge, arrêt n.º 145/2012, 6 décembre 2012.

²² RUIZ RUIZ, J. J., «El debate en torno a la prohibición general del velo integral islámico en el espacio público y los problemas de su legitimidad constitucional», en ALAÉZ DEL CORRAL, B.; RUIZ RUIZ, J. J., *Democracia constitucional y prohibición del velo islámico en los espacios públicos*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014, pp. 123-243, esp. p. 202 como justificación legítima de la prohibición es la moral pública, el marco delimitado por el mínimo ético de una determinada conciencia social donde se pretende garantizar el desenvolvimiento de la interacción individual.

²³ MARSHAL, J., «S. A. S. v France: Burqa Bans and the Control or Empowerment of Identities», *Human Rights Law Review*, 0, 2015, pp. 1-13, esp. p. 4 y 9 «This conclusion effectively bulldozes a right to personal identity unless that identity is acceptable and permissible in the eyes of the majority. Yet, the concept of the rights and freedoms of others is given no analysis».

anular la capacidad de individualización y por ende de autonomía de los sujetos si no hay la voluntad o acción por parte del sujeto en ese sentido y también la misma acción o voluntad por parte de la sociedad de acogida. De hecho, sería más bien la capacidad de desarrollo y/o capacidad de elección como recuerda Amartya Sen²⁴ aquella que definiría la persona como sujeto de derechos y no tanto la elección o renuncias implícitas a llevar una determinada prenda o conducta social. En definitiva, desde la interacción social como premisa comunicativa se promueven más bien unas supuestas relaciones de incompatibilidad con el propósito de elevar la convivencia a «valor fundamental o intangible de una sociedad democrática», incluso confiriéndole naturaleza de «derecho natural de la democracia».

Sobre estas bases construidas más en asunciones y menos en argumentaciones, el modelo belga al igual que el francés confiere al «vivre ensemble» un gran relieve o innecesaria preponderancia –si así se comparte– dentro de los fundamentos del sistema democrático dado que se abstiene de especificar en qué forma las exigencias de la vida en comunidad estarían comprendidas en segundo rango con la defensa del orden o la protección de los derechos y libertades de los demás, algo que el Tribunal Europeo sí trataría con dudoso éxito de motivar.

III. LA JURISPRUDENCIA ESTRASBURGUESA SOBRE LA PROHIBICIÓN DEL VELO INTEGRAL: MARGEN DE APRECIACIÓN Y/O (DE)GRADACIÓN DE ARGUMENTOS

Si bien tal y como se ha tratado de advertir hasta hora, la noción de *vivre ensemble* ha tenido ya un recorrido nacional de cierto relieve pues basta recordar el papel del Estado francés y belga al respecto, no se puede decir lo mismo en la jurisprudencia estrasburguesa que siempre que ha habido ocasión hasta la sentencia del 1 de julio de 2014 ha tratado de rehuir por medio del margen de apreciación esta resolución de conflictos religiosos o culturales. Especialmente si se recuerda que no sería la primera vez en la que ante un conflicto religioso o cultural con incidencia en el orden moral mayoritario de un Estado, el efecto balsámico del *laissez faire* de cada Estado no ha sido capaz de evitar tensiones irreconciliables²⁵ o agravios comparativos entre otras partes implicadas. Es con esta sentencia donde se puede advertir realmente un cambio de estrategia –aunque puede ser un «false friendly»– en la fundamentación de los derechos protegidos si se reconsideran en clave retrospectiva algunos de los extremos de su evolución jurisprudencial en las últimas décadas.

²⁴ SEN, A., *Desarrollo y Libertad*, Barcelona, Planeta, 2000.

²⁵ Por ejemplo, basta recordar el caso *Lautsi and others v. Italy* sentencia TEDH de 18 de marzo de 2011 (Application no. 30814/06).

Desde finales de los años ochenta coincidiendo con la legislación francesa sobre la prohibición de símbolos religiosos ostensibles en las escuelas públicas de secundaria, el debate sobre el uso del velo no integral había girado principalmente entorno al principio de laicidad y los límites del derecho de libertad religiosa. Sin embargo, esta línea jurisprudencial no era de amplio alcance como bien apunta Aláez por varias razones. Primero, eran prohibiciones de velos no integrales, (chador, el Hijab) que dejan el rostro visible no permitiendo la extrapolación de los razonamientos jurídicos a la prohibición del velo integral por tratarse de prohibiciones parciales y circunscritas a contextos específicos, como el escolar, el de los controles de identidad, la protección de la salud, etc.. Y, por último las prohibiciones del uso del velo islámico examinadas por el Tribunal de Estrasburgo se venían refiriendo mayoritariamente a contextos en los que las mujeres que llevan el velo o el pañuelo se encontraban en una relación de sujeción especial, bien por desempeñar una función educativa o bien por encontrarse en el centro escolar en una relación educativa²⁶.

Por consiguiente, en Estrasburgo antes y después del caso *SAS c. Francia* ya existía una amplia discusión sobre el alcance real o culturalmente necesario de las respectivas restricciones fundadas en motivos presuntos de seguridad, laicidad, salud pública o respeto al orden público. No en vano en la mayoría de las ocasiones que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁷ había tenido que perfilar la interpretación del contenido de la libertad religiosa, se había mostrado extremadamente casuístico a la hora de elaborar su fundamentación salvo en contadas ocasiones²⁸. Esto es así que en el caso con

²⁶ ALÁEZ CORRAL, B., «Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa», *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, 2011, pp. 483-520, esp. p. 488 señala la neutralidad/laicidad de la educación pública (STEDH de 15 febrero de 2001 Dahlab v. Switzerland, (application 42393/98 F. J.1.^o), la satisfacción del derecho a la educación (SSTEDH de 4 diciembre de 2008 Kervanci v. France (application n. 31645/04) y Dogru v. France (application no. 27058/05)) la protección de la seguridad pública ante la amenaza del terrorismo (STEDH de 11 de enero de 2005 Phull v. France (application 35753/03)), la protección de la salud TEDH Ebrahimián c. France (application 64846/11) 26 de noviembre de 2015, etc.

²⁷ Ya se había pronunciado sobre prohibiciones de uso de símbolos religiosos en las escuelas públicas, impuestas al personal docente (STEDH de 15 de febrero de 2001 Dahlab v. Switzerland [Dec], appl. 42393/98; STEDH de 24 de enero de 2006 Kurtulmu v. Turkey [Dec], appl. 65500/01) en su mayoría a los alumnos y estudiantes entre otras (STEDH de 11 de octubre de 2005 Leyla Sahin v. Turquía [GC], appl. 44774/98); STEDH de 24 de enero de 2006 Köse and others v. Turkey [Dec], appl. 26625/02; STEDH de 12 de abril de 2008 Kervanci v. France, appl. 31645/04; STEDH de 30 de junio de 2009 Aktas v. France [Dec], appl. 43563/08; STEDH de 30 de junio de 2009 Ranjit Singh v. France [Dec], appl. 26625/02); y sobre la obligación de aparecer con la cabeza descubierta en las fotos de identidad para su uso en documentos oficiales (STEDH de 6 de noviembre de 2007 Mann Singh v. France [Dec], appl. 24479/07).

²⁸ El Tribunal también había examinado dos demandas en las que los individuos se quejaban de las restricciones impuestas por sus empleadores sobre el uso de una

mayores paralelismos llegaría incluso a mantenerse *inter partes* en la singular sentencia del 23 de febrero del 2010 con el caso *Arslan and others v. Turkey*. La Corte en tal ocasión había considerado la aplicación de una pena por el uso de ciertas prendas con connotación religiosa en las cercanías de una mezquita como una violación de la libertad religiosa siempre y cuando su único fin legítimo fuera «la voluntad de hacer respetar los principios laicos y democráticos invocados por Turquía»²⁹. Sin duda, al igual que la convivencia, el respeto de los principios laicos y democráticos constituye un valor positivo o políticamente correcto al que nadie salvo los perjudicados por la medida, generalmente una minoría, se puede oponer si obstaculiza su libertad religiosa.

Sin embargo, como corolario de esta miscelánea de casos, bien en la fundamentación de los votos disidentes o de las partes, no tardaría en tomar fuerza un posible argumento a favor de una prohibición más amplia: la igualdad sexual, la dignidad y la opresión de las mujeres. Es sobre este punto como sostiene Morondo desde una crítica feminista³⁰ donde ni la doctrina ni la jurisprudencia han sabido dar pasos decisivos en dicha dirección puesto que antes y después de la decisión del velo integral se encuentran polarizados o en un punto de no retorno.

Por una parte, se sostiene que si el velo integral es una práctica patriarcal que afecta al principio de igualdad, entonces tiene que estar prohibido mientras que por otra parte según la doctrina y los organismos internacionales³¹ si la prohibición general afecta a una práctica

cruz colgada al cuello (STEDH de 15 de enero de 2013 *Eweida and others v. United Kingdom*, (applications nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10) encontrando violación a la libertad de religión en una de ellas, parr. 94 porque «una saludable sociedad democrática necesita tolerar y sostener el pluralismo y la diversidad, pero también por el valor para un individuo que ha hecho de la religión un eje central de su vida, de poder comunicar esa creencia a otros».

²⁹ EDWARDS, S. S. M., «No Burqas We're French! The Wide Margin of Appreciation and the ECtHR Burqa Ruling», *Denning Law Journal*, vol. 26, 2014, pp. 246-260. BURGOURGE-LARSEN, L., «Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme» (janvier-julliet) *AJDA*, n. 31, 2014, pp. 1763-1773. *Vid.* otros casos ante la corte sobre manifestación de símbolos religiosos o manifestaciones de intolerancia: Cour EDH, 2^o Sect. 24 juillet 2012, *Fáber c. Hongrie*, Req. n^o 497/09, Cour EDH, 23 février 2010, *Ahmet Arslan et autres c. Turquie (Requête no 41135/98)* Cour. EDH, 8 octobre 2008, *Vajnai c. Hongrie*, (Requête no 33629/06).

³⁰ MORONDO, D., «El principio de igualdad entre mujeres y hombres frente a la prohibición del velo islámico integral», *Anuario de filosofía del derecho*, n. 30, 2014, pp. 291-307, esp. p. 303-304 sobre la los límites a la posibilidad de renunciaciones individuales al principio de igualdad «otra cosa diferente sería pretender que el Estado asuma u otorgue reconocimiento político o jurídico a estas «renunciaciones» personales más o de los miembros de un grupo al que pertenezco; no podemos pensar que un reconocimiento como ese por parte del Estado no alteraría el significado del principio de igualdad».

³¹ La opinión de la Comisión Nacional Consultiva de Derechos Humanos «sobre el uso del velo integral» 21 de enero 2010; Resolución 1743 (2010) y la Recomendación 1927 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre el islam, islamismo e islamofobia en Europa del 23 de junio 2010; *Observación general del Comité*

religiosa voluntariamente realizada, entonces hay que negar que afecte al principio de igualdad sexual, para que reciba protección como ejercicio de un derecho fundamental. De este modo, la proyección dada deviene algo meramente superficial siendo uno más de los argumentos que albergan limitaciones como los tradicionales motivos de seguridad y orden público que sí podían ser cuestionados. Aquí, la apelación a la igualdad sexual se mueve por el interés de dar cuantitativamente un sumatorio de argumentos a favor de la prohibición pero menos por el interés de buscar argumentos de calidad para justificar la prohibición. Esta errónea selección de argumentos ha hecho decaer toda credibilidad en la voluntad de imprimir mayor reflexión a la interseccionalidad o transversalidad de la discriminación por género en casos de coacción real de sus portadoras. Esto es, en términos de examen de las debidas garantías exigibles para el disfrute pleno de todas las niñas y mujeres, de todas las culturas y religiones, de sus derechos a la educación, al trabajo, a participar y de ser representado.

Como acertadamente señala Morondo un posible argumento grueso como la igualdad sexual se ve descartado de partida sin mayores disquisiciones para proteger en última instancia la autonomía personal de las portadoras de los velos integrales cuya afectación *a priori* parece incompatible con el principio de igualdad. Así aunque en apariencia puede percibirse un claro cambio de estrategia al menos a nivel del lenguaje bajo una envoltura *political correct* no es suficiente por sí mismo para descatalogar aquellos argumentos débiles como es el valor de la convivencia que adquieren mayor fuerza si cabe porque convierten la renuncia o las limitaciones voluntarias al ejercicio de ciertos derechos derivados de la igualdad bien en una voluntaria disidencia o bien en una manifiesta conducta asocial, conflictiva e intolerante con el resto de la sociedad.

«Vivre ensemble» como argumento débil a favor de la prohibición del velo integral.

Una parte importante de la decisión del Tribunal supranacional en el caso *SAS c. Francia*, a diferencia del Alto Tribunal belga radica en la concepción paternalista y colectiva de los derechos fundamentales³². La misma se centra en descartar uno de los objetivos por los cuales se aprobó la ley como es el mantenimiento de la seguridad pública, tranquilidad, salubridad y moralidad ciudadana. Esto

de Derechos Humanos n.º 22 sobre el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión), adoptada el 20 de julio de 1993 y por último Observación general N.º 28 sobre el artículo 3 (igualdad de derechos de hombres y mujeres), adoptadas 29 de marzo 2000:

³² DELGRANE, X., EL ERHOUIMI, M., «Pour vivre ensemble, vivons dévisagés: le voile intégral sous le regard des juges constitutionnels belges et français», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, N.º 99, 2014, pp.639-667, pp. 642-649.

es, hace en primer lugar una gradación de objetivos legítimos que pueden esgrimirse a favor de la prohibición del velo integral para a continuación por medio del único de ellos considerado «salvable», la convivencia, secundar una apresurada degradación de posibles argumentos.

El denominador común entre el mantenimiento de la seguridad pública, tranquilidad, salubridad y moralidad ciudadana implica que todos ellos en mayor o menor medida están subordinados a mayores concreciones espacio-temporales. De ahí, que las manifestaciones exteriores de la libertad religiosa, ejercidas en espacios públicos, solo requieren ciertas limitaciones o contenciones si resultan imprescindibles para hacerlas compatibles con los derechos de aquéllos que nos rodean: es decir, que su ejercicio no menoscabe los componentes del orden público, ya citados. En definitiva, un entendimiento de la cláusula de orden público material coherente con el principio general de libertad o derecho a ser un *outsider* por parte de las portadoras del velo integral obliga a considerar que, como regla general la prohibición, solo cabe cuando se ha acreditado realmente la existencia de un peligro cierto para la seguridad, la salud o la moralidad pública, tal como han de ser entendidos en una sociedad democrática».

Por tanto, las molestias, sensibilidades o incomodidades personales, todos ellos exponentes de un dictado del sentimiento popular sin indicios de peligrosidad no pueden limitar la libertad religiosa o derecho de llevar una prenda que no deje visible el rostro sin vulnerar el principio constitucional de proporcionalidad o contravenir una necesidad social imperativa para una sociedad democrática.

Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto al fin perseguido de «hacer más fácil la convivencia» por medio de la prohibición, del que es factible deducir como sostiene Camarero que el Tribunal ha llevado a cabo «como mínimo una interpretación extensiva de los derechos y libertades de los demás dado que no se puede hablar de una dislocación argumentativa como tal»³³. El punto de inflexión en la decisión del Tribunal de Estrasburgo queda marcado por la elevación del derecho de los demás a límite preventivo de determinadas conductas en el espacio público, incluso si comprime el ejercicio de ciertos derechos. No se hace un examen exhaustivo ni se concretan cuales son los derechos y libertades en juego, aquí la explicitud de la justificación como elemento imprescindible para la licitud convencional de las injerencias en la libertad de manifestación de las creencias religiosas, es

³³ Una visión crítica de este argumento en CAMARERO SUÁREZ, V., ZAMORA CABOT, F. J., «La sentencia del TEDH en el caso S. A. S. c. Francia: un análisis crítico», *Revista General de Derecho Canónico y eclesástico del Estado*, n.º 37, 2015, pp. 1-38. OLMEDO PALACIOS, M., *La sentencia del TEDH en el asunto S. A. S. c. Francia (G. C)*, núm.43835/2011, ECHR 2014, sobre la prohibición del velo integral en lugares públicos, recogido en <http://www.juecesdemocracia.es/pdf/03sep14sentencia.pdf>

innecesaria porque esa referencia a los demás se reduce más bien a «de los más»³⁴. La convivencia así entendida viene a regular los derechos de los demás no como límite intrínseco de derechos convencionales, sino como un fin en sí mismo o su globalidad, pues el bien jurídico protegido es la convivencia (incluso) forzada como necesidad primaria y esencial³⁵.

Así se proyecta en abstracto una cláusula preventiva a modo de tratamiento de choque frente a eventuales riesgos o posibles daños de desconocido alcance o envergadura que en su expresión máxima o abstracta son ciertamente infinitos o ínfimos³⁶, máxime si en tal caso la convivencia se convierte en el mayor peligro u obstáculo para el ejercicio del derecho de libertad de los «outsiders». Por así decirlo, el engarce de los derechos y libertades de los demás excluye necesariamente los otros que no forman parte del todo ante la necesidad de responder como sea a la generalización de un posible «pánico moral»³⁷.

Una interpretación que se ha hecho a costa de las que libremente asumen el uso del velo y de lo que se ha defendido como la existencia de un derecho individual a la libertad de vivir al margen de la sociedad. Es decir, al derecho a constituirse, según afirma el voto disidente³⁸, en *outsider*, un derecho cuya aceptación pone de relieve un alto y muy deseable grado de madurez en una sociedad democrática. Para ello, la decisión del Tribunal de Estrasburgo se basa en un discurso argumentativo débil en un doble sentido: en primer lugar, por cuanto considera justificada y correcta la limitación de un derecho protegido por el Convenio, partiendo de la protección de un valor no expresamente definido en el mismo aunque «latente». Y, en segundo lugar, lo hace auspiciando un amplio margen de apreciación garantizando al Estado una posible limitación de la libertad religiosa expresamente no consignada en el art. 9.2, ni fácilmente deducible de «los derechos y libertades ajenos».

³⁴ Comité de Derechos Humanos de la ONU para el seguimiento del Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su Comunicación CCPR/C/82/D/931/2000 (Raihon Hudoyberganova contra Uzbekistan) de 18 de enero de 2005.

³⁵ SOLANES CORELLA, A., «Límites a los derechos en el espacio público: mujeres, velos y convivencia», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 31, 2015, pp. 62-91, p. 65.

³⁶ Un ejemplo de ello, es la ficción recreada en la publicación del libro Michel Houellebecq *Soumission* en enero 2015, que pese a las lecturas proféticas o apocalípticas que se quieran hacer de su obra no deja de ser una ficción literaria.

³⁷ Entre otros, NUSSBAUM, M. C., *The new religious intolerance: overcoming the politics of fear in an anxious age*, Cambridge, Mass., Belknap Press of Harvard University Press, 2012, p. 86 y ss. BURCHARDT, M., MICHALOWSKI, I., *After integration. Islam, conviviality and contentious politics in Europe*, Wiesbaden, Springer Vs, 2015, p. 25 y ss. SUSÍN BETRÁN, R., *Fronteras y retos de la ciudadanía. El gobierno democrático de la diversidad*, Logroño, Perla, 2012.

³⁸ STEDH de 1 de julio de 2014 (GC) SAS v France Application no 43835/11, pp. 63-69.

De ahí que aunque como con acierto sostienen las juezas disidentes, no existe un derecho (ni una obligación de) socializar u observar un actitud abierta a las relaciones interpersonales en el espacio público, para tal propósito se exige erróneamente la llamada *convivialité*³⁹, que no es equivalente a convivencia y menos aún al derecho a esperar esta actitud de los demás. Y ello incluso si este comportamiento sea deseable desde alguna perspectiva, no puede deducirse de texto positivo alguno su obligatoriedad jurídica como ya se apuntaba en las advertencias del Consejo de Estado francés.

En cualquier caso, pese al equívoco conceptual, no hay espacio para la discusión sobre cómo la convivencia forzada sí pone en riesgo el derecho a la privacidad de cada individuo que convencionalmente protege el derecho a no relacionarse ni comunicarse con otros, y la libertad de expresión el de no compartir e incluso atacar las costumbres de la mayoría y el derecho a actuar (y ser) diferente. No en vano, el Tribunal simplemente ampara la decisión de la mayoría de la sociedad de primar sus valores cualitativamente y cuantitativamente de mayor relieve (que supuestamente exigen la posibilidad de interacción visual, *face to face*, de los individuos) sobre el estilo de vida y la vestimenta religiosa de la minoría o de aquellos que disientan sin coacciones. A tal efecto, toma prestado del informe realizado por el Consejo de Estado francés⁴⁰, la dimensión inmaterial del orden público que engloba el «vivre ensemble» entendido como una base mínima de exigencias recíprocas y de garantías esenciales del contrato social. Estas implican en la República francesa desde el momento que una persona está en un lugar público, en sentido amplio, que no puede negar «estéticamente» su pertenencia a la sociedad, ocultando su cara a los otros así como que debe impedirse por ser incompatible con la sociedad francesa o más bien con las formas de comunicación o interacción social de la mayoría o tradicionales en dicha sociedad. Una especie de prohibición de alterar o modificar de forma sustancial el «skyline» léase la panorámica estética de una sociedad dada visto desde fuera y no desde dentro de la misma.

Desde esta perspectiva, el Estado francés entiende que protege una –añadiría única– forma valiosa de interacción entre los individuos volviendo así sorprendentemente la expresión del pluralismo así como también de la tolerancia y del espíritu de apertura de las posibles por-

³⁹ ILLICH, I., *La convivialité*, Paris, Seuil, 1973, p. 13 se presenta como un modo de ser, un modo de relación con los otros «l'ensemble des rapports entre les personnes et leur environnement d'autre part» ou «la capacité d'une société à favoriser la tolérance et les échanges réciproques des personnes et des groupes qui la composent». Sobre la convivencia *vid.* TOURAINE, A., ¿Podemos vivir juntos? Iguales y diferentes, Madrid, PPC Editorial, 2004.

⁴⁰ Conseil d'Etat de France «Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral, rapport adopté par l'Assemblée générale, le 25 mars 2010. Existe también una traducción al español de Enrique Guillén López en *Videtur Quod: Anuario del pensamiento crítico*, N.º 1, 2009, pp. 78-118.

tadoras del velo. Sin embargo, la cuestionable opción pluralista que defiende el Gobierno difícilmente se ajusta con lo que propiamente entraría en los postulados de las políticas de reconocimiento pluralista pues raramente puede ser considerada como propiamente intercultural, cuando existen limitaciones significativas. Ni mucho menos ese frenesí selectivo puede ser la huella de un pluralismo limitado, que apele a la existencia de limitaciones significativas derivadas de la protección superior de un «cuerpo mínimo de valores compartidos» o del denominado «patriotismo constitucional»⁴¹. Máxime si como ocurre en este caso la primera de estas tesis no puede dar más de sí que un limitado margen de tolerancia extremadamente resbaladizo hacia ciertas prácticas estigmatizadas no permite construir la convivencia social desde esos «valores compartidos». Mientras la segunda puede ver cercenadas también las posibilidades de construir una sociedad auténticamente intercultural o con espacios de interacción si no hay voluntad de crear espacios de diálogo para los otros.

Así pues, parece que la cuestión de la aceptación o no del uso del velo integral en el espacio público constituye la elección de un tipo de sociedad léase moral o ideal aunque más bien insisto lo es de una forma de «convivialité» y, por lo tanto, es inevitable conceder una importancia particular al «patrón de casa» que toma las decisiones en el ámbito nacional con la ayuda de un amplio margen de apreciación al efecto con independencia de existencia de daño tangible a otros entendido como la acción que tiene como consecuencia invadir los derechos de los otros⁴².

No obstante ello, para las juezas disidentes hay otra inconsistencia en lo tocante a la interpretación de estos valores: la aceptación de un código de vestir religioso bajo un enfoque integrador o asimilacionista. Esto es siguiendo los postulados de políticas multiculturales no pluralistas al uso que se basan en el principio de no reconocimiento basado en la hegemonía de la identidad nacional mayoritaria –étnica, constitucional, etc⁴³. Los mecanismos negacionistas de la pluralidad abarcan desde demandas de sumisión o de asimilación buscando la represión de la diferencia o la incorporación de los desiguales al grupo culturalmente dominante, hasta argumentos burdos –cuando los hay– basados en el respeto del orden público o la legitimidad derivada de la necesidad de asegurar la cohesión social o incluso, a veces, muy sibilamente, la promoción de la igualdad y el respeto de los derechos individuales. Desde y con diferentes espesores se enhebran formas de intervención represivas o asimilacionistas informadas por los principios y la cultura del grupo dominante, tendentes a anular de modo

⁴¹ HABERMAS, J., «Patriotismo constitucional», *La inclusión del otro*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 120.

⁴² MILL, J. S., *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 2005.

⁴³ TAYLOR, CH., *Multiculturalism. Examining the Politics of Recognition* (Ed. e intrd., A. Gutmann). Princeton, Princeton Univ. Press, 1994.

coercitivo o a través de políticas de integración, respectivamente, las diferencias culturales y a erradicar las prácticas tradicionales de los grupos minoritarios o no hegemónicos.

Por tanto, según el voto disidente, este es el motivo por el que la demandante considera que el legislador francés limita el campo del pluralismo en la medida que la prohibición impide a determinadas mujeres expresar su personalidad o expresarse libremente⁴⁴ en sus convicciones llevando el velo integral en público. Desde este punto de vista, esta prohibición total podría ser interpretada como un signo de un pluralismo selectivo y de tolerancia limitada presuponiendo que es algo que todos los integrantes de la sociedad francesa han decidido «sacrificar» de acuerdo con las normas dominantes y convencionales. Ahora bien, si bien tal decisión estatal puede tener respaldo en la legitimación del poder como aceptación del sistema (jurídico-político) por parte de sus miembros, que ven en sus normas y reglas pautas adecuadas de comportamiento. Sin embargo, esta no es sinónima de su posible legitimidad entendida como las razones o valores que justifican tanto la autoridad o la capacidad del poder para dictar normas y exigir obediencia, como los criterios que justifican la aceptación voluntaria de un orden jurídico por parte de sus destinatarios.

El Tribunal claramente ha evocado sin perjuicio de amplias maticaciones, los riesgos que imprime el deber del Estado de promover una tolerancia mutua entre grupos diferentes olvidando que «el papel de las autoridades no consiste en eliminar la causa de las tensiones suprimiendo el pluralismo –léase *a fortiori* apoyando la sumisión– sino velar para que estos grupos concurrentes o coexistentes se toleren –convivan– los unos a los otros». Hay razones para entender que prohibiendo el velo integral, el legislador francés ha hecho exactamente lo contrario y el Tribunal europeo lo ha zanjado por temor a posibles efectos colaterales. No en vano lejos de intentar garantizar la convivencia o la controvertida tolerancia entre la gran mayoría y una pequeña minoría, ha prohibido –por ser más sencillo a corto plazo pero no a largo– aquello que es visto *a priori* como un factor de tensión, aunque quizás potencialmente ni empíricamente lo sea⁴⁵.

⁴⁴ En la teoría de la lucha por el reconocimiento de Honneth, la formación de nuestra identidad depende del desarrollo de la autoconfianza, la autoestima y el amor propio. Estos son adquiridos y mantenidos intersubjetivamente, a través de la obtención del reconocimiento por otros a quienes también se reconoce. HONNETH, A., *La sociedad del desprecio*, Madrid, Trotta, 2011.

⁴⁵ Si bien no son muchos los estudios empíricos que se han realizado entre otros el citado en la propia sentencia del Tribunal de Estrasburgo BREMS, E., JANSSENS, Y., LECOYER, K., OUALD CHAIB, S. AND VANDERSTEEN, V., *Wearing the Face Veil in Belgium; Views and Experiences of 27 Women Living in Belgium concerning the Islamic Full Face Veil and the Belgian Ban on Face Covering*, Research Report, 2012, disponible en: www.ugent.be/re/publiekrecht/en/research/human-rights/faceveil.pdf. Esta autora concluye por ejemplo que son más bien «los otros» quienes no quieren interactuar con ellas, la interacción social no puede ser unidireccional por regla general.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

De todas las posibles acepciones del vocablo convivencia en todas ellas se presume un sincronismo de acuerdos comunes, en donde múltiples perspectivas son puestas en juego como aporte a los valores del grupo o colectivo que convive (o que busca la convivencia). Aunque se entiende la noción de convivencia bien como un ideal social que es valorado y deseado, un deber ser y un ser, algo normativo y algo fáctico o bien como una realidad social que de hecho tiene existencia en algunos momentos históricos y presentes en determinados lugares y contextos (familiares, locales, etc). No puede dejar de ser entendida como una noción relacional procesual, cambiante y dinámica en base a la cual en caso de no poder proyectar una buena relación queda reducida la armonía a una mera coexistencia estática. Esto es a la situación existente o a la coincidencia en el tiempo y en el espacio de grupos o colectividades diversas, de ahí que pese el «buenismo» del fin perseguido cuando se apuesta presuntamente por la convivencia se hace más bien por el «vivre ensemble» –aunque se añade «sotto voce»– mejor «séparément».

Por tanto, si se trata de recoger unas notas conclusivas sobre las inconsistentes líneas de fuerza del argumento «vivre ensemble», es posible afirmar que sin duda al final pudo más preservar todo margen de apreciación sobre la interpretación de conceptos relativos al orden público o a la moral pública y en menor modo una vez más probar a superar la debilidad argumentativa de algunos reproches jurídicos al uso que se siguen reproduciendo.

En primer lugar, la convivencia es un concepto jurídicamente indeterminado que no recibe sanción directa como derecho fundamental en ningún artículo del Convenio, ni en ningún texto semejante pese a las pseudometafísicas asociaciones de los tribunales belga y francés con las propias exigencias mínimas o fundamentos democráticos. Desde el punto de vista axiológico es un valor ambiguo y difuso no positivado, que sin dificultad se identifica de forma automática con el estilo de vida o la moral de la mayoría en relación a aquellos conflictos con un fuerte componente cultural (en este caso el de tradición religiosa cristiana). Además no deja de ser un valor relacional o voluntario, cuya plena idealización implica en su beneficio el sacrificio de la libertad religiosa, el derecho a la vida privada o el derecho a llevar las prendas que se quiera de una minoría o terceros disidentes con la prohibición.

Si bien se presenta como un nuevo derecho o nuevo valor no hay una novedad conceptual sino la mera reconstrucción aparentemente renovada de la tolerancia como apéndice del ya infinito orden público. La prohibición de lo no tolerado se persigue porque es un factor de posibles tensiones pese al gran disenso europeo sobre la necesidad de legislar sobre la cuestión y también proteger con excesiva

benevolencia principios abstractos acuñados desde la realidad de algunos Estados europeos con mayor bagaje migratorio⁴⁶. Sobre este punto, la dimensión panaeuropea aportada por el Tribunal Europeo refuerza las dudas razonables sobre la supuesta exportabilidad de una noción que no solo no es definida en propiedad por el propio Gobierno francés o belga que son los defensores acérrimos de esta medida sino que tienen como fin defender un modelo de sociedad querido incluso, llegado al extremo por medio de la imposición del mismo. Por ello, llegados a este punto cabe plantearse si difícilmente una convivencia forzada sigue siendo armoniosa o conforme a los principios materiales del Estado de Derecho que abogan por preservar a toda costa sociedades no veladas. Máxime si con ella no es posible controlar cualquier abuso de posición dominante, pues la armonía así entendida en la democracia solo se limita a apoyar a la mayoría y deja de perseguir como ideal el trato justo a la persona perteneciente a la minoría.

En segundo lugar, en esta lógica, la irrupción del valor de la convivencia en la construcción argumentativa del Tribunal de Estrasburgo como jurisdicción supranacional adquiere bajo mi punto de vista tintes de argumento fatuo (en su acepción de necio o poco inteligente) y aparentemente inocuo. Se niega que se adopta desde la imposición o asimilación reconduciéndola al interés común porque no se quiere contravenir las pautas mínimas prefijadas de convivencia que instaura el ordenamiento jurídico de la sociedad de acogida. En esta disyuntiva, hay más interés por encajar la afirmación de principios o valores abstractos que por apreciar la necesidad y la proporcionalidad de las medidas con incidencia directa en un marco de convivencia armoniosa. Para ello innecesariamente se ha acentuado el rol de decisión nacional que le corresponde al Estado sobre la prohibición del velo y la elección de un modelo de sociedad determinado transformando así un argumento débil como la convivencia en un argumento grueso e irrefutable. Queda así demostrado que no hay argumentos débiles o de peso más allá del amplio paraguas del margen de apreciación si se trata de cuestiones que afectan al modelo de sociedad que se persigue como ideal.

En otro orden de cosas, por último es oportuno volver a cuestionar la verdadera voluntad de cumplir con la función pacificadora, de garantía del orden y la tranquilidad que promueve el fin legítimo esgrimido. Realmente, «vivre ensemble» es el fin en sí mismo de la prohibición del mismo modo que el legislador es consciente que la existencia de conflictos y de comportamientos derivados no es del todo eliminable. Ello no deja de ser un ideal en neta contradicción con lo que se pretende alcanzar en diferentes grados. Por ello, se

⁴⁶ Sobre una perspectiva comparada *vid.* ALAEZ DEL CORRAL, B., RUIZ RUIZ, J. J., *Democracia constitucional y prohibición del velo islámico en los espacios públicos*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014, pp. 123-243.

trata de reflexionar si el Derecho así como la justificación de la necesidad del mismo desempeña «una función integradora irénica, portadora de paz o por el contrario desempeña una función polemógena». Es decir fomenta los conflictos en lugar de calmarlos, atenúa las desigualdades sociales o más bien consagra y refuerza la estratificación existente, absorbe o rechaza los conceptos y valores de sistemas normativos colaterales es decir convive con estos sistemas o los combate⁴⁷.

Asimismo, respecto a la función integradora social si bien es una cuestión pacífica a nivel doctrinal que el derecho puede contribuir más si cabe a hacer menos frecuentes los conflictos sociales⁴⁸, si las medidas sancionatorias son abiertamente preferentes no es posible atribuirle la voluntad de promocionar un punto de encuentro o convivencia. Al contrario, la intervención del derecho se aleja de resolver el conflicto y restituir el equilibrio inicial pues el férreo sistema jurídico implementado no consigue pese a su ejemplar contundencia lo que la regulación normativa trata de evitar: la no convivencia o lo que es más deficitario en sociedades multiculturales su integración social en clave de igualdad en derechos⁴⁹.

De este modo, queda excluida o descartada cualquier capacidad de resolución del conflicto así como la adhesión a valores comunes y «buenos» comportamientos considerados deseables para el conjunto social. La activación de mecanismos alternativos de consenso e integración ni tan siquiera son considerados en caso de fracaso porque la prohibición es sinónimo de éxito incluso ante la existencia de daños colaterales que podrían derivarse. Lo que queda bastante claro es que la noción de convivencia implica la necesidad de sucumbir una minoría a las preferencias de la mayoría poniendo en peligro toda esperanza de una sociedad verdaderamente liberal. Ni los derechos de los demás pueden estar omnipresentes en todo espacio público bajo el apéndice del «vivre ensemble», justificando así la prohibición general del uso del velo islámico integral, pues eso equivaldría a que fuesen derechos absolutos. Ni ningún derecho o renuncias a derechos son ilimitadas en un Estado de Derecho, sino que todos se ven afectadas recíprocamente. Si realmente se persevera en que haya seguridad y una buena convivencia el cumplimiento de las leyes y regulaciones (acuerdos) sería una forma legítima en términos de legitimidad, pero debido a que «los demás» (para esta perspectiva) tienden a moverse por sus intereses más que por razones, la ape-

⁴⁷ FERRARI, V., *Derecho y sociedad. Elementos de la sociología del derecho*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2006, pp. 45-48.

⁴⁸ DE LUCAS, J., «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 VVAA, *Inmigración e integración en la UE. Dos retos para el siglo XXI*, Bilbao, Eurobask, 2011, pp. 11-92.

⁴⁹ SOLANES, CORELLA, A., «Human rights and Conflicts in European Multicultural societies», *Migraciones Internacionales*, vol. 7, núm. 1, 2013, pp. 70-100.

lada interacción social no dejará de ser más que una estrategia de las posibles: esto es, para el otro, rival, contraparte o enemigo cultural todo vale si no se alteran las relaciones de poder o jerarquías sociales dadas.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALÁEZ CORRAL, B., «Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa», *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, 2011, pp. 483-520.
- ALAEZ DEL CORRAL, B., RUIZ RUIZ, J. J., *Democracia constitucional y prohibición del velo islámico en los espacios públicos*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014, pp. 123-243.
- ARECES PIÑOL, T., «El Tribunal europeo de Derechos Humanos valida la ley francesa que prohíbe el burka en los espacios públicos», *Revista General de Derecho canónico y eclesiástico del Estado*, n.º 37, 2015, pp. 1-59.
- BREMS, E., «Face Veil Bans in the European Court of Human Rights: The Importance of Empirical Findings», *Journal of Law and Policy*, 22, 2014, pp. 517-551.
- «Equality problems in multicultural human rights claims: the example of the Belgian “burqa ban”» in VAN DEN BRINK, M. BURRI, S. AND GOLDSCHMIDT, J., *Equality and Human Rights: Nothing But Trouble?*, Utrecht, University of Utrecht, Netherlands Human Rights Institute, SIM special 38, 2015, pp. 67-85.
- BREMS, E., JANSSENS, Y., LECOYER, K., OUALD CHAIB, S. AND VANDERSTEEN, V., *Wearing the Face Veil in Belgium; Views and Experiences of 27 Women Living in Belgium concerning the Islamic Full Face Veil and the Belgian Ban on Face Covering*, Research Report, 2012, disponible en: www.ugent.be/re/publicrecht/en/research/human-rights/faceveil.pdf.
- BURCHARDT, M., MICHALOWSKI, I., *After integration. Islam, conviviality and contentious politics in Europe*, Wiesbaden, Springer Vs, 2015.
- BURGOURGE-LARSEN, L., «Actualité de la Convention européenne des droits de l’homme» (janvier-juillet) *AJDA*, n. 31, 2014, pp. 1763-1773.
- CAMARERO SUÁREZ, V., ZAMORA CABOT, F. J., «La sentencia del TEDH en el caso S. A. S. c. Francia: un análisis crítico», *Revista General de Derecho Canónico y eclesiástico del Estado*, n.º 37, 2015, pp. 1-38.
- CHAMPEIL-DESPLATS, V., «Laïcité et liberté religieuse en France: aux sources de la loi interdisant la dissimulation intégrale du visage dans l’espace public», *Revista de Derecho del Estado*, n. 29, 2012, pp. 51-72.
- DELGRANE, X., EL ERHOUMI, M., «Pour vivre ensemble, vivons dévisagées: le voile intégral sous le regard des juges constitutionnels belges et français», *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, N. 99, 2014, pp. 639-667.
- DE LUCAS, J., «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 VVAA, *Inmigración e integración en la UE. Dos retos para el siglo XXI*, Bilbao, Eurobask, 2012, pp. 11-92.

- DURKHEIM, E., *La división del trabajo social*, Madrid, Akal, 1982.
- EDWARDS, S. S. M., «No Burqas We're French! The Wide Margin of Appreciation and the ECHR Burqa Ruling», *Denning Law Journal*, vol. 26, 2014, pp. 246-260.
- FATIN-ROUGE STÉFANINI MARTHE *et al.*,; «Jurisprudence du Conseil constitutionnel Octobre 2010-mars 2011», *Revue française de droit constitutionnel*, 3, n. 87, 2011, pp. 547-559.
- FERRARI, V., *Derecho y sociedad. Elementos de la sociología del derecho*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2006.
- GALEMBERT, C., «Forcer le droit à parler contre le burqa: Une judicial politics à la française?», *Revue française de science politique*, vol. 64, n. 4, 2014, pp. 647-668
- GUILLÉN LÓPEZ, E., «Informe del Consejo de Estado francés relativo a las posibilidades jurídicas de prohibición del uso del velo integral», *Videtur Quod: anuario del pensamiento crítico*, n. 1, 2009, pp. 78-118.
- HABERMAS, J., «Patriotismo constitucional». *La inclusión del otro*, Barcelona, Paidós, 1999.
- HONNETH, A., *La sociedad del desprecio*, Madrid, Trotta, 2011.
- JOPPKE, C., TORPEY, J., *Legal integration of Islam. A transatlantic comparison*, Cambridge, Massachusetts, London, Harvard University Press, 2013.
- MANCINI, S., «Patriarchy as the Exclusive Domain of the Other: the Veil Controversy, False Projection and Cultural Racism», *International Journal of Constitutional Law*, 10, 2, 2012, pp. 411-428.
- MARSHAL, J., «S. A. S. v France: Burqa Bans and the Control or Empowerment of Identities», *Human Rights Law Review*, 0, 2015, pp. 1-13.
- MILL, J. S., *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 2005.
- MORONDO, D., «El principio de igualdad entre mujeres y hombres frente a la prohibición del velo islámico integral», *Anuario de filosofía del derecho*, n. 30, 2014, pp. 291-307.
- NUSSBAUM, M. C., *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*, Princeton, Princeton University Press, 2004, pp. 149-194.
- *The new religious intolerance: overcoming the politics of fear in an anxious age*, Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 2012.
- OLMEDO PALACIOS, M., *La sentencia del TEDH en el asunto S. A. S. c. Francia (G. C), núm.43835/2011, ECHR 2014, sobre la prohibición del velo integral en lugares públicos*, recogido en <http://www.juecesdemocracia.es/pdf/03sep14sentencia.pdf>
- RUIZ RUIZ, J. J., «El debate en torno a la prohibición general del velo integral islámico en el espacio público y los problemas de su legitimidad constitucional», en ALAEZ DEL CORRAL, B., RUIZ RUIZ, J. J., *Democracia constitucional y prohibición del velo islámico en los espacios públicos*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014, pp. 123-243.
- RUIZ SANZ, M., «Sociedades multiculturales y sistemas jurídicos. Intersecciones y confrontaciones», *Derechos y Libertades*, 32, 2015, pp. 79-105, p. 92-93.
- SEN, A., *Desarrollo y Libertad*, Barcelona, Planeta, 2000.
- SOLANES, CORELLA, A., «Human rights and Conflicts in European Multicultural societies», *Migraciones Internacionales*, vol. 7, núm. 1, 2013, pp. 70-100.
- «Límites a los derechos en el espacio público: mujeres, velos y convivencia», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 31, 2015, pp. 62-91.

- SUSÍN BETRÁN, R., *Fronteras y retos de la ciudadanía. El gobierno democrático de la diversidad*, Logroño, Perla, 2012.
- TAYLOR, CH., *Multiculturalism. Examining the Politics of Recognition* (Ed. e intrd., A. Gutmann). Princeton. NJ: Princeton Univ. Press, 1994.
- TOURAINÉ, A., *¿Podemos vivir juntos? Iguales y diferentes*, Madrid, PPC Editorial, 2004.
- YUSUF, H., «S. A. S. v. France. Supporting «Living Together» or Forced Assimilation», *International Human Rights Law Review*, vol.3, 2014, pp. 277-302.
- WALZER, M. *Thick and Thin Moral Argument at Home and Abroad*, Indiana, University of Notre Dame Press Notre Dame, 1994.

Fecha de recepción: 31/03/2015.Fecha de aceptación: 31/10/2015.



El derecho a la intimidad:
de la configuración inicial a los últimos desarrollos
en la jurisprudencia constitucional¹

*The Right to Privacy:
From the Initial Configuration to the Latest
Developments in Constitutional Jurisprudence*

Por JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN
Universidad de la Rioja

RESUMEN

La intimidad es cada vez más un bien socialmente valorado en las sociedades desarrolladas. Eso ha motivado, primero, su reconocimiento como derecho fundamental, especialmente, a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos. En el caso del ordenamiento jurídico español, a raíz del art. 18 de la Constitución. Y, segundo, un aumento de las reclamaciones de protección del derecho ante el Tribunal Constitucional. En este artículo, se analiza la doctrina elaborada por la jurisprudencia constitucional en torno al derecho a la intimidad personal y familiar. Previamente, se realizan algunas consideraciones conceptuales sobre la intimidad y sobre otros aspectos relacionados con los derechos de la personalidad. Finalmente, se muestran y comentan los desarrollos y variaciones realizadas por el Tribunal Constitucional en los últimos quince años.

Palabras clave: Intimidad, inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones, derechos fundamentales, libertad de expresión, Constitución española.

¹ Este artículo se ha elaborado gracias al apoyo de la Red El tiempo de los Derechos, el grupo Consolider HURI-AGE y el conjunto de Universidades que los componen.

ABSTRACT

Privacy is increasingly a socially valued commodity in developed societies. This has led, firstly, to its acknowledgement as a fundamental right, especially after the Universal Declaration of Human Rights and in the case of the Spanish legal system, based on article 18 of the Constitution. Secondly, to an increase in claims for protection of this right before the Constitutional Court. This article analyses the doctrine established by constitutional jurisprudence on the right to personal and family privacy. We first analyse several conceptual considerations on privacy and on other aspects pertaining to personality rights. Lastly, we set forth and comment the developments and changes made by the Constitutional Court in the last fifteen years.

Key words: Privacy, inviolability of the home, secrecy of communications, basic rights, freedom of speech, Spanish Constitution

SUMARIO: 1. LA INTIMIDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL.-1.1. *Concepto y positivación del derecho fundamental a la intimidad.*-1.2. *El derecho a la intimidad en el sistema constitucional español.*-2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.-3. LOS ÚLTIMOS DESARROLLOS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.

SUMMARY: 1. PRIVACY AS A FUNDAMENTAL RIGHT.-1.1. *Concept and positivization of the fundamental right to privacy.*-1.2. *The right to privacy in the Spanish constitutional system.*-2. THE RIGHT TO PRIVACY IN CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE.-3. LATEST DEVELOPMENTS IN CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE.

1. LA INTIMIDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL

1.1 **Concepto y positivación del derecho fundamental a la intimidad**

La configuración jurídica de la intimidad es relativamente reciente. El primer texto que reconoce y positiva el derecho a la intimidad personal y familiar es la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, en su art. 12. Después de este texto, vendrán otros, especialmente, en el ámbito nacional, en el que las diferentes constituciones elaboradas con posterioridad a esa fecha recogen el testigo de la Declaración Universal. También otros textos, en el ámbito internacio-

nal, seguirán la senda marcada por Naciones Unidas. Así, el art. 8.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 1950. El art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 acabará por consagrar el reconocimiento de la intimidad como derecho fundamental en el ámbito internacional². Asimismo, otros textos y tratados internacionales, en la fase de especificación de los derechos fundamentales, han reflejado la creciente relevancia de la intimidad en las concepciones contemporáneas sobre la sociedad y el orden mundial³.

Por lo tanto, el derecho fundamental a la intimidad tiene este origen cercano y, sin embargo, se le considera uno de los derechos y libertades perteneciente a la primera generación, es decir, la que surge en los primeros momentos de la lucha por los derechos y que obtendría su reconocimiento y positivación en las declaraciones de derechos que surgieron con las revoluciones burguesas. En suma, la generación de derechos que se consolida con el Estado liberal de Derecho. Con todo, más allá de estas disquisiciones históricas y de los debates teóricos suscitados, lo cierto es que, por su filosofía, sus funciones y los objetivos de este derecho, no puede dudarse de que forma parte de este conjunto de libertades fundamentales vinculadas muy estrechamente a la persona y a la concepción civil y política de la ciudadanía. No solo eso, sino que, en los últimos tiempos, debido especialmente al desarrollo tecnológico, la protección del derecho a la intimidad y al haz de derechos que lo constituyen ha adquirido una mayor relevancia social y, por tanto, jurídica, que, incluso, supera a otras libertades individuales tradicionalmente mucho más importantes.

Esta creciente relevancia en el ámbito del Derecho refleja, en realidad, la fuerza expansiva y el dinamismo consustancial al concepto mismo de intimidad. S. D. Warren y L. D. Brandeis, cuando esbozaron en 1890 una primera definición del derecho a la intimidad, no

² La transcripción del articulado citado es, por su naturaleza, prolija. El art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, especifica: «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques». En términos muy similares se pronuncia el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, aunque añade la prohibición de las injerencias «ilegales» y no solo las «arbitrarias». Igualmente, en el ámbito europeo, el art. 8.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 1950, dispone: «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia». El apartado 2 introduce una importante precisión: «No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida» necesaria en toda sociedad democrática (TRUYOL SERRA: 1982).

³ Es el caso de la Convención de Derechos del Niño, de 1989, cuyo art. 16.1 afirma: «Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación».

podían llegar a imaginar la incidencia de la informática en la vida privada de las personas o los problemas derivados para la protección de los datos personales⁴. Su preocupación por la protección de la esfera privada surge como reacción a la intromisión de la prensa en el ámbito personal y familiar de la primera anticipando así uno de los aspectos más relevantes del derecho a la intimidad: el interés de los medios de comunicación por hacer público lo que corresponde a la vida privada. El derecho a la intimidad es concebido así como *the right to be let alone*, «el derecho a estar sólo» o «a ser dejado en paz». Entonces, se trataba de que los paparazzi no acosaran a su familia, no se entrometieran en sus fiestas privadas, en particular, en la celebración de la boda de una hija. Warren y Brandeis lograron un rápido éxito con su propuesta de reconocimiento de un derecho a la *privacy*, recogido prontamente por los tribunales americanos y después por la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En esta primera definición puede observarse la impronta liberal, propia de la primera oleada de derechos y libertades fundamentales. Se trata de proteger un espacio, en este caso íntimo, de la intromisión o injerencia de terceros, de decidir quién puede o no puede participar de las acciones, de las decisiones, de todo lo acaecido en ese ámbito que pertenece a los sujetos por el mero hecho de ser personas. «Decidir quién» y «proteger de» son dos elementos importantes de este derecho que, de esta manera, presenta la naturaleza específica de una «libertad negativa», es decir, de libertad como ausencia de coacciones externas que dificulten mis decisiones o mis acciones. O, como ya explicara I. Berlin, «ser libre en este sentido quiere decir para mí que otros no se interpongan en mi actividad» (Berlin: 1988, 193).

Pero, más allá de estas primeras precisiones, el término «intimidad» aparece como una de esas nociones básicas, objeto de múltiples controversias sobre su significado y, al mismo tiempo, fundamental en buena parte de los debates éticos, políticos, sociales y jurídicos⁵. Para empezar, no hay un único término que haga referencia a la existencia de ese espacio propio, de disfrute de libertad que quiere protegerse contra las intromisiones no deseadas. Se utiliza el de «intimidad», pero también el de «privacidad», «vida privada», «ámbito íntimo», etc. Aunque aparentemente parezca que quieren decir cosas similares, lo cierto es que con el tiempo, su uso y las consiguientes precisiones terminológicas, el significado de los diferentes términos se ha ido

⁴ L. D. BRANDEIS y S. D. WARREN, «The right of privacy (the implicit made explicit)» en *Harvard Law Review*, IV, 5, 1890, reeditado en el libro de F. SCHOEMAN (1984, 75-103).

⁵ Para una exposición sobre los diferentes significados del concepto de «intimidad» y su repercusión en el ámbito de los derechos puede verse, entre otros: CABEZUELO ARENAS (1998, 15-40), GALÁN JUÁREZ (2005, 21-40 y 129-148), LÓPEZ DÍAZ (1996, 175-179), MARTÍNEZ DE PISÓN, J. (1993, 25-83), NOVOA MONREAL (1981, 30-31), PÉREZ LUÑO (1986, 327-331) y REBOLLO DELGADO (2005, 30-140). Siguen siendo de lectura imprescindible: BEJAR, H (1988) y ARIES, Ph. y DUBY (1987).

decantando, especialmente, el que se refiere a «intimidad» y a «privacidad», este último incorporado a nuestro bagaje lingüístico como un anglicismo (Martínez de Pisón: 1996-97).

Probablemente, como ha expuesto Pérez Luño, ha sido la literatura alemana la que mejor ha explicitado la complejidad del haz de realidades que constituyen lo que llamamos intimidad (Pérez Luño: 1986, 328). Para ello, ha construido una composición de la intimidad ligada a las diferentes esferas a partir de las cuales el individuo manifiesta sus intereses personales y la voluntad de estructurar su vida. *Intimsphäre* (esfera íntima) hace referencia a lo más secreto de la persona, a lo relacionado con sus opiniones, decisiones y acciones más íntimas. Compondría una primera esfera, el círculo más cercano al individuo. *Privatsphäre* (esfera privada) constituye un segundo círculo más amplio en el que el individuo sigue ejerciendo su privacidad, su vida privada, su intimidad personal y familiar y que, por ello, quiere que esté asegurada y protegida frente a terceros. Finalmente, *Individualsphäre* (esfera individual), el último de los círculos de la intimidad antes de la vida pública, que estaría constituido por otros aspectos vinculados a la misma, como el honor y la imagen personal, que también reflejan la personalidad del individuo. Más allá de estas esferas nos encontraríamos con la vida pública, con el ámbito de las relaciones sociales, para las cuales no cabe pedir la imposición de límites a la participación de terceros.

No siempre es fácil diferenciar entre los diferentes ámbitos de las esferas de la intimidad, pues, dentro de lo que puede entenderse como una geometría variable, los contornos pueden fortalecerse o difuminarse según el supuesto concreto, los derechos o principios en conflicto, la posición social y pública del titular afectado, así como de otros condicionantes. No obstante, de alguna manera, la idea de que hay una cierta gradación de la intimidad y, por ello, una diferente protección está presente en la práctica jurídica y en las resoluciones del Tribunal Constitucional.

Muchos son, en resumidas cuentas, los perfiles y las cuestiones relacionadas con la intimidad. No son pocas las dificultades semánticas. Como rara vez están aclaradas en los textos normativos y van en aumento las reclamaciones por violaciones de la intimidad, es necesaria una labor de precisión y de análisis que deben realizar los estudiosos de los derechos fundamentales. Pocos rechazan que la definición dada por Warren y Brandeis –*the right of privacy is the right to be to alone*– sigue plenamente vigente para un núcleo importante de realidades ligadas a la intimidad, pero también es cierto que el desarrollo de la sociedad, el surgimiento de nuevos intereses, la evolución de los medios y del conocimiento científico y el uso de la informática presentan nuevos riesgos que requieren la oportuna respuesta del ordenamiento jurídico y, en particular, de los mecanismos constitucionales de protección de los derechos.

1.2 El derecho a la intimidad en el sistema constitucional español

El derecho a la intimidad personal y familiar se encuentra regulado en el art. 18 de la Constitución Española (CE) de 1978 que sigue así la estela marcada por la Declaración Universal de Derechos Humanos al recoger este nuevo derecho. En líneas generales, la doctrina se encuentra satisfecha con la regulación constitucional de este derecho fundamental, pero ello no es óbice para que se hayan puesto de manifiesto algunas serias dificultades que conciernen al conjunto de normas, a las diferentes manifestaciones y a la misma definición de este derecho. Precisamente, por ello, destaca el importante papel del Tribunal Constitucional en la aclaración de estas cuestiones, en la configuración del derecho de la intimidad y en su coordinación sistemática con otros derechos fundamentales.

La estructura constitucional del derecho a la intimidad está constituida, primero de todo, por el art. 18 que es toda una novedad en nuestra historia constitucional. En su apartado 1.º «se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen». En los apartados siguientes, se especifican alguna de las manifestaciones de estos derechos: 2. «El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin el consentimiento del titular o resolución judicial. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de los derechos». La referencia constitucional se completa con lo previsto en el art. 20.4, por el cual el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, así como la protección de la juventud y la infancia, es un límite a los derechos de ese artículo, la libertad de expresión y el derecho a la información. Asimismo, es imprescindible ligar los derechos del art. 18 con la importante declaración del art. 10.1 que fundamenta los derechos y libertades de los ciudadanos en la dignidad humana y en el libre desarrollo de la personalidad y con el 10.2 que señala que estos deben ser interpretados a la luz de los tratados internacionales.

La definición y las funciones del derecho a la intimidad no concluyen con la referencia a estos artículos de la Constitución. Las previsiones constitucionales han sido desarrolladas por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, cuyo objetivo es proteger estos derechos de las intromisiones ilegítimas, y por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, cuyo objeto es la garantía y la protección del tratamiento de los datos personales en relación con los derechos fundamentales de las personas, especialmente, con el honor y con la intimidad personal y familiar. Igualmente, en el siempre delicado asunto del trato a la infancia, resulta necesario mencionar el art. 4 de la Ley

Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en el que no solo se reconoce el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor, sino que se define la intromisión ilegítima de estos derechos y se faculta al Ministerio Fiscal para su persecución de oficio.

Con todo, la regulación del derecho a la intimidad en nuestro ordenamiento jurídico no se acaba con estas referencias. Más bien, sucede lo contrario: que existen una multitud de conexiones entre el entramado constitucional y el resto de ramas del Derecho, especialmente en materia civil, penal⁶. Y, entre otras, no es menor la estrecha relación con la seguridad ciudadana (Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana, en este momento, hay un proyecto de reforma de este texto legislativo) y la legislación sobre inmigración (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social).

Estos son, desde una perspectiva constitucional, los datos normativos más relevantes para establecer los perfiles del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Como expuse antes, si bien la doctrina recogió con satisfacción esta regulación, no por ello ha dejado de poner de manifiesto los problemas y una cierta insatisfacción. El repaso de los mismos, en verdad, no dice demasiado sobre su contenido, salvo el propósito garantista que inspira la regulación constitucional. Aunque sea brevemente, pueden enunciarse las siguientes cuestiones:

1. *Ausencia de una definición constitucional del derecho a la intimidad.*—El art. 18 CE «garantiza» el derecho a la intimidad personal y familiar, pero no define ni perfila el significado de la noción de intimidad, ni su relación con el resto de manifestaciones de este derecho tan personalísimo. Igualmente, la Ley 1/1982 de Protección Civil tampoco define lo que quiere decirse con intimidad. La cuestión no es baladí, pues no solo es clave en la garantía y protección de estos derechos, sino también en la relación con otros derechos fundamentales (libertad de expresión y el derecho a la información), con el propio desarrollo legislativo y con sus manifestaciones normativas en otros ámbitos de la vida jurídica, política y social (Fayos Gardó: 2000, 367).

Buena parte de la responsabilidad de las dificultades caen en el deber del legislador. En efecto, Fayos Gardó, al hacer balance de los veinticinco años de la Ley Orgánica 1/1982, no escatima descalificaciones hacia una ley que debía desarrollar los derechos del art. 18 CE y que no cumplió con su cometido. Desde el primer día provocó una agria polémica en que la que la ley fue señalada como «muy mala» e, incluso, hubo quien la declaró abiertamente «inconstitucional». Como apunta este autor, «omite prácticamente algún derecho, no habla para

⁶ Un listado de las conexiones entre el derecho a la intimidad y otras normas del ordenamiento jurídico pueden verse en FAYOS GARDÓ (2000, 356-362).

nada de la libertad de expresión, no tiene en cuenta la jurisprudencia anterior, ni los criterios de derecho comparado, ni diferencia bien los tres derechos. Y la solución fácil es decir que la jurisprudencia, de acuerdo con su labor integradora, suplirá o complementará según los casos. De hecho así ha sido con la protección del derecho a la intimidad» (Fayos Gardó: 2007, 7).

2. *Sobre la naturaleza singular o plural de los derechos del art. 18 CE: el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.*—Dicho de otra manera: la cuestión de si estamos ante un solo derecho, el derecho a la intimidad, con diferentes manifestaciones o ante dos o, incluso, ante tres derechos diferentes. La redacción del art. 18 de la Constitución no ayuda demasiado. Garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen dando a entender la existencia de tres derechos que se desgajan de la misma matriz. Es ésta, pues, una cuestión no exenta de polémica y la doctrina ha dado cuenta de cada uno de los argumentos a favor y en contra (Galán Juárez: 2005, 84-88, López Díaz: 1996, 28-29 Martínez de Pisón: 1993, 91 y ss., Rebollo Delgado: 2005, 188-191).

Pérez Luño entiende que la redacción en singular del art. 18 CE es un poderoso argumento en favor del «carácter unitario de la estructura del derecho» a la intimidad (Pérez Luño: 1984, 331-333). Sin embargo, muy tempranamente, otros estudiosos de este artículo de la Constitución mostraron la autonomía del resto de derechos mencionados. Así, Novoa Monreal con el derecho a la propia imagen que también reconoce la pluralidad de visiones sobre estos derechos cuando afirma: «si en la actualidad la mayor parte de los juristas reconoce en la imagen uno de los derechos de la personalidad (igual que en la voz), no son pocos los que asimilan esa manifestación de la persona a otros derechos» (Novoa Monreal: 1981, 65).

Por su parte, en relación al derecho al honor, probablemente por la tradición de la dogmática civilista y penalista, hay una mayor unanimidad sobre su autonomía e idiosincrasia. Como afirma Rodríguez Mourullo, «la CE se orienta en la dirección de un concepto normativo-personal del honor que lo entiende como parte de la dignidad de la persona, cuyo contenido aparece vinculado al efectivo cumplimiento de los deberes ético-sociales y que toma en cuenta la honra realmente merecida y no la meramente aparente» (Rodríguez Mourullo: 1991, 894). Y Gómez Pavón: «Basado el honor en la dignidad de la persona, inherente a su propia condición, no puede negarse que, de acuerdo con el texto constitucional, el ataque al honor será aquel que lo sea a esta dignidad con independencia de los méritos o deméritos o cualquier otra circunstancia» (Gómez Pavón: 1989, 25). Y concluye Novoa Monreal: «la materia de ambos derechos (honor e intimidad) es normalmente diversa, aunque eventualmente puedan someterse a idéntica reserva» (Novoa Monreal: 1981, 76).

Como ha escrito Rebollo, «nuestro constituyente no ha optado por el reconocimiento del derecho a la vida privada (*privacy*), de haberlo hecho, cabría entender como derecho a esta y manifestaciones de la misma al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Ocurre que teniendo estos tres derechos una misma fundamentación parece que esta se extiende también a sus respectivas configuraciones, lo cual no es cierto» (Rebollo Delgado: 2005, 191).

Se acepta, pues, la tesis de que el art. 18 CE regula tres derechos –el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen– que constituyen los derechos de la personalidad. Como escribió O’Callaghan, «está superada la teoría de que hay un solo derecho de la personalidad que tiene manifestaciones múltiples y entre ellas el honor, la imagen y la intimidad» (O’Callaghan Muñoz: 1991, 96). Lo que sucede es que existe entre ellos múltiples imbricaciones y que no es raro que se aleguen varios derechos –intimidad y honor o imagen–, incluso, los tres en los recursos de amparo.

En suma, estas cuestiones, la indefinición y la compleja red que se teje entre el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen –y habría que añadir el derecho a la libertad informática– obligan a una fina labor del Tribunal Constitucional para sopesar los diferentes elementos, ponderar los bienes jurídicos protegidos y, en definitiva, para elaborar y mejorar la doctrina constitucional sobre estos derechos tan personalísimos. ¡Qué duda cabe que la tarea es ardua e importante, pero, al mismo tiempo, irreproachable!

2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional, desde un primer momento, ha hecho y hace una meritoria labor en la definición de los derechos fundamentales y en la elaboración de un sistema, más o menos coherente, de derechos y libertades públicas de los ciudadanos, fijando el «contenido esencial» previsto en el art. 53.1 de la CE, así como estableciendo los mecanismos apropiados para objetivar la tarea de su realización y protección. Y su encomiable tarea ha irradiado todo el sistema jurisdiccional en el seno de un Estado social y democrático de Derecho.

Una de las piezas de este sistema han sido los derechos del art. 18 CE. De hecho, el Tribunal Constitucional se pronunció muy prontamente sobre los mismos y sobre las cuestiones antes relatadas. La doctrina constitucional sobre el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen quedó prácticamente fijada en las primeras sentencias emitidas ya en los años 80s del siglo XX, aunque no, por ello, el Tribunal Constitucional ha dejado de pronunciarse o matizar, si ha sido el caso, durante las décadas transcurridas.

Como tengo escrito en otro lugar, en relación con una de las cuestiones planteadas anteriormente, «una revisión de la interposición de recursos de amparo y de las sentencias del Tribunal Constitucional presenta un panorama en el cual prima la idea de que el derecho al honor, por un lado, tiene una autonomía más evidente y fortalecida, mientras que el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen estarían más ligados –y hay importantes declaraciones del Tribunal Constitucional que, como veremos, así hace–, aunque ello no sea óbice para que, según el caso, se esgriman independientemente unos de otros». Dicho de otra manera, «los tres aspectos de los llamados derechos de la personalidad suelen aparecer diferenciados en las resoluciones del Tribunal Constitucional; que, en todo caso, puede existir una mayor ligazón entre el derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho a la propia imagen; y que el derecho al honor encuentra su razón de ser, sobre todo, como límite de la libertad de expresión y el derecho a comunicar y a recibir información del art. 20 de la Constitución» (Martínez de Pisón: 1994, 316-318).

El punto de partida de la doctrina construida desde el primer momento por el Tribunal Constitucional se basa, al menos, en las siguientes ideas básicas: 1. los derechos del art. 18 CE son «derechos personalísimos», «derechos de la personalidad», «derechos ligados a la persona». 2. Son derechos vinculados a la dignidad humana, con lo que los conecta con el art. 10 CE y con el conjunto de tratados internacionales sobre derechos y libertades fundamentales. 3. Estos derechos implican un «espacio», un «ámbito propio y reservado». 4. Precisamente, uno de los objetivos de estos derechos es proteger ese ámbito íntimo de las «injerencias de terceros», de «intromisiones extrañas». 5. Con todo, el derecho a la intimidad no es en nuestro ordenamiento jurídico «un derecho de carácter absoluto», sino que su contenido debe responder «a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad». 6. En suma, en la labor jurisdiccional de protección del derecho a la intimidad y de los derechos del art. 18 CE, especialmente en los casos de colisión con otros derechos fundamentales, es imprescindible la realización de una «ponderación» que valore los hechos relevantes y equilibre los bienes jurídicos en conflicto.

Así, quedan reflejados en el FJ 4 de la STC 170/1987, de 30 de octubre: «Los derechos a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizados por el art. 18.1 de la Constitución, forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada. Salvaguardan estos derechos un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extraña». Y en el FJ 2 de la STC 231/1988, de 2 de diciembre: «los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar reconocidos en el art. 18 de la CE aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la dignidad

de la persona, que reconoce el art. 10 de la CE, y que implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de la vida humana. Se muestran así estos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo». Estas declaraciones quedan completadas con las afirmaciones de la importante STC 171/1990, de 5 de noviembre, en la que se matizan los perfiles del derecho a la intimidad. Según esto, la intimidad es concebida como una «realidad intangible» cuya «extensión viene determinada en cada sociedad y en cada momento histórico y cuyo núcleo esencial en sociedades pluralistas ideológicamente heterogéneas deben determinar los órganos del Poder Judicial».

No obstante, el Tribunal Constitucional insiste permanentemente en el carácter personalísimo de los derechos del art. 18 CE y, en particular, del derecho a la intimidad personal y familiar. Con ello, desvincula su configuración de una visión patrimonialista que consideraba al «ámbito íntimo» desde la perspectiva del dominio o de la idea de la propiedad perteneciente a su titular. Por el contrario, se vincula a la esfera de la personalidad individual y aparecen como una derivación de la idea de dignidad humana, recogida en el art. 10.1 CE. Así, aparece en el FJ 3 de la STC 21/1992, de 14 de febrero, cuando señala que «la intimidad personal y familiar es, en suma, un bien que tiene la condición de derecho fundamental (art. 18.1 de la Constitución) y sin el cual no es realizable, ni concebible siquiera, la existencia en dignidad que todos quiere asegurar la norma fundamental (art. 10.1). Idea que es reiterada en el FJ 1 de la STC 214/1991, de 11 de noviembre, que insiste en que «el derecho al honor y otros derechos reconocidos en el art. 18 CE aparecen como derechos vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la “dignidad de la persona” que reconoce el art. 10 CE»⁷.

Pues bien, durante los primeros diez años de trabajo, el Tribunal Constitucional creó, desarrolló y aplicó estas líneas maestras del «contenido esencial» del derecho a la intimidad a una variada gama de supuestos. Aunque sea a título de inventario, a continuación, relato una serie de casos en los que se encuentran estas ideas básicas:

a) *Intimidad corporal*. La STC 37/1988, de 15 de febrero, en su fundamento jurídico 7, considera a la intimidad corporal como una manifestación del derecho a la intimidad: «La Constitución garantiza la intimidad personal (art. 18.1), de la que forma parte la intimidad corporal, de principio inmune, en las relaciones jurídico-públicas que

⁷ Estas líneas básicas han sido reiteradas en numerosas sentencias además de las citadas: STC 73/1982, de 2 de diciembre, STC 110/1984, de 26 de noviembre, STC 143/1994, de 9 de mayo, STC 207/1996, de 16 de diciembre, STC 151/1997, de 29 de septiembre, STC 98/2000, de 10 de abril, STC 115/2000, de 5 de mayo.

ahora importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad».

b) *Inviolabilidad del domicilio*. En esta primera época, el Tribunal Constitucional se pronunció en varias ocasiones sobre la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), llegando, incluso, a tratar la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. La inviolabilidad del domicilio es también una cuestión especialmente sensible, muy ligada a la concepción de la intimidad como «ámbito protegido». Es más, aparece como la manifestación física de ese espacio⁸. De acuerdo a la STC 22/1984, de 17 de febrero, la inviolabilidad del domicilio «constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido para garantizar el ámbito de privacidad de ésta dentro del *espacio limitado* que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse por quedar *exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores* de otras personas o de la autoridad pública». Aún más, «a través de este derecho no solo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino *lo que en él hay de emanación de la persona y de la esfera privada de ella*» (cursiva del autor). «Interpretada en este sentido, la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y facultades, en las que se comprenden las de vedar toda clase de invasiones, incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos» (FJ 5).

c) *Secreto de las comunicaciones*. Según la STC 114/1984, de 29 de noviembre, «rectamente entendido, el derecho fundamental –del art. 18.3 de la Constitución– consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así –a través de la imposición a todos del “secreto”– la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje –con conocimiento o no del mismo– o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo

⁸ Son varias las STC sobre la inviolabilidad del domicilio durante los primeros 10 años de existencia del alto tribunal. Entre otras: la importante STC 22/1984, de 17 de febrero; STC 137/1985, de 17 de octubre; STC 160/1991, de 18 de julio; STC 341/1993, de 18 de noviembre. Para un desarrollo de la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional sobre la inviolabilidad del domicilio *vid.* MARTÍNEZ DE PISÓN (1993, 119-127) y (1994, 328-332) y Rebollo Delgado (2005, 367-370).

comunicado (apertura de correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo)» (FJ 7)⁹.

d) *La libertad informática*. Los constituyentes fueron sensibles a la uestión del tratamiento informático de los datos personales y de los riesgos que podían suponer para el derecho a la intimidad personal y familiar. De ahí que el art. 18.4 CE prescriba que «la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». Este mandato constitucional fue cumplido con la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal con la idea de «implantar mecanismos cautelares que prevengan las violaciones de la privacidad que pudieran resultar del tratamiento de la información» (Exposición de Motivos LO 5/1992).

En esta línea, la STC 254/1993, de 20 de julio, estableció que «el uso de la informática encuentra un límite en el respeto al honor y la intimidad de las personas y en el pleno ejercicio de sus derechos». Este límite tiene un contenido concreto: «la garantía de la intimidad adopta hoy un contenido positivo en forma de *derecho de control* sobre los datos relativos la propia persona. La llamada “libertad informática” es, así, también derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (*habeas corpus*)» (FJ 7).

e) *Conflicto de derechos*. El art. 20.4 CE establece que la libertad de expresión y el derecho a la información tienen «su límite..., especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». Desde el primer momento, el conflicto entre los derechos del art. 18 y los del 20 CE dio lugar a un buen número de recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional y, en consecuencia, a importantes pronunciamientos¹⁰. En ellos, se fueron dando los pasos de una elaborada doctrina sobre la libertad de expresión y el derecho a la información y su relación con el derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen¹¹.

Así, las primeras sentencias fundamentaron la idea de la relevancia de la libertad de expresión y del derecho a la información para el buen funcionamiento de una sociedad democrática. Como recogió la STC 104/1986, de 17 de julio, ambos derechos «no son solo derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan el recono-

⁹ Un desarrollo de la doctrina constitucional sobre el derecho al secreto de las comunicaciones en MARTÍNEZ DE PISÓN (1992, 127-135) y (1994, 332-335) y REBOLLO DELGADO (2005, 370-374).

¹⁰ Más de un tercio de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en su primer decenio de funcionamiento tienen por objeto el conflicto entre los derechos del 18 y del 20 CE. Puede verse un listado del total de sentencias en MARTÍNEZ DE PISÓN (1994, 338-340).

¹¹ Un análisis más detallado en FAYOS GARDÓ (2000, 379-423), GALÁN JUÁREZ (2005, 149-178), MARTÍNEZ DE PISÓN (1993, 136-146) y MEDINA GUERRERO (2005, 70-180).

cimiento y garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático» (FJ 5). De ahí que estén dotados de una «eficacia irradiante», «una eficacia que trasciende a la que es común y propia de los demás derechos fundamentales» (STC 107/1988, de 8 de junio).

No obstante, esta eficacia irradiante o posición prevalente «...obliga al órgano judicial... a realizar un *juicio ponderativo* a fin de establecer si la conducta del agente se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión en ejercicio de la cual ha inferido la lesión, *atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto*» (STC 104/1986, de 17 de julio, argumento reiterado en numerosas sentencias). En ese juicio de ponderación debe valorarse la existencia o no un «interés legítimo» en la información hecha pública, si, realmente, es relevante para la formación de un opinión pública libre (STC 107/1988, de 8 de junio, STC 51/1989, 172/1990, STC 20/1992, de 14 de febrero).

f) *La intimidad en los casos de relación de especial sujeción.* Durante los primeros diez años de actividad del Tribunal Constitucional, además de los supuestos ya señalados, tuvo que pronunciarse en varias ocasiones sobre casos en los que el recurrente estaba sometido a «relación especial de sujeción» con la Administración. Esta particular situación se produce, sobre todo, con la población reclusa. Lo característico de estos supuestos es que el administrado ve mermadas, sustancialmente, la esfera de garantías jurídicas frente a la Administración en virtud de la peculiar relación existente entre ambos por la cual cae bajo la potestad doméstica de esta última. En estos casos, aumenta el poder de la Administración con el objetivo de lograr lo previsto en el art. 25.2 de la Constitución.

Pues bien, en un primer momento, el Tribunal Constitucional se pronunció en varios casos sobre los derechos del art. 18 CE en relación a la población reclusa. La STC 73/1983, de 30 de julio, reconoció el derecho a la comunicación escrita y oral con sus familiares o sus abogados, salvo que esté suspendida por orden judicial o en los casos de terrorismo. «Las comunicaciones de los internos han de celebrarse respetando al máximo la intimidad», afirma esta sentencia. Otra cosa dice, sin embargo, la STC 89/1987, de 3 de junio, en relación a las «comunicaciones especiales» de los presos. Aunque el supuesto hace referencia a casos de terrorismo, el Tribunal Constitucional, de forma un tanto sorprendente, dejó sentado que «el mantenimiento de relaciones íntimas no forma parte del contenido de ningún derecho fundamental, por ser precisamente una manifestación de la libertad a secas» (FJ 2). Hubiera sido más lógico la defensa y la determinación de las relaciones sexuales como parte del derecho a la intimidad personal y familiar de todos individuos y el establecimiento de límites en los casos de los reclusos, especialmente, en las condenas por terrorismo.

3. ÚLTIMOS DESARROLLOS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

En los últimos quince años (2000-2014), el Tribunal Constitucional ha consolidado la línea doctrinal sobre el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar apuntada más arriba, lo que, sin duda, es un motivo de felicitación y de satisfacción general. Además, ha tenido reiteradamente la oportunidad de perfilar y afinar las ideas centrales sobre la misma y cabe afirmar, sin riesgo a errar, que ha mejorado sustancialmente la construcción jurídica de este derecho. Como se ha expuesto ya antes, para algunos, la doctrina del Tribunal Constitucional ha venido a resolver los problemas ocasionados por las carencias y los silencios del legislador.

Con todo, en los últimos tiempos, es posible detallar algunas claves que determinan la tendencia constitucional sobre el derecho a la intimidad. Aunque sea brevemente y a expensas de que vayan saliendo en las páginas posteriores, alguno de los aspectos más destacados en la evolución de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho fundamental a la intimidad son: 1. *Aumento de los recursos de amparo cuya demanda es la protección de los derechos del art. 18 CE*. En efecto, el creciente interés de los ciudadanos por resguardar su privacidad tiene su parangón en el número de recursos que reclaman su protección, hasta el punto de que es uno de los derechos fundamentales que centran parte de la actividad del Tribunal Constitucional. 2. *Un importante motivo de este aumento es la difícil relación entre el derecho a la intimidad, el derecho a la imagen y al honor y los derechos del art. 20 CE, la libertad de expresión y el derecho a la información*. La violación de ese espacio íntimo definido como inviolable por la jurisprudencia constitucional, así como la protección de la imagen de las personas, sigue siendo una razón alegada en permanente tensión con los derechos comunicativos¹². 3. *Además, surgen nuevos bienes o intereses ligados a la personalidad que merecen protección*. Es el caso de las reclamaciones de protección de los datos personales que se encuentran en ficheros informáticos y que han dado lugar a *la libertad informática*

¹² El interés por parte del público por determinados programas de televisión, *reality show*, *teletulias*, etc., ha hecho que en los últimos años hayan aumentado considerablemente las sentencias del Tribunal Constitucional en los supuestos de colisión entre los derechos del art. 18 CE y los del 20 CE. Sólo por citar algunas merece la pena mencionar la STC 158/2009, de 29 de junio, sobre el uso de la imagen de un discapacitado por el periódico «La Opinión de Murcia»; STC 12/2012, de 30 de enero, sobre el uso de una «cámara oculta» para desenmascarar un supuesto intrusismo profesional; STC 176/2013, de 21 de octubre, sobre la emisión en el programa «Crónicas Marcianas» de unas imágenes de un ministro y su pareja; STC 190/2013, de 18 de noviembre, sobre el programa «Aquí hay tomate»; STC 208/2013, de 16 de diciembre, sobre la emisión en el programa «Crónicas Marcianas» de una entrevista con un discapacitado; STC 7/2014, de 27 de enero, sobre la publicación en la revista «¿Qué me dices?» de fotografías de una famosa y su pareja.

(art. 18.4 CE), especialmente, relevante en las cuestiones relacionadas con la salud. 4. A su vez, la doctrina del Tribunal Constitucional encuentra un importante acomodo y fundamento en la línea jurisprudencial marcada por el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* y su interpretación del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuyo art. 8 regula el derecho al respeto a la vida privada y familiar. 5. Por último, cada vez es más patente la necesidad de recurrir al *mecanismo de la ponderación de bienes* para resolver los casos relativos al derecho a la intimidad y a la propia imagen, especialmente, en los supuestos de colisión con otros derechos y libertades. Este aspecto no deja de generar una cierta inquietud por la diversidad de valoraciones que se producen en todo el proceso jurisdiccional de protección del derecho fundamental. El proceso de ponderación, en ocasiones, da lugar a diferentes valoraciones sobre unos mismos hechos que, a su vez, puede llegar a producir diferentes resultados.

Un breve repaso a algunos supuestos y a algunas sentencias del Tribunal Constitucional permite aclarar y ahondar en estos aspectos¹³:

a) *La intimidad corporal en los casos de «relación de especial sujeción»*. La práctica de cacheos en los casos de un individuo sometido a una «relación especial de sujeción» ha dado lugar a varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional en los últimos años. Un ejemplo de ello son las STC 204/2000, de 24 de julio, STC 218/2002, de 25 de noviembre, y la STC 17/2013, de 7 de octubre. Esta última es paradigmática de la respuesta del Tribunal Constitucional en el supuesto de cacheo a un preso con desnudo integral después de efectuar una comunicación vis a vis.

La STC 17/2013, de 7 de octubre, reiterando la doctrina ya asentada en los casos de protección de la intimidad corporal, especialmente, citando la STC 218/2002, de 25 de noviembre, señala (FJ 2):

1. Que el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE) «aparece configurado como un derecho fundamental, estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin duda, de la dignidad de la persona humana que el art. 10.1. CE reconoce. Entrañando la intimidad personal constitucionalmente garantizada la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una

¹³ En los últimos quince años han aumentado considerablemente las peticiones de amparo por violación del derecho a la intimidad personal y familiar y el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de profundizar, precisar y afinar la doctrina asentada anteriormente. En la que viene a continuación, no es posible tratar todos y cada uno de los aspectos desarrollados por el alto tribunal, especialmente, en los casos de colisión con la libertad de expresión y el derecho a la información e, igualmente, en lo que afecta a la protección de datos personales. Estos son, sin duda, cuestiones muy relevantes para el derecho a la intimidad y para el sistema global de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Por ello, son objeto de un análisis más detallado que verá la luz próximamente en otros trabajos más especializados.

calidad mínima de vida humana (SSTC 231/1988, FJ 3; 179/1991, FJ 3, y 20/1992, FJ 3)».

2. Que la intimidad corporal forma parte de la intimidad personal, «de principio inmune en las relaciones jurídico-públicas que aquí importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el propio cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona. Con lo que queda así protegido por el ordenamiento el sentimiento de pudor personal,...

3. La reclusión en un centro penitenciario, además de la pérdida de libertad, supone la reducción de la intimidad, «pues quedan expuestas al público, e incluso necesitadas de autorización, muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas».

4. «Mas se ha agregado que ello no impide que puedan considerarse ilegítimas, como violación de la intimidad “aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere (STC 89/1987, FJ2)”».

5. En consecuencia, a pesar de que la autorización del cacheo fue adoptada en el marco de una relación de sujeción especial, los internos «conservan todos los derechos reconocidos a los ciudadanos por las normas de nuestro ordenamiento, con excepción, obvio es, de aquellos que son incompatibles con el objeto de detención o el cumplimiento de la condena». Las actuaciones penitenciarias, en suma, deben llevarse a cabo respetando la personalidad de los reclusos, sus derechos e intereses no afectados por la condena.

b) *El estado de salud y, por consiguiente, los informes médicos, forman también parte de la intimidad personal.* No se trata de una información almacenada en bases de datos que puedan ser más o menos accesible utilizando medios informáticos y que este uso pueda tener incidencia en la vida personal, familiar o laboral de los individuos. Por el contrario, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en los últimos años sobre supuestos en los que informes médicos, solicitados y utilizados por empresas o por la Administración sin consentimiento de los afectados, tienen consecuencias profesionales, ya sea por son la causa de despido o de jubilación por incapacidad permanente. En concreto, conviene recordar las STC 196/2004, de 15 de noviembre, STC 70/2009, de 23 de marzo, y 159/2009, de 29 de junio. Por regla general, el Tribunal Constitucional ampara a los ciudadanos cuándo éstos son sometidos a informes médicos sin autorizar la finalidad para la que van a ser utilizados. Y, lo más importante, considera que, al no ser informados y no emitir su consentimiento, se viola «el ámbito propio y reservado» protegido «frente a la acción y el conocimiento de los demás», es decir, su espacio íntimo, su intimidad.

Pues bien, en aplicación de la doctrina bien asentada sobre el derecho fundamental a la intimidad, el Tribunal Constitucional deja bien claro, en la STC 70/2009, de 23 de marzo, en la que ampara a un funcionario jubilado por incapacidad permanente por la Administración

educativa gallega, el puesto de la información sobre la salud de una persona (FJ 2):

«Dentro de ese ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás que preserva el derecho a la intimidad contenido en el art. 18.1 CE, se comprende, sin duda, la información relativa a la salud física o psíquica de una persona en la medida en que los datos que a la salud se refieren constituyen un elemento importante de su vida privada...».

Para ello, el Tribunal recurre, además, al Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH *caso Z c. Finlandia* de 25 de febrero de 1997, y caso L. L. c. Francia, de 10 de octubre de 2006):

«La información relativa a la salud física o psíquica de una persona, en suma, es no solo una información íntima (SSTC 202/1994, de 4 de julio F. 2; 62/2008, de 26 de mayo F. 2), sino además especialmente sensible desde este punto de vista y por tanto digna de especial protección desde la garantía del derecho a la intimidad... El derecho a la intimidad queda así relevantemente afectado cuando, sin consentimiento del paciente, se accede a datos relativos a su salud o a informes relativos a la misma».

Lo mismo cabe aducir en los casos de relación laboral, cuando se utiliza, sin autorización del trabajador, el reconocimiento médico de empresa para algo más que el mero análisis, como sucede cuando es utilizado como motivo de despido. Pues, como afirma en la STC 196/2004, de 15 de noviembre, «la cobertura constitucional implica que las intervenciones corporales pueden conllevar, no ya por el hecho en sí de la intervención, sino por razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se pretenda averiguar, una intromisión en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal (STC 207/1996, de 16 de diciembre, F. 3)» (F. J. 5). Para concluir que «el reconocimiento médico en la relación laboral no es, en definitiva, un instrumento del empresario para el control dispositivo de la salud de los trabajadores, como tampoco una facultad que se le reconozca para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal o similar. Su eje, por el contrario, descansa en un derecho del trabajador a la vigilancia de su salud. Un derecho que solo puede venir restringido por las excepciones enunciadas, con requisitos y límites mencionados. En suma, la regla es —y la regla tiene una clara base constitucional a tenor de la conexión íntima entre los reconocimientos médicos y derechos fundamentales como el de la intimidad personal— la conformidad libre, voluntario e informada del trabajador para la vigilancia y protección de su salud a los riesgos del trabajo» (FJ 7).

c) *El alcance del «domicilio» (18.2 CE)*. El domicilio, tras las explicaciones anteriores, parece la concreción de la idea central de la

intimidad como «espacio privado protegido de las injerencias ajenas». De ahí que no deba extrañar que haya sido necesario que, con posterioridad a la STC 22/1984, de 17 de febrero, el Tribunal Constitucional haya tenido que precisar el concepto constitucional de domicilio y, en especial, su alcance abriéndolo a ámbitos que no tienen por qué ser el de la residencia habitual de la persona titular del derecho.

Lo hizo en la STC 10/2002, de 17 de enero, en la que resolvía un recurso de amparo contra el registro policial de dos habitaciones de hotel, realizado sin autorización judicial ni consentimiento de los dos periodistas que la ocupaban. Esta sentencia marca, sin duda, una importante línea jurisprudencial en la medida en que, entre otras consideraciones, amplía el concepto constitucional de domicilio más allá del espacio físico que pueda representar la vivienda habitual de las personas. En efecto, recogiendo la doctrina ya asentada, el Tribunal afirmó que «el derecho a la inviolabilidad del domicilio protege un ámbito espacial determinado, el “domicilio”, por ser aquel en el que los individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima, siendo objeto de protección de este derecho tanto el espacio físico en sí mismo considerado, como el que en él hay de emanación de la persona y de su esfera privada SSTC 22/1984, de 17 de febrero, F5; 94/1999, de 31 de mayo, F5; y 119/2001, de 24 de mayo, F6» (FJ5).

En consecuencia, el concepto constitucional de domicilio, por un lado, no tiene por qué coincidir con la noción del Derecho privado, ni del Derecho administrativo, ni admite concepciones reduccionistas. Por otro lado, de la misma manera, no todo recinto cerrado merece la consideración de domicilio a efectos constitucionales, ni todo local al cual tenga acceso o poder de disposición su titular, al tiempo que es irrelevante la intensidad, periodicidad o habitualidad del uso privado de ese espacio (FJ6).

«... el rasgo esencial que define el domicilio a los efectos de la protección dispensada por el art. 18.2 CE reside en la aptitud para desarrollar en él vida privada y en su destino específico a tal desarrollo aunque sea eventual. Ello significa, en primer término, que su destino o uso constituye el elemento esencial para la delimitación de los espacios constitucionalmente protegidos, de modo que, en principio, son irrelevantes su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso o, finalmente, la intensidad o periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo...» (FJ7).

A efectos constitucionales, así pues, la habitación del hotel, cuando reúne las características señaladas más arriba, pueden considerarse «domicilio». El dato esencial es que, «en principio, son lugares idóneos, por sus propias características, para que en las mismas se desarrolle la vida privada...» (FJ8).

d) *Un domicilio inviolable hasta para el ruido ajeno.* El Tribunal Constitucional cumple también una función de progreso en el desarro-

llo y adaptación del ordenamiento jurídico. Así, se muestra, por ejemplo, en los casos cada vez más sensibles para los ciudadanos de contaminación acústica. Aunque denegó el amparo en la STC 16/2004, de 23 de febrero, por cuanto se cuestionaba no solo la vulneración del derecho a la intimidad, sino también el derecho fundamental a la legalidad sancionadora, sentó las bases para la consideración del exceso ruido como violación de la inviolabilidad del domicilio, en la línea de lo fijado también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

«Respecto a los derechos del art. 18 CE, debemos poner de manifiesto que en tanto el art 8.1 CEDH reconoce el derecho de toda persona “al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”, el art. 18 CE dota de entidad propia y diferenciada a los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar (art. 18.1) y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2). Respecto del primero de estos derechos fundamentales insistimos en que este Tribunal ha precisado que su objeto hace referencia a un ámbito de la vida de las personas excluido tanto del conocimiento ajeno como de las intromisiones de terceros, y que la delimitación de este ámbito ha de hacerse en función del libre desarrollo de la personalidad. De acuerdo con este criterio, hemos de convenir en que uno de los ámbitos es el domiciliario por ser aquel en el que los individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, F5; 137/1985, de 17 de octubre, F2, y 94/1999, de 31 de mayo, F5).

Teniendo esto presente, debemos advertir que, como ya se dijo en la STC 119/2001, de 24 de mayo, F6, una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida» (FJ 4).

e) *La importancia del «mensaje» en las comunicaciones.* Desde la sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, el Tribunal Constitucional ha señalado con claridad los rasgos esenciales del derecho al secreto a las comunicaciones (art. 18.3 CE). Primeramente, remarcó la diferenciación y la autonomía del ámbito de protección de este derecho en relación con el derecho a la intimidad personal (18.1 CE), que solo puede ser objeto de intervención por autorización de una resolución judicial. A su vez, determinó que el objeto directo de protección «es el secreto de la comunicación, de modo que el secreto, constitucionalmente protegido, se proyecta tanto sobre el proceso de comunicación como sobre el contenido de la misma, aunque éste no quede en la esfera de lo íntimo». Igualmente, otro rasgo esencial es que la protección alcanza a cualquier forma de interceptación mientras dura el proceso de comunicación. Y, finalmente, el derecho protege frente a cualquier persona ajena a los propios comunicantes.

Pues bien, la STC 281/2006, de 9 de octubre, introdujo un importante matiz a la doctrina asentada anteriormente. Se trataba de determinar la protección o no del secreto de un comunicación postal en la que el objeto del envío era un paquete con cocaína interceptado inicialmente por la policía británica y, al final, por la española. Dada la singularidad del objeto del envío, el Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de precisar algo más el «contenido esencial» del derecho al secreto de las comunicaciones:

«La noción constitucional de comunicación postal es, en consecuencia, una noción restringida que no incluye todo intercambio realizado mediante los servicios postales. De otra parte, ha de tenerse en cuenta que el término constitucional sea cual sea el medio a través del cual la comunicación tiene lugar –postal, telegráfico, telefónico...–; de modo que la noción constitucional de comunicación ha de incorporar los elementos o características comunes a toda clase de comunicación.

Pues bien, si el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) constituye una plasmación singular de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad que son “fundamento del orden político y de la paz social” (art. 10.1 CE), las comunicaciones comprendidas en este derecho han de ser aquellas indisolublemente unidas por naturaleza a la persona, a la propia condición humana; por tanto, la comunicación es a efectos constitucionales el proceso de transmisión de expresiones de sentido a través de cualquier conjunto de sonidos, señales o signos...

...De todo ello deriva que la comunicación es un proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas. Por tanto, *el derecho al secreto de las comunicaciones postales solo protege el intercambio de objetos a través de los cuales se transmiten mensajes mediante signos lingüísticos*, de modo que la comunicación postal es desde la perspectiva constitucional equivalente a la correspondencia» (FJ 3, cursiva del autor).

Hacía falta precisar que el derecho al secreto a las comunicaciones no protege el intercambio cualquier cosa. Sólo la comunicación tal y como hacen las persona, es decir, el objeto es el mensaje inherente a todo proceso racional y razonable de comunicación entre personas. Aún más, al ser el mensaje una parte importante del contenido de este derecho, la protección se extiende a todas las formas de expresión, ya sea a través de palabras o de otro tipo de signos o señales que componen los tipos de lenguaje que utiliza el ser humano para comunicarse. E, igualmente, es objeto de protección no solo el mensaje plasmado en papel escrito, «sino también en otros soportes que los incorporan –cintas de *cassete* o de video, CD's o CVD's, etc». De ahí que, en suma, no se proteja aquellos «continentes que por sus propias características no son usualmente utilizados para contener correspondencia individual sino para servir al transporte y tráfico de mercancías (ATC 395/2003, de 11 de diciembre, F. 3)» (FJ 3).

V. BIBLIOGRAFÍA

- ARIES, PH. y DUBY, G., *Historia de la vida privada*, trad. de Fco. Pérez, 5 vol., Madrid, Taurus, 1987.
- BEJAR, H., *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad*, Madrid, Alianza Editorial, 1988, 261 pp.
- BERLIN, I., *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 1988, 278 pp.
- Cabezuelo Arenas, A. L., *Derecho a la intimidad*, Valencia, tirant lo Blanch, 1998, 462 pp.
- FAYOS GARDÓ, A., *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, 477 pp.
- «Los derechos a la intimidad y a la propia imagen: un análisis, de la jurisprudencia española, británica y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, octubre de 2007, pp. 1-21 (http://www.indret.com/pdf/492_es.pdf).
- GALÁN JUÁREZ, M., *Intimidad. Nuevas dimensiones de un viejo derecho*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2005, 278 pp.
- GÓMEZ PAVÓN, P., *La intimidad como objeto de protección penal*, Madrid, Akal, 1989, 110 pp.
- LÓPEZ DÍAZ, E., *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*, Madrid, Dykinson, 1996, 314 pp.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Cívitas, 1993, 212 pp.
- «La configuración constitucional del derecho a la intimidad», *Derechos y Libertades*, 3, 1994, pp. 313-340.
- «Vida privada e intimidad: implicaciones y perversiones», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 13-14, 1996-97, pp. 717-738.
- MEDINA GUERRERO, M., *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, 190 pp.
- NOVOA MONREAL, E., *La vida privada y el derecho a la información*, Madrid, Siglo XXI, 1981.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Madrid, Edersa, 1991.
- ORTEGA GUTIÉRREZ, D., *Derecho a la información versus Derecho al honor*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, 231 pp.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1986, 675 pp.
- REBOLLO DELGADO, J., *El derecho fundamental a la intimidad*, 2.ª edición actualizada, Madrid, Dykinson, 2005, 466 pp.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Libertad de expresión y Derecho al Honor: Criterios jurisprudenciales para la resolución de los conflictos», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al prof. E. García de Enterría*, ed. por S. Martín-Retortillo, Madrid, Civitas, 1991, pp. 893-906.
- SCHOEMAN, F., *Philosophical Dimensions of Privacy: An Antology*, Cambridge, University Press, 1984.
- TRUYOL SERRA, A., *Los Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 1982, 374 pp.

Fecha de recepción: 31/03/2015. Fecha de aceptación: 31/10/2015.

Del sistema a la red:
la perspectiva del juez

*From System to Network:
The Judge's Perspective*

Por JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA
Universidad de Cantabria

RESUMEN

El empeño por hacer del derecho un sistema fue inseparable de la propuesta de un juez maquinal. Pero al entusiasmo de los teóricos respondía el recelo de los jueces. Siempre fueron conscientes de que su actividad no podía ser meramente reproductora. Cada vez era más difícil mantener el ideal del sistema. La misma noción de sistema se ha ido diversificando y descomponiendo. Ahora, en nuestro tiempo post-sistemático, encontramos un derecho fragmentario y policéntrico. Las decisiones no son tanto consecuencias lógicas del sistema como distintos modos de activar las posibilidades del ordenamiento. El derecho, a medida que se desdibuja como sistema, se configura como red.

Palabras clave: Sistema, red, juez, decisión.

ABSTRACT

The purpose to convert law into a system was inseparable to the proposal of a mechanical judge. But the enthusiasm of professors was followed by the suspicion of judges. They knew that their activity couldn't be merely repro-

ductive. The ideal of a system was more and more difficult to support. The same notion of system became diverse and complex. Nowadays, in our post-systematic times we find a polycentric and fragmentary law. Decisions are not to view merely as logical outcomes of the system, but as different ways to activate law's possibilities and chances. The system gets blurred and takes the form of a network.

Key words: *System, network, judge, decision*

SUMARIO: 1. PROFESORES Y JUECES.-2. PASIÓN POR EL ORDEN.-3. LA NECESIDAD DE DECIDIR.-4. JUSTICIA CAUTIVA.-5. MALESTAR SISTEMÁTICO.-6. DESBORDAMIENTO DEL SISTEMA.-7. EL JUEZ SISTÉMICO.-8. ENTRADA EN LA RED.-9. BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY: 1. TEACHERS AND JUDGES.-2. PASSION FOR ORDER.-3. THE NEED TO DECIDE.-4. JUSTICE CAPTIVE.-5. SYSTEMATIC UPSET.-6. OVERFLOW SYSTEM.-7. SYSTEMIC JUDGE 8 ENTRY INTO THE NET.-9. BIBLIOGRAPHY.

1. PROFESORES Y JUECES

Intentaré evocar, aunque sea muy rápidamente, la pequeña historia de la idea de sistema en el derecho, vista desde la perspectiva de los jueces. Una ojeada al pasado nos permite entender mejor nuestros tiempos post-sistemáticos.

Ante todo hay que tener en cuenta que la ambición de sistema ha sido siempre cosa de profesores, no de jueces. Se introdujo a través del derecho natural, por juristas especulativos que jamás habían pisado un tribunal. El teórico más influyente de la época romántica, Savigny, hizo del sistema el programa de su cátedra en Berlín. Esta palabra fue como un emblema y dio título a su gran obra: un sistema de derecho privado¹. Varias generaciones de juristas le siguieron con un entusiasmo casi fanático. Se empeñaron en hacer del derecho un sistema. En el siglo XIX el prestigio de esta noción era inmenso. Si no había sistema no había ciencia.

¹ SAVIGNY, F. C. von; *Sistema del derecho romano actual*, trad. J. Mesía y M. Poley, Madrid, Góngora, 1880, Tomo I, Cap. II, decía que «el juicio de un caso particular es de naturaleza restringida y subordinada» y tiene por base «las instituciones cuya naturaleza orgánica se muestra en el conjunto mismo de sus partes constitutivas y en sus desenvolvimientos sucesivos» (p. 66). Y «todas las instituciones de derecho forman un vasto sistema», de modo que solo «la armonía de este sistema, en donde se reproduce su naturaleza orgánica», puede «darnos su completa inteligencia» (p. 67).

Tradicionalmente el derecho se había presentado como un *corpus* (por ejemplo el *Corpus Iuris Civilis*), es decir, como un agregado de materiales heterogéneos, que se pueden clasificar por temas. Pero un sistema, como todos sabemos, es otra cosa: es una unidad lógica, compacta, perfectamente coherente. Es lo que intentó desarrollar Puchta con su «genealogía de conceptos», esquema arborescente que fue el orgullo de la dogmática decimonónica².

Con el sistema se intenta *rectificar el derecho*, enderezarlo, algo así como poner derecho al derecho. Con esta especie de juridicidad al cuadrado el pensamiento jurídico se intensifica y alcanza una penetración conceptual y una fluidez que eran desconocidas. Se logra una alta tensión que lo eleva a una potencia sin precedentes. Todo ello produce energía y contagia un tono vital vigoroso, incluso eufórico. El derecho tiene que ponerse en forma y también el juez. La sistemática es una *atlética jurídica*.

No hay que olvidar que el proyecto de sistema es inseparable de una teoría de la jurisdicción. Implica un tipo peculiar de juez: un *juez sistemático*, para el que juzgar es calcular. El juez se convierte así en una máquina calculadora diseñada para efectuar silogismos elementales, los del llamado *modus barbara*³.

Por fin sería realizable el ideal de Montesquieu de un *juez repetitivo* de las palabras de la ley, convertido en un ser inanimado⁴. La aplicación del derecho se reduce a una operación de subsunción del caso bajo la ley. El horror al libre enjuiciamiento llevó a promover un juez autómatas, que pudiera prescindir de esa facultad tan delicada llamada *juicio*, buen juicio, o capacidad de juzgar. Las máquinas no necesitan juicio⁵. Ya no hará falta que el juez sea *juicioso*.

Como podía esperarse, los jueces siempre recelaron del sistema que se promovía desde las Facultades de Derecho. No se resignaban a un modelo que les reducía a funcionarios prusianos de estricta observancia y espíritu casi militar. No querían convertirse en autómatas⁶. Sabían que no podían hacerlo.

² Cfr. LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1980, p. 41.

³ Cfr. KAUFMANN, A., *Filosofía del Derecho*, trad. L. Villar y A. M. Montoya, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 5 y 113.

⁴ Decía MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, trad. M. Blázquez y P. de Vega, Madrid, Tecnos, 1987, que «los jueces de la nación no son (...) más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes» (Libro XI, Cap. VI, p. 112).

⁵ La fascinación por los autómatas aparece ya en HOBBS, T., *Leviatán: La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, trad. C. Mellizo, Madrid, Alianza, 1989. Los «*automata*» son «máquinas que se mueven a sí mismas mediante muelles y ruedas, como sucede con un reloj» (p. 13).

⁶ Por mucho que KLEIST, H. von; *Sobre el teatro de marionetas y otros ensayos de arte y filosofía*, trad. J. Riechmann, Madrid, Hiperión, 1988, pp. 27 y ss., ensalce la belleza de los mecanismos, no podemos entregarnos a ella en el ámbito del derecho. El hombre autómatas solo es tolerable en un escenario y mientras dura la representación.

Desde su experiencia de toma de decisiones sabían que el derecho, por muy coherente que sea, aunque sea obra de juristas alemanes, no llega a ser sistema. Sabían que en su tarea suele haber algo decisivo que no puede programarse, que escapa al sistema. Sabían que un juicio no es una operación *reproductora* sino *productora*.

Si hubieran leído a Hegel lo hubieran encontrado formulado en las primeras páginas de su *Lógica*, que son de aquellos años de apoteosis y pasión sistemática. Juzgar no es calcular sino *producir un juicio*. Juzgar es *pensar*. Pero hay quienes consideran, como los niños en sus juegos, que pensar es como encajar las piezas de un *puzzle*⁷.

Los profesores de derecho, que con tanta agudeza se entregaban – como decía un fiscal escéptico– a «la filigrana del detalle nimio», perdidos en sus sutilezas, no se enteraron de que su lógica encerraba tan poco *pensamiento*⁸. La lógica sistemática funcionaba como *mitología*⁹. Se convertía además en un impulso de naturaleza narcisista. Pero nadie lo sabía. Los grandes juristas no tuvieron un psicólogo que les diagnosticara lo nocivo de su pulsión sistemática.

Sólo Ihering dio un paso adelante y se atrevió a plantear que esa lógica es enemiga de la vida, que la vida no se puede reducir a sistema, que el sistema mata¹⁰. Sentía claustrofobia, se asfixiaba con el aire enrarecido de las aulas, con esa engañosa brillantez académica que «deslumbraba» y ciega. Protestaba contra lo que llamaba «sabiduría de ateneo, jurisprudencia de escuela y producto bastardo de la erudición»¹¹. Y pagó por ello: le marginaron y no le llamaron para participar en la comisión que preparaba el código civil alemán.

Pero no estaba solo. Nietzsche denunciaba que los sistemáticos son unos farsantes¹². Ya no escribía más que fragmentos e ideas sueltas.

⁷ HEGEL, G. W. F., *Ciencia de la lógica*, trad. F. Duque, Madrid, Abada, 2011, Vol. I, crítica una lógica reducida a «cálculo carente de concepto», que procede como «eso a lo que juegan los niños: partiendo de cromos troceados en formas variadas, buscar los fragmentos que casen bien». Hay quienes piensan «de manera mecánica» y «con justicia se ha igualado por ello este pensar al calcular» (p. 202).

⁸ La expresión es de KIRCHMANN, H. von; *La jurisprudencia no es ciencia*, trad. A. Truyol Serra, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 55.

⁹ Cfr. para este enfoque LENOBLE, J. y OST, F., *Droit, mythe et raison: Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*, Bruselas, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1980. IHERING, R. von; *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. E. Píncipe y Satorres, Granada, Comares, 1998, detectaba una forma de «idolatría» (p. 1019, nota).

¹⁰ IHERING, R. von; *El espíritu del derecho romano*, cit., proclamó que «la vida no debe plegarse a los principios sino que éstos deben modelarse sobre aquélla» (p. 1020).

¹¹ *Ibidem*, p. 534.

¹² NIETZSCHE, F., *Aurora: Pensamientos sobre los prejuicios morales*, trad. G. Cano, Madrid, Biblioteca Nueva, 2000, advertía: «¡Cuidado con los sistemáticos! – Existe una gran comedia en los sistemáticos: al tener que completar un sistema y redondear el horizonte a su alrededor (...)» (318, p. 220); En ID., *Crepúsculo de los ídolos o Cómo se filosofa con el martillo*, trad. A. Sánchez Pascual, Madrid, Alianza, 1992, insiste: «Yo desconfío de todos los sistemáticos y me aparto de su camino. La

2. PASIÓN POR EL ORDEN

El sistema de los juristas, con su afán clasificatorio, respondía además a la tentación de lo inmóvil. Cada elemento tenía asignado un lugar determinado. Era un sistema estático, experto en operaciones de delimitación y sujeción. Pretendía sujetar el derecho, afianzarlo, proporcionarle anclajes, para que no se tambalee, para que no se desordene. El derecho debería quedar perfectamente cuadrículado. Se pone orden al derecho y éste se convierte realmente en «ordenamiento». Se expresaba así una actitud inmovilista.

No extraña que la pasión por el orden incrustada en el sistema derivara hacia una mentalidad ordenancista. Un componente autoritario y antipático impregnaba la excitación sistemática. Ante el sistema había que adoptar la actitud de súbdito. Con su carácter imponente, se imponía. Se presentaba como un armazón rígido y compacto, que parecía no dejar margen de maniobra. El juez tenía que convertirse en su servidor, como un oficial subordinado al riguroso cumplimiento del deber. A la coactividad propia del derecho el sistema añade, en nombre de la lógica jurídica, un régimen inflexible de pensamiento, una estricta disciplina mental. Predispone hacia una mentalidad dogmática y rigorista.

Esta visión era característica de aquellos juristas frenéticos de la universalidad decimonónica. Pero en épocas anteriores, en las que la noción de sistema ya había arraigado, las cosas fueron distintas. Por ejemplo el sistema barroco tendía al desbordamiento y funcionaba con la misma exuberancia de las cascadas en los jardines de los palacios. Invitaba a desarrollar un pensamiento casuístico, expansivo, divergente y retorcido, en el que podía haber pequeñas rupturas, giros inesperados, indecisiones y diversificaciones. La interpretación era el arte de la variación. En un sistema así cabía la interrupción, la vacilación, la sorpresa, incluso una cierta transgresión. Había lugar para la disonancia¹³.

Pero el sistema decimonónico es centrípeto, plano, implacable e inflexible. No deja de ser curioso que bajo el Antiguo Régimen

voluntad de sistema es una falta de honestidad» («Sentencias y flechas», 26, p. 33). PESSOA, F., *Libro del desasosiego. Compuesto por Bernardo Soares, ayudante de tenedor de libros en la ciudad de Lisboa*, trad. P. E. Cuadrado, Barcelona, Acontilado, 2002, se referirá a ciertos sistemas que están llenos de «trampas para la lucidez» (251, p. 269).

¹³ LEIBNIZ, G. W., *Los elementos del Derecho natural*, trad. T. Guillén, Madrid, Tecnos, 1991, planteaba la armonía como «diversidad compensada con la identidad», como «lo uniformemente desemejante». No interesa la consonancia insulsa, pues en un *sistema armónico* «la conformidad agrada si es novedosa, sorprendente e inesperada, y, por tanto, sugestiva o ingeniosa» (p. 122). Alguna idea sobre esto se obtiene leyendo a DELEUZE, G., *El pliegue. Leibniz y el barroco*, trad. J. Vázquez y U. Larrauceleta, Barcelona, Paidós, 1989, con reflexiones sobre la fluidez, la elasticidad (pp. 13 y ss.) y los puntos de inflexión (pp. 25 y ss) de aquel pensamiento.

podieran prosperar sistemas versátiles, abiertos en diversas direcciones, mientras que con el liberalismo el sistema esté fuertemente disciplinado. La libertad de la que se parte (autonomía de la voluntad para los civilistas, libre albedrío para los penalistas) será el presupuesto para una serie interminable de vínculos¹⁴. La subjetividad jurídica se transforma en una forma de sujeción.

Se dirá que con un sistema así lo que estaba en juego era la racionalidad y el freno a la arbitrariedad de otros tiempos. Pero hay muchos tipos de racionalidad. Ésta estaba al servicio de una sociedad determinada y era la que requería el sistema económico para su desarrollo. Es la peculiar racionalidad de lo que Weber llamó «dominación legal»¹⁵. El impulso sistemático no es simplemente un triunfo de la razón, sino también una forma de dominio.

Y no hay que perder de vista que se trata de una racionalidad prefabricada, preparada de antemano para que el juez no pueda *pensar*. Uno de los propósitos del sistema —ya lo hemos dicho— es hacer posible el cálculo jurídico. Pero calcular no es pensar: es solo seguir correctamente una serie de pautas predeterminadas.

Aunque pueda resultar cómodo dejar de pensar, llega un momento en que todo juez siente que el pensamiento jurídico también le reclama ¿Cómo no va a ser el juez también un *pensador*, sobre todo cuando está viendo que la racionalidad jurídica sistemáticamente condensada puede producir irracionalidad en el caso concreto, a no ser que el derecho sea *repensado* cada vez que se aplica?

El sistema busca lo uniforme. Responde a un pensamiento homogeneizador, tanto del derecho como de la realidad. Le incomoda lo irregular, lo peculiar, lo discontinuo, aunque no siempre pueda evitar lo enrevesado. Como al urbanismo de su tiempo, le disgustan las calles tortuosas, los recovecos, y prefiere las grandes avenidas. Es un triunfo de la abstracción.

Pero el juez está expuesto a la singularidad, al contraste entre el derecho y la realidad. Su posición es un *lugar de fricción* entre lo abstracto y lo concreto, entre lo general y lo particular. En donde el teórico creyó que bastaría con la mera derivación, el paso natural, se provoca el roce de planos heterogéneos. El juez tendría que saber conjugar y acoplar esas dos dimensiones. Con frecuencia el encaje no se puede hacer sin forzar, sin distorsionar. Lo que el teórico creyó que iba a ser lógica se convierte en forcejeo.

¹⁴ NIETZSCHE, F., *Crepúsculo de los ídolos*, cit., ya había denunciado situaciones en las que la apelación a la libertad no funciona de forma liberadora sino como estrategia al servicio de la responsabilidad (cfr. pp. 68 y s.).

¹⁵ Cfr. WEBER, M., *Economía y sociedad: Esbozo de sociología comprensiva*, trad. J. Medina Echavarría y otros, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, pp. 173 y ss. Este tipo de dominación es «de carácter *racional*». Pero es una curiosa racionalidad, basada en la creencia: «descansa en la creencia en la legalidad» (p. 172).

3. LA NECESIDAD DE DECIDIR

El proyecto de sistema que se estaba elaborando por los profesores era enemigo de la decisión propiamente dicha, de la decisión plenamente merecedora de ese nombre. Bastaría con «aplicar» el derecho. Pero el juez pertenece a una tradición que siempre ha estado orgullosamente vinculada a la decisión, a la conciencia de la necesidad y dificultad de la decisión.

Cuando la decisión está dada de antemano, en cierto modo ya no hay nada que decidir. Tan solo hay que ejecutar una orden. Pero decidir, asumir la carga y la responsabilidad de la decisión, es otra cosa. No es solo seguir instrucciones, aplicar un programa¹⁶. Requiere poner algo por parte de quien decide, implica al menos optar y aceptar riesgos.

La decisión, por más que pretenda ser lógica y pueda tener su lógica, no llega por lógica. No está dada: hay que *tomar* una decisión. No puede ser deducida; tiene que ser decidida. Hay algo en la decisión que desborda el sistema. No lo reitera: se incorpora a él. Por eso «el instante de la decisión es una *locura*»¹⁷.

Ya lo hemos dicho: para decidir hay que tener juicio. Se puede saber mucho derecho, y sin embargo no saber tomar decisiones jurídicas. Se puede conocer muy bien el sistema, y sin embargo no conseguir ponerlo en movimiento. Encontramos el problema de la relación entre la teoría y la práctica, de la conexión entre lo sistemático y la realidad extrasistemática. La decisión judicial se sitúa en esta encrucijada. No se entiende solo desde la teoría, tampoco se entiende solo desde la práctica. Es una forma de mediación.

Dicho en lenguaje kantiano, estudiar la decisión no es solo asunto de razón teórica ni de razón práctica. Es una cuestión intermedia que reclama una crítica del juicio. Se requiere un «término medio» que sirva como «enlace para el tránsito» de la teoría a la práctica. Pero «para la facultad de juzgar no siempre se pueden dar reglas conforme a las cuales tenga que regirse en la subsunción». Por eso «puede haber teóricos que nunca en su vida serán capaces de convertirse en prácticos, porque carecen de la facultad de juzgar»¹⁸.

¹⁶ Advierte DERRIDA, J., *Fuerza de ley. El «fundamento místico de la autoridad»*, trad. A. Barberá y P. Peñalver, Madrid, Tecnos, 1997, «cada decisión es diferente y requiere una interpretación absolutamente única que ninguna regla existente y codificada podría ni debería garantizar absolutamente». Pues «si hubiera una regla que la garantizase de una manera segura, entonces el juez sería una máquina de calcular» (p. 53). Y «una decisión que no pasara la prueba de lo indecible no sería una decisión libre: solo sería la aplicación programable o el desarrollo continuo de un proceso calculable» (p. 55).

¹⁷ KIERKEGAARD, S., *Migajas filosóficas o un poco de filosofía*, trad. R. Larrañeta, Madrid, Trotta, 2007, p. 63.

¹⁸ KANT, I., *En torno al tópico: «Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica»*, trad. M. F. Pérez López y R. Rodríguez Aramayo, en ID., *Teoría y Práctica*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 3 y 4.

En la reticencia del juez ante el proyecto de sistema no solo hay escepticismo sobre la posibilidad de que el derecho pueda efectivamente constituir un sistema. Hay algo más. Se trata de la convicción de que, aunque realmente lo fuera, eso no evitaría la problemática de la decisión. Con el sistema hay que seguir decidiendo, aunque de otro modo, contando con él, desarrollando una «mentalidad tipificadora»¹⁹. Por una parte el sistema facilita la *decisión correcta*, pero por otra parte podría hacer más difícil la *buena decisión*. Primaría el objetivo de lograr una coherencia intrasistemática (una decisión que pueda ser situada y asumida por el sistema), y quedaría en segundo plano la adecuación con el problema a tratar, es decir las consecuencias prácticas. La tiranía del sistema y su poder de succión exige preservar la coherencia lógica de la decisión, aunque el precio que haya que pagar sea el de una decisión poco práctica, tomada de espaldas a la realidad. El sistema debe quedar siempre a salvo. Con ello se tiende a sustituir el razonamiento por el *raciocinio*.

Pero decidir es *inventar*. No es reproducir el derecho, aunque la decisión tenga que ajustarse a un modo de producción, aunque sea consecuencia y resultado de un proceso de decisión. No es cumplir una norma, pues se decide con normas pero la decisión no está implícita en las normas. Las normas nos sitúan ante la decisión, pero no deciden por nosotros. La decisión judicial, producto del *ars iudicandi*, se planteaba en la antigua retórica en conexión el *ars inveniendi*. No podemos recordarlo sin apelar a toda la riqueza del término invención, que originariamente significaba hallazgo y ha pasado a significar creación²⁰.

4. JUSTICIA CAUTIVA

La pretensión de sistema tiene también implicaciones desde el punto de vista de la justicia. Y no puede olvidarse que el juez no solo tiene que decidir jurídicamente: tiene que hacer justicia. Juzgar es tanto aplicar el derecho como impartir justicia.

La tarea sistemática coincide, no por casualidad, con una ideología positivista. Sus implicaciones son tanto jurídicas como éticas. No se puede reprochar a los promotores del sistema que fueran en principio indiferentes a las exigencias de justicia, pero el éxito del sistema condujo al olvido de la justicia considerada como instancia diferente del derecho y capaz de interpelarlo. En el ideal del sistema el derecho y la justicia tienden a fusionarse y acaban por identificarse. Los sistemáti-

¹⁹ Cfr. ENGISCH, K., *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, trad. J. J. Gil Cremades, Granada, Comares, 2004, pp. 353 y ss.

²⁰ Claro está que no se trata de proponer un decisionismo: habrá que decidir en el marco de la legalidad. SCHMITT, C., *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, trad. M. Herrero, Madrid, Tecnos, 1996, llegó a sostener que «también una decisión que no se corresponde con una regla crea derecho» y que «esta fuerza jurídica de las decisiones no conformes a una norma es propia de todo "orden jurídico"» (p. 27).

cos intentaban atrapar y absorber la idea de justicia, destilarla y condensarla, como aquellos alquimistas que pretendían encerrar espíritus en sus matraces. La justicia se volvería completamente inmanente al derecho, y ya no viviría, de forma nebulosa y errática, fuera de las categorías manejables del sistema.

De este modo, con una *justicia operativa*, se facilitaría la tarea del juez. Ya no padecería el trastorno bipolar de la distinción entre derecho y justicia, que alimenta una tensión que puede ser desgarradora. Se evita toda distracción y el trato con las normas sería una ocupación saludable. Tampoco experimentaría el malestar de tener que aplicar un derecho que no fuera absolutamente fiable, garantizado por los mejores expertos.

Pero, claro está, la justicia es esquivia y no se deja capturar por el sistema. Por más que el derecho responda a exigencias de justicia habrá *otra justicia*, un horizonte de justicia que lo inquieta desde fuera, que lo impulsa a ir más allá de sí mismo. La justicia inagotable e incansable entra en conflicto con la presunta autosuficiencia del sistema jurídico. Donde el derecho intenta cerrarse, la justicia lo abre. Provoca la grieta y la duda, y pone así a salvo al pensamiento jurídico de toda autocomplacencia. Siempre habrá una justicia más allá del derecho, en resistencia al derecho, irreductible a toda positividad. La justicia es en su raíz desafío, tensión, escándalo para el derecho.

Incluso la misma idea de justicia es refractaria al sistema. No hay recipiente que pueda contenerla. Nunca llega empaquetada, organizada, clasificada. Todo intento por apoderarse de ella acaba por desactivarla. Pues la justicia no es sistema sino problema, incluso aporía²¹. Como mucho, se plasmará en unos principios, que será preciso equilibrar y ajustar²². Y la teoría de la justicia se esforzará por detectar, clarificar y articular principios antinómicos²³.

Por eso la relación conflictiva entre justicia y derecho no es la de un choque de sistemas. Y lo asistemático de la justicia no solo se

²¹ VIEHWEG, T., *Tópica y jurisprudencia*, trad. L. Díez-Picazo, Madrid, Taurus, 1986, presenta la justicia como la «aporía fundamental» del derecho (cfr. p. 144 y ss.).

²² Por ejemplo RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, trad. M. D. González, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1993, no trabaja con la noción de sistema al modo de los juristas. Los principios de justicia no constituyen un sistema en sentido estricto, ni de ellos se deriva un sistema propiamente dicho. Son más bien un esquema, una estructura. Cuando habla de sistema hay que entenderlo en este sentido. Así, la libertad «consiste en una determinada estructura de instituciones» que trazan «un sistema de reglas públicas que definen derechos y deberes». Las distintas libertades básicas están relacionadas entre sí, y por eso conforman «un sistema único», es decir un conjunto articulado (32, p. 235). Habrá que saber «ajustar el sistema de libertades de la mejor manera» (p. 236), pero para ello no disponemos de un «criterio preciso». No hay más remedio que apoyarse en «nuestro sentido de la ponderación» y «nuestro buen juicio» (p. 238). Asunto distinto es lo que denomina «sistema de libertad natural» (12, p. 87 y ss.), en relación con cuestiones de eficacia.

²³ Cfr. RADBRUCH, G., *Filosofía del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 95 y ss. Invita a trabajar dentro de un *sistema de contradicciones*, frente a los que prefieren «un sistema de la razón ausente de contradicciones» (cfr. p. 101).

manifiesta en forma de valores que acosan y perturban desde fuera. También se ha infiltrado en el derecho, para incomodarlo, para agitarlo desde dentro²⁴.

5. MALESTAR SISTEMÁTICO

A medida que se cartografiaba minuciosamente el territorio jurídico iba aflorando el malestar sistemático. Pero, por más que hubiera críticas, aparentemente el sistema seguía triunfando. Su marcha era arrolladora. Hasta que unos juristas disidentes (los partidarios del llamado derecho libre) dieron la voz de alarma: el futuro del derecho no está en el sistema sino en la creatividad judicial. Esta vez sí que tuvieron eco. Era la época de las vanguardias, de las provocaciones, y ellos eran la vanguardia del derecho. Kelsen tomó buena nota y respondió con un sistema dinámico, que se recrea en cada uno de sus puntos²⁵.

Pero no deja de ser significativo que una de las mentes más agudas de aquellos tiempos, Max Weber, percibiera en estos jueces inconformistas un corporativismo encubierto ¡Qué ilusos! No quieren ser burócratas sino creadores. Representan la nostalgia de otros tiempos, el retorno de lo irracional. Sus reivindicaciones son el desahogo emocional de quien no se resigna a la dura disciplina que impone la creciente racionalización del mundo moderno²⁶.

A lo largo del siglo xx todos los movimientos de carácter judicial se han empeñado en desplazar el punto de referencia desde las normas hacia las decisiones, e incluso desde las premisas de la decisión hacia sus consecuencias. La clave no estaría en el *input* sino en el *output*²⁷. Pero una racionalidad jurídica orientada hacia las consecuencias compromete todo afán sistemático. Las normas aplicables se determinan, se combinan y se interpretan *ad hoc*, de modo distinto en cada caso, para conseguir determinados resultados. No se programa por principios sino por objetivos. La coherencia del sistema se sacrifica a consideraciones de justicia o simplemente de oportunidad.

²⁴ Cfr. DERRIDA, J., *Fuerza de ley*, cit., sobre la justicia como «desconstrucción» del derecho (p. 35 y ss.).

²⁵ Cfr. KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, trad. R. J. Vernengo, México, Porrúa, 1993, pp. 203 y ss. La aplicación del derecho es «producción de derecho» (p. 244).

²⁶ Para WEBER, M., *Economía y sociedad*, cit., esos juristas que «exigen del juez una actividad “creadora”» representan «ideologías estamentales internas de los juristas prácticos». Los jueces se ven a sí mismos con disgusto como «autómatas jurídicos», comparables a «aparatos en los que se introduce por la parte de arriba el hecho jurídico al lado de las costas, para que arrojen por abajo la sentencia, unida a sus considerandos». Su actividad tiene carácter «subalterno», lo que «es sentido de manera cada vez más penosa debido precisamente a la universalización del legalismo formal» (p. 653).

²⁷ Cfr. LUHMANN, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. I. de Otto, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 47 y ss.

La dinámica cada vez más compleja de la sociedad y por tanto de la vida jurídica hará que el juez sea cada vez más alguien que *hace preguntas al derecho*. Ya no es simplemente el que lo ejecuta con trazo firme y seguro, con gesto expeditivo. En torno a la tarea de juzgar se agolpan las perplejidades. Trabajar con el sistema exige interrogarlo. Y la dogmática madura se caracteriza por hacer preguntas incómodas, hasta el límite de lo soportable²⁸. El pensamiento jurídico va acompañando su actividad sistematizadora con su pasión interrogadora. Ésta acabará por erosionar un sistema sobrecargado de preguntas. En sus mejores momentos la especulación jurídica se redescubre como controversia, como *disputatio*²⁹.

Y el juez dudará de sí mismo, como nunca lo había hecho. Ya no sabrá qué es ser juez. La crisis del sistema será a la vez una crisis del propio juez que, además de hacer preguntas a las partes en el proceso y al derecho, se hace preguntas a sí mismo, a la búsqueda de su identidad. Juez crítico, juez comprometido, juez alternativo, juez confuso. La judicatura está a la búsqueda de sí misma. Cada decisión de una cierta entidad es, a la vez que una decisión en derecho y sobre el derecho, una decisión sobre cómo es posible ser juez. Nos encontramos con un *juez problemático*.

Esta es una lucha del juez consigo mismo, incluso contra sí mismo y con el papel que está llamado a desempeñar en la escena jurídica, mientras es juzgado por la sociedad. Y como su papel es el de servidor del sistema jurídico tiene que hacer de *juez clásico* sin poder serlo siempre hasta el fondo. Si el sistema jurídico es cada vez más la ficción del sistema, el juez actúa *como si* el derecho fuera un sistema y *como si* él fuera un juez convencional. Como representante del poder judicial procede con no menos dosis de ficción que el político como representante de la voluntad popular. No puede ser de otro modo. Desde el contractualismo sabemos hasta qué punto el pensamiento jurídico se alimenta de ficciones productivas. Necesita de la ficción para poder hacerse cargo de la realidad. Sin ficción no se podría juzgar.

6. DESBORDAMIENTO DEL SISTEMA

El crecimiento del derecho es cada vez más acelerado y desordenado, como el de las mismas ciudades. No procede del laboratorio de los juristas, no es precipitado de la razón jurídica ni resultado de un largo proceso de decantación histórica, sino consecuencia de los vaivenes

²⁸ Luhmann ha señalado que «la dogmática permite la reproducción de dudas, el aumento de las inseguridades soportables» (*Ibidem*, p. 30).

²⁹ Lo ha recordado Díez-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3.ª edición, Barcelona, Ariel, 1993: «En la *disputatio* sobre la ley se encuentra una gran parte del origen del Derecho» (p. 22) y «el núcleo originario del *Ius Civile* nace precisamente de esta *disputatio*» (p. 21).

de la política. El sistema ya no es algo por descubrir sino algo por construir. Es una aspiración, un principio regulativo. Pero pronto deja de ser un ideal operativo para quedarse en rutina heredada, en nostalgia a la que siguen aferrados algunos teóricos.

Mientras tanto la misma noción de sistema se transforma, se diversifica y se desdibuja. Aparecen distintos modos de concebirlo, que toman el relevo unos de otros. E invariablemente el derecho no se presta a los insistentes intentos por dominarlo³⁰. Toda propuesta sistemática acaba desbordada. Ya no se trata solo de hacer frente a los clásicos problemas de las lagunas y de las antinomias. El sistema se ve impotente para articular un derecho cada vez más complejo y disperso, que tiende a perder el control sobre sí mismo. Lo sistemático es solo uno entre otros criterios de interpretación. Normas extrañas al sistema desafían la unidad del derecho.

La tópica presentará un derecho desarticulado. El punto de partida para el juez no es el sistema sino el problema³¹. El derecho no es más que un almacén de materiales de construcción. Para tratar los problemas se erigen construcciones circunstanciales. Ya no hay sistema a gran escala, sino pequeños *sistemas intermitentes*, ocasionales, que se hacen y se deshacen, que oscilan al ritmo de los problemas que van a abordar.

La teoría de la argumentación tampoco puede presentar un sistema, sino tan solo un catálogo de argumentos con los que proponer un razonamiento convincente. No hay un sistema de razones, sino ciertas líneas de argumentación más o menos razonables, pero nunca concluyentes. La argumentación no evita el riesgo de la decisión. Decidir es interrumpir una argumentación que podría no terminar nunca³².

La hermenéutica tampoco encuentra un significado encerrado detrás de las palabras, que aguarda a la espera de ser descubierto. El

³⁰ Cfr. el panorama que presenta CANARIS, C. -W., *El sistema en la jurisprudencia*, trad. J. A. García Amado, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998: sistema externo e interno, sistema lógico-formal, sistema como entramado de problemas, sistema de decisiones, sistema de principios generales, sistema abierto, sistema móvil y partes móviles del sistema, etc. Cfr. también IRTI, N., *La edad de la descodificación*, trad. L. Rojo, Barcelona, Bosch, 1992, sobre micro-sistemas con lógicas sectoriales (pp. 30 y ss.) y un derecho policéntrico (pp. 37 y ss.). Se ha pasado del monosistema al poli-sistema (pp. 97 y ss.). Aparecen normas a-sistemáticas (pp. 139 y ss.) y cuestiones de carácter inter-sistemático (pp. 192 y s.).

³¹ Cfr. VIEHWEG, T., *Tópica y jurisprudencia*, cit., pp. 53 y ss.

³² Apunta RICOEUR, P., «El acto de juzgar», en ID., *Lo justo*, trad. A. Domingo Moratalla, Madrid, Caparrós Editores, 1999, que «juzgar significa zanjar una cuestión» (p. 177). Consiste en «interrumpir el juego y el contrajuego de los argumentos poniendo allí un punto y final», efectuando una «interrupción de la incertidumbre» (p. 178), de modo que «la sentencia pone fin a una deliberación virtualmente indefinida» (p. 179). DESCARTES, R., *Meditaciones metafísicas*, trad. V. Peña, Oviedo, KRK Ediciones, 2011, Meditación IV, señalaba que la «potencia para juzgar» (p. 116) depende del «curso» de dos causas: de la «facultad de conocer» y de la «facultad de elegir», es decir del «entendimiento» y de la «voluntad» (p. 120). Decidir implica optar y cortar.

intérprete no hace aflorar el significado escondido sino que proporciona significado a unas estructuras abiertas a distintas interpretaciones, haciendo valer «los derechos de la interpretación»³³. El lenguaje jurídico no está ya saturado sino disponible para acoger distintas interpretaciones. La comunicación jurídica no es solo transmisora sino también generadora de significados. El juez no encuentra una plenitud de sentido sino materiales precarios para poder fabricar sentido y proponer algo que sea capaz de sostenerse. Los espacios vacíos, los elementos de indeterminación del texto, pueden ser los ejes de la interpretación, sus puntos de articulación³⁴.

La aproximación narrativa al derecho tampoco tiene carácter sistemático. El derecho se muestra como un conjunto de relatos, pero no hay un gran relato que los abarque. La jurisprudencia presenta series de relatos encadenados, en los que jueces independientes van haciendo avanzar la trama³⁵. No hay un proceso de deducción desde unas premisas sino secuencias argumentales. El relato puede tomar rumbos distintos, bifurcarse en distintas direcciones, en líneas jurisprudenciales divergentes. Pero no siempre obtenemos un territorio articulado por caminos distintos, en el que es posible ubicarse. Podemos encontrar solo un conglomerado de microrrelatos, o una mera acumulación. No es posible un sistema, tan solo una compilación de jurisprudencia.

Por otra parte, cuando los principios se convierten en protagonistas, como está ocurriendo ahora, el derecho ya no se configura como sistema sino como eso que los físicos denominan *campo*³⁶. Los principios generan en torno a sí campos gravitatorios que arrastran a las normas. Entre ellos las relaciones son de atracción y repulsión. Fluctúan en combinaciones diversas, en confluencias problemáticas, en configuraciones transitorias. El derecho ya no es una pirámide normativa sino un campo tensional en constante transformación. Ser juez ya no requiere saber subsumir sino manejar tensiones, polaridades.

Y si hablamos de ponderación de valores o principios, o simplemente de intereses en juego, abrimos la «dimensión del peso»³⁷. Pero no hay un sistema establecido de pesos y medidas. Ponderar es sopesar, pero aquí la decisión no cae por su propio peso. Es necesario dar peso, buscar contrapesos, lograr equilibrios siempre precarios. La ponderación es siempre un compromiso provisional,

³³ VATTIMO, G., *Más allá de la interpretación*, trad. P. Aragón, Barcelona, Paidós, 1995, p. 38.

³⁴ Cfr. ISER, W., *El acto de leer. Teoría del efecto estético*, trad. J. A. Gimbernat, Madrid, Taurus, 1987, p. 280 y ss.

³⁵ Cfr. DWORKIN, R., *Law's Empire*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1986, pp. 228 y ss.

³⁶ BOURDIEU, P., *Lección sobre la lección*, trad. T. Kauf, Barcelona, Anagrama, 2002, ha reclamado para las ciencias sociales «un pensamiento en términos de campo» (p. 45).

³⁷ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1989, p. 77.

una propuesta entre otras posibles. Exige manejar un «oportunismo elástico»³⁸.

El desorden agita el ordenamiento por dentro. En el tradicional modelo centralizado, jerárquico y lineal, interfiere un modelo descentralizado, circular y recursivo. La lógica vertical se complica con una lógica horizontal y transversal, y se pervierte con jerarquías enredadas y bucles extraños. Las dinámicas normativas y las decisiones son cada vez más imprevisibles³⁹.

7. EL JUEZ SISTÉMICO

La decisión tiene que tener sentido. Pero el sentido no viene dado exclusivamente por el ordenamiento, considerado como un depósito de sentido que se abre con llaves normativas. Es el juez el que tiene que *dar sentido* a su decisión, combinando elementos heterogéneos, tanto fácticos como normativos. Dar sentido no es dejar que circule una corriente de sentido preestablecido, sino actualizarlo y construirlo.

Y aquí el marco de referencia no es solo el ordenamiento sino la sociedad en su conjunto, de modo que el sentido de la decisión no puede ser solo intrajurídico sino que tiene que estar abierto a lo extrajurídico, en relación al contexto, a las circunstancias personales y sociales en las que va a situarse.

Para decidir ya no basta con expresar el sistema. La coherencia de la decisión se convierte ahora en *consistencia*. Una decisión es consistente si se sostiene por referencia a los elementos que la integran y la circundan. Se plantea un problema coexistencia, de compatibilidad, de equilibrio. No es necesario saber deducir sino saber combinar y saber integrar. La vieja *ars combinatoria* da paso al artista que elabora un *collage*. Es el arte de la incorporación, de la yuxtaposición, de la superposición. Mediante operaciones de conjunción se intenta articular un conjunto expresivo. Al juez no le basta con conocer los artículos de una ley. Necesita *articularlos*. Más que saber derivar hace falta saber componer, como cuando se habla de «composición» de conflictos. Es una tarea de *ajuste* y reajuste, no solo con los intereses enfrentados sino también con las normas en juego. Hacer justicia no es solo incrustar el caso en un lugar del sistema sino saber ajustar los elementos de la decisión.

Todo se ha vuelto demasiado complejo y hay que reducir complejidad. La teoría de sistemas de inspiración cibernética ha tomado nota de que lo sistemático se desplaza hacia lo *sistémico*. Es una racional-

³⁸ LUHMANN, N., *Fin y racionalidad en los sistemas. Sobre la función de los fines en los sistemas sociales*, trad. J. Nicolás, Madrid, Editora Nacional, 1983, p. 40.

³⁹ Cfr. KERCHOVE, M. van de, y OST, F., *El sistema jurídico entre orden y desorden*, trad. I. Hoyo, Madrid, Universidad Complutense, 1997, pp. 104 y ss.

dad diferente, no ya de derivación lógica sino de reducción de complejidad y procesamiento de la información⁴⁰.

¿Cómo sería un juez sistémico? Ya no es alguien que se limita a aplicar el derecho. El sistema no se *aplica* sino que se *activa*. Juzgar es operar en un sistema que ya no se compone de normas sino de comunicaciones. Es involucrarse en un sistema *autopoiético*, es decir autocreador, que se reproduce a sí mismo y se recrea en cada una de sus operaciones. Las decisiones no son deducciones ni subsunciones: son *acontecimientos* de reducción de complejidad⁴¹. No procesan más redundancia de la necesaria para producir novedades. Cada decisión modifica el estado del sistema.

Las decisiones del juez son siempre decisiones sobre decisiones, decisiones que a su vez serán la premisa de futuras decisiones, decisiones encadenadas en las que nadie puede decir que gobierna el proceso decisorio. El sistema carece de vértice y de centro. La jerarquía no es más que una estructura aparente⁴². La dinámica profunda del derecho no es jerárquica sino circular. Ser juez es saber manejar una circularidad productiva para dar un formato a la complejidad del mundo.

¿Qué queda del sistema? Los jueces lo experimentan todos los días: fragmentos a la deriva de corrientes que ya no pueden controlar, micro-sistemas satélites de un derecho policéntrico, conceptos desgajados de su originaria matriz sistemática y refugiados en las llamadas partes generales, principios relativos que forman equilibrios inestables, trayectorias cada vez más borrosas en un universo jurídico en constante expansión.

Ahora vamos a los sistemas como iban los habitantes de Roma a los templos en los que ya no creían, una vez que había caído el imperio: para saquearlos, para ver si podían llevarse algo útil, aunque solo fuera un trozo de mármol.

8. ENTRADA EN LA RED

Lo que queda del sistema se ha incorporado al lenguaje de la red y se ha transformado. Vivimos en la sociedad red⁴³. Ya no podemos imaginar el derecho como sistema y tenemos que pensarlo como red.

⁴⁰ Para LUHMANN, N., *El derecho de la sociedad*, trad. J. Torres Nafarrate y otros, México, Universidad Iberoamericana, 2002, el proceso judicial no se basa en certezas ni produce certezas, sino que efectúa un «procesamiento de la incertidumbre» (p. 124).

⁴¹ Sobre la reducción de complejidad cfr. ID., *Sistemas sociales: Lineamientos para una teoría general*, trad. J. S. Pappé y B. Erker, Barcelona, Anthropos, 1998, pp. 48 y ss. La decisión judicial no es paso de lo complejo a lo simple sino producción de una diferencia de complejidad. Y «sólo la complejidad puede reducir complejidad» (p. 49).

⁴² ID., *Rechtssoziologie*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1987, presenta la jerarquía normativa como una «estructura secundaria» (p. 358). Al ponerlas en funcionamiento «todas las jerarquías son estructuras circulares» (p. 359).

⁴³ Cfr. CASTELLS, M., *La era de la información*, Vol. 1: *La sociedad red*, trad. C. Martínez Gimeno y J. Alborés, Madrid, Alianza, 2001, pp. 549 y ss.

En todo caso buscamos sistemas operativos que nos permitan navegar por la red. En el viejo sistema lo que importaba era la posición. La red instaura el primado de la relación. El ordenamiento ya no es sistema sino archivo, memoria, base de datos. Estar en la red es estar conectado. Trabajar en red en manejar la conectividad⁴⁴.

La red exige adoptar un papel activo. Está hecha de relaciones pero, a diferencia de lo que ocurre en el sistema, no se encuentran ya dadas. No hay una estructura de relaciones preestablecida, a la que el juez se incorpora y se acomoda. Se trata más bien de entrar en relación, de generar relaciones, que funcionan también como espacios de interacción y alteran la propia red.

La red está siempre abierta a nuevas relaciones e incorporaciones. Se expande y se enriquece al ritmo de las conexiones que se establecen. Por eso el juez no está ante el derecho como quien maneja un dispositivo ya configurado que, siguiendo unas instrucciones de uso, simplemente tiene que poner en funcionamiento. La red es un ámbito de movilidad, susceptible de diversas conexiones. Moverse jurídicamente es definir trayectorias que se van perfilando a medida que se recorren y que son capaces de alterar el derecho. El derecho se transforma a la vez que se activa.

En la red las posiciones adquieren sentido en función de las conexiones, y éstas cambian. Si en la era del sistema el juez tenía una posición asignada por referencia a una estructura estática, ahora es un nudo en la red, un lugar de tránsito en donde se cruzan los hilos cambiantes de la red, dotado de una densidad especial pero no de fijeza.

No hay arraigo posible en la red: todo es dinamismo. Ser juez es formar parte de una dinámica que le arrastra. El sistema lo trataba como un ser pasivo, mero receptor y transmisor, caja de resonancia, punto de llegada y anclaje para el derecho. Aunque el derecho podía moverse él seguía en su sitio, independiente, inamovible. Pero, en un ámbito de impulsos recíprocos, el juez no es mero usuario de la red. No está fuera sino que forma parte de ella. Está *enredado* en la red. Sus decisiones pueden ser impulsos que se transmiten al resto del derecho y modifican su configuración. Y, a la vez que va decidiendo, el propio juez se va desplazando y transformando.

El derecho era para los sistemáticos como una compleja maquinaria. El juez era un experto que sabía hacerla funcionar. El objetivo de los operadores de esta industria jurídica era la producción en serie. La máquina seguía siendo la misma después de trabajar con ella. Pero si pensamos en términos de red el juez está dentro de la máquina, forma

⁴⁴ Sobre lo que implica la red como nueva forma de pensamiento y de organización cfr. IZUZQUIZA, I., *Filosofía del presente. Una teoría de nuestro tiempo*, Madrid, Alianza, 2003, pp. 160 y ss. La red presenta una «estructura elástica», en «constante apertura y búsqueda incesante de conexiones nuevas» (p. 166).

parte de ella. La máquina cambia con sus operaciones⁴⁵. Puede ser parcialmente reprogramada desde las instancias de decisión. Pasamos de la decisión como aplicación a la decisión como impulso.

Mientras que el sistema tendía a ver el derecho como un continuo, y la decisión como un dispositivo reproductor, ahora percibimos mejor la discontinuidad que pueden ejercer ciertas decisiones aparentemente modestas y rutinarias, pero capaces de provocar pequeñas sacudidas, con las que el derecho se ilumina de modo intermitente.

Si un sistema aspira a ser un espacio transparente y orientador, habrá que decir finalmente que una red es un laberinto. Y para hablar de laberintos nada mejor que la mitología.

Cuando el héroe griego entra en su laberinto no puede llevar un plano: no hay mapas, no hay cartografía, no hay sistema para el laberinto. Lo que le salva es el hilo de Ariadna. Este hilo representa un camino, un surco, una trayectoria. Ariadna tiene hilos porque en su origen fue una diosa tejedora. Como lo era Aracne, la de la tela de araña.

Esto nos enseña algo. No hay sistema sino laberinto, y hay hilos que nos salvan e hilos que nos atrapan. Las primeras redes las hicieron las arañas para capturar a sus presas. Entre los humanos la red es un invento de pescadores. En Roma la arrojaban los gladiadores para inmovilizar a sus adversarios. Ahora la red es la morfología de nuestras sociedades. Nuestros derechos también son redes.

¿Qué hilos mueve el juez? ¿Con qué hilos tejemos los juristas? Juristas y jueces post-sistemáticos, somos habitantes de la sociedad red.

Además de recordar a Ariadna y Aracne tenemos que invocar finalmente a una divinidad más alta: Atenea. También ella tejía. Y Atenea, defensora de las libertades cívicas, diosa juzgadora y protectora de Atenas, derrotó a Aracne.

9. BIBLIOGRAFÍA

- BOURDIEU, P., *Lección sobre la lección*, trad. T. Kauf, Barcelona, Anagrama, 2002.
 CANARIS, C. W., *El sistema en la jurisprudencia*, trad. J. A. García Amado, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998.
 CASTELLS, M., *La era de la información*, Vol. 1: *La sociedad red*, trad. C. Martínez Gimeno y J. Alborés, Madrid, Alianza, 2001.
 DELEUZE, G., *El pliegue. Leibniz y el barroco*, trad. J. Vázquez y U. Larraceta, Barcelona, Paidós, 1989.

⁴⁵ En la visión de LUHMANN, N., *El derecho de la sociedad*, cit., el derecho no es una máquina meramente repetitiva, pues «cada operación autopoietica modifica el sistema» y «coloca la máquina en otra posición». Por eso «no se trata de una máquina trivial que transforma siempre de la misma manera *inputs* en *outputs*», sino de «una máquina que pone en juego su estado en cada operación» y «construye en cada momento operativo una nueva máquina» (pp. 113 y 114).

- DERRIDA, J., *Fuerza de ley. El «fundamento místico de la autoridad»*, trad. A. Barberá y P. Peñalver, Madrid, Tecnos, 1997.
- DESCARTES, R., *Meditaciones metafísicas*, trad. V. Peña, Oviedo, KRK Ediciones, 2011.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3.^a edición, Barcelona, Ariel, 1993.
- DWORKIN, R., *Law's Empire*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1986.
- *Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1989.
- ENGISCH, K., *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, trad. J. J. Gil Cremades, Granada, Comares, 2004.
- HEGEL, G. W. F., *Ciencia de la lógica*, trad. F. Duque, Madrid, Abada, 2011.
- HOBBS, T., *Leviatán: La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, trad. C. Mellizo, Madrid, Alianza, 1989.
- IHERING, R. von; *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. E. Píncipe y Satorres, Granada, Comares, 1998.
- IRTI, N., *La edad de la descodificación*, trad. L. Rojo, Barcelona, Bosch, 1992.
- ISER, W., *El acto de leer. Teoría del efecto estético*, trad. J. A. Gimbernat, Madrid, Taurus, 1987.
- IZUZQUIZA, I., *Filosofía del presente. Una teoría de nuestro tiempo*, Madrid, Alianza, 2003.
- KANT, I., *En torno al tópico: «Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica»*, trad. M. F. Pérez López y R. Rodríguez Aramayo, en ID., *Teoría y Práctica*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 3-60.
- KAUFMANN, A., *Filosofía del Derecho*, trad. L. Villar y A. M. Montoya, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, trad. R. J. Vernengo, México, Porrúa, 1993.
- KERCHOVE, M. van de, y OST, F., *El sistema jurídico entre orden y desorden*, trad. I. Hoyo, Madrid, Universidad Complutense, 1997.
- KIERKEGAARD, S., *Migajas filosóficas o un poco de filosofía*, trad. R. Larrañeta, Madrid, Trotta, 2007.
- KIRCHMANN, H. von; *La jurisprudencia no es ciencia*, trad. A. Truyol Serra, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- KLEIST, H. von; *Sobre el teatro de marionetas y otros ensayos de arte y filosofía*, trad. J. Riechmann, Madrid, Hiperión, 1988.
- LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1980.
- LEIBNIZ, G. W., *Los elementos del Derecho natural*, trad. T. Guillén, Madrid, Tecnos, 1991.
- LENOBLE, J. y OST, F., *Droit, mythe et raison: Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruselas, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1980.
- LUHMANN, N., *Fin y racionalidad en los sistemas. Sobre la función de los fines en los sistemas sociales*, trad. J. Nicolás, Madrid, Editora Nacional, 1983.
- *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. I. de Otto, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- *Rechtssoziologie*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1987.
- *Sistemas sociales: Lineamientos para una teoría general*, trad. J. S. Pappé y B. Erker, Barcelona, Anthropos, 1998.
- *El derecho de la sociedad*, trad. J. Torres Nafarrate y otros, México, Universidad Iberoamericana, 2002.

- MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, trad. M. Blázquez y P. de Vega, Madrid, Tecnos, 1987.
- NIETZSCHE, F., *Crepúsculo de los ídolos o Cómo se filosofa con el martillo*, trad. A. Sánchez Pascual, Madrid, Alianza, 1992.
- *Aurora: Pensamientos sobre los prejuicios morales*, trad. G. Cano, Madrid, Biblioteca Nueva, 2000.
- OST, F. y KERCHOVE, M. van de; *El sistema jurídico entre orden y desorden*, trad. I. Hoyo, Madrid, Universidad Complutense, 1997.
- OST, F. y LENOBLE, J., *Droit, mythe et raison: Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruselas, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1980.
- PESSOA, F., *Libro del desasosiego. Compuesto por Bernardo Soares, ayudante de tenedor de libros en la ciudad de Lisboa*, trad. P. E. Cuadrado, Barcelona, Acantilado, 2002.
- RADBRUCH, G., *Filosofía del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.
- RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, trad. M. D. González, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- RICOEUR, P., «El acto de juzgar», en ID., *Lo justo*, trad. A. Domingo Moratilla, Madrid, Caparrós Editores, 1999, pp. 177-182.
- SAVIGNY, F. C. von; *Sistema del derecho romano actual*, trad. J. Mesía y M. Poley, Madrid, Góngora, 1880.
- SCHMITT, C., *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, trad. M. Herrero, Madrid, Tecnos, 1996.
- VATTIMO, G., *Más allá de la interpretación*, trad. P. Aragón, Barcelona, Paidós, 1995.
- VIEHWEG, T., *Tópica y jurisprudencia*, trad. L. Díez-Picazo, Madrid, Taurus, 1986.
- WEBER, M., *Economía y sociedad: Esbozo de sociología comprensiva*, trad. J. Medina Echavarría y otros, México, Fondo de Cultura Económica, 1984.

Fecha de recepción: 31/03/2015. Fecha de aceptación: 31/10/2015.



La responsabilidad moral.
Una lectura crítica de R. Dworkin

Moral Responsibility.
A critical reading of R. Dworkin

Por MILAGROS OTERO PARGA
Universidad de Santiago de Compostela

RESUMEN

Los españoles señalan la corrupción y el fraude como el segundo problema en sus preocupaciones actuales. Este fenómeno indeseable se debe en gran medida a la irresponsabilidad de muchos ciudadanos. Es preciso un replanteamiento del concepto de responsabilidad y de sus implicaciones individuales, jurídicas y morales. El presente trabajo abordará el estudio de la responsabilidad. A través de su desarrollo, y en diálogo crítico con R. Dworkin, se llegará a la responsabilidad moral poniéndola en relación con la responsabilidad política y con la jurídica. El resultado del estudio muestra que la responsabilidad moral es el hilo conductor de todas las relaciones sociales y su ejercicio es un medio capaz de revertir la indeseable situación actual, mostrando a los individuos la forma de alcanzar una convivencia justa.

Palabras clave: *Responsabilidad, responsabilidad moral, responsabilidad política, responsabilidad judicial, R. Dworkin.*

ABSTRACT

Spanish people place corruption and fraud as the second problem in their current concerns. This undesirable phenomenon is largely due to the lack of responsibility of many citizens. It is necessary to rethink the notion of respon-

sibility and its individual, legal and moral implications. The present work will address the study of responsibility. Through its development and in critic dialogue with R. Dworkin, we will reach to moral responsibility in relation with legal and political responsibility. The result of the study shows that moral responsibility is the common thread of all social relationships and its practice is a capable way of reversing the undesirable actual situation, showing each person how to achieve a just coexistence.

Key words: *Responsability, Moral responsibility, Political responsibility, Judicial responsibility, R. Dworkin*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.-2. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD MORAL.-3. DIMENSIONES DE LA RESPONSABILIDAD MORAL.-4. LA RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL- 5. CONCLUSIÓN.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.-2. MORAL'S RESPONSABILITY BUDGETS.-3. DIMENSIONS OF MORAL RESPONSABILITY.-4. MORAL RESPONSABILITY OF JUDICIAL POWER.-6. CONCLUSION.

1. INTRODUCCIÓN

El baremo elaborado en septiembre de 2015 por el Centro de Investigaciones Sociológicas de España (CIS), determina que el principal problema que preocupa en la actualidad a los españoles es el paro¹. Derivados de él y con idéntica base, aparecen los problemas económicos². El segundo de los problemas es la corrupción y el fraude³, delitos ambos que han experimentado un aumento exponencial en el último año. Es preciso ocuparse de ellos desde una doble perspectiva. En primer lugar, atendiendo al castigo que merecen. Esa labor corresponde a las leyes penales y por eso ahora no interesa. En segundo lugar y no menos importante, abordaré estos problemas desde una óptica conceptual. Es decir, preocupándome por las causas que los producen a fin de hallar la manera de evitarlas.

¹ El 78,6% de los españoles manifiestan esta opinión. Cuando se pregunta a la misma muestra y de forma espontánea, cómo les afecta personalmente este problema, la cifra desciende al 34,4%.

² El 25,3% de los españoles manifiesta esta opinión. Cuando se pregunta a la misma muestra de forma espontánea, cómo les afecta este problema, la respuesta desciende al 11,2%.

³ El 39,5% de los españoles manifiestan esta opinión. Cuando se hace esta misma pregunta con carácter espontáneo a idéntica muestra, la respuesta desciende al 5,9%.

Entiendo que son muchas las circunstancias que facilitan la corrupción y el fraude. El abuso de poder, la inversión de los valores sociales y personales –cuando no la desaparición de muchos de ellos– la implantación de modelos de conducta diferentes, la sensación de impunidad, el efecto contagio y la percepción de que se puede ganar dinero fácil, son algunas de ellas. Todas estas y otras muchas, han propiciado una cierta sensación de desaliento social cuyas razones deben ser analizadas, a fin de corregir sus efectos devastadores. Corresponde a la Filosofía del Derecho estudiar este problema para cumplir con una de las funciones que tiene encomendada, que no es otra que la crítica de la actuación de los poderes del Estado y del ordenamiento jurídico, para tratar de evitar tanto su mala praxis como su ineficacia.

La solución de los problemas de corrupción y fraude debe pasar desde luego por el cambio de actitudes, pero también por la modificación de leyes, por la transformación de procedimientos y por la exigencia de recuperar la efectividad de las garantías.

Uno de los conceptos jurídicos comprometidos en la realidad social que acabo de dibujar, y que se configura además como uno de los problemas principales de la Filosofía del Derecho es el de responsabilidad⁴.

En el presente trabajo me propongo analizar la responsabilidad moral poniéndola en relación con otros tipos de responsabilidad. No me interesa la responsabilidad moral en el sentido ético que la identifica con la conciencia personal, aunque ésta sea uno de los hilos conductores de la actuación del ser humano en todos los ámbitos de sus relaciones, incluidas las jurídicas. Me interesa la responsabilidad moral en relación con las responsabilidades jurídicas y políticas. Porque entiendo que estos tres tipos de responsabilidades son diferentes, pero acreditan relaciones estrechas, y aunque pueden darse de forma separada –puede existir responsabilidad moral y no jurídica, o política y no moral, o jurídica y no moral–, mantienen relaciones de proximidad y en muchas ocasiones de dependencia.

El estudio de la responsabilidad es clásico en el Derecho, pero en la actualidad presenta tintes novedosos que deben ser analizados. Uno de los autores que se han ocupado de este concepto es R. Dworkin. Abordaré mi estudio sobre la responsabilidad dialogando con él, especialmente en lo que se refiere a su defensa de la responsabilidad moral como eje de la responsabilidad en todas sus facetas y formas de exigencia.

⁴ DWORKIN R., *La Filosofía del Derecho*, traducción de Javier Sainz de los Terreros, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, p. 7. «Dado que los conceptos de culpa, falta, intención y responsabilidad constituyen el meollo del Derecho, la Filosofía jurídica se nutre de la Ética, de la Filosofía del entendimiento y de la Filosofía de la acción».

2. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD MORAL

Para Dworkin la responsabilidad es una cuestión relativa a la libertad, a la capacidad y a la dignidad⁵.

A) La refiere en primer lugar a la libertad porque las personas solo son responsables de sus actos cuando tienen libre albedrío y actúan movidos por él⁶. La libertad, entiende este autor, exige la posibilidad de actuación exenta de ataduras pero no de consecuencias⁷. Pues «el sistema de responsabilidad incorpora, ocultos a la vista, principios éticos que conectan las causas de nuestras decisiones con nuestra responsabilidad por éstas»⁸.

Esta primera aproximación de Dworkin a la responsabilidad la identifica con un vínculo que nace de una acción personal y por eso no es idéntica en cada ser humano, pues son variadas las circunstancias que influyen en la toma de decisiones de las personas y por lo mismo en el grado de responsabilidad que éstas tienen sobre el resultado de sus acciones. El ser humano es psicológicamente responsable de su actuación en mayor o menor medida en función de dos variables: 1) el correcto desarrollo de su personalidad y 2) la complejidad de la situación a la que se deba enfrentar. Ambas características tienen un respaldo jurídico. La primera es tenida en cuenta por el ordenamiento al referirse a la edad del sujeto que determina la capacidad de obrar. Y la segunda se tiene en cuenta por el ordenamiento cuando se estatuye la asunción de determinados cargos o funciones para los que se deba acreditar una cierta capacidad o incluso excelencia⁹.

De acuerdo con estas variantes, todo ser humano capaz de actuar con libertad y entendiendo las consecuencias de sus actos, es responsable por el resultado que éstos producen¹⁰. Y por lo mismo debe ser

⁵ «Las personas tienen una responsabilidad ética fundacional de vivir bien, de hacer algo de su vida, y el vivir bien tiene que ver con tomar las decisiones apropiadas respecto de nuestra vida». DWORKIN, R., «El libre albedrío y la responsabilidad» en *Justicia para erizos*, traducción de Horacio Pons, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 275.

⁶ DWORKIN, R., «El libre albedrío y la responsabilidad», op, cit, p. 272.

⁷ Pues «en una democracia, o al menos en una democracia que en principio respeta los derechos individuales, cada ciudadano tiene un deber moral general de obedecer todas las leyes, aun cuando pudiera gustarle que alguna de ellas cambiara». DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, traducción de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1999, p. 279.

⁸ DWORKIN, R., «El libre albedrío y la responsabilidad», op, cit, p. 281.

⁹ HOYO SIERRA, I. A., «La adquisición de la responsabilidad desde la perspectiva de la psicología integral» en A. Sánchez de la Torre e Isabel Hoyos (eds.) *¿Por qué se es responsable jurídicamente?*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 37-38.

¹⁰ Todo ser humano y no solo algunos, pues «la lucha por el poder es, en suma, la lucha por conseguir el respeto por la normatividad dada, a que ésta sea realmente operativa y se superponga al orden del poder, a lo que sigue la consecuente introducción de un principio de responsabilidad para los casos en que lo anterior no resulte respetado o cumplido». MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F., *De responsabilitae. Una breve his-*

consciente de sus derechos y obligaciones así como de la necesidad de desarrollar una «cultura cívica»¹¹ de respeto por los deberes propios y por los derechos de los demás.

Coincido con Dworkin cuando afirma que la idea de responsabilidad exige necesariamente la concurrencia de la libertad entendida en sentido amplio como característica del sujeto responsable¹². Libertad entendida como «voluntad propia consciente»¹³, pues no hay libertad sino abuso en la realización de todo aquello que se desea o se apetece¹⁴, sin considerar las consecuencias que las actuaciones propias pueden tener sobre los demás¹⁵.

Esta idea de libertad asocia, entiendo, la concurrencia de otros conceptos coadyuvantes como la capacidad¹⁶, la voluntariedad¹⁷ y la racionalidad¹⁸. Conceptos que Dworkin desarrolla más adelante, pero que a mí me ha parecido interesante señalar ahora unidos a la idea de libertad y como posibilitadores de la misma.

Tomando en cuenta todos estos elementos es posible afirmar que la responsabilidad es un juicio que forma la conciencia humana

toria de la responsabilidad política, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2008, p. 24.

¹¹ Pues no hay «democracia posible sin un alto nivel de cultura cívica, la cual presupone potenciar tanto la cultura general de la población como las virtudes cívicas». SUÑÉ LLINAS, E., «Manifiesto para una nueva Ilustración» en A. Sánchez de la Torre e Isabel Hoyos (eds.), *Teorías y aplicaciones sobre la noción de responsabilidad jurídica*, Madrid, Dykinson, 2009, pp. 609-610.

¹² En la actualidad la idea de libertad se entiende desde dos puntos de vista diferentes: el positivo y el negativo. Desde la primera perspectiva, la libertad afecta a la autonomía de la voluntad. La segunda perspectiva la identifica con el ámbito en el que el sujeto pudo o no actuar sin interferencias. BERLIN, I., «Dos conceptos de libertad» en *Filosofía Política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974. Y BOBBIO, N., *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós, 1993.

¹³ SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., «Noción de responsabilidad jurídica» en A. Sánchez de la Torre e Isabel Hoyos (eds.), *¿Por qué...?*, op. cit., pp. 12 ss.

¹⁴ Decía MONTESQUIEU, C., *El espíritu de las leyes*, Libro XI, capítulo III, que «la libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten» y no todo lo que la voluntad apetece en cada momento».

¹⁵ De ahí la oportunidad de la definición de derecho de KANT, I., *Rechtslehre*, V. 30, en la que afirma que «el Derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de unos puede conciliarse con el arbitrio de los otros según una ley general de libertad».

¹⁶ Entendida como la versión o traducción jurídica de la personalidad. Desde ese punto de vista, la capacidad está muy relacionada con la dignidad en el sentido de que toda persona que es sujeto responsable de derecho, y siempre bajo esa condición, debe tener reconocida su capacidad.

¹⁷ Entendida como la determinación de la voluntad por el mero antojo, y sin otra razón para lo que se resuelve. O lo que es lo mismo, la capacidad mediante la cual se pone en funcionamiento la potencia volitiva que admite o rehúye una cosa queriéndola, aborreciéndola o repugnándola. La voluntariedad determina así el libre arbitrio o la libre determinación.

¹⁸ Entendiendo por tal la capacidad intelectual que juzga las cosas con razón, esto es, con capacidad de discurrir discerniendo en este proceso lo bueno de lo malo, y lo verdadero de lo falso.

dotada de racionalidad, sobre los actos que realiza el ser humano de forma libre, capaz y voluntaria siendo consciente de las consecuencias que acarrea su actuación. Estas consecuencias suelen traducirse legalmente en sanciones que funcionan como condición necesaria para la vida de los seres humanos en sociedad¹⁹. Su imposición, respetando todas las garantías legales, representa una exigencia ética para la pervivencia social. La responsabilidad se convierte así en la esencia del Derecho, en su médula, en aquello que sostiene su razón de ser prestándole unidad y fuerza de realización. Y se traduce en la necesidad moral o jurídica en la que se haya una persona que tiene la obligación de compensar por los daños causados a otra persona como consecuencia de sus actos u omisiones, sean estos voluntarios o no.

Desde esta perspectiva, la responsabilidad es el nudo que enlaza el deber moral con el jurídico. Su función consiste en frenar la actuación humana propiciando que los individuos se comporten de forma adecuada, bien por convicción o conciencia, bien por obligatoriedad susceptible de coacción jurídica, atendiendo a unos principios que no dañen los derechos de los demás sino que faciliten la convivencia pacífica, en la certeza de que quien atente contra ella deberá responder por las consecuencias de sus actos²⁰.

Según Dworkin, la libertad del ser humano es esencial para entender el concepto de responsabilidad y no interfiere en el deber de obedecer las leyes que tienen todos los seres humanos, aunque éste puede ser conjugado con «el derecho de seguir lo que dicta su conciencia²¹, si está en conflicto con tal deber»²².

¹⁹ «La sanción de la conducta lesiva responde a una elemental exigencia ética, y constituye una verdadera constante histórica como principio inmutable de justicia. No se puede causar daño a quien no lo causa, y salvo por circunstancias que le eximan de ello, quien lo haga, responde por ello». MORERA GUAJARDO, E., *Responsabilidad. Concepto jurídico y sus singularidades*, Barcelona, Ariel, 2010, p. 21.

²⁰ «El derecho a la responsabilidad es el derecho fundamental que tiene todo ser humano (1) a la personalización individualizada de todo débito, deber, deuda u obligación; (2) y a la disposición de un cauce jurídico a través del cual a) poderse extrañar o librar de los perjuicios subsiguientes al incumplimiento de cualquier obligación ajena, b) y poder exigir el cumplimiento de las promesas o el pago de las deudas a los individuos que las han prometido o contraído u originado con acciones u omisiones individualizadas y (3) todo ellos especialmente cuando las personas reclamantes o deudoras son a) el Estado mismo, b) o sus órganos de poder, c) o cualquiera de sus representantes, funcionarios, u oficiales. PUY, F., *Derechos Humanos*, vol 2, *Derechos civiles*, Santiago de Compostela, Paredes, 1983, p. 45.

²¹ «Un hombre debe cumplir sus deberes con su Dios y con su conciencia, y si éstos últimos se hayan en conflicto con su deber hacia el Estado, es él, en última instancia quien tiene derecho a hacer lo que juzga correcto. Sin embargo, si decide que debe infringir la ley, debe someterse al juicio y al castigo que impone el Estado, como reconocimiento del hecho de que su deber para con sus conciudadanos, aunque haya cedido en importancia ante su obligación moral o religiosa, no se ha extinguido». DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, op, cit, p. 279.

²² *Ibid*, p. 280.

La identificación del concepto de responsabilidad con la idea primigenia de deber²³ que defiende Dworkin, procede del origen etimológico de la palabra que se inicia en el verbo *spondeo*²⁴. Esta forma verbal se utilizó en la *Ley de las XII Tablas*, para referirse a una promesa creadora de un vínculo jurídico, y poco a poco fue extendiendo su uso mediante el incremento de otras partículas. De ahí surgieron los verbos *correspondeo*, *despondeo* o *respondeo*, que modificaron y aclararon el uso de la *spondeo*.

Desde este origen el concepto de deber aparece ligado a la ley, aunque ésta no deba contentarse con enunciar simplemente lo que deben o no deben hacer los ciudadanos. Dworkin opina que la ley tiene que ir más lejos. Tiene que prever lo que los ciudadanos tienen el deber de hacer o el derecho de hacer. De modo que «un gobierno responsable debe estar dispuesto a justificar cualquier cosa que haga, especialmente cuando limite la libertad de sus ciudadanos. Pero normalmente es justificación suficiente, incluso para un acto que limita la libertad, que el acto esté calculado para incrementar lo que los filósofos llaman utilidad general, es decir, que esté calculado para producir en términos generales, más beneficios que daños»²⁵.

Esta afirmación parece presentar una afinidad utilitarista en el pensamiento de Dworkin, de acuerdo con la cual debe prevalecer la utilidad general sobre la individual sin ningún límite. Ante esta situación nos preguntamos: ¿Es Dworkin un pensador utilitarista? El mismo autor responde dulcificando esta perspectiva inicial al advertir que «ningún gobierno será legítimo si no adhiere a dos principios imperantes: Primero, debe mostrar igual consideración por el destino de todas y cada una de las personas sobre las que reclama jurisdicción. Segundo, debe respetar plenamente la responsabilidad y el derecho de cada persona a decidir por sí misma cómo hacer de su vida algo valioso»²⁶.

²³ Según GAYO, *Institutiones*, IV, 17.^a, la *sponsio* refiere un acto generador de deber jurídico exigible *ex lege* en virtud de promesa verbal de las partes. «Este reconocimiento de la *sponsio* como causa *ex lege* para instaurar el *iudicium* implica la necesidad de una vía distinta de la procesal para hacerla exigible, ya que la *legis actio sacramento* que es una acción procesal, no era el cauce procesal adecuado para que el *iudex* pudiese condenar al *dare, facere, oportere* contenido en la *sponsio*», FUENTESECA DEGENEFTE, M., «El nacimiento procesal del *vinculum iuris*» en A. Sánchez de la Torre e Isabel Hoyos (eds.), *Teorías y aplicaciones... op. cit.*, pp. 37-38.

²⁴ Este verbo tuvo originariamente un carácter religioso, pues a través de él se formalizaba una promesa mediante un acto solemne. El contenido de esta promesa podía referirse a conductas entre particulares, como por ejemplo el matrimonio, o entre ciudades, como por ejemplo un tratado. Y podía estar acompañada de un juramento, o constituir ella misma el juramento. El empleo más antiguo de la palabra tiene que ver con la familia y sus relaciones. SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., «Noción de responsabilidad jurídica» en A. Sánchez de la Torre e Isabel Hoyos (eds.), *¿Por qué...?, op. cit.*, p. 26.

²⁵ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, *op. cit.*, p. 285.

²⁶ DWORKIN, R., «Baedeker» en *Justicia para erizos... op. cit.*, p. 16.

De modo que aunque la ley deba procurar la utilidad general, cada persona tiene una responsabilidad ética hacia sí misma y por lo mismo debe tratar de «vivir bien, de hacer algo de su vida» ¿Qué significa «vivir bien» en el pensamiento dworkiano? Significa «tomar las decisiones adecuadas respecto de la vida», porque, continúa explicando el pensador norteamericano, las causas de nuestras decisiones afectan de alguna manera a nuestra responsabilidad de juicio. Cada ser humano tiene que elegir continuamente cómo quiere vivir su vida y en función de ello, debe tomar las decisiones oportunas conducentes a vivirla de la manera que le sea más útil hacerlo, porque la satisfacción de esa utilidad le proporcionará una vida mejor.

Dworkin defiende que «una vida humana puede tener valor en el modo en que es vivida»²⁷. Con estas palabras, entiendo que quiere hacer descansar la magnitud de la responsabilidad en una cuestión no solo utilitarista sino también ética. Pues para él, «el carácter y la magnitud de nuestra responsabilidad por las acciones que emprendemos gira más bien alrededor de una cuestión ética»²⁸. Pues, aclara, «estudiamos la ética y la moral personal por medio del concepto de responsabilidad –lo que las personas deben hacer por su propio bien o el de otros– y no solo por la idea a menudo correspondiente de derecho, y que se refiere a lo que las personas están autorizadas a tener»²⁹.

Sin duda la presencia del utilitarismo planea sobre el pensamiento de Dworkin, pues él se refiere continuamente a la utilidad y a la conveniencia de vivir la vida de la mejor manera posible. No obstante, a mi juicio, su pensamiento no es utilitarista en el sentido de buscar la satisfacción propia únicamente, sino que está teñido de una gran dosis de conciencia social y moral. El mismo autor aclara este extremo cuando afirma que «nuestras responsabilidades éticas son fijadas en parte por nuestras responsabilidades morales para con los otros»³⁰. De manera que nuestra legítima exigencia de bienestar y de utilidad personal viene condicionada por los derechos de los otros y el deber de no agravarlos deliberadamente. Con este matiz se modula a mi juicio, el posible carácter utilitarista del pensamiento de Dworkin al supeditar la propia utilidad y la búsqueda de la «buena vida de cada uno» a la responsabilidad personal de respetar los derechos de los demás, y el idéntico derecho de éstos a procurar lo mejor para sí mismos. Tampoco defiende Dworkin ningún tipo de relativismo moral pues, como él mismo aclara, su pensamiento «no sugiere que una opinión moral solo es verdadera para quienes piensan que lo es». Lo que pretende es «describir un método y no una metafísica»³¹.

²⁷ DWORKIN, R., «El libre albedrío y la responsabilidad» en *Justicia para erizos*, *op. cit.*, p. 285.

²⁸ *Ibid.*, p. 289.

²⁹ DWORKIN, R., «Los derechos y los conceptos políticos» en *Justicia para erizos... op. cit.*, p. 400.

³⁰ DWORKIN, R., «El libre albedrío y la responsabilidad» en *Justicia para erizos*, *op. cit.*, p. 252.

³¹ DWORKIN, R., «La responsabilidad moral» en *Justicia para erizos*, *op. cit.*, p. 156.

B) La responsabilidad se refiere en segundo lugar a la capacidad, porque «la gente solo es responsable cuando decide teniendo en cuenta los costos que sus decisiones implican para los otros»³², y aun así las realiza. Para que el ser humano pueda decidir de acuerdo con estos parámetros es preciso que tenga aptitud para el pleno conocimiento de las consecuencias de sus actos. Esto es, que tenga suficiente raciocinio como para calibrar el resultado de sus acciones y el efecto que éstas pueden tener sobre sí mismo y sobre los demás.

Dworkin aclara esta idea afirmando que para ser responsable es preciso que la persona de la que se predica esta cualidad «tenga una aptitud mínima para forjarse creencias verdaderas acerca del mundo, los estados mentales de otra gente y las consecuencias probables de lo que hace»³³.

La capacidad a la que se refiere Dworkin con estas palabras es la capacidad cognoscitiva del ser humano. Es decir, la que le permite discernir el valor moral de lo que hace o deja de hacer, así como el resultado previsible de sus actuaciones en relación consigo mismo y con los otros. Pero la idea de capacidad tiene otro posible enfoque que debe ser atendido por lo que a la responsabilidad plena afecta. Me refiero a la capacidad jurídica. Es decir a la aptitud que puede predicarse o no de los individuos en cuanto a la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones.

El ser humano es plenamente responsable cuando acredita ambos tipos de capacidades, la capacidad jurídica y la cognoscitiva (capacidad de obrar). Ambas juntas proporcionan el baremo completo de la responsabilidad.

Dworkin es consciente de esta realidad de modo que junto a la capacidad cognoscitiva analiza la jurídica derivándola de la capacidad de obrar en derecho. Desde esta nueva perspectiva afirma que la *responsabilidad jurídica* es «la obligación de indemnizar o reparar los perjuicios causados a una víctima, además, y en su caso, de la pena o sanción que corresponda, o de soportar exclusivamente la correspondiente sanción prevista para los casos de simple infracción normativa»³⁴.

La definición de responsabilidad jurídica que maneja el jurista norteamericano no aporta novedades en relación con las definiciones tradicionales del corte de las de algunos importantes civilistas como Díez Picazo y Gullón Ballesteros para quienes la responsabilidad «significa la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto, a la obligación de reparar el daño producido»³⁵.

³² DWORKIN, R., «Baedeker» en *Justicia para erizos*, op, cit, p. 17.

³³ DWORKIN, R., «El libre albedrío y la responsabilidad» en *Justicia para erizos*, op, cit, p. 280.

³⁴ MORERA GUAJARO, E., *Responsabilidad...* op, cit, p. 23.

³⁵ DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTROS A., *Sistema de Derecho Civil*, vol II, Madrid, Tecnos, 1989, p. 591.

Bajo esta perspectiva es responsabilidad jurídica la que surge del incumplimiento de un deber de hacer algo o de abstenerse de hacerlo, regulado en una previa norma jurídica. Y se puede imponer únicamente a los seres libres y capaces porque solo ellos pueden ser responsables por las consecuencias de sus actos.

C) En tercer lugar Dworkin refiere la responsabilidad a la dignidad. En efecto, según el autor norteamericano, «las personas que culpan a las demás de sus propios errores carecen de dignidad y con ello reniegan de su responsabilidad, pues no son capaces de asumir las consecuencias de sus actos»³⁶. El hilo conductor de la responsabilidad es la integridad de la persona como ser humano consciente de lo que decide, capaz y libre para decidirlo, y sabedor del deber personal que adquiere de asumir las consecuencias de sus actos.

A su vez, la integridad aparece en el pensamiento de Dworkin estrechamente unida a la responsabilidad y a la coherencia, con lo que se cierra el círculo de su afirmación inicial. La responsabilidad de cada persona, analizada tanto de forma individual o en razón de su cargo, como en el ámbito social, exige vivir de acuerdo con principios morales entendidos «en sentido genérico como el conjunto de los estándares que no son normas»³⁷.

¿Tiene todo esto algo que ver con la dignidad? Sin duda. Pues vive de forma digna aquel que ordena su vida de acuerdo con unos principios coherentes por los que rige su conducta con independencia de lo que exijan las leyes positivas o lo que demande su interés particular. Los principios aparecen en el pensamiento de Dworkin como «estándares que han de ser observados no porque favorezcan o aseguren una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque son exigencias de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad»³⁸.

Bajo esta perspectiva, normas y principios son diferentes aunque no tienen por qué resultar enfrentados, y en la mayoría de los casos no lo estarán, pues las normas juridificarán los principios de justicia y buena convivencia. Pero habrá casos en que sí lo estén y en ese momento corresponde al ser humano responsable y digno, decidir el sentido de su actuación en función de su conciencia, acatando las leyes, o desobedeciéndolas, y haciéndose responsable por el resultado de sus actos. Una u otra decisión debe ser libre, y debe estar realizada por un ser con capacidad y voluntad para hacerlo. Reunidas estas características, el resultado de su elección pondrá en marcha el engranaje de la responsabilidad.

Responsabilidad que no es idéntica en cada sujeto sino que varía en función de su propia vida, de las posibilidades que ha tenido, del ambiente en que se ha criado etc. Así las cosas, las responsabilidades

³⁶ DWORKIN, R., «La dignidad» en *Justicia para erizos*, op. cit., p. 262.

³⁷ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 72.

³⁸ *Ibid.*

éticas, piensa el autor norteamericano, son fijadas en parte por nuestras responsabilidades morales. Responsabilidades que debemos asumir y hasta exigir ya que «los individuos tienen derecho a la independencia ética que se deduce del principio de la responsabilidad personal»³⁹. De nuevo, un guiño hacia la dignidad.

Dworkin entiende que los seres humanos estamos permanentemente interpretando⁴⁰. Pues todos tenemos convicciones morales que podríamos llamar espontáneas, que heredamos de nuestros padres y de nuestras circunstancias. Dichas convicciones (que no son iguales aún en personas con padres y educadores similares), se completan con otras más sofisticadas que vamos adquiriendo, tales como la generosidad, la bondad, el cumplimiento de las promesas, el coraje, la idea de la vinculación a los deberes etc. Con todos estos condicionantes reunidos, cada ser humano va formando su personalidad, y con ella su idea de lo que está bien o mal hecho; idea que será el sustento básico sobre el que se cimienta su capacidad de interpretar el sentido de los actos y de los acontecimientos. Esa interpretación es la pieza que pone en marcha el engranaje de la responsabilidad.

En realidad, opina Dworkin, las convicciones de las personas en lo que a los valores concierne, son creencias susceptibles de discusión y cambio, antes que meros constituyentes de la personalidad fijados por causas genéticas y sociales⁴¹. De ahí la importancia de la libertad y de la capacidad para determinar la responsabilidad.

Con estos condicionantes, el conjunto de las convicciones de un ser humano constituye la base firme sobre la que se asienta la responsabilidad individual, que se convierte en un concepto indispensable, aunque engañoso, en la vida de todo ciudadano. La dificultad de intelección de este concepto, lejos de eximirnos de su estudio, encomienda a la Filosofía Moral la labor de proporcionar una estructura de principios que fundamente las convicciones, y que dé sentido a la responsabilidad individual. Proceso que no consiste simplemente en localizar unos principios más o menos establecidos, sino en encontrar aquéllos que lejos de contentarse con la explicación de los juicios, sirvan además de base lógica para la emisión de los mismos. ¿Cuáles son estos principios? ¿Deben estar en conexión con la moral?⁴² Dworkin opina que sí pues según su pensamiento, es tarea de la Filoso-

³⁹ DWORKIN, R., «El libre albedrío y la responsabilidad» en *Justicia para erizos*, *op cit.*, pp. 252-253.

⁴⁰ Lo mismo hace el derecho que según DWORKIN «no queda agotado por ningún catálogo de reglas o principios»... «es la actitud lo que define el imperio de la justicia (el derecho) y no el territorio o el proceso... es una actitud interpretativa... es una actitud de protesta que hace a cada ciudadano responsable de imaginar cuáles son los compromisos públicos de su sociedad». DWORKIN, R., *El imperio de la justicia*, traducción Claudia Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1988, p. 290.

⁴¹ RODRÍGUEZ, C., *El debate Hart-Dworkin*. Estudio preliminar de César Rodríguez, Universidad de los Andes (Bogotá), Siglo del hombre editores, 2002, p. 179.

⁴² DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, *op, cit*, p. 241.

fía Moral proporcionar una estructura de principios que fundamente las convicciones. Unos principios que apelen de forma independiente al sentido moral de cada persona. Unos principios en suma, que vayan más allá de las normas positivas.

3. DIMENSIONES DE LA RESPONSABILIDAD MORAL

Fijados los parámetros conceptuales de la responsabilidad, Dworkin se adentra en su caracterización operativa. Desde esta perspectiva distingue la responsabilidad como *virtud*, de aquella que aparece como consecuencia de la *relación* entre personas y eventos.

A) Desde el primer punto de vista, esto es como virtud, la responsabilidad deriva de la actuación de una persona respecto a una oportunidad concreta, o respecto a su forma habitual de comportarse. La cualidad de responsable surge en este caso de la acción en sí misma, con independencia del resultado que ésta produzca. Este tipo de responsabilidad puede enfocarse desde tres puntos de vista diferentes: 1) como responsabilidad intelectual, 2) como responsabilidad práctica y 3) como responsabilidad ética o moral. Para explicar mejor esta posición, el autor expone un ejemplo que merece la pena repetir. «Un científico que no verifica sus cálculos carece de responsabilidad intelectual. Un escritor que no hace copias de respaldo de sus archivos carece de responsabilidad práctica. Quien vive a la deriva carece de responsabilidad ética, un ciudadano que vota a una candidata a la presidencia solo porque le parece sensual, carece de responsabilidad moral. Un político que hace entrar en guerra a su país con una información inadecuada es irresponsable en todos los aspectos».

Dworkin ofrece con sus palabras un concepto de virtud muy amplio. Por un lado la deriva «de la actuación de una persona respecto a una oportunidad concreta». Y por otro, la deriva «de la actuación de una persona respecto a su forma habitual de comportarse». La diferencia es importante, pues en el primer caso la virtud podría identificarse únicamente como el modo de proceder recto ante un estímulo concreto. Y en el otro caso, para hablar de conducta virtuosa sería imprescindible la existencia de un hábito o disposición constante para actuar de modo recto y moralmente valioso.

La primera forma de entender la virtud, la concibe como fuerza o vigor y es propia del pensamiento de Maquiavelo cuando aconsejaba al príncipe una forma de comportamiento. La segunda, la que exige un hábito, es la que defiende el pensamiento aristotélico tomista. Dworkin acepta ambas, con lo que su pensamiento pasa a ser más de tipo relativista, tendencia que, como hemos visto, si bien no identifica al autor a mi juicio, sí está presente en otras facetas de su pensamiento.

En cualquier caso sea la virtud un hábito o el resultado de una simple acción concreta, Dworkin entiende que todos los tipos de responsa-

bilidad que derivan de esta visión de la responsabilidad presentan un elemento común, pues se predicen de una acción u omisión. Y además ofrecen un aspecto valorativo. En el caso del ejemplo anterior, la responsabilidad intelectual se origina porque el científico no ha realizado la acción de verificar sus cálculos, con independencia del resultado que éstos arrojasen. El solo hecho de no realizar esa acción verificadora, origina una responsabilidad intelectual que puede tener o no consecuencias prácticas. Lo mismo sucede con el escritor que no hace las copias de respaldo de sus archivos. De esa omisión surge una responsabilidad, con independencia del hecho de que se pierda o no el escrito original. La responsabilidad que se genera en todas estas situaciones es moral, no jurídica. Y por eso me parece mejor la consideración de la virtud como hábito pues ésta es la consideración que acompaña a la idea moral de virtud, aunque no siempre esté en el primer plano.

También carece de responsabilidad ética el ser humano que vive a la deriva, pues se sitúa deliberadamente en una posición que no le permitirá alcanzar una buena vida para él, ni posiblemente para el resto de la sociedad. Y el ciudadano que vota a una persona para ser presidenta de su país solamente porque le parece sensual, realiza también una acción irresponsable, porque los motivos de su acción no se corresponden con las cualidades que deberían ser tenidas en cuenta para emitir el voto a favor de alguien para un puesto de tan alta representación.

B) Desde el segundo punto de vista, es decir desde el *relacional*, una persona es o no responsable solo en función de las consecuencias de sus actos. Este enfoque traslada el interés desde la acción hacia el resultado. La responsabilidad relacional puede ser: 1) de causa, 2) de función y 3) de indemnización. Una persona es causalmente responsable si interviene directamente, como causa eficiente, en un acontecimiento que produce un resultado. Por ejemplo una persona es responsable de la muerte de otra si le pega hasta matarla, pero no si un tercero la empuja y como consecuencia del empujón colisiona con la primera y cae por las escaleras, golpeándose en la caída hasta morir. En ese caso, dice Dworkin⁴³, el individuo A, no es responsable causal de la muerte del individuo B, porque su actuación fortuita no iba encaminada hacia el resultado de muerte.

En segundo lugar se produce la responsabilidad de función cuando una persona deja de cumplir con un encargo o cometido (función) que tenía encomendado, y como consecuencia de ello se produce un resultado dañino. Por ejemplo el individuo A cuyo trabajo es ser vigilante nocturno, tenía el encargo de cerrar con llave las puertas de un almacén. No lo hizo, y como consecuencia se produjo un robo. En ese caso, el individuo A es responsable del mismo.

⁴³ Aquí cabría atender al principio penal de preterintencionalidad el cual DWORKIN parece no haber tenido en cuenta. Atendiendo a él sería compatible defender una cierta responsabilidad aunque no la equivalente al resultado efectivo de la acción.

Por último la responsabilidad indemnizatoria surge cuando un ser humano A realiza o deja de realizar una acción que produce un daño que puede ser compensado económicamente. Por ejemplo un individuo A dejó un grifo abierto en el piso de arriba. Se vertió el agua que mojó el piso de abajo. A, debe hacerse cargo de pagar el arreglo de pintura y todos los demás desperfectos ocasionados a B por su descuido.

Así desbrozado, el concepto de responsabilidad es un foco particularmente relevante para la ética⁴⁴. Lo es hasta el punto de que estudiamos la ética y la moral de las personas valiéndonos del concepto de responsabilidad (lo que las personas deben hacer por su propio bien o por el de otros), y no del de Derecho (lo que las personas están autorizadas a hacer)⁴⁵. Pues en realidad el concepto de responsabilidad se predica más de la ética o moral que del Derecho, aunque exista un tipo de responsabilidad específicamente jurídica, que tiene esta calificación por el hecho de poder ser exigida so pena de sanción legal. Ante esta afirmación cabría preguntarse ¿a qué tipo de ética se refiere Dworkin? ¿A la individual (moral) o a la social (ética)? Yo creo que se refiere a ambas, pues defiende como prioritaria una responsabilidad personal individual que es la que le da a cada individuo derecho a su independencia. Y, junto a ella, otra, que se predica de los seres que viven en grupos y que aconseja la obligación puntual de conceder prioridad ética «a situaciones que mejoran la vida social, aunque no necesariamente la nuestra»⁴⁶.

Todo tipo de responsabilidad supone un esfuerzo, pues reclama el cumplimiento de un deber, implicando con ello un compromiso moral que va más allá de la regulación jurídica. De hecho «la responsabilidad requiere que interpretemos críticamente las convicciones que al principio parecen más atractivas o naturales»⁴⁷. Es decir, que actuemos por sentido ético y moral incluso en contra de nuestras apetencias o conveniencias. Esta forma de vida supone en muchos casos una carga, pues el ser humano de por sí tiende a buscar aquello que le resulta más agradable, más fácil, o que responde a lo que considera mejor para él. De modo que en ocasiones desea lo que es éticamente poco recomendable, o dañino o simplemente le cuesta menos trabajo hacer. Sin embargo, la conducta responsable determina que la elección se decante en función del deber y no de la comodidad. De nuevo aparece la vis moral imponiéndose a la jurídica.

⁴⁴ Hasta el punto de que los liberales éticos piensan que forma parte de la responsabilidad ética de cada persona decidir por sí su responsabilidad ética. DWORKIN, R., *Ética privada e igualitarismo político*, Introducción de Fernando Vallespín, Barcelona, Paidós, 1993, p. 178.

⁴⁵ DWORKIN, R., «Los derechos y los conceptos políticos» en *Justicia para erizos*, *op. cit.*, p. 400.

⁴⁶ DWORKIN, R., *Ética privada e igualitarismo político*, *op. cit.*, p. 156. En realidad «La integración ética, proporciona a veces la motivación necesaria para la racionalidad colectiva, pero no al revés». *Ibid.*, p. 157.

⁴⁷ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, *op. cit.*, 140.

Así las cosas, advierte Dworkin, la meta del ser humano de conseguir una actuación responsable en todas sus acciones, es imposible de alcanzar, porque siempre somos culpables de algún tipo de circularidad argumental, al no tener manera alguna de testar la exactitud de nuestras convicciones morales. Pues «cuando el ser humano se enfrenta a alguien que sostiene opiniones morales radicalmente diferentes de las suyas, no puede contar con encontrar en su serie de razones y argumentos nada que para la otra persona sea irracional aceptar»⁴⁸. De modo que no puede demostrarle que sus opiniones son las verdaderas y las otras las falsas. Aunque sí puede tener al menos la esperanza de convencerla y convencerse a sí mismo de otra cosa que a menudo es más importante; que ha actuado de manera responsable al adoptar sus opiniones y moverse en función de ellas⁴⁹. Aquí se muestra de nuevo el principio de integridad ya referido.

Ante esta situación cabría preguntarse: ¿Es todo tan relativo y opinable que no hay forma de buscar una conducta responsable en la que pueda existir algún consenso? ¿No es posible bajo estos parámetros alcanzar la responsabilidad como ideal de vida? Dworkin responde a este interrogante afirmando que aun con estas limitaciones, «es responsable la persona que acepta la integridad y la autenticidad morales como ideales apropiados y despliega un esfuerzo razonable en la procura de alcanzarlos»⁵⁰. Es decir, nadie está obligado ni en la moral ni en el derecho, a más de lo que razonablemente puede alcanzar. La responsabilidad se configura para Dworkin como una cuestión fundamentalmente atinente al ámbito de la moral, aun cuando tiene implicaciones jurídicas.

Llegados a este punto nos preguntamos: si la responsabilidad como actitud permanente en la conducta de un ser humano es una meta imposible de alcanzar, y solo podremos contentarnos con «procurar alcanzarla» ¿qué sentido tiene buscarla? ¿Cuál es el valor de la responsabilidad que nos mueve a procurarla aun cuando requiere esfuerzo e implica deberes éticos y morales a menudo muy gravosos? ¿Por qué debe ser asumida esta carga? Desde luego, el comportamiento responsable importa desde el punto de vista individual, porque aproxima al ser humano a sus exigencias morales haciéndolo más justo y equitativo. Situación ésta que proporciona a quien la disfruta, la tranquilidad de vivir una vida más productiva y mejor; más coherente, más útil y más digna, y aunque por veces pueda ser más incómoda, es desde luego más satisfactoria.

Como dice Dworkin «nuestra responsabilidad moral nos exige convertir nuestras convicciones reflexivas en un filtro lo más denso y

⁴⁸ DWORKIN, R., «La responsabilidad moral» en *Justicia para erizos*, op. cit., p. 130.

⁴⁹ «La diferencia entre la exactitud y la responsabilidad se deja ver fácilmente en una tercera persona. Puedo juzgar que sus convicciones son francamente incorrectas pero aceptar, no obstante, que usted ha actuado con plena responsabilidad al formarlas». DWORKIN, R., «La responsabilidad moral» en *Justicia para erizos*, op. cit., p. 131.

⁵⁰ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, op. cit., 141.

eficaz posible, y así reivindicar tanta fuerza como podamos para la convicción dentro de la matriz causal más general de nuestra historia personal como un todo». Por eso es imprescindible que «busquemos la coherencia valorativa exhaustiva entre nuestras convicciones»⁵¹. Y al encontrarla, nuestra vida será más armoniosa y por lo mismo más satisfactoria.

Aun dando por satisfactoria esta explicación a nivel de moral individual, la pregunta sigue en el aire. ¿Por qué importa que los otros actúen con responsabilidad? ¿No sería suficiente que actuasen conforme a las leyes o simplemente por miedo al castigo? ¿Es preciso además de eso, que los seres humanos actúen por convicción, responsabilidad o cualquier otro motivo altruista? ¿Tiene la responsabilidad moral siempre una motivación altruista? A este interrogante Dworkin contesta afirmando que es preciso que las personas actúen por convicción moral en sus tratos con otras personas porque «eso es lo que exige el respeto por nosotros mismos»⁵². Es decir la dignidad. En este extremo coincido plenamente con el autor, pues entiendo que en algunas ocasiones la responsabilidad moral no tiene finalidad altruista de servicio a los demás. Se actúa de acuerdo con ella por respeto hacia uno mismo.

Sea cual fuere la motivación, lo cierto es que en esa actuación «las personas moralmente responsables pueden no alcanzar la verdad pero deben buscarla»⁵³. Deben hacerlo dentro de los valores morales que son plurales y subjetivos, y deben ser coherentes para poder buscarlos y utilizarlos tratando de aplicarles la mejor interpretación de las posibles⁵⁴.

Con estas palabras Dworkin realza la conexión interna entre derecho y moral pues como dice Melero, «cualquier teoría del derecho descansa en convicciones y juicios morales»⁵⁵. Esta conexión se intensifica cuando nos referimos a la teoría política, pues entre ambas teorías, jurídica y política, debe existir una cooperación similar a la que debe haber entre Derecho y Moral. Ya que una sociedad que prescindiera de lo que los individuos consideran justo, no admitirá de buen grado el necesario sometimiento a las leyes⁵⁶. Es normal

⁵¹ DWORKIN, R., «La responsabilidad moral» en *Justicia para erizos*, op. cit. p. 140.

⁵² *Ibid*, p. 145.

⁵³ *Ibid*, p. 146.

⁵⁴ Pues debemos encontrar convicciones en las que creamos y que efectivamente encajen en un proceso de carácter interpretativo. Con esta idea DWORKIN no defiende como podría parecer, ningún tipo de relativismo. «No sugiero que una opinión moral solo es verdadera para quienes piensan que lo es». Es más afirma que «la verdad moral siempre está al alcance de los hombres de un modo en que la verdad científica no puede estarlo». DWORKIN, R., «La responsabilidad moral» en *Justicia para erizos*, op. cit. pp. 155-156.

⁵⁵ MELERO DE LA TORRE, M. C (ed.), *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el imperio de la Ley*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 19.

⁵⁶ En la actualidad ese problema parece atenuarse pues «el constitucionalismo moderno ha incorporado gran parte de los contenidos o valores de justicia elaborados

que así sea porque el ordenamiento jurídico resultante de la contemplación de una realidad jurídica separada de cualquier condicionante moral, será un ordenamiento artificial⁵⁷. Un ordenamiento que adolecerá de la fuerza de convicción precisa para su eficacia. El legislador que no sea capaz de entender esta realidad, estará condenado al fracaso por haber producido unas leyes de espaldas a la comunidad cuya convivencia debe regular⁵⁸.

4. LA RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL

El concepto de responsabilidad de Dworkin presenta una gran carga ética y moral que él vincula a la dignidad y a la integridad de los seres humanos, y a su necesidad de actuación teniendo en cuenta la utilidad personal y el bienestar de los demás. Pues solo podrá vivir bien el individuo que atiende a sus obligaciones sociales ejercitando con ello su responsabilidad individual moral.

Nos preguntamos entonces ¿tiene este concepto de responsabilidad con marcado cariz moral alguna trascendencia en la labor de los poderes públicos?, o ¿debe limitarse únicamente a regular las relaciones de cada ser humano consigo mismo o con los demás? Responderemos a esta pregunta ejemplificando la respuesta con uno de los poderes del Estado. El poder judicial.

La función social del poder judicial es resolver con carácter ejecutivo la adjudicación de derechos controvertidos. Para cumplir esta función el juez debe: 1) atender a la descripción de las circunstancias del caso, 2) reflexionar sobre la valoración, pertinencia y legalidad de la aplicación de la norma general al caso concreto y 3) emitir un mandato de adjudicación, distribución o negación de derechos. Con ello

por el iusnaturalismo racionalista e ilustrado». Y por eso se ha producido un acercamiento evidente entre «legitimación interna o deber ser jurídico, y legitimación externa o deber ser extrajurídico». FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de P. Andrés, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Madrid, Trotta, 2011, p. 366.

⁵⁷ Y por eso conviene moverse entre la moralización del derecho y la legalización de la moral. PRIETO SANCHÍS, L., «Entre la moralización del derecho y la legalización de la moral. Variaciones sobre la presunta obligatoriedad moral del Derecho», *Jueces para la democracia*, 81/2014, pp. 33-56.

⁵⁸ El buen legislador debe «1. Conocer las circunstancias históricas y políticas, las opiniones de los ciudadanos para calcular la aplicabilidad. 2. Pedir asesoramiento a los profesionales en la materia y a los grupos interesados para que expresen cuáles serán las reacciones ante la nueva ley. 3. Tomar el pulso a los medios de comunicación, indagando y considerando sus opiniones y argumentos y hacer campañas mediáticas para que las leyes tengan una acogida favorable en el momento de su aplicación. 4. Ejecutar firmemente lo que se ha convertido en una convicción. 5. Actuar en forma crítica y propositiva ante los lineamientos de su partido, aportando juicios y argumentos en favor y en contra». PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, B., *Ética del legislador*, México, Porrúa, 2004, p. 61.

ejercita el derecho activo a la justicia⁵⁹ y atiende al derecho pasivo a la justicia de los ciudadanos que la demandan⁶⁰.

La labor del juez no está desde luego exenta de responsabilidad jurídica, pero ¿está también sujeta a responsabilidad moral y política? Dworkin opina que sí. Pues, según su pensamiento, el juez no debe concebir su función únicamente como mero aplicador de la ley positiva. Al contrario, debe tener en cuenta además de la normativa legal, el conjunto de parámetros y de exigencias sociales que se refieren tanto a la necesaria motivación, como a la proximidad del resultado del fallo con lo que la sociedad de referencia considera justo⁶¹. El juez no solo tiene que motivar sus sentencias, debe además justificarlas y explicarlas, a fin de que la sociedad las entienda y las acepte como las mejores posibles. Sólo así tendrá el pueblo soberano la convicción de que se ha hecho justicia⁶². Es importante que el pueblo entienda las sentencias judiciales pues como dice Melero de la Torre «desde el modelo antipositivista de Dworkin, la obediencia al Derecho no consiste simplemente en el acatamiento de las decisiones formales del poder político. Se trata más bien de guardar fidelidad a un esquema de principios morales que justifican las decisiones colectivas de una comunidad política determinada»⁶³.

Con este pensamiento, Dworkin aborda de lleno la importancia de la función juzgadora, y los parámetros bajo los cuales debe realizarse. Porque, como él mismo afirma, la labor que tiene encomendada el poder judicial no se ciñe a decir quién tiene o no razón cuando se discute sobre la adjudicación de derechos en un caso controvertido. Los jueces tienen encomendada una función más importante que la de

⁵⁹ «El derecho individual activo de Justicia es el derecho natural que tiene todo ser humano miembro de una sociedad organizada en Estado, a decir el derecho para decidir una disputa sobre derechos entre otras dos personas o grupos de personas». PUY MUÑOZ, F., *Teoría Dialéctica de la Justicia Natural*, México, Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla, 2012, p. 45.

⁶⁰ «El derecho individual pasivo de Justicia es el derecho natural que tiene todo ser humano miembro de una sociedad organizada en Estado, al bienestar y tranquilidad que proporciona conocer que cuando se produzca una reclamación amenaza o agresión a sus derechos y libertades, no quedará indefenso, sino que podrá pedir y recibir Justicia de otro ciudadano que acepte ser bonome, mediador o árbitro de su conflicto, e *in extremis*, de un juez y un abogado mediante el proceso jurídico debido». PUY MUÑOZ, F., *Teoría Dialéctica de la Justicia Natural*, *op. cit.*, p. 51.

⁶¹ «El derecho como integridad requiere que los jueces asuman, hasta donde sea posible, que el derecho está estructurado por un conjunto coherente de principios sobre justicia, equidad y debido proceso y que los hagan cumplir en los nuevos casos que se les presenten», DWORKIN, R., *El imperio de la justicia*, *op. cit.*, p. 175.

⁶² «Tanto en la justificación como en la explicación se ofrecen «razones», pero la diferencia entre ellas estriba en el hecho de que mientras la justificación se caracteriza por ofrecer las llamadas «buenas razones» que son la apelación a las normas que dirigen la acción sobre las que existía un acuerdo previo, la explicación simplemente expone los hechos que han dado lugar a la acción, en una relación causa-efecto. RODRÍGUEZ BOENTE, S. E., *La justificación de las decisiones judiciales*, Universidad de Santiago de Compostela, 2003, p. 36.

⁶³ MELERO DE LA TORRE, M. C., *Dworkin y sus críticos...*, *op. cit.*, p. 55.

simples adjudicatarios de derechos. Una función que se amplía acercándose más a la de garantes de la justicia. Y por eso, afirma el pensador norteamericano, importa la forma en que deciden cada caso pues «las personas pueden ganar o perder más por el asentimiento de un juez que por cualquier acto general del Congreso o del Parlamento». Los juicios son también importantes en otro aspecto pues «es inevitable la dimensión moral de una acción ante la justicia y por tanto, el riesgo de alguna forma distintiva de injusticia pública»⁶⁴.

La trascendencia de esta función no es, ni ha sido igual de importante a lo largo de la historia. En períodos de calma, el pueblo se cuestiona menos los fundamentos de su democracia. Pero en los momentos como los actuales en los que se tambalean los cimientos de la sociedad, en los que se produce un cambio de valores sociales y morales, el Derecho se resiente. Los ciudadanos piden «explicaciones» a los que hasta ese momento fueron «poderes», pues ya no confían en que autoridad y potestad vayan juntas en los titulares de los poderes públicos.

Ante esta situación nos preguntamos ¿tiene el poder judicial además de responsabilidad jurídica y moral, responsabilidad política? Para responder a esta cuestión conviene aquilatar qué entendemos por responsabilidad política. La *responsabilidad política* es la que afecta al buen gobierno de la *polis*⁶⁵. En las sociedades democráticas este tipo de responsabilidad presenta múltiples facetas y matices, y desde luego es más complicada en su intelección, que la estrictamente jurídica. Uno de los principales problemas que plantea deriva de la tendencia de los seres humanos a identificarla únicamente con la responsabilidad de los gobernantes en el ejercicio de la función de gobernar⁶⁶. Y es que, además de esta, la responsabilidad política abarca un segundo aspecto que no debe ser menospreciado. Se refiere a la responsabilidad del ciudadano «susceptible de poner en marcha o potenciar mecanismos de participación y medios de ejercer un control de la acción de los representantes políticos, de los dirigentes de los partidos, o de los gobernantes»⁶⁷.

⁶⁴ DWORKIN, R., *El imperio de la justicia*, *op cit*, p. 15.

⁶⁵ La responsabilidad política es la obligación (que tienen los políticos), de rendir cuentas de su actuación ante los órganos frente a los que responden y de asumir su cese por la libre decisión del órgano al que corresponde exigir esa responsabilidad política. SÁNCHEZ AGESTA, L., *Principios de Teoría Política*, Madrid, Editora Nacional, 1976, & 24.6.a.

⁶⁶ Tiende a identificarse la responsabilidad política con la llamada «cultura de la dimisión» que parece que se manifiesta especialmente en tres casos: 1) cuando la conducta del político haya traicionado la confianza de los ciudadanos, 2) cuando haya ocurrido lo propio con la de un subordinado cuya actividad estuviera obligado a controlar y 3) cuando se dé idéntica circunstancia a cargo de persona por él elegida para compartir responsabilidades propias. OLLERO TASSARA, A., «Responsabilidad política y razón de Estado», *Papeles FAES*, Madrid, FAES, 1996, pp. 50-51.

⁶⁷ DE LA TORRE MARTÍNEZ, J., «La responsabilidad en el ámbito político en los Estados democráticos» en A. Sánchez de la Torre e Isabel Araceli Hoyos (eds.), *Teorías y aplicaciones...*, *op, cit*, p. 212.

En la responsabilidad política es muy importante la participación del ciudadano, pues en el caso de que ésta no se produzca, el régimen democrático se convierte en una falsedad⁶⁸. Sólo del trabajo conjunto entre políticos y ciudadanos, unido al respeto de las normas por parte de cada uno de estos sectores, puede surgir la verdadera democracia «que no sea un régimen perverso que provoque el encanallamiento y la corrupción del cuerpo político». Para que esto no suceda, es precisa «la práctica general de las virtudes cívicas y que el ciudadano se haga responsable en el sostenimiento y desarrollo de la sociedad política»⁶⁹. Es necesario, en suma, que políticos, gobernantes, legisladores, jueces y funcionarios⁷⁰, junto con los ciudadanos, sean conscientes de que la responsabilidad política no se agota en el ejercicio de la democracia. Exige además el respeto del ser humano por sí mismo, unido a la convicción de que el bien común es más importante que el individual. Porque la conciencia de formar parte de una sociedad implica la seguridad de pertenecer a algo común cuyo desarrollo compete a todos. El sostenimiento del régimen democrático no depende solo del gobierno, sino también y sustancialmente, de la calidad humana de todos los ciudadanos.

Creo que Dworkin entiende que así es. Creo que es consciente de que la trascendencia de la decisión judicial va más allá de la tarea de subsumir el caso concreto a la norma general. Pues como él mismo dice «el juez no solo debe decidir quién recibirá qué, sino quién se ha comportado bien, quién ha cumplido con sus responsabilidades de ciudadano y quién, de forma intencional, o por codicia o insensibilidad, ha ignorado sus propias responsabilidades con respecto a los demás, o exagerado las de los demás con respecto a sí mismo»⁷¹.

En suma, el juez tiene que hacer justicia y no limitarse exclusivamente a aplicar las leyes escritas. Para desarrollar esta función suele precisar de más ayuda, que la que le proporcionan las leyes positivas del Estado. Necesita ayudarse del conocimiento de la ética individual y social pues solo considerándola en su justa medida y en relación con la legislación pertinente, podrá hacer frente a su responsabilidad que no es únicamente jurídica, sino también moral y política.

Los poderes del Estado en general, y el poder judicial en particular, deben comportarse con integridad moral jurídica y política. Una vez

⁶⁸ GAGO GUERRERO, P. F., «La responsabilidad política en el régimen democrático» en A. Sánchez de la Torre e Isabel Araceli Hoyos (eds.), *¿Por qué se es...?, op. cit.*, p. 281.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 283.

⁷⁰ «Parece conveniente que por parte de quien corresponda se fomente entre los empleados públicos la que podemos llamar responsabilidad positiva, la que deriva de comprender que sus deberes nacen de sólidos principios que en general son herramientas a su servicio, en detrimento de la responsabilidad negativa, la que deriva de un planteamiento defensivo respecto al derecho positivo que han de aplicar y que les es aplicable», PINTO FONTANILLO, J. A., «El papel de los principios ético-jurídicos en el ejercicio responsable de la función pública» en A. Sánchez de la Torre e Isabel Araceli Hoyos (eds.), *Teorías y aplicaciones... op. cit.*, p. 244.

⁷¹ DWORKIN, R., *El imperio de la justicia, op. cit.*, p. 15.

más el Derecho y la Moral, y con ellos la responsabilidad moral, la política y la jurídica, transitan por caminos diferentes pero muy próximos. Porque, como afirma Dworkin, «si aceptamos la justicia como una virtud política, queremos que nuestros legisladores y otros funcionarios distribuyan recursos materiales y protejan las libertades civiles como para asegurar un resultado defendible desde el punto de vista moral»⁷². Pues, un resultado no es defendible solo porque lo establezca una ley positiva. Lo es, si además es satisfactorio desde el punto de vista moral. Consecuentemente al emitir sus sentencias el juez no puede basarse únicamente en lo que dicen las leyes positivas. Es preciso que relacione la respuesta de éstas con lo que para ese caso concreto sería defendible de acuerdo con su moralidad y con la moralidad social. Solo así actuará de manera que el ciudadano considere que se ha hecho justicia.

Cuando exigimos esta actitud por parte del poder judicial del Estado, hemos dejado de considerarlo únicamente como garante de derechos, para concederle un papel más trascendente: el papel de facilitador de la justicia. Desde esta perspectiva su función implica garantizar la integridad moral de la decisión adoptada, además de la aplicación retrospectiva de las normas positivas. O al menos eso es lo que esperan los ciudadanos que haga. De ese modo, afirma Dworkin, «la integridad se convierte en ideal político cuando requerimos lo mismo del Estado o comunidad considerada como agente moral, cuando insistimos en que el Estado actúe sobre una base de principios coherentes y únicos, aun cuando sus ciudadanos estén divididos sobre cuáles son en realidad los principios de justicia y equidad concretos»⁷³. La integridad política así entendida, debe ser asegurada por el Estado⁷⁴ y debe ser perceptible por los ciudadanos que entienden que sus gobernantes los dirigen «a través de un conjunto coherente de principios políticos cuyo beneficio se extiende a todos los ciudadanos»⁷⁵.

¿Cómo se aplica esa integridad al poder judicial? Dworkin entiende que la integridad que deberíamos atribuir a la práctica jurídica «fluye desde el nivel doctrinal al de aplicación judicial, ya que entiende que la integridad requiere en algunos casos que los jueces atiendan a la moral para decidir tanto cuál es el derecho aplicable, como la manera de cumplir sus responsabilidades como jueces»⁷⁶. La labor judicial reviste así extraordinaria dificultad porque no se agota en la aplicación de la norma general al caso concreto. Requiere además que

⁷² *Ibid.*, p. 124.

⁷³ *Ibid.*, p. 125.

⁷⁴ «Nadie puede sensatamente esperar que sus funcionarios han de actuar siempre en función de principios que considera correctos, pero sí que actúen en función de los principios a los que ellos mismos se adhirieron». DWORKIN, R., «La responsabilidad moral» en *Justicia para erizos... op. cit.* p. 146.

⁷⁵ DWORKIN, R., *La justicia con toga*, traducción de M. Iglesias Vila, Madrid, M. Pons, 2007, p. 23.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 31.

las sentencias de adjudicación de derechos se basen en convicciones coherentes que encajen dentro de un modelo de integridad política y moral⁷⁷ que convenza a la sociedad de referencia.

Llegados a este punto parece que la misión del poder judicial es asegurar la justicia. Pero ¿qué justicia? Esta pregunta es inevitable si admitimos, como parece querer indicar Dworkin, que la idea de que la justicia no es unívoca sino interpretativa, al igual que lo son el Derecho y la Moral. En efecto, «los conceptos morales son conceptos interpretativos; su uso correcto es una cuestión de interpretación, y la gente que los utiliza discrepa acerca de cuál es su mejor interpretación»⁷⁸.

Por eso es preciso insistir: ¿cuál deber ser la política judicial?, ¿es suficiente que el juez base su decisión en normas o debe hacerlo también en principios?⁷⁹

Nuestro autor responde a este importante interrogante advirtiendo de que cuando normas y principios coinciden no existe problema alguno, pero cuando no lo hacen, todo ser humano y el juez también, deben preferir sus principios que, según Dworkin, deben «servir de base a nuestros juicios y no explicarlos, simplemente, y eso significa que los principios deben apelar en forma independiente a nuestro sentido de la moral»⁸⁰. Al hacerlo así, el juez debe procurar no contravenir las leyes, porque si lo hace sea juez o no, debe asumir las consecuencias de ello, pero al mismo tiempo no puede contentarse con la aplicación ciega de la ley sin analizar la justicia, la prudencia y la oportunidad de sus decisiones. El juez tiene responsabilidad jurídica y moral por sus actos. Nos preguntamos: ¿también tiene responsabilidad política? Dworkin entiende que sí, pues «las decisiones judiciales son decisiones políticas por lo menos en el sentido amplio que interesa a la doctrina de la responsabilidad política?»⁸¹ De modo que al complejo conjunto de responsabilidades que tiene el ejercicio de la función judicial se suma la necesidad de atender a argumentos de tipo político acordes con la justicia. Esos argumentos no obstante no deben ser de oportunidad, sino que deben estar basados en principios políticos que por ser «principios» deben buscar la justicia, y por ser «políticos», deben «proponer el establecimiento de un objetivo colectivo».

⁷⁷ «Podemos buscar la verdad sobre la moral solo si perseguimos la coherencia respaldada por la convicción». Y como eso es difícil, «debemos encontrar convicciones en las que creamos y que efectivamente encajen. Este proceso es de carácter interpretativo». DWORKIN, R., «La responsabilidad moral» en *Justicia para erizos...* *op. cit.* p. 155.

⁷⁸ *Ibid.* p. 154.

⁷⁹ «Llamo principio a un estándar (en general todo el que no es norma) que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad». DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 72.

⁸⁰ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, *op. cit.* p. 241.

⁸¹ *Ibid.* p. 155.

La dificultad de su función se acrecienta así, pues el equilibrio es complicado. De ahí la importancia de una buena formación.

En este extremo Dworkin es claro. Es preciso no confundir los principios políticos con las directrices políticas. Las directrices son simplemente objetivos que deben ser alcanzados⁸² por motivos de oportunidad con independencia de los principios que alberguen. La responsabilidad política no se refiere a ellas. Sólo afecta a los principios políticos que obligan a contemplar el interés de la *polis* y no solo el interés individual en el momento de la decisión.

5. CONCLUSIÓN

La sociedad actual precisa replantearse los cimientos sobre los que asienta su convivencia⁸³. Es necesario cambiar esquemas, mentalidades y formas de conducta. Hay que hacerlo a través del poder legislativo, propiciado un ordenamiento más claro, más eficaz y más simple. Hay que hacerlo también desde el poder ejecutivo, erradicando con tolerancia cero las actuaciones corruptas o fraudulentas. Y hay que hacerlo en fin, desde el poder judicial, asegurando la adjudicación justa y pronta de los derechos controvertidos así como la aceptación social de las sentencias. En todos estos cambios la responsabilidad juega un papel fundamental.

El trabajo que ahora concluye defiende, en diálogo con R. Dworkin, la responsabilidad moral como el hilo conductor de toda responsabilidad. Entendemos que si bien la responsabilidad moral es diferente de la jurídica y de la política, todas ellas se implican y entrelazan de la misma forma que lo hacen la Moral, la Política, y el Derecho⁸⁴.

Coincidimos con Dworkin en que la responsabilidad implica el deber de asumir las consecuencias de los actos realizados con capacidad, voluntad y libertad. Este deber comienza en el plano personal, de ahí su vinculación con la dignidad y con la integridad, y desde él irradia hacia los roles que pueden desempeñar las personas en cada momento de su vida. Por eso estimamos que la modifi-

⁸² *Ibid*, p. 72.

⁸³ Necesita formar a sus individuos en convicciones morales pues dice DWORKIN: «la moral entra en juego cuando se rechaza incluir en el ámbito legal una conducta «porque no es contraria a la justicia» pero se entiende que «quita sentido o corrompe o tiene malas consecuencias de otro tipo para la vida de su autor». Es decir, según Andrés OLLERO, cuando siendo irreprochable jurídicamente resulta moralmente rechazable. OLLERO TASSARA, A., «En diálogo con Dworkin: moralidad política y derecho natural», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, LXVI, 91, 2013-2014, p. 463. Convengo con el autor español en que esta situación se da muchas veces, de donde parece deducirse que el razonamiento moral que fundamenta la responsabilidad moral permea toda la responsabilidad incluida la jurídica.

⁸⁴ «El razonamiento jurídico es un razonamiento característica y predominantemente moral». DWORKIN, R., *Justicia con toga.*, *op. cit.*, p. 163.

cación de las conductas que afligen a la sociedad actual, sustancialmente la corrupción y el fraude, han de comenzar por aceptar y asumir los deberes que impone a cada individuo su responsabilidad moral. Sólo haciéndolo así, estos mismos sujetos podrán asumir después con mayor facilidad y eficacia sus otras responsabilidades jurídicas y políticas.

Es así porque la responsabilidad nace de una opción personal distinta en cada ser humano, de modo que, como señala Dworkin, es preciso desarrollar una «cultura cívica» de respeto por los derechos de los demás y por los propios. Al hacerlo, quedará patente que el «vivir bien» no tiene necesariamente sentido utilitarista sino de búsqueda de las decisiones adecuadas, de forma que la vida individual y la social tengan sentido no solo por ser vividas, sino por la forma en que son vividas.

La responsabilidad se manifiesta así como la esencia del Derecho, como su médula, como el nudo que enlaza el deber moral con el jurídico, y una vez más la Filosofía del Derecho sirve de puente de enlace entre la realidad del ser y la necesidad del deber ser uniendo con una visión tópica, la descripción, la valoración y la normación.

Fecha de recepción: 31/03/2015. Fecha de aceptación: 31/10/2015.

La métrica de las instituciones políticas:
el enfoque trascendental y el enfoque comparativo¹

*Measuring Political Institutions:
The Transcendental Approach and the Comparative
Approach*

Por ÁNGELES RÓDENAS²
Universidad de Alicante

RESUMEN

La autora analiza dos enfoques desde los que es posible justificar las instituciones políticas: el enfoque trascendental y el enfoque comparativo. De acuerdo con el primero de tales enfoques, la justificación de las instituciones políticas precisaría de la identificación de un modelo institucional ideal que se confrontaría a las instituciones políticas reales, de manera que estas últimas quedarían justificadas si fueran un reflejo fiel o adecuado del modelo ideal; en cambio, lo que el enfoque comparativo se propone es justificar las instituciones políticas confrontando propuestas institucionales alternativas; se trataría de evaluar y ordenar las ofertas institucionales disponibles. Para ilustrar ambos enfoques la autora examina una serie de teorías: la concepción de la teoría de la justicia de John Rawls; la concepción de la democracia de William Nelson; la tesis de la democracia como sucedáneo del discurso moral de Carlos Nino y la teoría de la elección social, preconizada por Amartya Sen. Finalmente, el análisis de estas teorías le lleva a realizar una valoración crítica respecto de las dificultades e insuficiencias que ambos enfoques presentan si son tomados aisladamente.

¹ El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Desarrollo de una concepción argumentativa del Derecho» (DER2013-42472P), financiado por el Ministerio español de Economía y Competitividad.

² ORCID iD 0000-0002-1983-0691

Palabras clave: *La justificación de las instituciones políticas, la teoría de la justicia de John Rawls, la concepción de la democracia de William Nelson, la tesis de la democracia como sucedáneo del discurso moral de Carlos S. Nino, la teoría de la elección social de Amartya Sen.*

ABSTRACT

The author discusses two approaches from which it is possible to justify political institutions: the transcendental approach and the comparative approach. According to the first of these approaches, the justification of political institutions requires the identification of an ideal institutional model with which to compare real political institutions, in such a way that these real institutions are justified if they are a true or an accurate reflection of the ideal model. In contrast, what the comparative approach proposes is to compare alternative institutional proposals in order to justify political institutions. This approach consists in the evaluation and ordering of institutional offers. The author introduces some theories in order to illustrate both approaches: Rawls's Theory of Justice; William Nelson's Theory of Democracy; Carlos S. Nino's Theory of Democracy as a Substitutive of the Moral Discourse, and Amartya Sen's Social Choice Theory. Finally, the analysis of these theories leads the author to make a critical assessment about the difficulties and shortcomings that both approaches present if they are considered in isolation.

Key words: The justification of political institutions, Rawls's Theory of Justice, William Nelson's Theory of Democracy, Carlos S. Nino's Theory of Democracy, Amartya Sen's Social Choice Theory

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.-2. EL ENFOQUE TRASCENDENTAL: DE LA TEORÍA DE LA JUSTICIA DE J. RAWLS A LA TESIS DE LA DEMOCRACIA COMO SUCEDÁNEO DEL DISCURSO MORAL DE C. S. NINO, PASANDO POR LA CONCEPCIÓN DE LA DEMOCRACIA DE W. NELSON.-3. EL ENFOQUE COMPARATIVO: LA TEORÍA DE LA ELECCIÓN SOCIAL DE A. SEN.-BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.-2. THE TRASCENDENTAL APPROACH: FROM RAWLS'S THEORY OF JUSTICE TO C. S. NINO'S THEORY OF DEMOCRACY, VIA W. NELSON'S THEORY OF DEMOCRACY.-3. THE COMPARATIVE APPROACH: A. SEN'S SOCIAL CHOICE THEORY.-BIBLIOGRAPHY.

1. INTRODUCCIÓN

En estas páginas voy a ocuparme de dos posibles enfoques desde los que justificar las instituciones políticas: el enfoque trascendental y

el enfoque comparativo³: de acuerdo con el primero de tales enfoques, la justificación de las instituciones políticas precisaría de la identificación de un modelo institucional ideal que se confrontaría a las instituciones políticas reales, de manera que estas últimas quedarían justificadas si fueran un reflejo *fiel* o *adecuado*⁴ del modelo ideal; en cambio, para la segunda orientación –el enfoque comparativo– la identificación con el modelo ideal no sería un buen punto de partida (ni de llegada) para una teoría sobre la justificación de las instituciones políticas⁵. Por el contrario, lo que el enfoque comparativo propone es justificar las instituciones políticas confrontando propuestas institucionales alternativas; se trataría de algo –aparentemente– tan simple como evaluar y ordenar las ofertas institucionales disponibles. Para ilustrar ambos enfoques voy a valerme de una serie de teorías. En primer lugar, para ilustrar el enfoque trascendental, voy a exponer aspectos básicos de la teoría de la justicia de John Rawls, de la concepción de la democracia de William Nelson y la tesis de la democracia como sucedáneo del discurso moral de Carlos Nino. En segundo lugar, me ocuparé de la teoría de la elección social, preconizada por Amartya Sen, decidido defensor del enfoque comparativo. El análisis de estas teorías me permitirá arrojar alguna luz sobre la diferencia entre el enfoque trascendental y el comparativo a la hora de abordar el problema de la justificación de las instituciones políticas, así como sobre las dificultades e insuficiencias que ambos enfoques presentan. Adelanto ya que la conclusión a la que llego es que para fundar un juicio justificativo consistente relativo a las instituciones políticas es necesario conjugar de alguna manera coherente ambas perspectivas. Dicho en otros términos, *la métrica de las instituciones políticas* requiere de una coordinación ajustada entre el enfoque trascendental y el enfoque comparativo.

2. EL ENFOQUE TRASCENDENTAL: DE LA TEORÍA DE LA JUSTICIA DE RAWLS A LA TESIS DE LA DEMOCRACIA COMO SUCEDÁNEO DEL DISCURSO MORAL DE C. S. NINO, PASANDO POR LA CONCEPCIÓN DE LA DEMOCRACIA DE WILLIAM NELSON

Como acabo de indicar, el enfoque trascendental parte de la identificación de un modelo institucional ideal; una vez identificado dicho modelo, éste se confronta con las instituciones políticas reales, de

³ La caracterización inicial de ambos enfoques la tomaré de Amartya Sen. Aunque en su libro *La idea de justicia* Sen contrapone ambos modelos en relación a las teorías de la justicia, me parece que la distinción es completamente pertinente respecto de la justificación de las instituciones políticas [Cfr. A. SEN, *La idea de justicia*, ed. Taurus, Madrid, 2012].

⁴ Como veremos qué sea un reflejo fiel o adecuado de los modelos ideales de instituciones políticas plantea más de un quebradero de cabeza.

⁵ Cfr. A. SEN, ob. cit., p. 135.

manera que estas últimas quedarían justificadas en la medida en la que no se apartaran *significativamente* del modelo institucional ideal. Para ilustrar el enfoque trascendental voy a referirme aquí, siquiera muy brevemente, a algunos aspectos centrales de la teoría de la justicia de Rawls, así como a dos concepciones de la democracia vinculadas a la teoría de la justicia de Rawls y claramente conexas entre sí: la concepción de la democracia de Nelson, y la tesis sobre el valor epistemológico de la democracia de Nino.

Tanto la concepción de la democracia de Nelson como la de Nino toman como punto de partida la teoría de la justicia de John Rawls. Concretamente ambas concepciones asumen el modelo ideal rawlsiano de justicia y apuestan por una legitimidad del procedimiento democrático derivada de sus semejanzas con dicho modelo ideal. De acuerdo con Rawls, es posible distinguir entre tres tipos de justicia procesal: la justicia procesal perfecta; la justicia procesal imperfecta y la justicia procesal pura⁶. Empecemos nuestro análisis por los dos primeros casos: la justicia procesal perfecta y la justicia procesal imperfecta. En ambos casos es posible describir la clase de resultado que queremos alcanzar y el problema es diseñar un procedimiento que produzca el resultado en cuestión. Cuando el procedimiento conduce infaliblemente a resultados considerados justos según criterios independientes, estamos ante un caso de justicia procesal perfecta. Un ejemplo de justicia procesal perfecta aportado por Rawls sería el de la regla de reparto de una tarta de acuerdo con la cual el sujeto encargado de partirla es el último en escoger su trozo: se supone que la equidad en el reparto queda garantizada mediante esta regla de reparto, pero existen criterios independientes a los de la regla de reparto para valorar la equidad del resultado.

En cambio, cuando el procedimiento tiende a producir, pero no asegura, resultados considerados justos según criterios independientes, estamos ante un caso de justicia procesal imperfecta. Como ejemplo de justicia procesal imperfecta cita Rawls el caso de los juicios penales: el procedimiento penal ha sido concebido para buscar y establecer la verdad del caso, de manera que se puede esperar que, si no en todos, en la mayor parte de casos se pueda llegar a la verdad; ahora bien, aún cuando se sigan diligentemente las reglas procesales, siempre es posible llegar a un resultado equivocado.

La justicia procesal perfecta y la imperfecta se oponen a la justicia procesal pura. En los casos de justicia procesal pura la justicia del resultado viene dada solamente por el procedimiento seguido para obtenerlo, sin que haya criterios independientes para juzgarla. Precisamente los esfuerzos de Rawls se dirigen al diseño de una teoría de la justicia que pueda ser considerada como un caso de justicia procesal pura. La corrección de la distribución de bienes en su teoría de la jus-

⁶ Cfr. John RAWLS, *A Theory of Justice*, Harvard U. P, Cambridge, Mass., 1971, pp. 85 y sig.

ticia proviene de las reglas que se adoptan en la posición originaria para el reparto de los mismos. En suma, de acuerdo con Rawls la justicia de su modelo distributivo no puede ser juzgada sino tomando como referencia el sistema de reparto seguido.

Nelson parte de la triple distinción rawlsiana entre casos de justicia procesal para preguntarse cuál podría ser el valor atribuible al sistema político democrático y concluye que difícilmente se podría predicar del mismo la justicia procesal pura⁷. Ello es debido a que siempre es posible evaluar los resultados a los que se llega mediante un procedimiento democrático empleando criterios independientes a los de las reglas procedimentales democráticas. Por ejemplo, si mediante un procedimiento democrático se llegara a la decisión de autorizar la pena de la cadena perpetua, existirían criterios de justicia independientes de las reglas democráticas de toma de decisión para entender que dicho resultado es ilegítimo. De ahí que Nelson entienda que el procedimiento democrático solo podría ser un caso de justicia procesal imperfecta: al igual que el procedimiento penal, sería un procedimiento que tiende a producir –pero no siempre asegura– resultados justos de acuerdo con criterios de valoración independientes del propio procedimiento.

Lo interesante de esta concepción de Nelson es ver cómo la democracia se concibe como un reflejo, aunque algo distorsionado, del modelo ideal rawlsiano de justicia. Si la democracia tiende a producir –aunque no asegura– resultados considerados justos es porque, hasta cierto punto, la democracia aún preserva rasgos esenciales del modelo ideal de justicia rawlsiano. Dicho en otros términos, la democracia sería una institución política legítima por preservar algunos de los rasgos formales constitutivos de un procedimiento ideal de justicia.

Naturalmente una justificación de la democracia como la de Nelson no está exenta de problemas; examinarlos todos ellos excede de las posibilidades de este texto, pero adelanto ya que un poco más adelante centraré mi atención en dos de ellos –conexos entre sí– que ahora solo enunciaré, a saber: ¿cuál es el objeto de la justificación de Nelson? ¿la democracia como un modelo ideal de toma de decisiones o las democracias reales? y ¿hasta qué punto el modelo ideal pierde su fuerza justificativa a causa de la distorsión que se produce en la práctica institucional democrática?

Pero antes de adentrarme en estas cuestiones, necesito ocuparme brevemente de la otra concepción de la democracia que antes he mencionado como paradigmática del enfoque trascendental: se trata de la concepción de la democracia como sucedáneo del discurso moral de Nino⁸. Pese a la inspiración rawlsiana de ambas teorías, el punto de

⁷ NELSON, W., *On Justifying Democracy*, Routledge and Kegan Paul, London, Boston and Henley, 1980, pp. 117 y sig.

⁸ NINO, S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Astrea, Buenos Aires, 1989, pp. 387 y sig.

partida de la concepción de Nino se encuentra precisamente en su insatisfacción con la concepción de la democracia de Nelson. Nino entiende que Nelson ha pecado de cicatero al considerar el procedimiento democrático como un caso de justicia procesal imperfecta y propone fijar la atención nuevamente en la noción de rawlsiana de *justicia procesal pura*. La justicia procesal pura –recordemos– supone que la justicia de un resultado depende solo del procedimiento seguido para alcanzarlo, sin que existan criterios independientes desde los que evaluarla. Pues bien, de acuerdo con Nino sería posible practicar una disección en el seno de esta noción: la justicia procesal pura se dividiría, a su vez, en *perfecta e imperfecta*. Hecha la disección, el procedimiento ideal de justicia se identificaría con la justicia procesal pura *perfecta*; mientras que la democracia se asociaría a la justicia procesal pura *imperfecta*. Nuevamente la metáfora del reflejo parece ser pertinente: la democracia aparece como un reflejo –aunque imperfecto– del modelo ideal de justicia rawlsiano–. Pero entonces ¿qué diferencia hay entre el reflejo del modelo ideal de justicia en las concepciones de Nelson y el Nino? La respuesta a esta cuestión exige plantearnos qué diferencia hay entre predicar de la democracia la *justicia procesal imperfecta*, como hace Nelson, o la *justicia procesal pura imperfecta*, como hace Nino. Recordemos que Nelson consideraba que existirían criterios independientes del procedimiento democrático para juzgar la justicia o injusticia de los resultados a los que se llega; en cambio, para Nino, los resultados de un procedimiento democrático solo se pueden considerar como ilegítimos cuando se producen desviaciones sustanciales del procedimiento ideal rawlsiano de toma de decisiones. Volviendo al ejemplo de la cadena perpetua, si ésta se autorizara después de seguir un procedimiento democrático impecable, no tendríamos razones independientes desde las que calificar como ilegítima esta decisión.

Obviamente, tanto la concepción de la democracia de Nelson como la tesis de Nino sobre el valor epistemológico de la democracia están plagadas de dificultades⁹, pero no puedo detenerme aquí en los problemas que plantean¹⁰. Sólo me ocuparé de una serie de cuestiones que me permitirán continuar con el hilo de mi exposición: ¿qué están entendiendo estos autores por democracia? ¿se trata de la democracia como un ideal institucional, o se trata de las democracias como instituciones políticas reales? ¿qué significa que la democracia nos devuelve una imagen *más o menos fiable* del modelo ideal de justicia? ¿hasta qué punto es tolerable la *distorsión* que en la práctica institucional democrática se produce respecto del modelo ideal de justicia?

⁹ De hecho el propio NINO parece que abandonó esta concepción en sus últimos trabajos. Sobre este particular cfr. A. RÓDENAS, «Sobre la justificación de la democracia en la obra de Carlos Santiago Nino», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 10, 1991, pp. 279 a 293.

¹⁰ Lo hice en profundidad en RÓDENAS, A., *Sobre la justificación de la autoridad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, pp. 223 y sig

Veamos un poco más detenidamente estas cuestiones. Si Nelson o Nino estuvieran pensando en un modelo ideal de democracia, la justificación de las democracias reales sería la resultante de la proyección de un ideal de justicia a través de un sofisticado juego de espejos confrontados: las democracias reales serían un reflejo imperfecto de la democracia ideal, la que, a su vez, sería un reflejo imperfecto del modelo ideal de justicia. Si este fuera el caso, la distorsión que forzosamente produce la proyección de un ideal a través de una sucesión de espejos confrontados arroja serias dudas sobre la robustez de una legitimidad de las democracias reales forzosamente tan vicaria. Ahora bien, si alternativamente Nelson y Nino estuviesen pensando sin más en las democracias reales, el problema ya no sería de distorsión del ideal por la sucesiva intermediación de espejos –y correlativo debilitamiento de la justificación resultante–, sino que el modelo ideal –el discurso moral rawlsiano– resulta estar ya, lisa y llanamente, demasiado alejado de las instituciones políticas realmente existentes a las que llamamos democráticas: las numerosas desviaciones que en las prácticas democráticas se producen respecto del ideal procedimental de justicia no solo debilitan la fuerza justificativa de ese ideal, sino que incluso, con relativa frecuencia, llegan a deslegitimar tales prácticas.

En síntesis, la idea de que la democracia es un reflejo del modelo ideal de justicia rawlsiano es el eje que vertebra tanto la concepción de la democracia de Nelson como la tesis de la democracia como sucedáneo del discurso moral de Nino. Para Nelson ese reflejo sería *compatible* con alguna otra imagen de la justicia, mientras que para Nino se trataría del único reflejo fiel del modelo ideal. Al margen de esta diferencia, lo que ninguna de las dos concepciones logra es ofrecer un sustrato firme sobre el que cimentar la justificación de las democracias reales, bien sea debido a la distorsión del ideal de justicia por su sucesiva proyección a través de espejos confrontados, o bien porque ideal y realidad quedan demasiado distanciados. Esta dificultad nos obliga a fijar la atención en el otro enfoque justificativo de las instituciones al que me he referido al comienzo: el enfoque comparativo, y, más concretamente, en la teoría de la elección social de Amartya Sen.

3. EL ENFOQUE COMPARATIVO: LA TEORÍA DE LA ELECCIÓN SOCIAL DE AMARTYA SEN

Uno de los ejes de la concepción de la justicia de Sen es su crítica al institucionalismo trascendental y su defensa de una perspectiva alternativa: el enfoque comparativo. Sen engloba en el enfoque trascendental teorías de la justicia tan diversas entre sí como las de Hobbes, Rawls o Nozick¹¹. De acuerdo con Sen, tales teorías pretende-

¹¹ Cfr. A. SEN, ob. cit., p. 125.

rían conducirnos directamente a una fórmula muy detallada para la justicia social y para la firme identificación, sin indeterminación alguna, de la naturaleza de las instituciones sociales justas, pero el coste a pagar por ello sería que solo lograrían definir marcos de razonamiento generales o indefinidos¹², excluyendo de la teoría cuestiones importantes acerca de la justicia, como son las cuestiones comparativas o las realizaciones sociales institucionales¹³.

Sen mantiene que la clave para la resolución de problemas prácticos de interés inmediato pasa por la adopción de un enfoque comparativo que permita la elección racional entre alternativas institucionales reales; solo una teoría de la justicia inmersa en el enfoque comparativo estaría cercana al mundo de la práctica. A partir de esta premisa, el esfuerzo argumentativo de Sen se centra en la defensa de la autonomía del enfoque comparativo respecto del trascendental. Dicha autonomía se argumenta en tres frentes: (1) el enfoque trascendental no es suficiente para formular juicios comparativos sobre la justicia; (2) el enfoque trascendental no es necesario para formular juicios comparativos sobre la justicia, y (3) *lo trascendental* no es, ni tan siquiera, una resultante de *lo comparativo*. Veamos con algún detenimiento cada uno de los aspectos.

(1) En primer lugar, Sen defiende que el enfoque trascendental no es suficiente para formular juicios comparativos sobre la justicia. Comparar las alternativas reales existentes con los modelos perfectos trascendentales no sería, a juicio de Sen, una opción viable. La dificultad radica, según Sen, en que hay diferentes características empleadas en la medición de la desviación –como la naturaleza de la desviación, la gravedad de la desviación y las diversas maneras de ponderar las desviaciones– y el enfoque trascendental no aporta un método con el que tratar estos problemas que permita alcanzar un orden en las desviaciones con respecto al modelo institucional ideal. Tales evaluaciones van más allá de lo que el enfoque trascendental pretende y serían los ingredientes básicos del enfoque comparativo¹⁴.

(2) Tras descartar que el enfoque trascendental sea suficiente para formular juicios comparativos sobre la justicia, Sen prosigue su argumentación defendiendo que el enfoque trascendental no es ni siquiera necesario para la formulación de tales juicios. Cuando se formulan juicios comparativos en cualquier área de conocimiento, bastaría con considerar las dos alternativas objeto de la comparación, sin que sea necesario acudir a una tercera alternativa que encarne el ideal.

«En la disciplina de los juicios comparativos en cualquier campo –asevera Sen– las evaluaciones relativas de dos alternativas tienden en general a ser un asunto entre ellas, sin que sea necesario implorar la ayuda de una tercera e «irrelevante» alternativa»¹⁵.

¹² Cfr. A. SEN, ob. cit., p. 119.

¹³ Cfr. A. SEN, ob. cit., p. 120.

¹⁴ A. SEN, ob. cit. pp. 128 a 129.

¹⁵ Cfr. A. Sen, ob. cit. p. 131.

Para ilustrarnos acerca de la irrelevancia de una tercera alternativa que encarne el ideal (*alternativa suprema*) en los juicios de comparación entre dos alternativas, Sen utiliza un ejemplo en el que se comparan las alturas de dos montañas, sin necesidad de apoyar tal juicio comparativo en ninguna tercera *alternativa suprema*. Más adelante volveré sobre este ejemplo para que reparemos en algún aspecto del mismo que Sen pasa por alto.

«Por ejemplo, podemos estar dispuestos a aceptar, con gran certeza, que el monte Everest es la montaña más alta del mundo, completamente insuperable por cualquier otro pico desde el punto de vista de la altura, pero tal entendimiento no es ni necesario ni particularmente útil al comparar las alturas del monte Kilimanjaro y el monte McKinley. Habría algo muy extraño en la creencia general de que una comparación entre dos alternativas no puede hacerse sin la identificación previa de una alternativa suprema. No hay conexión analítica alguna»¹⁶.

(3) Por tanto, la identificación de lo trascendental no sería para Sen ni necesaria ni suficiente para llegar a juicios comparativos sobre la justicia. Pero todavía quedaría, a juicio de Sen, una última conexión que explorar entre ambos enfoques. Sen cierra su defensa de la autonomía del enfoque comparativo respecto del trascendental señalando que *lo trascendental* no es, ni tan siquiera, una resultante de *lo comparativo*; las graduaciones comparativas de las diferentes alternativas no nos llevarían a la identificación de los modelos institucionales trascendentalmente justos. La razón esgrimida por Sen para negar que de los juicios comparativos se sigan modelos ideales es la imposibilidad de dotar de un orden completo y sistemático a las comparaciones entre alternativas.

«tan solo con una jerarquía “bien ordenada” (por ejemplo, el ordenamiento completo y transitivo de un conjunto finito) podemos estar seguros de que la secuencia de comparaciones por parejas tenga que identificar siempre una alternativa “mejor”¹⁷.»

Pero el enfoque trascendental se caracterizaría por ser «totalista»; para estas teorías de la justicia «lo incompleto tiende a aparecer como un fracaso o, al menos, como un signo de la naturaleza inconclusa del ejercicio». Y esta dificultad para la completitud sería más aguda de lo que a primera vista aparenta, ya que, a decir de Sen, no solo traería su causa en déficits insalvables en la información, sino que también puede haber diferencias irreconciliables respecto de las evaluaciones de las alternativas institucionales¹⁸.

¹⁶ Cfr. A. SEN, ob. cit. p. 132.

¹⁷ Cfr. A. SEN, ob. cit. p. 132.

¹⁸ Cfr. A. SEN, ob. cit. pp. 133 y 134.

En suma, Sen postula que la pregunta por un modelo institucional ideal no sería ni un buen punto de partida para una teoría útil de la justicia, ni un buen punto de llegada; una teoría comparativa de la justicia como su teoría de la elección social no requiere, ni produce necesariamente, una respuesta a la pregunta por la sociedad justa.

Así pues, como alternativa a los enfoques trascendentales, Sen reivindica su *teoría de la elección social*, construida desde un enfoque comparativo. Su teoría de la elección social haría posible ordenar las preferencias de las opciones sociales alternativas tomando como base para ello las preferencias de las personas involucradas.

«Como disciplina evaluativa, la teoría de la elección social está profundamente preocupada con la base racional de los juicios sociales y de las decisiones públicas al escoger entre alternativas sociales. Los resultados del procedimiento de elección social asumen la forma de órdenes de preferencia sobre estados de cosas «desde el punto de vista social», a la luz de las preferencias de las personas involucradas.»

De acuerdo con Sen, la teoría de la elección social tendría siete importantes ventajas frente a su rival, a saber: (1) pone el énfasis en la comparación entre alternativas reales, y no en la especulación en abstracto sobre qué sería una sociedad justa; (2) reconoce la posibilidad de conflictos duraderos irresolubles entre principios rivales; (3) permite y facilita el reexamen de los principios a la luz de las alternativas reales, de manera que podamos enfrentarnos a obstáculos imprevistos; (4) admite soluciones incompletas al comparar alternativas, bien por dificultades operativas (de información o conocimiento), bien por un bloqueo conceptual o valorativo más profundo; (5) está abierta –dado su carácter formal– a interpretaciones alternativas de las diversas perspectivas y prioridades a la hora de alcanzar juicios globales para la elección social; (6) propicia razonamientos articulados y precisos respecto de los axiomas que se asumen y las derivaciones que se siguen de los mismos y, finalmente, (7) aporta una serie de teoremas matemáticos que, pese a su carácter formal, tienen importantes implicaciones en el debate público¹⁹.

En síntesis, podríamos condensar las ventajas esgrimidas por Sen a favor de su teoría de la elección social de la siguiente manera: una mayor concreción (o «practicidad»); una mayor flexibilidad –pues la teoría es más dúctil a la hora de manejar los principios y permanece abierta a nuevas reevaluaciones– y, finalmente, una mayor precisión en los razonamientos.

Expuestos los ejes centrales del enfoque comparativo de Sen, ha llegado el momento de llevar a cabo una reflexión crítica sobre sus logros. Adelanto aquí que mi punto de vista se aleja bastante del defendido por

¹⁹ Cfr. A. SEN, ob. cit. p. 135 a 141.

Sen, no sin que por ello deje de reconocerle cierta razón en algún punto. Voy a defender que los juicios comparativos entre alternativas institucionales reales guardan una suerte de conexión *lógica* con los modelos institucionales ideales, y que, por lo tanto, no son tan autónomos como Sen sostiene. Ahora bien, junto con esta discrepancia, estimo que las críticas de Sen al enfoque trascendental respecto de las dificultades para identificar un modelo ideal completo y estático son certeras. Veamos detenidamente cada una de estas cuestiones.

Daré por buena la tesis de Sen de que el enfoque trascendental no es suficiente para la formulación de juicios comparativos entre alternativas institucionales reales y centraré mi crítica en los otros dos argumentos esgrimidos por Sen en defensa de la autonomía de los juicios comparativos respecto del enfoque trascendental: que los modelos ideales no son necesarios para llevar a cabo juicios comparativos y que las comparaciones no llevan a la identificación de modelos ideales.

Comenzaré volviendo nuevamente –como ya anunciaba– al ejemplo utilizado por Sen para negar que el enfoque trascendental sea necesario para la formulación de juicios comparativos entre alternativas reales. Como se recordará, Sen utiliza un ejemplo en el que se comparan las alturas del monte Kilimanjaro y el monte McKinley, sin necesidad de apoyar tal juicio comparativo en que el monte Everest es la montaña más alta del mundo, completamente insuperable por cualquier otro pico desde el punto de vista de la altura ¿Hasta qué punto es extrapolable el ejemplo de la comparación entre las alturas de las dos montañas a los casos en los que comparamos entre ofertas institucionales disponibles? ¿Se trata solo del recurso de Sen a una estrategia persuasiva, o ambas comparaciones resultan pertinentes? Adelanto ya que voy a sostener que la comparación me parece pertinente, pero no por las razones que Sen esgrime: los dos casos son demasiado disímiles como para mostrar que las comparaciones entre dos alternativas institucionales obedezcan a la misma lógica que las comparaciones entre las alturas de dos montañas. Ello no obstante, algunas semejanzas entre los dos casos sí resultan pertinentes aunque sea, paradójicamente, para poner de manifiesto un importante déficit de la tesis de Sen.

Empecemos por la disimilitud entre ambos casos. A simple vista la diferencia entre los dos tipos de comparaciones tropieza con dos dificultades obvias: en primer lugar, la naturaleza de los objetos que comparamos no es la misma: en el ejemplo de las montañas comparamos fenómenos naturales y en el de las ofertas institucionales realidades sociales. Además, en segundo lugar, no solo varía la naturaleza de los objetos de la comparación, sino que también –como no podía ser de otra manera– varían las propiedades de los objetos evaluados: la longitud en el primer ejemplo y la justicia en el segundo. Que las comparaciones entre la altura de las montañas puedan llevarse a cabo sin necesidad de apoyar tal juicio comparativo en que el monte Everest es la montaña más alta del mundo no supone sin más que en las compa-

raciones respecto de la justicia de las instituciones políticas sea posible prescindir del recurso a modelos institucionales ideales; en los dos casos se comparan objetos y propiedades demasiado heterogéneos.

Pero, dejando a un lado esta objeción obvia, si llevamos más lejos la comparación, estimo que de la manera en la que evaluamos ambas propiedades –longitud y justicia– podemos extraer alguna enseñanza provechosa. Comencemos por reparar en que no siempre la vista es un criterio fiable para la comparación entre alturas de objetos naturales –especialmente cuando se trata de comparar alturas entre montañas–: *a simple vista* el Puig Campana alicantino parece una montaña mucho más alta que la sierra también alicantina de Aitana (lo que genera un recurrente error entre los alicantinos). Para disuadir a los alicantinos crédulos de su error solo podemos acudir a criterios *objetivos* de medición de longitudes, como el sistema métrico decimal. Pues bien, algo semejante sucede con la comparación entre la justicia de las alternativas institucionales disponibles, solo que lo que antes he llamado juicios *a simple vista* serían aquí los juicios que expresan nuestras preferencias reales: como los juicios *a simple vista* sobre la altura de las dos montañas, los juicios que expresan nuestras preferencias reales pueden también estar viciados. La pregunta pertinente ahora parece ser ésta: ¿cuál es aquí nuestro criterio objetivo de medición? ¿qué es lo que nos permite discernir las *preferencias reales* bien fundadas de las mal fundadas? Sólo caben dos formas de afrontar estas dos cuestiones: o bien negamos la mayor, y asumimos que este tipo de preguntas carece de sentido, ya que no existen criterios objetivos en los que fundar las preferencias entre instituciones, o asumimos alguna suerte de objetivismo ético que nos permita cribar las preferencias reales y pasar a lo que podríamos llamar *las preferencias racionales* o *bien fundadas*. Precisamente ésta última –y no la primera– parece ser la vía adoptada por Sen. Ahora bien, toda vez que asumimos esa suerte de objetivismo, una simple pregunta abre una vía de agua en el enfoque comparativo de Sen: ¿cabe establecer alguna forma de conexión lógica entre tales criterios objetivos de racionalidad de las preferencias y los modelos institucionales ideales?

Precisaré algo más el sentido de mi pregunta: si yo afirmo que A es mejor persona que B y sostengo sinceramente la racionalidad de este juicio, debo ser capaz de identificar una serie de rasgos –o al menos uno– que A no comparte con B en los que se funda mi juicio. Imagine-mos que tales rasgos fueran tres: la extraordinaria generosidad de A, su asombrosa empatía y su gran afectividad. Pues bien, no parece insensato entender que tales rasgos guardan alguna conexión lógica con alguna suerte de modelo ideal de buena persona. Aunque es perfectamente posible que la generosidad, la empatía y la afectividad no completen todos los rasgos de mi noción de buena persona, y que esté dispuesto a engrosar este concepto con alguna que otra característica más, también lo es que estos tres rasgos están necesariamente presentes en mi noción ideal de buena persona. Pues bien, volviendo nueva-

mente a las comparaciones entre instituciones disponibles, si afirmo que las democracias del norte de Europa son mejores que las del sur, y si este juicio comparativo está racionalmente fundado, tendré que identificar una serie de cualidades de aquellas democracias que estas últimas no posean. Por ejemplo, podría fundar mi juicio en que en las democracias del norte de Europa hay menos corrupción política, más respeto por las libertades individuales y una mayor protección de los derechos sociales. Me parece evidente que estas tres características – la ausencia de corrupción, el respeto de las libertades individuales y la protección de los derechos sociales– formarían parte de mi concepto –más o menos explícito– de democracia ideal.

Ahora bien, si existe una conexión lógica entre los criterios objetivos de racionalidad de las preferencias y los modelos institucionales ideales, la siguiente pregunta bien podría ser si los modelos ideales preceden a nuestros juicios comparativos o si, por el contrario, son consecuencias de éstos. La respuesta a esta cuestión exige todavía un refinamiento ulterior. Lógicamente los criterios objetivos de racionalidad de las preferencias guardan una prioridad axiológica respecto de los juicios comparativos: usamos los criterios objetivos para fundar los juicios comparativos y no al revés. Es en este sentido en el que un cierto modelo ideal –o esbozo de modelo– resulta ser previo a los juicios comparativos entre opciones. Pero a renglón seguido hay que añadir que epistemológicamente es bien posible que las cosas discurren en el sentido opuesto: que no reparemos en tales criterios hasta que nos vemos en la necesidad de fundar nuestros juicios comparativos entre instituciones; con frecuencia la necesidad de fundar nuestras preferencias entre alternativas institucionales hace aflorar los criterios tácitos en los que éstas se fundan.

En resumen, parece existir una conexión lógica entre los criterios objetivos de racionalidad de las preferencias y los modelos institucionales ideales: las características en las que fundamos nuestra preferencia por una determinada alternativa institucional engrosarían en parte o en todo nuestro modelo ideal de institución. Por lo demás, lógicamente podríamos hablar de una preferencia axiológica de los criterios objetivos de racionalidad de las preferencias respecto de los juicios comparativos, lo que no es óbice para que epistemológicamente la secuencia seguida sea frecuentemente la opuesta: los criterios y (modelos ideales) permanecen tácitos y solo afloran cuando reflexionamos sobre nuestros juicios comparativos entre instituciones.

Aceptada esta diferencia entre la prioridad axiológica y la epistémica, estamos en condiciones de entender una característica algo desconcertante de los modelos institucionales ideales: tales modelos difícilmente podrán ser completos y con frecuencia tienen que ser objeto de revisión. Pero ambos rasgos de los modelos ideales –incompletitud y revisabilidad– no son razones para rechazar el enfoque trascendental. Antes al contrario, creo haber mostrado que el *trascendentalismo institucional* se halla lógicamente implicado en nuestra forma de comparar

instituciones políticas. En todo caso, tal *trascendentalismo* debe ser tomado con bastante cautela: en modo alguno significa que dispongamos de modelos institucionales completos, ni muchísimo menos estáticos. A medida que nos vemos obligados a racionalizar nuestras preferencias entre alternativas institucionales vamos descubriendo nuevos rasgos del modelo ideal e incorporando variaciones en el mismo. La consecuencia de este razonamiento justificativo es una caracterización cada vez más fina y justada del modelo institucional ideal.

La lección importante que se extrae de la reflexión anterior es que el enfoque comparativo no solo no debe, sino que no puede sino contribuir a perfeccionar modelos institucionales ideales (aunque incompletos y dinámicos). El enfoque comparativo basado en preferencias racionales exige una *métrica de las instituciones*; tomarnos en serio las razones que sirven de fundamento a nuestros juicios de preferencia nos compromete hacia el futuro con una cierta forma de institucionalismo trascendental. Ante la pregunta de cómo conjugar coherentemente el enfoque trascendental y el enfoque comparativo podemos recurrir —con las debidas cautelas— a la idea rawlsiana del equilibrio reflexivo: por un lado, nuestras preferencias entre alternativas institucionales deben justificarse en una suerte de criterios objetivos de racionalidad que engrosarían un modelo institucional coherente (aunque no por ello necesariamente completo y estático) y, por otro lado, los modelos institucionales ideales deben de ser capaces de justificar nuestras preferencias por un tipo u otro de alternativa institucional. En suma, para que nuestro discurso sobre la justificación de las instituciones políticas sea un discurso racional los dos enfoques —el trascendental y el comparativo— deben funcionar coordinadamente.

BIBLIOGRAFÍA

- NELSON, W., *On Justifying Democracy*, Routledge and Kegan Paul, London, Boston and Henley, 1980.
- NINO, S., Ética y derechos humanos. *Un ensayo de fundamentación*, Astrea, Buenos Aires, 1989.
- RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Harvard U. P, Cambridge, Mass., 1971.
- RÓDENAS, A., «Sobre la justificación de la democracia en la obra de Carlos Santiago Nino», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 10, 1991, pp. 279 a 293.
- *Sobre la justificación de la autoridad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.
- SEN, A., *La idea de justicia*, ed. Taurus, Madrid, 2012.

Fecha de recepción: 31/03/2015. Fecha de aceptación: 31/10/2015.

Argumentación jurídica y bioética.
Examen teórico del modelo deliberativo
de Diego Gracia *

Legal argumentation and bioethics.
A theoretical approach to Diego Gracia's
deliberative model*

Por JOSÉ ANTONIO SEOANE
Universidade da Coruña

RESUMEN

El cuidado de la vida y la salud debe tomar en consideración elementos de hecho, de valor y normativos. Por su acertada síntesis de estos tres elementos se ha afirmado que la deliberación es el método más adecuado para la toma de decisiones biomédicas. La racionalidad deliberativa es un rasgo compartido por las profesiones asistenciales, la Ética y el Derecho, cuyo objetivo es alcanzar decisiones prudentes y razonables en condiciones de incertidumbre. El propósito de este artículo es presentar la estructura y las características del modelo deliberativo propuesto por Diego Gracia y analizarlo desde una perspectiva teórica, sugiriendo modificaciones y mejoras a partir de las contribuciones de la ciencia jurídica y, sobre todo, de las teorías de la argumentación.

Palabras clave: Argumentación jurídica. Bioética. Coherencia. Consistencia. Deliberación. Diego Gracia. Prudencia. Publicidad. Realizabilidad. Universalizabilidad.

* Este trabajo es uno de los resultados del proyecto de investigación *El discurso de los bioderechos. Bases filosóficas y jurídicas para su fundamentación, caracterización y aplicación* (DER2014-52811-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España.

ABSTRACT

Life and health care should take into account factual, value and normative elements. Due to its suitability to harmonize these three elements, deliberation has been deemed the most appropriate method for biomedical decision-making. Deliberative reasoning is a common feature shared by healthcare professions, ethics and law, aiming to achieve wise, reasonable and prudent decisions in conditions of uncertainty. This paper introduces the structure and features of the deliberative model proposed by Diego Gracia, assesses its contributions from a theoretical perspective, and suggests some improvements making use of contributions of legal science and mainly theories of argumentation.

Key words: Bioethics. Consistency. Deliberation. Diego Gracia. Feasibility. Legal argumentation. Prudence. Publicity. Universalizability

SUMARIO: 1. EL MÉTODO DELIBERATIVO.-1.1. Rasgos generales.-1.2. Estructura.-1.3. Una versión simplificada.-2. DELIBERACIÓN Y BIOÉTICA.-3. EVALUACIÓN CRÍTICA DEL MÉTODO DELIBERATIVO.-3.1. Los hechos del caso (nivel I).-3.2. Identificación de problemas éticos (paso 3).-3.3. Elección de un nuevo problema ético o problemas éticos pendientes (paso 4).-3.4. Identificación de los valores en conflicto (paso 5).-3.5. Las pruebas de consistencia (nivel IV).-3.5.1. La prueba de legalidad.-3.5.2. La prueba de publicidad.-3.5.3. La prueba de temporalidad.-3.5.4. Una nueva prueba de consistencia: La prueba de universalizabilidad.-3.5.5. Una nueva prueba de consistencia: la prueba de realizabilidad.-3.6. La naturaleza de la decisión definitiva (nivel V).-4. UNA REFORMULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DELIBERATIVO.-5. BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY: 1. THE DELIBERATIVE METHOD.-1.1. General features.-1.2. Structure.-1.3. A simplified version.-2. DELIBERATION AND BIOETHICS.-3. THE DELIBERATIVE METHOD: A CRITICAL ASSESSMENT.-3.1. The facts of the case (Level I).-3.2. Identifying ethical issues (Step 3).-3.3. Choosing a new ethical problem (Step 4).-3.4. Identifying values in conflict (Step 5).-3.5. Tests of consistency (Level IV).-3.5.1. Test of legality.-3.5.2. Test of publicity.-3.5.3. Test of time.-3.5.4. A new test of consistency: Test of universalizability.-3.5.5. A new test of consistency: Test of feasibility.-3.6. The nature of the final decision (Level V).-4. THE DELIBERATIVE PROCEDURE: A REFORMULATION.-5. BIBLIOGRAPHY.

El cuidado de la vida y la salud no puede limitarse a los hechos clínicos, sino que debe atender también a los elementos axiológicos y normativos que lo enriquecen y, al tiempo, vuelven más complejo. Para facilitar el proceso de toma de decisiones biomédicas se han propuesto diversos métodos (Sugarman & Sulmasy: 2010), entre los que destacan el casuismo (Jonsen, Siegler & Winslade: 2010; Jonsen, Siegler & Winslade: 2005; Vergara: 2014) y, sobre todo, el principialismo (Beauchamp & Childress: 2013; Beauchamp & Childress: 1994; en sentido crítico, Atienza: 1996; de Lora y Gascón: 2008, 35-59; García Llerena: 2012; Rendtorff: 2002; Requena: 2008). Sin embargo, por su adecuada síntesis de los tres elementos indicados al comienzo se ha afirmado que el método de la ética clínica es la deliberación (Gracia: 2001a) y se ha desarrollado un procedimiento deliberativo para la toma de decisiones en el ámbito clínico (Gracia: 2011b; Gracia y Rodríguez Sendín (dir.): 2014).

Los comités de bioética, esto es, los órganos colegiados e interdisciplinarios que contribuyen a la toma de decisiones sobre cuestiones valorativas en el ámbito sanitario y social al servicio de los profesionales y usuarios, han adoptado la deliberación como guía metodológica de su actuación. No obstante, existen aspectos del método deliberativo explicados de forma insuficiente o mejorable que pueden ser comprendidos y completados con aportaciones de la ciencia jurídica y, principalmente, de las teorías de la argumentación jurídica.

Éste es el objetivo de estas páginas: refinar la comprensión y la justificación teóricas del método deliberativo empleado en el razonamiento bioético. Comenzaré con (1) la presentación de la estructura y los rasgos del modelo deliberativo más difundido, debido a Diego Gracia, y luego (2) detallaré las características de la deliberación en su relación con la bioética. A continuación (3) evaluaré críticamente dicho método y apuntaré propuestas de mejora, prestando especial atención a las denominadas pruebas de consistencia, y finalizaré con (4) una propuesta de revisión del procedimiento deliberativo. En razón de lo indicado, dejaré para otra ocasión el examen de su dimensión práctica o aplicada, para la que conviene dirigir la atención a versiones abreviadas o simplificadas (Gracia y Rodríguez Sendín (dir.): 2005, 2006, 2008, 2009, 2011, 2012, 2014).

1. EL MÉTODO DELIBERATIVO

1.1 Rasgos generales

La deliberación impulsa el pensamiento bioético de Diego Gracia, si bien su procedimiento deliberativo aparece en un segundo momento metodológico, tras una primera etapa expresada en principios (Gracia: 1991), confiriendo ahora a los valores el lugar cen-

tral que antes correspondía a los principios (Gracia: 2007; Gracia: 2013). Las primeras versiones del método deliberativo (Gracia: 2001a; Gracia: 2003; Gracia: 2004) aún emplean los dos lenguajes: valores, acompañado de los hechos, los deberes y las normas; y principios, acompañado de las consecuencias. Su versión simplificada (Gracia y Rodríguez Sendín (dir.): 2014) y su cuarta versión (Gracia: 2011b), en cambio, emplean únicamente el lenguaje de los valores. Además, esta última versión fundamenta el significado y los caracteres del método, ordena los pasos de la argumentación en cinco niveles e incluye una extensa reflexión teórica sobre la deliberación expuesta en tres órdenes: biológico o antropológico (el ser humano como *animal deliberans*), lógico (la deliberación como método del razonamiento dialéctico) y ético o moral (la deliberación en tres momentos internamente relacionados: hechos, valores y deberes) (Gracia: 2011b).

El método deliberativo supone un cambio de lenguaje bioético. El lenguaje originario de la ética no es el de los principios ni el de los derechos sino el de los valores, un lenguaje más complejo, rico, flexible y ecológico (Gracia: 2007, 7-8); y la deliberación como proceso no es solo el método de la bioética o de la ética sino de la racionalidad práctica en general, que es tanto como decir de la razón humana (Gracia: 2007, 8; Gracia 2011b, 120). Este método implica tanto el rechazo del fundamentalismo teórico y del pragmatismo del decisionismo (Gracia: 2007, 6) como el abandono de la teoría de los cuatro principios, que simplifica la riqueza de la realidad moral. Tomar decisiones no es una labor mecánica consistente en jerarquizar principios y determinar su orden de prioridad en cada situación concreta (Gracia: 2007, 7). Por consiguiente, el método deliberativo se distancia de una racionalidad y una jerarquización *a priori* que conduzcan a la futilidad del ejercicio de la prudencia.

1.2 Estructura

He aquí la estructura del procedimiento deliberativo para la toma de decisiones biomédicas (Gracia 2011b, 125):

- I. Deliberación sobre los *hechos*.
 1. Presentación del caso.
 2. Deliberación sobre los hechos del caso:
 - a. ¿Qué pasa? (Diagnóstico).
 - b. ¿Cómo va a evolucionar? (Pronóstico).
 - c. ¿Qué puede hacerse? (Tratamiento).
- II. Deliberación sobre los *valores*.
 3. Identificación de los problemas morales del caso.
 4. Elección del problema moral a discutir.
 5. Explicitación de los valores en conflicto en ese problema.

III. Deliberación sobre los *deberes*.

6. Identificación de los cursos extremos de acción.
7. Búsqueda de cursos intermedios.
8. Elección del curso óptimo.

IV. Pruebas de *consistencia* de la decisión.

9. Prueba de la legalidad.
10. Prueba de la publicidad.
11. Prueba del tiempo.

V. Toma de decisión *definitiva*.

1.3 Una versión simplificada

Esta presentación detallada puede completarse con la clarificadora explicación de la versión simplificada, que articula el método deliberativo en cuatro niveles sucesivos:

1. *Los hechos*. La base del proceso son los hechos clínicos. Sin una buena base fáctica lo demás sobra, entre otras razones porque los errores de esta fase se arrastrarán a los pasos ulteriores (Gracia y Rodríguez Sendín (dir.): 2006, 4; Gracia y Rodríguez Sendín (dir.): 2012, 4).

2. *Los valores*. Valores son todas aquellas cosas importantes para un ser humano y que nos exigen respeto. La deliberación tiene por objeto identificar el curso óptimo ante un conflicto moral, que siempre y necesariamente es un conflicto de valores: cuando dos o más valores nos exigen respeto y se oponen entre sí, o cuando no es posible tomarlos en consideración a la vez (Gracia y Rodríguez Sendín (dir.): 2006, 4; Gracia y Rodríguez Sendín (dir.): 2012, 4-5).

3. *Los deberes*. La ética tiene por objeto saber qué debemos hacer: realizar valores positivos o lesionarlos lo menos posible. Las salidas a los conflictos de valores se denominan «cursos de acción», que no deben reducirse a dos cursos extremos consistentes en realizar exclusivamente uno de los valores en conflicto y lesionar el otro. Como la solución más prudente está en el medio conviene identificar el mayor número posible de cursos intermedios para luego elegir el curso óptimo, que será el que mejor armonice los valores en conflicto (Gracia y Rodríguez Sendín (dir.): 2006, 4-5).

4. *Las normas*. El objeto de la ética es la búsqueda de la solución óptima y no simplemente una que no sea mala (Gracia y Rodríguez Sendín (dir.): 2006, 6). No obstante, aun cuando el objetivo del método deliberativo es el análisis ético de los problemas, al final del proceso debemos contrastar la decisión con la norma jurídica, a fin de asegurar que no traspase los límites establecidos por el Derecho (Gracia y Rodríguez Sendín (dir.): 2012, 6).

2. DELIBERACIÓN Y BIOÉTICA

El procedimiento deliberativo empleado por los comités de bioética (sobre todo comités de ética asistencial y, más recientemente, comités de ética en intervención social) presenta una serie de rasgos que explica su razón de ser, su estructura y su modo de funcionamiento.

1. La toma de decisiones biomédicas necesita un método, pues las cuestiones éticas no pueden ser ignoradas ni tratadas intuitivamente, y tampoco bastan la experiencia clínica, una decisión en conciencia, el sentido común o la imitación. Es necesario un procedimiento para identificar, analizar y deliberar sobre los hechos, los valores, los deberes y las normas en la práctica clínica o asistencial y para justificar racionalmente la decisión.

2. La deliberación es un método, es decir, un camino para llegar a una decisión (*metá*, hacia; *hodós*, camino). El método deliberativo establece un criterio estable y sistemático para decidir racionalmente, alejándolo del azar y de la decisión ocasional. En todo caso, desempeña una función instrumental, subordinada a un fin superior que es la decisión prudente que proponga una solución para el caso real.

3. El procedimiento deliberativo es más que un método para la toma de decisiones biomédicas; es reflejo de una concepción de la bioética como ética cívica. La deliberación es la lógica de la vida (Gracia: 2001b, 30-31), una herramienta pedagógica para la vida individual y la construcción de la sociedad (Gracia: 2011b, 108-113) que integra el núcleo de la Ética, la Política y toda la Filosofía práctica (Gracia: 2001b, 30-32).

4. La deliberación es el modo de conocimiento de la racionalidad práctica, en la que no cabe un saber apodíctico o demostrativo sino únicamente probable (Aristóteles: 1999). El carácter deliberativo del método alude a su condición de razonamiento práctico en un sentido retórico, como género deliberativo (Aristóteles: 1985, 18 [1358b7-9]) que persigue recomendar lo mejor combinando retórica y dialéctica (Gracia: 2001b, 42); en un sentido ético, como práctica de la prudencia y ponderación de las condiciones que rodean la decisión antes de emprender la acción (Aristóteles: 1999, 92 [1140a25-b5]; Gracia: 2001b); y como forma de discurso público (Vega: 2012, 178-179).

5. La solución de los casos clínicos no dispone de respuestas *a priori* ni de una ciencia o *techné* del razonamiento práctico (Aristóteles: 1999, 20-21 [1104a3-8]). El método deliberativo es prudencial: pertenece a la dialéctica y requiere el ejercicio de la prudencia, entendida como virtud intelectual y como sabiduría práctica (Aristóteles: 1999, 92-93 [1140a23-1140b34]). Entre la certeza del conocimiento apodíctico y la mera opinión, la deliberación pru-

dente concilia lo general y lo singular y persigue el justo medio (Aubenque: 1999, 78); es un proceso creativo de conocimiento (Gracia: 2001b, 42) que ajusta con flexibilidad el marco general a la singularidad del caso, siempre nuevo en algún sentido (Gracia: 2011a, 86).

6. Aunque la decisión final se alcanza tras la identificación de un conflicto de valores, el método deliberativo no es conflictivista sino armonizador. El conflicto solo resulta irresoluble desde aproximaciones radicales, mientras que la decisión prudente aspira a la máxima realización simultánea de los dos valores positivos.

El conflicto está en la realidad, pero no en el método. El profesional que consulta (nivel I) experimenta un conflicto que el comité enuncia mediante el lenguaje de los valores (nivel II), para luego deliberar y disolver ese conflicto de valores y de deberes mediante la mejor realización posible (optimización: nivel III) de los valores inicialmente en colisión.

7. El método deliberativo es problemático, no dilemático. No se limita a identificar dos opciones deseables, pues reducir la deliberación a los cursos extremos falsea la realidad, más compleja y con cursos intermedios (Gracia: 2011a, 92-93). No obstante, aunque los cursos extremos no son deseables, porque impiden la realización de un valor positivo y la decisión éticamente óptima, su identificación delimita el perímetro ético de la decisión.

El carácter problemático del método lo distancia del dogmatismo y de la tesis de la única respuesta correcta, tanto desde una perspectiva lógica, por su vínculo con el diálogo y el razonamiento dialéctico, como por la inadecuación antropológica del dilema, que implica una simplificación equivocada de la realidad.

8. La deliberación es una actividad compleja que consiste en un método de razonamiento sobre hechos, valores y deberes que toma en consideración principios abstractos, circunstancias específicas y consecuencias predecibles. No se ocupa únicamente de razones sino también de sentimientos, valores, creencias, esperanzas, tradiciones y expectativas, pues el ser humano incluye todos estos elementos en sus decisiones morales (Gracia: 2010, 68), y lo hace mediante un lenguaje específico e infrecuente en la clínica, que es el lenguaje axiológico y ético.

No hemos sido educados para la deliberación, que es un razonamiento basado en la probabilidad o plausibilidad que requiere ciertos hábitos y cualidades de carácter: humildad intelectual, capacidad de escucha y ejercicio de la prudencia (Aristóteles: 1999, 19-21 [1003a-1004a]); Gracia: 2011a, 88, 93). La actitud y el hábito deliberativos exigen el respeto del otro como interlocutor válido y nos alejan del fanatismo (Gracia: 2011b, 124-129), confirmando la necesidad y el valor de las restantes perspectivas, que revelan puntos de vista de la realidad diferentes (Gracia: 2007, 8).

3. EVALUACIÓN CRÍTICA DEL MÉTODO DELIBERATIVO

El método deliberativo no puede ni pretende resolver todos los problemas de la práctica clínica. Existen limitaciones impuestas por el diseño del procedimiento, como la exigencia de analizar un único problema ético cada vez (paso 4), de modo que para deliberar sobre otro problema ético es necesario regresar al paso 3, elegir un nuevo problema y reanudar la deliberación sobre él (paso 4₂).

Caben, además, usos erróneos, como la búsqueda forzada de cursos extremos (nivel III, paso 6) sabiendo que después habrá que elegir entre los cursos intermedios (paso 7). Peores son los usos espurios o hipócritas, que originan el riesgo de irrelevancia sustantiva, según el cual cualquier conclusión derivada del método es aceptable, sin necesidad de control o justificación externos, y el riesgo de confort moral: la decisión es «ética» y «correcta» porque deriva del método. Estos supuestos desvelan riesgos de mayor alcance, como conformarse con una justificación retórica o pragmática en lugar de buscar una auténtica justificación dialéctica o argumentativa resultado de la deliberación, o con una justificación meramente interna, procedimental o intrasistemática, que no cuestiona los conceptos, valores, deberes y normas asumidos.

Tomando como referencia la formulación última del procedimiento deliberativo (Gracia 2011b; cfr. *supra* apartado 1.2) conviene evaluar el significado de cada nivel y de los distintos pasos, incorporando sugerencias que refuercen su justificación y su aplicación.

3.1 Los hechos del caso (nivel I)

Dos niveles. El procedimiento deliberativo comienza por los hechos. Es importante distinguir los dos pasos del nivel fáctico (nivel I): la presentación del caso (paso 1), que no implica deliberación, y el comienzo propiamente de la deliberación con la aclaración y definición de los hechos del caso (paso 2).

El carácter impuro de los hechos: hechos y valores. La distinción entre el nivel de los hechos (nivel I) y los niveles axiológico y normativo (niveles II, III, IV y V) favorece la organización del procedimiento deliberativo y la toma de decisiones. Tal distinción tiene carácter analítico u operativo, pero no expresa la separación positivista hecho-valor, pues todos los hechos tienen carga valorativa (*value-laden*) (Gracia: 2010, 2013).

Es imposible desprenderse de la influencia normativa en la configuración de los hechos, que están condicionados por los valores, deberes y normas del caso. No son una pura descripción sino una selección de cualidades éticamente relevantes, y en tal sentido no están completamente dados de antemano sino que son configurados mediante la deliberación. El método adquiere así tonalidades hermenéuticas.

Los hechos primero. El buen funcionamiento del procedimiento deliberativo requiere aclarar las cuestiones de hecho mal resueltas, bien por carecer de conocimiento empírico con la certeza deseable en el momento de determinación y deliberación de los hechos (nivel I), bien por la confusión entre cuestiones empíricas y cuestiones axiológicas o normativas al identificar los problemas morales (nivel II, paso 3) o incluso por haber prestado menor atención a ciertos hechos que cobran posteriormente relevancia en razón del problema ético elegido (nivel II, paso 4).

Al término del nivel I los hechos no controvertidos dejan de ser objeto de deliberación y aparecen como premisas de la deliberación axiológica (nivel II) y normativa (nivel III) (Perelman y Olbrechts-Tyteca: 1994, 123). No obstante, si alguna cuestión de hecho ha sido resuelta de forma insatisfactoria o surgen nuevas cuestiones de hecho en los niveles posteriores es conveniente trasladarse una vez más al nivel fáctico (nivel I). Las teorías discursivas de la argumentación jurídica han resuelto esta cuestión mediante las reglas de transición (Alexy: 1989, 201), y la hermenéutica contempla tal posibilidad *ab initio* como modo de configuración de los hechos, resultado de un ir y venir del hecho a la norma (Kaufmann: 1997, 84 ss.; Serna: 2012, 108-126).

3.2 Identificación de problemas éticos (paso 3)

La confusión entre hechos y valores. El nivel axiológico plantea el problema del manejo del lenguaje de los valores. Además, la identificación de los problemas éticos combina el lenguaje axiológico y el lenguaje de los deberes, lo que genera dificultades adicionales. No se deben confundir los problemas técnicos o clínicos (paso 2), pertenecientes a la dimensión fáctica (nivel I) –e.g. considerar una intervención como clínicamente indicada– con los problemas éticos (paso 3), pertenecientes a la dimensión axiológica (nivel II) –e.g. cuestionarse la corrección o el significado ético del rechazo de tal intervención indicada por parte de un paciente–.

La capacidad del paciente como problema de hecho y como problema ético. Tratada en ocasiones como uno de los problemas éticos, la determinación de la capacidad del paciente origina una confusión frecuente entre cuestiones de hecho y cuestiones de valor o éticas.

La determinación de la capacidad es un problema técnico que condiciona el rumbo y los sujetos del proceso de toma de decisiones (Seoane: 2013, 30-31). En cambio, la falta de evaluación de la capacidad del paciente sí es un problema ético, e incluso podría identificarse otro problema ético, que sería la indefinición de la capacidad del paciente por falta de competencia del profesional o de instrumentos adecuados para su evaluación. Pero estas circunstancias no deben confundirse con la delimitación de la capacidad, que es una cuestión clínica o técnica. En otras palabras, la respuesta a la pregunta sobre la

capacidad del paciente debería tratarse como un problema clínico o de hecho, y solo la ausencia o deficiencia de la respuesta o evaluación de dicha capacidad sería un problema ético.

Es recomendable resolver el problema ético de falta de evaluación de la capacidad antes de deliberar sobre los siguientes pasos y hacerlo como cuestión técnica o de hecho (nivel I, paso 2), escogiendo luego el problema ético a discutir (paso 4). La falta de respuesta a esta cuestión merecería el reproche del órgano deliberativo, que debería reconstruir un frondoso árbol de cursos de acción en razón del resultado de la evaluación de la capacidad.

3.3 Elección de un nuevo problema ético o problemas éticos pendientes (paso 4)

Si tras la decisión final (nivel V) pervive la necesidad de analizar otro problema ético (paso 3) es necesario comenzar el proceso de deliberación eligiendo un nuevo problema ético (paso 4₂) y repetir los pasos posteriores.

En ocasiones, y en función de la conexión entre el problema elegido en primer lugar y el elegido en segundo lugar, la deliberación podría carecer de la pureza ética de la primera deliberación, pues es difícil abstraerse de las argumentaciones y conclusiones acerca del problema previo.

3.4 Identificación de los valores en conflicto (paso 5)

La confusión entre valores y deberes. El lenguaje de los valores es difícil de manejar (Gracia 2013, 223-245). El beneficio no debería aparecer como valor, pues es más bien un fin o el resultado de una acción en cumplimiento de un deber (nivel III). Por otra parte, los dos valores en conflicto se presentan como potencialmente beneficiosos para el paciente, y es precisamente la duda sobre qué es lo beneficioso en ese caso lo que genera el problema ético en el profesional.

Valores, principios y deberes. En coherencia con lo anterior y con la pretensión de abandonar el lenguaje abstracto y vago de los principios, tampoco la beneficencia o, en su caso, la no maleficencia deberían ser consideradas valores (nivel II), pues son más bien acciones (hacer el bien, no hacer el mal) en cumplimiento del deber de realizar el correspondiente valor positivo (nivel III).

3.5 Las pruebas de consistencia (nivel IV)

Justificación de las pruebas de consistencia. Las pruebas de consistencia representan un modo de justificación externa del método deliberativo que refuerza la normatividad de la decisión desde la pers-

pectiva ética, jurídica y práctica. En aras de robustecer esa justificación y normatividad es posible refinarlas y añadir dos nuevas pruebas de consistencia.

Plano ideal y plano real. Una función de las pruebas de consistencia es poner fin a la deliberación con una decisión aplicable *hic et nunc* que responda a la consulta del profesional. Tal conexión con el mundo real no implica la imposibilidad de respuestas ideales, sin repercusión práctica inmediata; de hecho, las pruebas de consistencia facilitan y justifican la coexistencia de ambos planos. No obstante, no debe identificarse el plano ideal con la deliberación sobre valores (nivel II) ni tampoco el plano real con la deliberación sobre deberes (nivel III) (Gracia 2011a, 89), pues el nivel normativo de los deberes admite la presencia de ambos planos, real e ideal.

Por ello, y en razón de la naturaleza del procedimiento deliberativo, si el curso óptimo de acción elegido (paso 8, nivel III) no pasa alguna de las pruebas de consistencia (nivel IV), se debería regresar al paso 8 para elegir un nuevo curso de acción a partir de los cursos intermedios (paso 7) que sería una segunda mejor opción ética o un curso de acción subóptimo (paso 8₂).

3.5.1 LA PRUEBA DE LEGALIDAD

¿Es legal esa decisión? (Gracia 2004, 27). Tras el análisis estrictamente moral se trata de ver al término del proceso de deliberación «si además es jurídicamente viable, porque por lo general no resulta prudente tomar decisiones contrarias al derecho» (Gracia 2011b, 149).

Justificación de la prueba de legalidad y de su ubicación al final del procedimiento. La prueba de legalidad está justificada en la medida en que consideramos al Derecho como el sistema normativo que establece los criterios comunes de convivencia en una sociedad con pretensión de universalidad, supremacía y comprehensividad.

Su aparición tardía pretende no suplantar la reflexión ética y hacer posible una deliberación ética pura, sin usar las normas jurídicas como argumentos de autoridad o como resultado de una presunción de corrección *iuris et de iure*: si está legislado es correcto, evitando así concebir el Derecho como reemplazo o sucedáneo de la respuesta moral.

Lo legal no siempre equivale a lo éticamente correcto, por lo que cobra sentido la inclusión del Derecho al final del procedimiento y la distinción entre el discurso ideal, que traza el horizonte normativo o respuesta éticamente óptima en la situación ideal de habla (Habermas 1994, 150-158) o comunidad ideal de deliberación (Gracia 2011a, 87), y el discurso real, ajustado a las condiciones de la consulta.

Significado y alcance del término «legalidad». La legalidad debe ser entendida en sentido amplio, incluyendo legislación y jurisprudencia. La legalidad equivale a la legislación vigente aplicable, de modo que queda excluida la legislación derogada o en fase de tramitación y

la legislación no aplicable por razón de materia o territorio. No obstante, para enriquecer la deliberación y la fundamentación de la decisión pueden emplearse ejemplos legislativos no aplicables al caso para ilustrar cursos de acción éticamente recomendables en otras circunstancias temporales, materiales o espaciales (e. g. normas de otros países que otorguen una prestación o autoricen una intervención no reconocida en el territorio de la consulta). Por su parte, la jurisprudencia presenta también valor normativo, generalmente en forma de precedente, iluminando la interpretación legal o resolviendo situaciones jurídicamente relevantes sin respuesta legal, para lo que debe ser contextualizada temporalmente y vinculada con la legislación aplicable en el momento de la decisión para evitar anacronismos.

Finalmente, se sugiere una perspectiva y una interpretación sistemáticas del ordenamiento jurídico, poniendo en relación la norma inmediatamente aplicable con el conjunto de disposiciones jurídicas relacionadas.

La divergencia entre la respuesta ética y la respuesta jurídica. ¿Qué se debería hacer cuando una decisión no pasa la prueba de legalidad, esto es, cuando el curso de acción éticamente óptimo no es legal o lícito? Legalidad no es sinónimo de legitimidad. Como el método deliberativo consiste en un proceso de evaluación ética, lo razonable y coherente con la naturaleza del método sería exponer en el nivel V que existe una decisión éticamente óptima (paso 8: nivel III) que no es legal en el momento de adoptar la decisión (pues infringe el paso 9: nivel IV).

Dado que el método está orientado a la práctica y tiene como finalidad brindar soluciones al profesional que consulta, cabría regresar a los cursos intermedios (paso 7: nivel III), reconstruir un nuevo curso de acción subóptimo para convertirlo en un nuevo paso 8 (paso 8₂ o paso 8_L) y someter dicha decisión al escrutinio de las pruebas de consistencia (nivel IV), en particular a la prueba de legalidad (paso 9), hasta obtener un curso de acción éticamente adecuado y legal. Eso permitirá al profesional, si lo considera oportuno, seguir la propuesta del comité, y a éste cumplir su función asesora.

Aunque la decisión final corresponde al profesional que consulta, no parece razonable invitar sin más a infringir el ordenamiento jurídico sugiriendo un curso de acción que exige desobedecer las normas jurídicas. En cambio, incluir dos respuestas en el nivel V: el curso de acción éticamente óptimo e ilícito (paso 8₁ o paso 8_↓) y el curso de acción éticamente subóptimo y lícito (paso 8₂ o paso 8_L), proporciona al profesional información veraz del proceso deliberativo del comité y mayores elementos de análisis.

Asimismo, dicha respuesta doble cumple una función adicional, al desvelar una situación que tal vez requiera una reforma legislativa, ampliando así los efectos beneficiosos de su actuación. Si la existencia de una norma jurídica no implica *simpliciter* su justicia o

corrección material, la deliberación del comité brindaría argumentos para justificar una negativa al cumplimiento de la ley o sugerir una reforma legislativa.

3.5.2 LA PRUEBA DE PUBLICIDAD

¿Estarías dispuesto a y tendrías argumentos para defender la decisión públicamente? (Gracia 2004, 27; Gracia 2011b, 150).

Un enunciado justificativo de la prueba de publicidad. La prueba de publicidad puede enunciarse mediante la fórmula trascendental del derecho público kantiana: «Son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados» (Kant 1985, 61-62). Para Kant no se trata de un mero principio ético sino también un principio jurídico. Con posterioridad, las éticas del discurso la han concebido como una regla de fundamentación de la argumentación práctica relacionada con las exigencias de apertura y sinceridad: toda regla o argumento debe poder ser enseñado de forma abierta y general (Alexy 1989, 134).

Carácter retórico y límites de la prueba de publicidad. La prueba de publicidad se refiere a la *posibilidad* de conocer los argumentos que conducen a la decisión, pero no está diseñada para garantizar su corrección o justicia. Prevalece la *aceptabilidad* de la decisión, y en tal sentido responde más a una racionalidad retórica que argumentativa o dialéctica. Sería posible deliberar buscando únicamente persuadir a los destinatarios, adaptando los argumentos para lograr su adhesión (Perelman y Olbrechts-Tyteca 1994, 34, 48, 61-64). La publicidad se orienta ante todo al conocimiento generalizado y a la eficacia de la decisión resultado de la deliberación, medible en razón de la intensidad de la adhesión o satisfacción del profesional que consulta (Perelman y Olbrechts-Tyteca 1994, 91), pero no garantiza la corrección de lo decidido, salvo que identifiquemos corrección moral con persuasión, eficacia o mayoría.

De otra parte, la publicidad no garantiza la universalización, pues bastaría el acuerdo o no disconformidad de la mayoría del auditorio. En el sentido indicado, la prueba de publicidad ratifica su dimensión de eficacia al operar con un criterio de raigambre utilitarista: el mayor beneficio para el mayor número.

Conocimiento y comprensión: inteligibilidad. La publicidad garantiza el conocimiento o la accesibilidad de los argumentos y la decisión, pero no su comprensión. Bastaría una argumentación muy técnica o especializada para que los potenciales destinatarios no pudiesen comprender dichos argumentos. Por tanto, se debería completar la prueba de publicidad con el requisito de *inteligibilidad*, que pretende garantizar la comprensión y ratificar el respeto y la condición de interlocutor válido de los destinatarios. La inteligibilidad no atiende a la presentación sino a la comprensión material de los argumentos y la decisión, y garantiza su justificación ética, más allá de hacerlos acce-

sibles al auditorio. En otras palabras, la publicidad no es simplemente transparencia sino accesibilidad e inteligibilidad.

Todos los argumentos: sinceridad y saturación. La prueba de publicidad debería ser interpretada como una prueba de sinceridad, honestidad o veracidad práctica. La *sinceridad* apunta a la consistencia del hablante, pero aún no es suficiente, pues no exige que se cuente todo lo que se conoce sino que lo expresado sea creído por el hablante: todo hablante solo puede afirmar aquello que él mismo cree (Alexy 1989, 185-186). Por su parte, la *honestidad* u *honradez* exige que el participante en la deliberación no pueda invocar una justificación que sabe que no es válida (Aarnio 1991, 255), y no garantiza que se conozcan todos los argumentos, pues no requiere mostrar todos los motivos o todo lo que el hablante cree.

Por ello, no basta que los argumentos sean públicos, sino que es necesario que sean públicos *todos* los argumentos que fundamentan la decisión. Una primera vía es la exigencia de *veracidad* o *verdad práctica*, que refuerza la confianza en la deliberación mediante la concurrencia de dos rasgos o virtudes: precisión y sinceridad (Williams 2006, 22, 54). Otra vía es el cumplimiento del requisito de *saturación* (Alexy 1989, 236), según el cual un argumento (curso de acción óptimo: paso 8) solo es completo y racional si contiene todas sus premisas. Las premisas o argumentos que pueden ser saturados son tanto empíricos (nivel I) como normativos, referidos a los valores y los deberes (niveles II y III), y siempre pueden ser objeto de nuevas discusiones o cuestionamientos.

3.5.3 LA PRUEBA DE TEMPORALIDAD

¿Tomarías la misma decisión caso de esperar algunas horas o unos días? (Gracia 2004, 27). «Se trata de saber si la decisión tomada ha sido fruto de un arrebató emocional» (Gracia 2011b, 150).

Comprobación y cláusula «rebus sic stantibus». El objeto de la prueba de temporalidad no es tanto la ratificación de la decisión transcurrido cierto tiempo cuanto la comprobación posterior de que la decisión y el proceso deliberativo no adolecen de justificación a causa de un insuficiente análisis fáctico, valorativo o normativo motivado por las circunstancias —emocionales, de severas restricciones o de emergencia—.

De acuerdo con la cláusula *rebus sic stantibus*, mientras las circunstancias permanezcan la decisión adoptada a través del procedimiento deliberativo va a seguir siendo la decisión final.

Principio de inercia y justificación del cambio. La prueba de temporalidad no impide que una decisión tenga determinadas características acomodadas a las circunstancias específicas de su adopción y que el criterio seguido perviva garantizando seguridad y certidumbre. Para justificar su inclusión y detallar su significado podría alegarse también el principio de inercia, fundamento de la estabilidad y continuidad de la vida intelectual y social. Mientras no se

demuestre lo contrario debe suponerse que la actitud adoptada continuará en el futuro. Así, una decisión que haya sido aceptada una vez no puede rechazarse o abandonarse sin un motivo suficiente (Perelman y Olbrechts-Tyteca: 1994, 178). Sólo el cambio necesita justificación (Alexy: 1989, 191-192), y corresponde a quien aduzca la incorrección de la decisión previa proporcionar razones relevantes para separarse de ella y ofrecer una nueva respuesta.

Por otra parte, desde una perspectiva normativa, la prueba de temporalidad remite a la doctrina del precedente y al principio de justicia (Perelman y Olbrechts-Tyteca: 1994, 340; Alexy: 1989, 260-265).

3.5.4 UNA NUEVA PRUEBA DE CONSISTENCIA: LA PRUEBA DE UNIVERSALIZABILIDAD

Justificación y enunciado de la prueba de universalizabilidad. Para la Ética y el Derecho es importante la igualdad de trato, cimiento de la justicia formal. Esta exigencia no puede ser garantizada plenamente mediante la prueba de publicidad, pero sí a través de una nueva prueba: la universalizabilidad, que proporciona una justificación discursiva o argumentativa, frente al carácter retórico de la prueba de publicidad, la cual deviene una garantía insuficiente en sociedades que admitan un trato desigual, discriminatorio o de favor que pueda defenderse públicamente pero que no pasaría la prueba de la universalizabilidad. La nueva prueba de consistencia permite obtener algo distinto y más exigente que la publicidad, que simplemente requiere que la decisión pueda ser conocida –y aceptada– por la mayoría, en tanto que la prueba de universalizabilidad se refiere al universo de destinatarios y a la justicia e igualdad de trato.

Kant ofrece un enunciado de esta prueba en la primera formulación de su imperativo categórico: «obra solo según la máxima a través de la cual puedas querer al mismo tiempo que se convierta en ley universal» [Kant: 1996, 173 (Ak. 421, 6-7)]. Es más, nunca debo proceder más que de modo que pueda querer también que mi máxima se convierta en una ley universal [Kant: 1996, 135 (Ak. 402, 8-9)].

El significado de esta prueba se puede detallar mediante la regla de generalizabilidad o de generalización, común en las teorías analíticas de la argumentación jurídica, que exige que no se pueda invocar un juicio de valor que uno no esté dispuesto a generalizar para casos similares; o la predisposición al intercambio de roles, según la cual cualquiera debería poder estar de acuerdo con las consecuencias de decisiones que afectan a terceros si se encontrase hipotéticamente en la situación de aquéllos (Alexy: 1989, 198; Aarnio: 1991, 256-257).

Universalizabilidad, dignidad y derechos. Aun cuando el método deliberativo y las decisiones de carácter práctico exigen tratar cada caso de forma individualizada, hay un punto de partida común, que es la no discriminación injustificada. Además, su vínculo con el precedente o con las exigencias de la igualdad remite a una justificación

externa de índole ética y sustantiva, con el complemento de la segunda formulación del imperativo categórico kantiano: «Obra de tal modo que uses la humanidad tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro siempre a la vez como fin, nunca meramente como medio» [Kant: 1996, 189 (Ak. 429)] o de la tercera: «En el reino de los fines todo tiene o un *precio* o una *dignidad*. En el lugar de lo que tiene un precio puede ser puesta otra cosa como *equivalente*; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio, y por tanto no admite nada equivalente, tiene una *dignidad*» [Kant: 1996, 199 (Ak. 434)], o incluso con una remisión a universales éticos y jurídicos materiales como los derechos humanos (Seoane: 2008).

3.5.5 UNA NUEVA PRUEBA DE CONSISTENCIA: LA PRUEBA DE REALIZABILIDAD

Justificación y significado de la prueba de realizabilidad. El método deliberativo aspira a proporcionar una respuesta a una cuestión clínica existente enunciando un curso de acción que pueda ser llevado a la práctica. Es exigible que el curso de acción que integra la decisión final (nivel V) pueda ser realizado o aplicado, pues de lo contrario se frustraría la finalidad práctica del método. En consecuencia, se debería añadir una nueva prueba de consistencia: la prueba de realizabilidad (Alexy 1989, 200).

Esta prueba presupone conocimiento empírico de los hechos y el contexto, confirmando la relevancia de la dimensión fáctica (nivel I). Es posible que el curso de acción éticamente óptimo (paso 8) no pueda ser implantado o realizado por falta de medios personales, técnicos, económicos, etc. En tal caso, se debería ofrecer una segunda mejor opción que sí fuese realizable, para salvar la orientación práctica del método y satisfacer la consulta del profesional (regreso al paso 7 y elección de nuevos cursos intermedios para elaborar un nuevo paso 8), pues el caso concreto se podría solucionar mediante un curso de acción subóptimo (paso 8₂ o paso 8_R).

Una decisión óptima no realizable sería admisible como ejercicio teórico si el método fuese empleado para la elaboración de una recomendación general, pero no ante la consulta de un caso. La posibilidad de aprendizaje teórico es parasitaria de la anterior, y por tal razón no parece coherente con el propósito del método deliberativo detenerse en la propuesta de un curso de acción éticamente impecable (paso 8) pero sin repercusión práctica al no resolver el problema real (el paso 8 debería alcanzar el nivel V, de la decisión definitiva, superando la prueba de realizabilidad en el nivel IV). Por tanto, debe garantizarse la viabilidad práctica de la decisión que pone fin al proceso deliberativo. Los cursos de acción no realizables podrían aceptarse en la identificación de cursos intermedios (paso 7, nivel III) y, en menor medida, en la formulación inicial del curso óptimo (paso 8, nivel III), pero ya

no tendrían sentido como única decisión definitiva (nivel V) tras las pruebas de consistencia, entre las que se debe incluir la realizabilidad.

El comité debería conocer la imposibilidad de realizar el curso de acción óptimo si se trata de una situación generalizada, pero es comprensible que la ignore si se refiere a una situación específica del profesional que éste no ha comunicado. En el primer supuesto podría decidir de oficio proseguir la deliberación para alcanzar un segundo curso óptimo realizable (paso 8_2 o paso 8_R), mientras que en el otro caso tal vez deba conformarse con la propuesta óptima y, si finalmente se constata que no es realizable, es probable que el profesional someta de nuevo el caso a consulta explicando la irrealizabilidad, que ahora sería conocida ya en el nivel de los hechos (nivel I).

Propuesta de ideales éticos o normativos y deliberación sobre problemas de justicia. La inclusión explícita de la prueba de realizabilidad mantiene la primacía del análisis ético y su potencial identificación del curso de acción óptimo como ideal normativo, concuerde o no con la realidad, así como la vertiente formativa del comité, permitiendo que no se pierda su dimensión práctica. Limitarse a identificar cursos óptimos de acción con independencia de su realizabilidad desmiente la orientación práctica; restringir el alcance de la deliberación ética en razón de las condiciones reales condiciona la pureza del análisis ético, modifica la estructura y los pasos del método y elimina la exigencia ética de buscar el curso óptimo de acción, constreñido a reproducir la realidad y anulando la posibilidad de imaginar modelos mejores. La distinción entre la dimensión ideal y la dimensión real explica que el curso de acción óptimo pueda ser imposible de realizar aquí y/o ahora, pero siempre será relevante como horizonte normativo. Sirve para identificar defectos de un sistema o para proponer cambios legislativos o de política sanitaria. Sin embargo, no acontece lo mismo a la inversa: identificadas las condiciones reales de la consulta, no es obligación del comité añadir una reflexión sobre la solución ideal.

La prueba de realizabilidad exige tomar en cuenta la equidad y la distribución justa de recursos. Esto debe juzgarse como una ventaja, porque el método exige escoger únicamente un problema y es posible que los problemas de justicia queden al margen del análisis, de modo que ahora podrían ser tenidos en cuenta. Se trataría de elegir el curso de acción más justo, equitativo o eficiente, que incluso podría contradecir el elegido como curso óptimo (paso 8, nivel III) si éste atiende a otros valores o principios, como la autonomía o la beneficencia, en lugar de referirse a la justicia (paso 4, nivel II).

3.6 La naturaleza de la decisión definitiva (nivel V)

Recomendación, no mandato. La decisión que pone fin al procedimiento deliberativo es una recomendación. Consiste en una propuesta fundamentada de la mejor decisión y el mejor curso de acción posible para ese caso en esas circunstancias. En consecuencia, no es un mandato

ni una orden que obliguen al profesional que consulta. No debe interpretarse, tampoco, como una razón excluyente para seguir el curso de acción elegido, sino como una razón *prima facie* válida para estimar que tal curso de acción es el mejor posible y, como tal, debe ser realizado.

La naturaleza de consejo o recomendación de la decisión concuerda con un rasgo distintivo de los comités de ética asistencial y de intervención social, órganos consultivos que pretenden autoridad (*auctoritas*) para que sean aceptadas y seguidas sus decisiones pero carecen de poder (*potestas*) para imponerlas. El comité debe transmitir el resultado de la deliberación y su propuesta de curso de acción (nivel V) para asesorar al profesional en la toma de decisión, pero no subrogarse en la responsabilidad de éste, que tiene la última palabra sobre la solución del caso [Gracia y Rodríguez Sendín: (dir.) 2012, 2]. El comité ofrece su mejor respuesta ética, pero no reemplaza ni sus trae la responsabilidad de decisión del profesional.

Unanimidad, consenso y votos particulares. La deliberación prudente tiene lugar respecto de cosas que pueden ser de otra manera, sobre lo contingente. Los argumentos del comité pueden ser convincentes y razonables pero no apodícticos o absolutos; siempre cabe otra razón, argumento, curso de acción y decisión. Deliberación no equivale a consenso sino a decisión prudente (Gracia: 2011a, 93). No exige que todos tomen la misma decisión sino que se llegue a una decisión razonable y prudente tras un intercambio de razones y argumentos.

La pluralidad de decisiones en el nivel V puede deberse, en primer lugar, a una razón de contenido. Cuando un curso de acción éticamente óptimo (paso 8, nivel III) no pasa las pruebas de consistencia (paso 9, nivel IV) es preciso formular un nuevo curso de acción subóptimo (paso 8₂) que pase dichas pruebas y pueda convertirse en decisión definitiva (nivel V). Como se ha indicado, la naturaleza deliberativa del método exige transmitir tanto la decisión definitiva que ha superado las pruebas de consistencia (paso 8₂, del nivel III, y nivel V) como la decisión éticamente óptima (paso 8₁, perteneciente al nivel III) que no lo ha hecho, de modo que existirían dos decisiones en el nivel V.

La pluralidad de decisiones en el nivel V puede deberse, en segundo lugar, a una razón subjetiva. Cuando existe diferencia de pareceres entre los miembros del comité no es posible una decisión definitiva unánime. En tales circunstancias la decisión definitiva (nivel V) debería adoptarse por mayoría, existiendo además uno o varios cursos de acción considerados óptimos por una minoría o por un único miembro que deberían ser transmitidos como votos particulares al profesional consultante, reflejando de modo completo y fidedigno el procedimiento deliberativo.

Ambas situaciones tienen aspectos positivos: la unanimidad refuerza la autoridad y el carácter suasorio de la decisión, mientras que la falta de unanimidad puede ser síntoma de la fertilidad de una deliberación genuina, de riqueza dialéctica, de madurez y de pluralidad en el seno del comité –si fuese síntoma de dogmatismo e intransigencia estaríamos ante un procedimiento seudodeliberativo o una deliberación frustrada–.

Esa pluralidad de decisiones refleja verazmente el proceso de deliberación y enriquece la respuesta a la consulta, añadiendo una dimensión pedagógica a la intervención del comité. El profesional responsable de la decisión dispone de más opciones, aun cuando la respuesta del comité establezca un orden al proponer una decisión como definitiva, bien por ser la mayoritaria, bien por ser la única que ha pasado las pruebas de consistencia, ofreciendo otras alternativas en segundo lugar.

4. UNA REFORMULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DELIBERATIVO

Las sucesivas versiones (Gracia: 2001a, 2003, 2004, 2011b) han perfilado y mejorado el procedimiento deliberativo. Con todo, es posible ofrecer una versión revisada más completa, coherente y precisa desde el punto de vista conceptual, respetando la estructura y los enunciados existentes:

- I. Presentación de los hechos.
 1. Presentación del caso.
- II. Deliberación sobre los hechos.
 2. Deliberación sobre los hechos del caso.
- III. Deliberación sobre los valores.
 3. Identificación de los problemas morales del caso.
 4. Elección del problema moral a discutir.
 5. Determinación de los valores en conflicto.
- IV. Deliberación sobre los deberes.
 6. Identificación de los cursos extremos de acción.
 7. Búsqueda de cursos intermedios.
 8. Elección del curso óptimo.
- V. Deliberación sobre la consistencia de la decisión.
 9. Pruebas de consistencia.
 - 9.1. Prueba de legalidad.
 - 9.2. Prueba de publicidad.
 - 9.3. Prueba de temporalidad.
 - 9.4. Prueba de universalizabilidad.
 - 9.5. Prueba de realizabilidad.
- VI. Toma de decisión definitiva.
 10. Decisión final.

La reformulación del método deliberativo combina también niveles y pasos. Comienza con una nueva estructura del nivel de los hechos, que diferencia la nueva primera etapa y nivel (nivel I) de la presentación del caso (paso 1), con carácter descriptivo, de la fase propiamente deliberativa (paso 2), que integra un nivel independiente (nivel II). Aunque ambos pasos corresponden a la etapa fáctica, únicamente el segundo requiere deliberación. Esta distinción de dos niveles sobre los hechos muestra con más nitidez la estructura del método, que comienza y finaliza con dos niveles no deliberativos (nivel I y nivel VI) y reserva la deliberación para los niveles intermedios (niveles II, III, IV y V).

El nivel de las pruebas de consistencia (nivel V; antiguo nivel IV) cambia su denominación para incluir una referencia expresa a la deliberación, pues tales pruebas exigen una auténtica tarea deliberativa y no una mera comprobación formal. Las cinco pruebas de consistencia son tratadas como apartados de un único paso en el procedimiento deliberativo, que es el tránsito o la conversión de lo éticamente óptimo en decisión definitiva.

El último nivel de la toma de decisión definitiva (nivel VI; antiguo nivel V) incorpora un paso independiente (paso 10. Decisión final), que hace posible concluir con un nuevo paso numerado el procedimiento deliberativo. Al igual que el nuevo nivel I, el nivel VI tampoco es un nivel deliberativo. La decisión final o definitiva es más bien un corolario del procedimiento, que tiende a tal decisión como conclusión de un silogismo práctico. Sobre ella no cabe deliberación en el seno del procedimiento. De este modo, el nuevo procedimiento enmarca el quehacer deliberativo sobre los hechos, valores y deberes con los dos niveles mencionados.

5. BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, A. (1991), *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica* (1987), versión castellana de Ernesto Garzón Valdés; revisión de Ernesto Garzón Valdés y Ruth Zimmerling, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALEXY, R. (1989), *Teoría de la argumentación jurídica* (1978), traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- ARISTÓTELES (1985), *Retórica*, edición, traducción, prólogo y notas de Antonio Tovar, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- (1999), *Ética a Nicómaco*, edición bilingüe y traducción de María Araujo y Julián Marías, séptima edición, Madrid, Centro de Estudios Político y Constitucionales, 1999.
- ATIENZA, M. (1996), «Juridificar la bioética. Una propuesta metodológica», *Claves de razón práctica* 61 (1996), 2-15.
- AUBENQUE, P. (1999), *La prudencia en Aristóteles* (1963), traducción castellana de M.^a José Torres Gómez-Pallete, Barcelona, Crítica, 1999.

- BEAUCHAMP, T. L. y CHILDRESS, J. F. (1994), *Principios de ética biomédica*, versión española de la cuarta edición (1989). Traducción de Teresa Gracia García-Miguel, F. Javier Júdez Gutiérrez, Lydia Feito Grande; revisión científica de Diego Gracia Guillé y F. Javier Júdez Gutiérrez, Barcelona, Masson, 1994.
- BEAUCHAMP y CHILDRESS (2013), *Principles of biomedical ethics*, 7th edition, New York, Oxford University Press, 2013.
- DE LORA, P., y GASCÓN, M. (2008), *Bioética. Principios, desafíos, debates*, Madrid, Alianza, 2008.
- GARCÍA LLERENA, V. M. (2012), *De la bioética a la biojurídica: el principialismo y sus alternativas*, Granada, Comares, 2012.
- GRACIA, D. (1991), *Procedimientos de decisión en ética clínica*, Madrid, Eudema, 1991.
- (2001a), «La deliberación moral: el método de la ética clínica», *Medicina Clínica* 117 (2001), 18-23.
- (2001b), «La deliberación moral», *Boletín de la Academia Chilena de Medicina* XXXVIII (2001), 29-45.
- (2003), «Ethical case deliberation and decision making», *Medicine, Health Care and Philosophy* 6 (2003), 227-233.
- (2004), «La deliberación moral: el método de la ética clínica», en Diego Gracia y Javier Júdez (eds.), *Ética en la práctica clínica*, Madrid, Triacastela, 2004, 21-32.
- (2007), «Prólogo a la segunda edición (2007)», en *Procedimientos de decisión en ética clínica* (1991), Madrid, Triacastela, 2007, 1-8.
- (2010), «Philosophy: ancient and contemporary approaches», en Jeremy Sugarman and Daniel P. Sulmasy (ed.), *Methods in medical ethics*, 2nd edition, Washington D. C., Georgetown University Press, 2010, 55-71.
- (2011a), «Deliberation and consensus», en *The SAGE Handbook of health care ethics: core and emerging issues*, Ruth Chadwick, Henk ten Have and Eric M. Meslin (ed.), Los Angeles/London/New Delhi/Singapore/Washington DC, SAGE, 2011, 84-94.
- (2011b), «Teoría y práctica de la deliberación moral», en Lydia Feito, Diego Gracia, Miguel Sánchez (editores), *Bioética: el estado de la cuestión*, Madrid, Triacastela, 2011, 101-154.
- (2013), *Valor y precio*, Madrid, Triacastela, 2013.
- GRACIA, D.; RODRÍGUEZ SENDÍN, J. J., et al. (2005), *Guías de Ética en la práctica médica 1. Intimidad, confidencialidad y secreto*, Madrid, Fundación de Ciencias de la Salud, 2005.
- (2006), *Guías de Ética en la práctica médica 2. Ética en cuidados paliativos*, Madrid, Fundación de Ciencias de la Salud, 2006.
- (2008), *Guías de Ética en la práctica médica 3. Ética de la objeción de conciencia*, Madrid, Fundación de Ciencias de la Salud, 2008.
- (2009), *Guías de Ética en la práctica médica 4. Ética de los incentivos a los profesionales sanitarios*, Madrid, Fundación de Ciencias de la Salud, 2009.
- (2011), *Guías de Ética en la práctica médica 5. Planificación anticipada de la asistencia médica. Historia de valores; instrucciones previas; decisiones de representación*, Madrid, Fundación de Ciencias de la Salud, 2011.
- (2012), *Guías de Ética en la práctica médica 6. Retos éticos en Atención Primaria*, Madrid, Fundación de Ciencias de la Salud, 2012.
- (2014), *Guías de ética en la práctica médica 7. Conflictos éticos en psiquiatría y psicoterapia*, Madrid, Fundación de Ciencias de la Salud, 2014. En línea: http://www.fcs.es/publicaciones/conflictos_eticos_psi-quiatria_psicoterapia.html. Visita: 20.3.2015).

- HABERMAS, J. (1994), «Teorías de la verdad» (1972). Traducción de Manuel Jiménez Redondo, en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Madrid, Cátedra, 2.ª edición, 1994, 113-158.
- JONSEN, SIEGLER y WINSLADE (2005), *Ética clínica. Aproximación práctica a la toma de decisiones en la medicina clínica*, traducción de Aurora Alcazar Guijarro, Barcelona, Ariel, 2005.
- (2010) *Clinical ethics. A practical approach to ethical decisions in clinical medicine*, 7th edition, Ney York, McGrawHill, 2010.
- KANT, I. (1985), *Sobre la paz perpetua* (1795), traducción de Joaquín Abellán, Madrid, Tecnos, 1985, 3.ª edición, 1991.
- (1996), *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1785), edición bilingüe y traducción de José Mardomingo, Barcelona, Ariel, 1996.
- KAUFMANN, A. (1997), *Rechtsphilosophie*, München, Beck, 1997.
- PERELMAN, Ch., y Olbrechts-Tyteca, L. (1994), *Tratado de la argumentación. La Nueva Retórica*, traducción española de la quinta edición (1989) de Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 1994.
- RENDTORFF, J. D. (2002), «Basic ethical principles in European Bioethics and Biolaw: autonomy, dignity, integrity and vulnerability. Towards a foundation of Bioethics and Biolaw», *Medicine, Health Care and Philosophy* 5/3 (2002), 235-244.
- REQUENA MEANA, P. (2008), «Sobre la aplicabilidad del principialismo norteamericano», *Cuadernos de Bioética* 65 (2008), 11-27
- SEOANE, J. A. (2008), «La relación clínica del siglo XXI: cuestiones médicas, éticas y jurídicas», *Derecho y Salud* 16/1 (2008), 1-28.
- (2013), «La construcción jurídica de la autonomía del paciente», *eidon* 39 (2013), 13-34.
- SERNA, P. (2012), *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, segunda edición, México, Porrúa, 2012.
- SUGARMAN, J., y SULMASY, D. P. (2010), *Methods in clinical ethics*, 2nd edition, Washington D. C., Georgetown University Press, 2010.
- VEGA, L. (2012), «Deliberación», en Luis Vega Reñón y Paula Olmos Gómez (ed.). *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, segunda edición revisada y actualizada, Madrid, Trotta, 2012, 177-182.
- VERGARA, Ó. (2014), «Casuismo, ética biomédica y derecho», *Persona y Derecho* 71 (2014/2), 307-333.
- WILLIAMS, B. (2006), *Verdad y veracidad. Una aproximación genealógica* (2002), traducción de Alberto Enrique Álvarez y Rocío Orsi, Barcelona, Tusquets, 2006.

Fecha de recepción: 31/03/2015. Fecha de aceptación: 31/10/2015.

III

CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA



ALARCÓN CABRERA, Carlos. *Creer en Hitler. El triunfo de la sumisión sobre la libertad*, Sevilla: Ediciones Aconcagua, 2016, 421 pp.

En *Creer en Hitler. El triunfo de la sumisión sobre la libertad*, Carlos Alarcón parte de una premisa explícita: Hitler no fue una lamentable excepción ni un accidente histórico. Las condiciones psicosociológicas que propiciaron su aparición son demasiado similares a las que se han presentado en muchos lugares en las décadas siguientes al fenómeno nazi, que continúan impulsando la emergencia de figuras políticas repletas de sadismo y masoquismo. Se trata de seres humanos angustiados y desbordados ante su imposibilidad psicológica de sostenerse como entes individuales que, detrás del pretexto ideológico de revoluciones nacionales, raciales o culturales, anhelan y necesitan evadirse sintiéndose capaces de provocar daño a los demás y a sí mismos, y de reprimir la libertad ajena y también la libertad propia.

Para el autor, lo que tienen en común estas derivaciones tanáticas e *inhumanas* de los humanos es la apelación religiosa, cuasireligiosa o seudoreligiosa a la fe en el líder como base para establecer un vínculo simbiótico entre gobernantes y gobernados, entre dominantes y dominados. En este sentido, considera que Hitler fue solo, en tanto que *Führer*, un transparente ejemplo de cómo guiar a un pueblo sumiso hacia la renuncia a la libertad y hacia la autodestrucción. Siguiendo a Erich Fromm, Alarcón considera la influencia luterana y calvinista como determinante no solo para la irrupción del espíritu capitalista, tal como había subrayado Max Weber, sino también para la aparición de nuevas formas políticas caracterizadas por la sumisión absoluta de la ciudadanía al líder. En tanto que extensión terrenal de la autoridad divina, el poder político fue objeto de un particular tipo de apego por parte del pueblo alemán. Se constituyó así, sobre todo durante el siglo XIX, un entramado autoritario que representó un factor de inhibición que paralizó a la ciudadanía, instándola al sometimiento pasivo ante el emperador. Tras la derrota en la primera guerra mundial, ante la desaparición del Kaiser, las nuevas generaciones se mostraron dispuestas a entregar su libertad a un Führer que los guiaría hasta la gloria. Como analiza Alarcón, el vínculo que enlazó a Hitler con los alemanes derivó del vértigo que éstos sintieron como consecuencia de su conquista de la libertad política tras siglos de autocracia imperial, de una libertad que tras la derrota en la guerra y la desaparición del Imperio dio lugar a la amenazante revolución espartaquista, a la humillante rendición

incondicional sellada en Versalles y a la dramática hiperinflación de los primeros años de la década de los veinte.

El autor trata por tanto de mostrar la naturaleza cuasireligiosa del vínculo que Hitler consiguió establecer con el pueblo alemán, y resaltar cómo a partir de este vínculo pretendió llevar a cabo una revolución cultural totalitaria forjadora de un nuevo hombre alemán. Alarcón profundiza en la tesis de Fromm según la cual este vínculo no solo constituyó una insensata tabla de salvación para los alemanes, sino también para Hitler. Desde un punto de vista psicológico, fue un vínculo simbiótico que se desplegó a través de los componentes sádicos y masoquistas de la personalidad de Hitler, un ser angustiada ante la imposibilidad de encontrar un sentido a su vacía vida, desarraigada y desbordada en la Viena imperial de los años previos a la primera guerra mundial. Alarcón se centra en estudiar la naturaleza de los mecanismos de evasión mediante los cuales Hitler y los alemanes se encadenaron mutuamente como modo de tratar de compensar sus sensaciones de insignificancia, impotencia y pequeñez ante el entorno circundante. Las fracturas emocionales correspondientes favoreció la creación de una compleja red de relaciones de dominio y sumisión entre Hitler y los alemanes que se revistió de un particular tipo de religiosidad. La fe en el Führer encadenó al pueblo alemán acabando con su libertad precisamente en el momento histórico en el que la democracia empezaba a ser posible, en el que a priori había por fin una cierta libertad externa. De hecho, para Alarcón, la evolución final política y personal de Hitler es lógica, si se vislumbra desde el punto de vista de su sadomasoquismo. Su comportamiento supuso la culminación de un proceso patológico centrado en la necesidad obsesiva de comportarse de forma dañina, contra los demás o contra sí mismo.

Para el autor, no fue hasta los sesenta cuando se perdió del todo el miedo a estudiar a fondo la trayectoria vital de Hitler, quizás porque lo que ocurrió había sido tan impactante para sus contemporáneos que provocó que quedaran en cierto modo paralizados intelectualmente. Los primeros trabajos de finales de los cincuenta fueron de autores jóvenes, la mayoría no europeos, y en parte fomentados por la accesibilidad a documentos descatálogos tras la muerte de Stalin. En los sesenta Hitler empezó a *ponerse de moda*, y paulatinamente a *comprenderse* y *humanizarse*, no en el sentido de aplaudir alguna de sus acciones, sino en el de alertar ante las excesivas semejanzas entre el carácter vital de Hitler, marcado por su capacidad destructiva y por su angustia existencial, y el que potencialmente todos los seres humanos podemos llegar a tener. Por eso, como el propio Alarcón reconoce, su tesis puede resultar paradójica. Parte de la *humanidad* de Hitler, pero a la vez estudia cómo muchísimos alemanes llegaron a percibirle como una figura sobrehumana. La *humanidad* de Hitler consistió en una combinación de sadismo destructivo y de irracionalidad masoquista, que contagió a decenas de millones de alemanes que optaron por renunciar a su libertad para someterse a un nuevo dios político-religioso que cubriera el vacío dejado por el Kaiser y, en general, por la idea de *muerte de Dios* en la modernidad pronosticada por Nietzsche.

Hitler no fue sólo, como señala Alarcón, un sádico con un anhelo ilimitado de dominio y poder que disfrutaba con la aniquilación de seres humanos, ciudades y países, sino que a la vez sus impulsos autodestructivos determinaron en muchos aspectos su comportamiento, y se exacerbaban en los últimos años de su vida, cuando empezó a dar por perdida su *lucha* y tomó todo tipo de medidas contra las propias infraestructuras alemanas. Si Hitler sigue sin comprenderse del todo, es posiblemente porque se ha presupuesto equivoca-

damente su condición inhumana. Pero su fanatismo se impuso sobre la razón porque la mayoría del pueblo alemán ansiaba angustiado entregar la libertad recién obtenida a alguien situado a un nivel sobrehumano al que poder someterse irracionalmente. Y esa *sobrehumanidad* convivía en Hitler con una *infrahumanidad* derivada de su historia personal, la misma infrahumanidad que precisamente atribuyó arbitrariamente a los miembros de razas supuestamente inferiores.

El libro de Alarcón trata en suma de complementar y desarrollar el análisis que hiciera Fromm en *El miedo a la libertad*, tratando de tener presente los muchísimos acontecimientos de relevancia que han sucedido desde la época en la que vivió Hitler, los cuales han posibilitado alcanzar una mejor perspectiva para analizar las causas por las que es tan difícil el progreso en lo relativo a la libertad humana. Los principales escollos con los que se encuentra el individuo para ser libre no son exclusivamente externos, no provienen solo de autoridades políticas o religiosas, sino que resultan de la combinación de estos factores externos con los que internamente ha ido creando según haya sido su relación con el entorno humano y natural desde sus primeros años de vida. Los diferentes modos de afrontar los inevitables dilemas existenciales relacionados con la libertad habían quedado marcados durante el siglo XIX por una tendencia desigual al liberalismo político y por el desarrollo del industrialismo. Pero en Alemania la cultura del luteranismo acentuó la importancia de la dedicación absoluta y frenética al trabajo como mejor forma de cumplimiento de los mandatos divinos, lo que contribuyó a construir seres sumisos ante Dios, y por extensión obedientes ante las autoridades políticas. Así se prepararon los alemanes para reaccionar ansiosa, neurótica e irracionalmente cuando, tras el hundimiento del imperio, un nuevo mesías les prometió un futuro glorioso.

Alarcón llega a afirmar que la evolución vital de Hitler es hasta cierto punto lógica. Su afán autodestructivo del último año supuso la culminación de un proceso patológico centrado en la necesidad obsesiva de comportarse violentamente, contra los demás o contra sí mismo. Siguiendo a Hawthorn y a su teoría de los contrafácticos, Alarcón defiende que lo que podía haber ocurrido y no ocurrió en la primera parte del siglo XX no nos lo dicen las teorías generales, sino los hechos particulares comparados entre sí. No se trata de aceptar la tesis holista de que la interrelación estructural entre las circunstancias de cada contexto histórico propicia una única opción alternativa, sino simplemente de constatar que la situación histórica podía haber sido diferente si determinados hechos hubieran sido distintos a como realmente fueron. La experiencia histórica de los años veinte, treinta y cuarenta ha consolidado el rechazo de la concepción teleológica de la historia y de la metodología deductiva que suponía por su condición de *ciencia del espíritu*. Más que ningún otro, el fenómeno del ascenso al poder de Hitler y de su despiadado ejercicio del mismo demuestra que ninguna teoría de la razón práctica puede desentenderse de los rasgos psicológicos de los actores históricos, y que por el contrario conlleva redefinir el concepto de *razón* incluyendo en él muchos aspectos subjetivos no racionales, y conectándolo para Alarcón con la noción de *forma de vida* que tan lúcidamente desplegó Wittgenstein. La comprensión pasa así a concebirse como una explicación no interpretativa de las razones subjetivas de las acciones y de las causas objetivas de los hechos. Y en efecto la historia de Hitler y del nazismo ofrece bastantes ejemplos de cadenas argumentativas basadas en relaciones pluricausales. *Comprenderlas* implica analizar los contextos que fueron influyendo en el con-

junto de tomas de decisión particulares, que a su vez construyeron los fenómenos históricos correspondientes.

A juicio de Alarcón, *El miedo a la libertad* de Fromm es un libro que a pesar de la distancia temporal continúa siendo útil para vincular la preponderancia del reformismo religioso en Alemania con la emergencia de Hitler como líder político. Fromm subrayó las consecuencias psicológicas del rigor e inflexibilidad del Dios luterano y calvinista: una vertiginosa sensación de soledad e impotencia en el ser humano, abandonado a su suerte hasta que es recogido por algún tipo de autoridad. Y el surgimiento del protestantismo religioso modeló al hombre preparándolo no solo para la sociedad capitalista, sino sobre todo para la renuncia a la libertad recién conquistada tras el fin de las cadenas feudales. Este fenómeno representó una clara muestra de la tendencia humana a la sumisión y a la dominación como formas de evasión con las que se pretendía combatir la *angustiosa* libertad alcanzada.

La tesis de Fromm es aceptada por Alarcón. Detrás del totalitarismo y de las dictaduras hay personas totalitarias y dictatoriales que necesitan ordenar, dominar y reprimir la libertad ajena. Por ello la solución a la falta de libertad no se encuentra solo en la transformación de las estructuras políticas, sino asimismo en el cambio educativo, cultural y emocional. Durante el siglo XIX los alemanes parecían desconfiar de las fórmulas democráticas, prefiriendo que las tímidas reformas se planificaran y tutelaran desde el poder. La sumisión que el hombre debía mostrar ante Dios presuponía también sumisión ante los poderes económicos y políticos. Para gran parte de la clase media y baja alemana el trabajo no representaba solo un medio para satisfacer sus necesidades, sino también un fin en sí mismo en tanto que forma de realizarse y de unirse a Dios. Esta autoalienación significaba la renuncia completa a la libertad *interna*, de tal modo que resultaban irrelevantes los avances sociales, políticos o jurídicos que pudieran tener lugar *externamente*. Más bien al contrario, el resentimiento de estas clases sociales por su condición sumisa y dependiente era una fuente de frustración y envidia contra quienes sí estaban alcanzando algún tipo de libertad. Y el resentimiento y la frustración provocaban grandes dosis de agresividad que se sentía sobre todo contra la alta burguesía y contra la parte del proletariado que empezaba a rebelarse.

La seudoideología de Hitler fue solo una hábil utilización de un conjunto de factores que coincidieron en los años de la posguerra, y que a la vez resultaban de la dinámica antilibertaria de las anteriores generaciones de alemanes. La derrota bélica, la desaparición del imperio, la revolución espartaquista, la humillación del Tratado de Versalles y la desestabilizadora hiperinflación prepararon a la desbordada sociedad alemana para creer en un providencial y salvador *Führer* que supo crear una atmósfera de fe ciega que a la vez sirvió para seducir y someter a las masas. Hitler fracasó en su intento de dominar el mundo, pero de algún modo triunfó, como incide Alarcón, en su misión de fanatizar a decenas de millones de alemanes, contagiando el odio que sentía hacia sí mismo de forma que sirviera para canalizar y dar rienda suelta a la agresividad contenida.

Las medidas autodestructivas que Hitler tomó en su último año de vida y de su guerra muestran como para él la principal lección histórica era la de que la única alternativa al éxito era el hundimiento total. Sólo así trascendería el mito que inmortalizaría su nombre. De hecho, estas medidas contribuían a ofrecer una imagen nacional muy paranoica, basada en la personificación de Alemania en el héroe medieval consecuente con sus principios que habitaba en un mundo dominado por la maldad y la corrupción. En este contexto solo

el odio a la vida y el deseo de muerte servían a Hitler de consuelo estético y daban sentido a su devenir histórico. Su propia extinción voluntaria como ser vivo fue, como recalca Alarcón, la última escena de una tragedia nacional que representó la culminación simbólica del proceso de autodestrucción de una sociedad neurótica. Desde hacía siglos el alemán medio se había estado sometiendo y humillando ante un Dios lejano e inflexible y ante un poder político opresivo, a la vez que expresaba la agresividad acumulada por la sumisión y la humillación contra los más débiles. Y lo que estaba ocurriendo en la última parte de la guerra constituyó el colofón de este inverosímil proceso histórico gracias a la aparición de la figura mítica y mesiánica del *Fuhrer*. El pueblo alemán *creyó* en Hitler, subraya Alarcón. Tuvo fe en él, se sometió y de esta forma renunció completamente a su libertad.

En la parte final de su libro, Alarcón trata de explicar por qué la experiencia nazi no es solo pasado. Subraya que Hitler no fue una excepción histórica, sino que por el contrario el panorama que nos muestra la segunda parte del siglo xx y el principio del siglo xxi está lamentablemente repleto de escenas de destrucción y sadismo generadas en mayor o menor medida por la necesidad de ser protegidos por figuras autoritarias, por dioses a los que se les quiere porque se les teme, por su implacabilidad y por su capacidad de castigar y ajusticiar. La crisis económica actual ha acentuado y potenciado esta tendencia a renunciar a la *peligrosa* libertad que ha acompañado durante los últimos siglos a las sociedades modernas. Es para Alarcón innegable que en los últimos cien años el estilo de vida americano, inspirado en gran medida en los principios del protestantismo religioso, ha penetrado en el mundo entero. El *fin de la historia* con el triunfo de la economía de mercado, aparentemente incontestable desde la caída del muro, ha supuesto la implantación de una tabla de valores supeditada al propio sistema capitalista. El espíritu de sumisión ante este sistema económico ha impregnado las mentalidades individuales y sociales, sirviendo para que el ser humano pierda la confianza en su capacidad para sobrevivir psicológicamente sin renunciar a su propia integridad y diferenciación personal, por lo que ahora más que nunca es imprescindible volver a exaltar el valor de la libertad.

Resulta llamativo para Alarcón que la mayoría de los estudiosos alemanes que en las dos últimas décadas se han centrado en analizar el carisma de Hitler coinciden en considerar cómo el deseo de ser liderado por una personalidad fuerte sigue estando relacionado en la actualidad con la necesidad existencial de que nuestra vida tenga algún propósito. Especialmente cuando los seres humanos adultos tienen dificultades para romper evolutivamente los vínculos primarios infantiles, el recurso a la adoración y al endiosamiento de héroes terrenales representa una tentación muy peligrosa. Por eso Alarcón vuelve a remontarse a Fromm, cuyo estudio psicobiográfico de Hitler sirvió para alertar ante los numerosísimos *hítleres* que siguen existiendo. Es por ello que es fundamental no deformar el *cuadro* de Hitler, o de cualquiera de sus réplicas actuales, privándolo de su inevitable *humanidad*.

El surgimiento de la democracia, el afianzamiento del estado de derecho y el crecimiento económico son condiciones necesarias, pero no suficientes para el desarrollo de la libertad, concluye Alarcón. Para muchos seres humanos la libertad alcanzada es solo una libertad negativa, una libertad consistente en la *no* opresión externa, en la ruptura de los vínculos que les encadenaban a los tradicionales poderes económicos y políticos, constituyendo en cierto modo una continuación de los vínculos primarios. Ello les impulsa a buscar mecanismos de evasión que les unan con otros tipos de vínculos susti-

tutivos de los originarios basados en el autoritarismo. Y, siguiendo otra vez a Fromm, Alarcón recuerda que estos vínculos secundarios crean una falsa sensación de seguridad que pone en riesgo la integridad del propio *yo*. El lamentable error de muchos seres humanos de someterse a una autoridad poniendo en sus manos la libertad que tanto pesa, y renunciando así a aprovechar las posibilidades que nos brindan las condiciones políticas y económicas de la modernidad, no debe hacernos olvidar que tales condiciones siguen existiendo. Por sí mismas no lo bastante para hacernos verdaderamente libres, sino que requieren complementarse con acciones en diversos ámbitos sociales, culturales y educativos. No basta con razonar sobre la importancia de la libertad, ni siquiera tampoco con conquistarla a través de mecanismos políticos, sino que es imprescindible *aprender a ser libre*.

Fernando MARTÍNEZ CABEZUDO
Universidad Pablo de Olavide

ARA PINILLA, Ignacio. *La difuminación institucional del objetivo al derecho a la educación*, Madrid: Editorial Dykinson, 2013, 360 pp.

¿Qué espera una sociedad de su paideia? ¿Cómo organiza la transmisión de su bagaje cultural para reproducirse a través de las sucesivas generaciones? ¿Cómo, además, esa sociedad se las ingenia para conseguir la garantía de una «anhelada congruencia entre el funcionamiento del servicio educativo y la defensa de los valores que definen el sentido democrático» (p. 12)? En la respuesta a estas cuestiones, y a otras que pudieran derivarse de ellas, late un juego sutil de sinonimias y contradicciones entre el derecho al pleno desarrollo de la personalidad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad que se inicia en el momento de sentar los pilares del objetivo del derecho a la educación. En el caso de no resolverse a favor de una u otra de las posibilidades, este juego conduce a la difuminación institucional del mencionado objetivo y con ello a la pérdida de coherencia entre lo que necesita para perpetuarse una sociedad que se defina como democrática y la paideia que diseñe a tal efecto.

Si bien es cierto que desde la restauración de la democracia en España los estudios sobre el derecho a la educación y al cómo de la libertad de enseñanza, llevados a cabo desde perspectivas constitucionalistas principalmente, han encontrado su verdadera razón de ser y el móvil de su desarrollo, no lo es menos el hecho de que en dichos estudios es frecuente encontrar una perspectiva del hecho educativo de carácter fenoménico. Esta perspectiva condiciona, indudablemente, tanto la elección como el enfoque del objeto analizado, dando lugar a que ocupen el centro de interés de dichos estudios las cuestiones relacionadas con las reformas escolares, la libertad de cátedra, las leyes educativas, la educación compensatoria o la historia de la teoría política.

Sin embargo, frente al interés por lo fenoménico, que indudablemente lo tiene, se hacen urgentes marcos reflexivos de carácter sustantivo que pongan en relación fundamental, esto es, en vínculo con una corriente de pensamiento concreta, el derecho y su proyección en el contexto educativo. La difuminación institucional del objetivo del derecho a la educación sale al paso de esa urgencia asumiendo una reflexión sobre el sistema educativo supera lo meramente instrumental o factual al gravitar sobre la cuestión irresuelta y radical del propósito último de la educación en los marcos sociales democráticos.

Ignacio Ara Pinilla, afronta, en esta obra, la necesaria y delicada tarea crítica de poner de manifiesto y definir los significados de «plenitud» y «libertad» dentro de la configuración de los objetivos del derecho a la educación, una vez constatado que cada vez se da una menor sensibilidad con respecto a los requerimientos de emancipación individual, condición, por otra parte, constitutiva de las sociedades democráticas (cfr. p. 12).

El problema que subyace a esta paradoja de la menor sensibilidad con respecto a los requerimientos de emancipación individual precisamente en las sociedades democráticas delata el movimiento pendular que describen los sistemas educativos cuando combinan el objetivo del pleno desarrollo de la personalidad con el del libre desarrollo de la personalidad. Este movimiento, que se hace visible desde la «dialéctica paternalismo-autonomía individual» (p. 9), consiste en subsumir el sentido de lo libre en el sentido de lo pleno y provoca «la consolidación de estructuras educativas [de sociedades democrá-

ticas] inconsistentes con su objetivo» que no debe ser otro que el de la emancipación individual.

En el caso de que «plenitud» sea entendida como libertad moral, es decir, como la libertad para elegir aquello que conduce a la perfección, y si «libertad» es entendida como autonomía personal, entonces ambas quedan situadas en una posición autoexcluyente. En tal caso la aparición conjunta en, por ejemplo, los artículos 26.2 y 29.1 de la Declaración de los Derechos Humanos, y los artículos 10.1 y 27.2 de la Constitución Española respectivamente, resulta, cuanto menos, controvertida puesto que la perfección impone un determinismo incompatible con la autonomía y solamente dicha aparición conjunta resulta coherente si plenitud y libertad son consideradas sinónimas, esto es, en el sentido de que, en el seno del desarrollo individual, solo lo libre es condición necesaria para lo pleno.

En el caso de que, no entendiéndose como sinónimas, se esgriman ambas como claves de los sistemas educativos, el sentido de la idea de plenitud resultará un obstáculo para el desarrollo de la idea de libertad individual ya que la primera «representa una preconcepción subjetiva por más que sea la más acomodada al modelo democrático» (p. 25). Este hecho no es ajeno a nuestros sistemas educativos sino en cierto modo constante. Dependiendo de la cuestión o el momento tanto las instituciones como la propia sociedad oscilan entre su regulación desde el pleno o el libre desarrollo de la personalidad provocando la ya mencionada difuminación institucional del objetivo del derecho a la educación.

Ara Pinilla aborda esta cuestión desde una postura favorable al ideal de autonomía de la voluntad, contenido en el propósito del libre desarrollo de la personalidad, frente al ideal de perfección, derivado del pleno desarrollo de la personalidad. En su discurso no hay lugar para sistemas educativos con concesiones a perspectivas subjetivas vinculadas a diseños concretos –ni institucionales, ni sociales– de lo que se entiende por plenitud.

Siendo cierto el hecho de que la educación es siempre una intervención en el desarrollo de la personalidad, la clave que permite combinar dicha intervención con un resultado de autonomía personal consiste en suscribir la premisa que Ara Pinilla expone en coincidencia con la de Fernando Savater y según la cual la educación es «una forma de condicionamiento (...) que no pone fin a cualquier prístina libertad originaria sino que posibilita precisamente la eclosión eficaz de lo que humanamente llamamos libertad» (p. 48).

La confianza puesta sobre las posibilidades de la educación en el libre desarrollo de la personalidad sitúa el texto de Ara Pinilla en una posición encontrada con la tradición illicheana de crítica a los sistemas institucionalizados de aprendizaje. Siendo así que en ambos casos se da una defensa del libre desarrollo de la personalidad, donde Ara Pinilla encuentra el lugar de gestación de la autonomía de la voluntad Illich ve el obstáculo para la misma.

Ivan Illich no es mencionado en ningún caso a lo largo de *La difuminación institucional del objetivo del derecho a la educación* ni insinuado siquiera de modo tácito. Sin embargo su recuerdo aquí es relevante para evitar posibles tentaciones de identificar la pretensión del libre desarrollo de la personalidad que Ara Pinilla hace valer, con la idea de desinstitucionalización que sería adoptada por quienes sostienen que la libertad originaria del ser humano se ve obstaculizada y constreñida por una educación estructurada. Esta última idea, sostenida por el pensador austriaco, hace destacar, por efecto de contraposición, a la fórmula educativa planteada por Ara Pinilla como un trabajo de configuración de la libertad a través del «proceso de formación

de la voluntad individual» haciendo posible el diseño de paideias para la autonomía y la emancipación individuales.

En línea con los planteamientos de John Dewey, a quien Ara Pinilla sí cita, la posibilidad de diseñar dichas paideias aparece concretada no solo en el exhaustivo examen de libertad y plenitud sino en la presentación de propuestas consonantes con su perspectiva del objetivo emancipatorio del derecho a la educación de una sociedad democrática. Su análisis, acorde con lo que él califica de «políticas públicas de carácter autonomista», no ostenta un carácter pedagógico sino jurídico-político y se centra en considerar el papel que debe jugar un sistema educativo en la formación de individuos autónomos y democráticos sin entrar ni a valorar ni a proponer elementos metodológicos o instrumentales al servicio de la docencia. Esto justifica que en la estructura de *La difuminación institucional del objetivo del derecho a la educación* aparezca, una vez esclarecido dicho objetivo en el primer capítulo, un segundo capítulo dedicado al contenido de la educación, un tercero en el que Ara Pinilla profundiza en la cuestión de los sujetos que ostentan la competencia educativa y uno cuarto y final en el que se revisan las condiciones de desarrollo de la educación.

A lo largo de todo el texto se aprecia la confianza en el sistema educativo para la pervivencia y desarrollo de sociedades democráticas. Dicha confianza está basada en la atribución de ciertas obligaciones insoslayables al sistema. Todas ellas se hacen patentes en el estudio del contenido de la educación que aparece concretado en los fenómenos de la implicación axiológica del contenido educativo y la vertiente socializante del mismo. Ara Pinilla justifica dicha elección en la idea inicial de que hablar del libre desarrollo de la personalidad supone también indirectamente hablar de socialización, y, hablar de socialización es tomar en consideración una cierta representación axiológica.

El núcleo que vincula a ambos fenómenos dentro del objetivo del derecho a la educación es en la formación de la voluntad y, derivada de ella, la relación entre la cultura, como lugar de la socialización, y los valores propios de la misma, como marco axiológico habitual de los contenidos educativos. Ara Pinilla prescinde de la vinculación entre cultura y sistema educativo como algo inherente, es decir, como cauce de transmisión del «acervo cultural común» y presenta una definición de cultura en el sentido de vínculo necesario del individuo con sus propias raíces a partir del cual le es, precisamente, posible romper con ellas y alcanzar, así, el libre desarrollo de su personalidad.

Si se identifica al libre desarrollo de la personalidad con una voluntad personal libremente formada y, estando esta última compuesta por el plano de la expresión de la voluntad, de la actuación conforme a la propia voluntad y de la formación de la voluntad individual, entonces el sistema educativo debería enfocarse a la consecución de los tres planos. Esta tarea, que ya de por sí resulta complicada en los dos primeros planos, se presenta, en palabras de Ara Pinilla «como un espejismo irrealizable» (p. 41) en el tercero. Dentro de los condicionantes que juegan en el plano de la formación de la voluntad individual –los consubstanciales a la vivencia del individuo en sociedad, la acción continuada de los mensajes oficiales y los desequilibrios económicos– existen elementos eliminables, al menos en un sentido abstracto, pero los condicionantes culturales no resultan ni siquiera eliminables en este sentido ya que precisamente la eliminación de un contexto cultural es contrario a la posibilidad de alcanzar un libre desarrollo de la personalidad. Recuérdese la idea ya mencionada según la cual la educación es el condicionamiento que permite la eclosión de la libertad.

Es precisamente en la idea de convertir los condicionantes insoslayables derivados de la cultura en apertura hacia la libertad donde radica la clave de comprensión y el principal valor de *La difuminación institucional del objetivo del derecho a la educación*.

Más allá de posturas de carácter comunitarista donde la experiencia individual adquiere solo verdadero sentido en la participación de los valores de una comunidad concreta, Ara Pinilla destaca la posibilidad de transmutar el bagaje que heredamos en un punto de partida para superar el cierre que impone la comunidad, sin embargo, en nuestros sistemas educativos y en nuestras sociedades los condicionantes culturales siguen jugando un papel de referentes inexorables que imponen un modo de actuar ya definido y en combinación con constantes aspiraciones a llegar a conseguirlo. Estamos ante el movimiento pendular antes descrito, que se da entre libertad y plenitud como objetivos del desarrollo personal o, en palabras de Ara Pinilla, la «vía intermedia» que exige una revisión de la «raíz social» a fin de determinar hasta qué punto es posible soslayar aspectos del «sentir» común que condicionan, si no lastran, la formación de la autonomía individual.

La salida de esta «vía intermedia» solo es posible en tanto se niegue la condición natural de la sociabilidad humana y la idea derivada del estado inicial de naturaleza, sin que esto implique negar lo que Ara Pinilla describe como «compulsión cultural» o la tendencia humana a la asociación. Una asociación entendida en términos de «solidaridad» y, en consonancia, con la teoría que sostiene al respecto León Duguit sobre el origen de las sociedades humanas en términos del necesario desarrollo de sistemas de solidaridad dentro de una lucha perdida, pero constante, del hombre frente a la muerte.

Pero no solo el libre desarrollo de la personalidad pasa por tener en cuenta los condicionantes de la socialización sino que a ellos se añaden la obligación que tiene el sistema educativo de favorecer el bienestar psicológico y la de incrementar el conocimiento.

Respecto a la cuestión del bienestar psicológico, Ara Pinilla reconoce el riesgo de que la propia convivencia escolar o el propio sistema educativo puedan producir efectos contraproducentes en el individuo pero, advierte, que tanto uno como otro pueden tener un «lado reversible» si se construye el sistema escolar «como una herramienta especialmente indicada no ya solo para la preservación, sino incluso para la restauración del menor que pudiera ser afectada por cualquier razón, aun por razones ajenas al propio sistema escolar» (p. 77). Siendo esto deseable como mecanismo de compensación de posibles situaciones problemáticas vividas por el individuo y ciertamente exigible a un sistema educativo, aparece como condición del libre desarrollo de la personalidad por identificarse el bienestar psicológico con un perfil psicológico saludable que pasa, necesariamente, por la transición del entorno familiar al social. Es en este punto donde el sistema escolar contribuye a compensar dificultades psicológicas y proporcionar caminos de fortalecimiento del individuo.

El incremento del conocimiento es entendido como condición emancipatoria al vincular «la representación de la idea de libertad con la existencia de un abanico de posibilidades que resultará tanto más amplio cuanto mayor sea la información de las opciones existentes y el modo de materializar los propósitos en relación a ellas» (p. 79). En este planteamiento que Ara Pinilla ilustra con citas de Benjamin Nathan Cardozo y de John Stuart Mill destaca el valor que el conocimiento tiene en el libre desarrollo de la personalidad pero a la vez alerta del peligro que tiene la transmisión de conocimientos al

servicio de la opresión. En la formación de la voluntad el conocimiento puede tener un papel tanto emancipador como opresor y en consecuencia conocimiento y libertad no deben considerarse como dos factores que se presentan siempre unidos.

El libre desarrollo de la personalidad es posible en la modulación del papel que juegan la raíz social, la relevancia del equilibrio psicológico y el conocimiento adquirido. Estos tres elementos conforman la voluntad individual y de cada modo de enfocarlos y estructurarlos depende una *paideia* concreta para una sociedad también concreta, y constituyen el doble eje estructural de la socialización y el marco axiológico.

Considerar que la socialización se constituye como condición para el libre desarrollo de la personalidad y que toda socialización sea dada en el contexto de un marco axiológico permite a Ara Pinilla adentrarse, de modo legítimo, en el terreno controvertido de la formación en valores como un contenido educativo. Esta delicada cuestión, que el autor califica de «dilema», es enfocada en cuestionamiento de Benjamin Nathan Cardozo cuando éste esgrime el valor de un «stock» de conocimientos suficientemente verificado y por tanto suficientemente relevante para la educación. Es precisamente en la expresión «suficientemente verificado» donde pone Ara Pinilla la señal de alarma entendiendo que «[H]ay conocimientos suficientemente verificados que, aun contribuyendo, desde luego, a la consecución de un mayor bienestar general, no cobran aparentemente un significado especial desde el punto de vista de la realización del libre desarrollo de la personalidad del individuo. Y sin embargo otros que, siendo opinables, se muestran mucho más idóneos para rendir servicios a la causa de la libertad» (p. 88). Con esta afirmación el autor sale al paso de las corrientes favorables a la identificación de los centros escolares como centros de enseñanza en perjuicio de la consideración de éstos como centros de educación.

Los conocimientos «suficientemente verificados», según Nathan Cardozo, corresponden al currículo de los centros educativos y equivalen a destrezas o habilidades cognitivas. Frente a la inocuidad de tales conocimientos debida precisamente a su pretendida neutralidad, Ara Pinilla levanta una alarma poniendo de manifiesto el fenómeno del *currículo oculto* subyacente a los mismos. Dicho currículo suele estar al servicio de particularidades subjetivas y que actúan de modo invisible condicionando la voluntad individual. Éstos contenidos «neutrales» suelen ser incuestionablemente aceptados por los defensores de la enseñanza y no de la educación. Sumados a ellos, Ara Pinilla aboga por la inclusión de contenidos de carácter axiológico en la educación por entender que en su transmisión adecuada radica la única educación que tiene como objetivo el libre desarrollo de la personalidad.

La respuesta a la tan debatida cuestión sobre si los contenidos de carácter axiológico deben formar parte de los contenidos educativos es encontrada en el concepto rawlsiano de *moralidad de asociación*, concepto que frente al de la moralidad de autoridad proporcionada por la familia y frente a la moralidad de principios que busca la realización de la justicia, es el que proporciona un espíritu crítico al individuo y le permite reaccionar contra los posibles sesgos de las dos anteriores. Es ésta una cuestión que también encuentra su respuesta en el *principio de no represión* de Amy Gutmann cuya pretensión es evitar que el propio Estado utilice el sistema educativo «para restringir la deliberación racional entre concepciones competitivas de buena vida y de buena sociedad» (p. 99).

La suma de ambos postulados permite a Ara Pinilla sostener una posición decididamente favorable a toda formación en valores que posibilite «la preservación de la capacidad de deliberación crítica del individuo para poder elegir entre concepciones competitivas acerca del modelo de vida individual y de organización social» (p. 99). Cabe advertir que la idea de *competitividad* no ostenta aquí un carácter spenceriano de lucha por la supervivencia en planos de egoísmo social o de contienda sino que aparece asociada con una idea interesante de solidaridad que se acerca al tan traído últimamente sentido de la *excelencia* y cuya formulación propone que «[C]uanto más competitivo es un individuo más puede, en efecto, ofrecer al grupo, en mayor medida se requieren sus servicios profesionales y más se involucra, por consiguiente, en un proceso de relaciones sociales del que resultarán los demás beneficiados con su aportación social» (p. 138).

No resulta difícil inferir, una vez determinada la adecuación de la educación en valores, la consiguiente pertinencia de la educación en derechos humanos. Una pertinencia que, desde una óptica decididamente pragmática, aunque no por ello menos fundamentada, apuesta por una transmisión de estos derechos, no desde la habitual mención del contenido de la Carta de 1948, sino desde la comprensión en su «estricta aplicación a los problemas prácticos que plantean la vida social» (p. 114).

En la educación desarrollada en torno al tipo de valores que podrían denominarse como «emancipadores» y en la educación en los Derechos Humanos radica la posibilidad de transmutar el contexto cultural donde se socializa el individuo. Es un punto de partida para la autonomía de la voluntad y permite, a su vez, el necesario «mecanismo de compensación de reconocimiento cultural» que contiene una elevada potencia emancipadora para el individuo, puesto que «utiliza la información como instrumento de contraste con los postulados de la cultura identitaria para garantizarse una formación más libre de la voluntad» (p. 136).

La vertiente axiológica resulta vacía sin la vertiente socializante. Toda cultura crece en el seno de una sociedad y toda sociedad se construye sobre un lenguaje. Es por ello por lo que Ara Pinilla dedica su atención también a la dimensión comunicativa como cauce de formación y de expresión del libre desarrollo de la personalidad. En la creencia de que el lenguaje, más allá de constituir la marca de pertenencia a una cultura concreta, es, fundamentalmente, el vehículo para construir una sociedad y, sobre todo, la base de las relaciones humanas, en coherencia con la línea seguida por el autor, esto es, la idea de romper con el determinismo cultural. En este caso la ruptura con el determinismo cultural se manifiesta en la confianza en las políticas educativas de contenido lingüístico que incentiven la adaptación del alumno a otras lenguas como vehículo de aprendizaje y socialización.

Ara Pinilla muestra una fuerte confianza en el individuo como ser capaz de adaptarse y crecer en diferentes ambientes. Estando así considerada la lengua, como un vehículo de expresión desprovisto de un contenido romántico de identidad cultural, se abren todas las posibilidades para el aprendizaje de idiomas y para el manejo de una lengua distinta a la propia como lengua vehicular y, sobre todo, como forma de socialización. De este modo Ara Pinilla ofrece una solución a la recurrente cuestión lingüística suscitada por diferentes sectores al afrontar el tema de la lengua vehicular del sistema educativo.

Pero no solo las lenguas son vehículo de socialización, también las nuevas tecnologías ocupan un lugar relevante dentro de la dimensión comunicativa, las cuales no aparecen tratadas como fines en sí mismos, cosa harto

frecuente en las perspectivas actuales, sino como un modo de transmisión de la información que debe aprovecharse desde el sistema educativo en beneficio del libre desarrollo de la personalidad. En este sentido, se propone que dichas técnicas sean objeto de control y modulación por parte del profesorado a partir de pautas metodológicas destinadas a seleccionar las mejores posibilidades para el crecimiento personal.

Cuanto se ha expuesto, tanto en la vertiente axiológica como en la socializante, concluye y adquiere su máximo sentido en la asignatura de Educación para la Ciudadanía. En coincidencia con el sentir de una gran parte del profesorado que ha tenido ocasión de impartir esta materia, Ara Pinilla suscribe su pertinencia y su función indiscutible para la transmisión y fortalecimiento de las democracias. Si los contenidos educativos deberían contribuir a la emancipación de la voluntad individual, los correspondientes a la educación para la ciudadanía se configurarían además con el objetivo de inculcar la responsabilidad del individuo hacia su comunidad de referencia y trascenderla así en lo que Marta Nussbaum describe como no «perder de vista su condición de ciudadano universal, de cooperador necesario a la implantación de unas condiciones de vida que permita la mayor aproximación posible a las exigencias que impone la referencia universal que en todo caso cabe adscribir al principio del libre desarrollo de la personalidad» (p. 117).

Ara Pinilla no olvida el problema que ha supuesto la implantación de la Educación para la Ciudadanía y se adentra en él sin negar los peligros de adoctrinamiento que esta asignatura entraña y desde la obligación de apurar «al máximo las actitudes preventivas al respecto» (p. 207); pero, desde luego, desvinculando su carácter de cualquier similitud con asignaturas cuyo objeto hubiera podido ser en el pasado el adoctrinamiento en los postulados propios de un régimen de represión de la libertad. Adecuadamente planteada, la Educación para la Ciudadanía es descrita como «catapulta de la libertad, como instrumento al servicio de la mejor realización del objetivo inherente al educación» (p. 207).

En esta línea, cabría esperar además su opinión respecto al papel que juegan fenómenos como la gratuidad de la enseñanza, la educación para la igualdad de géneros, el laicismo o la bioética respecto al libre desarrollo de la personalidad; si bien es cierto que, llegado el caso, *La difuminación institucional del objetivo del derecho a la educación* proporciona un marco teórico más que suficiente para analizar, a título personal, estas cuestiones y extraer conclusiones propias sobre las mismas.

Despejado el camino de sospechas contra la relevancia del sistema educativo en la consecución del objetivo de la emancipación de la voluntad individual Ara Pinilla encara la cuestión de la competencia educativa siguiendo su línea de libertad entendida como libertad positiva, esto es, como autorrealización. La autoridad estatal se contempla entonces como la única «que es, en definitiva, la competente para, presupuesta su legitimidad democrática, establecer el criterio seguir, siempre sobre la base de la pretensión de asegurar la mayor actualización posible de las exigencias que impone el libre desarrollo de la personalidad» (p. 227). Todo ello sin obviar que ni el Estado ni instancia alguna podrán garantizar, en términos absolutos, el objetivo del desarrollo de la personalidad.

En este objetivo pesan también, como condicionantes, las coordenadas espacio-temporales dentro de las cuales se desarrolla un sistema educativo. Respecto a ellas Ara Pinilla procede a realizar un examen que arroja resultados interesantes, y en algunos casos hasta sorprendentes, por contravenir afirmaciones procedentes de la pedagogía que, por habituales, han llegado a

asumirse como axiomáticas. El *homeschooling*, es considerado útil solo en casos de estricta necesidad, por lo demás no deja de ser entendido como un obstáculo más para la socialización del individuo y para superar el marco axiológico identitario. Queda puesto en cuestión también, con un nada despreciable argumento, el presupuesto según el cual la disminución de la *ratio* del alumnado por aula mejora la calidad de la educación, así como también el mito de la accesibilidad escolar como máxima garantía de una educación adecuada y sí, por el contrario, queda afirmada la conveniencia de horarios escolares suficientemente amplios como para garantizar el proceso de socialización del alumno.

Pero sin duda no parece que exista un marco más adecuado para la socialización del alumno y para su evolución axiológica que el de la convivencia intercultural en el centro escolar, reflexión con la que Ara Pinilla concluye esta obra. El sistema educativo, sostiene el autor con revelador acierto, no debe desentenderse de los hechos intolerables de desigualdad social y de violencia que genera este tipo de convivencia en no pocas ocasiones sino hacerse cargo de los mismos desde parámetros de la realización individual. «Sería la mejor manera de considerar el efecto transformador que en general se reconoce al conocimiento y al sistema escolar que lo transmite» (p. 337).

En conclusión, a partir de la «imposibilidad de garantizar absolutamente el libre desarrollo de la personalidad», pero asumiéndolo como horizonte de significado para todo sistema educativo que se precie de ser transmisión de valores democráticos, Ara Pinilla desarrolla un trabajo exhaustivo en favor de la autorrealización humana entendida como autonomía individual de la voluntad. Lejos de construirse en torno a ideales vacíos, metáforas o postulados dogmáticos, *La difuminación institucional del objetivo del derecho a la educación* se alza como resultado de un más que exhaustivo examen de las condiciones de posibilidad para las formas educativas exitosas en la formación de ciudadanos libres y comprometidos con la democracia.

La lectura de esta obra devuelve la confianza en principios estables en un mundo educativo y social preso actualmente no ya de la liquidez sino de la volatilidad de sus intenciones y planteamientos. Devuelve, en fin, la cordura ilustrada, la confianza en el valor de la educación como tarea liberadora del lastre de la minoría de edad que conllevan de modo conjunto la subordinación y la irresponsabilidad.

Independientemente de la referencia ideológica con la que cada cual se acerque al texto de Ara Pinilla encontrará en él una dignificación de la educación y una dignificación del papel del Estado en el compromiso con la formación de sus ciudadanos que interesa, innegablemente, al docente y al jurista.

En unas circunstancias en que la productividad y los criterios cuantitativos se alzan como guías de los sistemas educativos, aparece, de la investigación de Ignacio Ara Pinilla, una llamada al recuerdo de que todavía o seguramente más que nunca, es posible encauzar la educación hacia fines más nobles y más dignos en la búsqueda de la creación de mundos más humanos.

Helena NADAL SÁNCHEZ
Universidad de Burgos

CAGIAO Y CONDE, Jorge. *Tres maneras de entender el federalismo. Pi y Margall, Salmerón y Almirall. La teoría de la federación en la España del siglo XIX*, Madrid: Biblioteca Nueva, 2014, 253 pp.

En un momento en el que la tendencia histórica antifederal parece revertirse en España (asistimos a un renovado auge del federalismo, que se propone como una tercera vía –entre la opción secesionista y el mantenimiento del *statu quo*– en el debate soberanista catalán¹), resulta estimulante leer un trabajo como el que nos presenta Jorge Cagiao y Conde bajo el título *Tres maneras de entender el federalismo. Pi y Margall, Salmerón y Almirall. La teoría de la federación en la España del siglo XIX*.

Entre las muchas virtudes que tiene este libro, no pueden dejar de señalarse cuatro principales. En primer lugar, el autor pone de manifiesto que, si se adopta una perspectiva histórica, es posible observar dos formas de pensar el federalismo y no una sola, como defiende la opinión más extendida acerca de este tema –la que Cagiao denomina «doctrina dualista» (p. 20), responsable de haber difundido la idea de que Estado federal y confederación son dos cosas distintas²–. Por un lado, se puede asumir una concepción monista, que lleva a concebir el federalismo como un sistema de organización jurídico-territorial del «poder político de un solo Estado o Pueblo (un *demos*)»: se hablaría así de un federalismo «nacional» o «territorial» (p. 237). En cambio, cabe igualmente la adopción de un planteamiento plural de acuerdo con el cual el federalismo se entiende como un sistema de articulación jurídica y territorial del «poder político de varios Estados o Pueblos (*demoi*)»: estaríamos aquí ante un federalismo «pluralista» o «plurinacional» (p. 237).

Los modelos federales analizados, el de Francisco Pi i Margall, el krausista –encarnado por Nicolás Salmerón– y el de Valentí Almirall, constituyen un buen ejemplo de esta duplicidad de formas de entender el federalismo, puesto que aunque se trate de tres autores, lo cierto es que los dos primeros siguen una misma concepción federal (monista), mientras que el último mantiene una idea plural del mismo (p. 243).

¹ Algunos ejemplos de lo dicho son los siguientes. En el referéndum –y posterior proceso de participación ciudadana– catalán se interpretó que la respuesta afirmativa a la primera cuestión (¿quiere que Catalunya sea un Estado?) y negativa a la segunda (¿quiere que este Estado sea independiente?) equivalía a defender una opción federal. Igualmente, varios partidos políticos, algunos de ámbito estatal, han lanzado propuestas de reforma del Estado de las autonomías en un sentido federal. Incluso intelectuales y personas del mundo de la cultura se han decidido por el federalismo en los últimos tiempos: en este sentido, a finales de 2012 se publicaron hasta tres manifiestos federalistas en algunos de los diarios de mayor tirada en España («Llamamiento a la Cataluña federalista y de izquierdas», «Manifiesto federalista de los 300» y «Con Cataluña, con España»). El concepto de federalismo que subyace en estos ejemplos es muy variado y sería necesario un estudio profundo para delimitar hasta qué punto son federales y qué concepto de federación manejan; no obstante, semejante profusión de muestras federales denota un auge de esta idea inédito hasta ahora.

² De acuerdo con la doctrina dualista, el Estado federal encuentra su fundamento en una Constitución y, al ser un fenómeno de Derecho público interno, las relaciones entre la federación y el nivel federado se rigen por el Derecho constitucional. En cambio, la confederación es una unión de Estados surgida a partir de la suscripción de un tratado, lo que la convierte en objeto de estudio del Derecho internacional público (p. 20).

En segundo lugar, el trabajo merece reconocimiento por las aportaciones que realiza a la historiografía del federalismo en España, en dos direcciones principales: por una parte, esta obra actualiza los estudios sobre el federalismo español del siglo XIX y, por otra, ofrece una visión global del tema a partir del análisis de los autores –o tendencias– más relevantes. Pero, y esta es la gran novedad, la lectura que Cagiao hace de las teorías federales anteriores difiere de la interpretación más extendida sobre las mismas. La clave de esta divergencia se halla en el método de estudio empleado (y que será explicado en el apartado siguiente): jurídico y no filosófico, económico, histórico o sociológico.

En el imaginario colectivo español ha cuajado la idea de que la obra de Pi i Margall encarna paradigmáticamente el federalismo patrio; es más, resulta habitual calificar este federalismo de «pactista»³. Por su parte, la teoría krausista del Estado ha sido tradicionalmente despreciada y relegada a un segundo plano por entender que únicamente proponía la descentralización de un Estado unitario, España, lo que impedía incluirla dentro de los proyectos federales. Finalmente, la teoría de Almirall suele denominarse confederal y, debido al protagonismo casi absoluto conferido a la teoría pimargalliana, ocupa un lugar marginal o secundario⁴.

Cagiao desafía a la historiografía especializada en esta cuestión: «desde el punto de vista propio de la teoría jurídica de la federación, que distingue *grosso modo* un federalismo pactista (Estado compuesto) y un federalismo no pactista (Estado unitario), no parece haber grandes diferencias entre el federalismo pimargalliano y el krausista» (p. 156). Ambos representan proyectos de descentralización política para España, un Estado en el que la nación española goza de preeminencia y donde no se pretende llevar a cabo una unión entre Estados o pueblos libres, sino organizar una nación Estado previa. Si se les quiere llamar teorías federales a cualquiera de las dos, habrá de ser adoptando los postulados de lo que Cagiao denomina la teoría «blanda» del federalismo⁵ (p. 157), que permite entender el término federal como sinónimo de federalismo territorial o nacional (p. 232), es decir, como equivalente a un Estado descentralizado o regional. Pero tampoco la historiografía clásica acierta con Almirall, quien –a juicio de Cagiao– debería convertirse en el autor español de

³ Resulta necesario advertir que la idea de pacto es clave a la hora de entender la federación desde un punto de vista jurídico.

Un ejemplo, entre otros muchos, de la descripción del federalismo pimargalliano como pactista, puede leerse en: Guerra Sesma, D.; «Pi i Margall, «unionista»», *El País* 19 mayo 2014. Cito este artículo por dos razones: la primera es que apareció en *El País*, un diario de gran difusión y prestigio que, en cuestiones nacionales, no se aparta un ápice de la visión constitucional (recogida en el artículo 2 de la Constitución) mayoritaria en España; la segunda es que se publicó en 2014, año en el que el debate soberanista catalán estaba en pleno auge.

⁴ A juicio de Cagiao, para la doctrina española dominante «el federalismo de Almirall sería (...) un federalismo adjetivado (intransigente, catalanista, etc.) frente al federalismo «puro» y sustantivo pimargalliano (federalismo «a secas»)» (p. 162).

⁵ La teoría «blanda» del federalismo «se caracteriza (...) por la atención prestada al federalismo comparado, esto es, a cómo funcionan realmente los Estados organizados mediante alguna forma (...) federal (...) y deja de lado cuestiones (...) como (...) la soberanía, la naturaleza jurídica del acto fundacional de una federación (...), el reparto competencial o el funcionamiento real y el papel de la justicia constitucional en los sistemas federativos» (p. 157). Así, se denomina federal a todo Estado cuya estructura y manera de actuar, a grandes rasgos, respondan a este tipo, es decir, que goce de algún nivel de descentralización política.

referencia en temas federales (p. 234) –quitándole el puesto a Pi i Margall–. De los tres autores analizados, Almirall es el único que adopta una perspectiva jurídica para el estudio de la federación (p. 170), concebida como una unión de Estados (p. 175) o Estado compuesto. Es por ello que la doctrina tradicional ha calificado de *confederal* su proyecto político. Sin embargo, la teoría de la federación almiralliana no está dirigida a regular relaciones de Derecho internacional entre Estados, sino que fue pensada para España (p. 233). Más aún, el pacto, figura clave del federalismo, adquiere un protagonismo esencial en la obra de Almirall, quien reconoce libertad a las partes que se federan tanto en el momento de construir la federación como aún después (p. 226).

El tercer gran mérito de la obra reside en su contribución a la tarea de elaborar una teoría jurídica de la federación, como ya se ha adelantado. Y es que, en línea con la manera de abordar el estudio de la federación de autores como Olivier Beaud⁶, Elisabeth Zoller⁷, Christophe Parent⁸ y Sergio Ortino⁹, Cagiao quiere introducir claridad y rigor científico en el tratamiento del federalismo, un tema que, como él mismo advierte al comienzo, se halla «dominado por la confusión» (p. 15). Ni siquiera los teóricos –no digamos ya los políticos o la opinión pública– se ponen de acuerdo acerca de las características que debe reunir una entidad política para ser denominada federación. Pero, se pregunta Cagiao, ¿por qué ocurre esto con el federalismo? ¿Cuál es la razón que explica la ausencia de un mínimo consenso académico acerca de su definición básica, extremo que no se da en el caso de otras ideas políticas, como el liberalismo, el socialismo o el republicanismo? Pues sucede que en el estudio del federalismo se ha impuesto una doctrina que no es científica, sino ideológica, al hallarse guiada por un propósito: «hacer que el federalismo entre en el molde del modelo dominante de Estado nación (de la teoría del Estado) (...) y producir un discurso de legitimación que valide la congruencia de tal asociación» (p. 20). Más aún, esta teoría mayoritaria «ha ido poco a poco obteniendo el aval y la adhesión (consciente o inconsciente) de numerosos y prestigiosos científicos (juristas, historiadores, politólogos, etc.) y de este modo muchos son los que no advierten hoy su carácter ideológico y quieren hacer pasar esta teoría por analítica, como un saber puramente científico» (p. 20). Esta manera de pensar el federalismo resulta deficiente en un doble sentido: analítico o descriptivo y normativo o práctico (p. 230).

Siendo la federación un objeto jurídico –«remite necesariamente al Estado y al Derecho, como forma de organización jurídico-territorial del poder político que es» (p. 32)–, el empleo de un método de análisis jurídico para su aprehensión parece lo más adecuado. De este modo, será posible separar el grano de la paja en el estudio del federalismo, es decir, centrarse en lo realmente nuclear –pacto, libertad, pluralismo– y dejar al margen asuntos accesorios o, en palabras de Cagiao, «“exteriores” a la teoría de la federación» (p. 33) –la forma de gobierno, las cuestiones social y religiosa–. La adopción de una perspectiva jurídica estricta conduce a negar el carácter federal

⁶ BEAUD, O.: *Théorie de la Fédération*, París, PUF, 2007 (hay traducción española: *Teoría de la Federación*, Madrid, Escolar y Mayo, 2009).

⁷ ZOLLER, E.: «Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'Etats», *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, t. 294, 2002.

⁸ PARENT, Ch.: *Le concept d'Etat fédéral multinational. Essai sur l'union des peuples*, Bruselas, Peter Lang, 2011.

⁹ ORTINO, S.: *Introduzione al diritto costituzionale federativo*, Turín, Giappichelli, 1993.

a determinadas teorías que la doctrina clásica considera como tales y que, desde un punto de vista científico, no serían más que formas de descentralización política de un Estado unitario. Sin embargo, para evitar descolgarse del debate federalista que impera en la Academia, Cagiao no rechaza tajantemente la posibilidad de denominar federales a los Estados descentralizados, siempre que se establezca una diferencia clara con respecto a los modelos que cumplen las características prototípicas de la federación: pluralismo de pueblos que libremente suscriben un pacto para formar esa unión política. Aquí encuentra sentido el binomio federalismo nacional o territorial *vs.* federalismo pluralista o plurinacional ya explicado.

La dicotomía anterior, como el propio Cagiao reconoce, se mantiene dentro de los límites de la teoría del Estado y la nación (p. 238). Ello resulta problemático si se quiere buscar una definición jurídica del federalismo. Así, existe una tendencia doctrinal –a la que ya se hizo alusión (Beaud, Zoller, Parent, Ortino)– que propone aislar el objeto federativo de lo nacional-estatal con el propósito de hallar los fundamentos o principios básicos que permiten hablar de federalismo (pacto, libertad, doble nivel de gobierno regido por relaciones de horizontalidad). Esta manera de pensar la federación evita utilizar categorías estado-céntricas, como soberanía o descentralización, para estudiar dicha entidad política, puesto que no se trata de un tipo de Estado, sino de una unión de Estados. Igualmente, rechaza la distinción clásica entre Estado federal y confederación, al entender, por una parte, que los principios fundamentales del federalismo se dan en toda forma federativa y, por otra, que la federación es una institución híbrida, de Derecho interno e internacional al mismo tiempo. En este trabajo Cagiao solo sigue esta línea cuando adopta lo que él mismo denomina «tercer nivel discursivo»¹⁰, pero no cuando emplea los discursos ideológico –primer nivel discursivo– y descriptivo o científico –segundo nivel discursivo– (pp. 23-24). La razón es clara: los tres autores objeto de estudio articulan su teoría federal en torno a la idea de nación y en el ámbito de la teoría del Estado (primer nivel discursivo). La discusión y el análisis de sus tesis (segundo nivel discursivo) vuelven necesario el empleo de su mismo lenguaje y marco conceptual. Sólo cuando Cagiao propone pautas que guíen el discurso científico (pp. 239-243), es decir, al fijar normativamente cómo debe ser este último, se permite salirse del corsé que establecen la teoría del Estado y de la nación y pensar el federalismo al margen de ambas (tercer nivel discursivo).

En cuarto y último lugar, debe ser destacada la influencia que puede ejercer esta obra en la reflexión actual del federalismo en España. Cabría preguntarse, con carácter previo, la razón que le llevó a centrarse en el federalismo del siglo XIX y no, como podría parecer más lógico, en los debates federales del presente. La elección de ese período histórico, en el que el federalismo se estaba formando, se debe a su deseo de delimitar claramente el objeto de estudio y evitar deformaciones que la evolución posterior de las federaciones introdujo en el concepto. Acudiendo a los orígenes de esta ideología se puede comprender que el federalismo es una «forma de organizar jurídica y territorialmente el poder político entre dos o más Estados o Pueblos que acuerdan

¹⁰ El tercer nivel discursivo es «un meta-discurso respecto del discurso científico, esto es, una teoría sobre la manera en que el discurso descriptivo debe estudiar el discurso ideológico», representado este último por las distintas teorías de la federación de la España del XIX (p. 24). Se trata, por tanto, de un discurso normativo que orienta el cauce por el que debe discurrir el discurso científico.

unirse para ciertos fines» (p. 231). Con el andar de los años, sin embargo, las federaciones clásicas sufrieron una evolución de signo centralista y homogeneizador en el contexto del «proceso de nacionalización, liberalización y democratización» experimentado por los Estados nación a finales del siglo XVIII y principios del XIX; el movimiento centrípeto se vio intensificado con «la aparición del Estado del bienestar y la implementación de políticas económicas y sociales» (p. 236) tras la II Guerra Mundial. De esta manera, el federalismo comenzó a entenderse también como una forma de organizar jurídicoterritorialmente el poder político de un solo Estado. Si apenas se impugnó esta tendencia hacia el centralismo fue, en opinión de Cagliao, porque ofrecía un «mayor grado de libertad, igualdad, prosperidad y bienestar» en un momento en que no existía «todavía un verdadero Estado de derecho ni una verdadera democracia (...) ni verdadera protección de los derechos y libertades constitucionales» (p. 236). Ahora bien, una vez que el Estado de derecho, la democracia y los derechos fundamentales se han convertido en una realidad, ¿cabe seguir manteniendo la misma justificación del centralismo y la homogeneidad? Cagliao responde de manera negativa y propone revisar la tesis fuerte del federalismo para recuperar los valores y principios del federalismo clásico (p. 237): de ahí la necesidad de volver la vista atrás y, en concreto, al siglo XIX.

Esa mirada retrospectiva permite arrojar luz sobre el panorama político español de la actualidad. Incluso aunque no se traspasara el umbral de la teoría de la nación y del Estado para abordar el tema federal, la distinción entre federaciones territoriales y plurinacionales podría servir para rebatir los argumentos de quienes, en un país como España, estiman que la descentralización es sinónimo de federación y que, en ese sentido, España ya constituye un Estado federal: sea ello cierto o no, lo que resulta innegable es que un modelo de federalismo territorial no sirve para solucionar los problemas de un Estado plurinacional, por lo que si se pretende emplear el federalismo como una tercera vía en el contencioso catalán, por ejemplo, habría que recurrir al denominado federalismo pluralista¹¹. Pero Cagliao sugiere la propuesta de Beaud como una mejor opción, puesto que, al separar la teoría de la federación de la teoría del Estado, introduce una «mayor claridad en la definición del objeto federativo» y en el uso del lenguaje (p. 240). De este modo, España es un Estado descentralizado y, para poder ser denominado federal, debería acometer una reforma constitucional que fuera más allá de la mera ordenación de las competencias estatales y autonómicas –como sugieren las propuestas «federales» de UPyD o del PSOE– y que incluyese la celebración de un pacto libre entre los diversos pueblos que componen el Estado.

El final de la obra denota un pesimismo moderadamente optimista. Así, junto al diagnóstico negativo de la situación que atraviesa el federalismo en España (falta de claridad y rigor en el debate, asunción de lugares comunes plagados de errores, ausencia de una verdadera disposición para dialogar y llegar a acuerdos), no muy diferente a la que se vivía en el siglo XIX, abre la posibilidad de revertir dicha situación mediante la adopción de un método de estudio adecuado (p. 244). Ojalá así ocurra.

Lucía PAYERO LÓPEZ
Universidad de Oviedo

¹¹ Así, dice Cagliao: «en España (...) se puede ver sin dificultad una situación que está pidiendo a gritos soluciones pactistas y plurinacionales» (p. 243).

CAPOGRASSI, Giuseppe. *El individuo sin individualidad*, Edición, traducción y estudio preliminar de Ana Llano, Madrid: Encuentros, colección Mínima política, 2015, 90 pp.

Hay textos que exponen o interpretan, otros que abren nuevos caminos y otros que recapitulan. Este último es el caso del que nos ocupa. A Capograssi lo sabíamos creyente, humanista personalista –signifique eso lo que signifique–, docente universitario, magistrado, al final de su vida, de la Corte Constitucional de Italia y, ante todo, jurista eximio, uno de los grandes de su país y de su siglo. De ahí que este pequeño ensayo sobre la humanidad contemporánea, publicado póstumamente con el nombre de *Incertezze sull'individuo*, tenga el carácter de una recapitulación de sus posiciones filosófico-jurídicas, espigadas en obras de tanta relevancia como *Studi sull'esperienza giuridica*, *Il problema della scienza del diritto* o *Introduzione alla vita etica*. Un intelectual centrado en el ámbito jurídico que, lejos de encerrarse en él, acometió empresas de mayor calado. Como afirman los directores de la colección, Muñoz y Zerolo, en su nota editorial, Capograssi fue uno de esos grandes hombres «... que poseen inteligencia histórica y pueden ver al mismo tiempo lo que se pierde y lo que nace, que saben construir un barco con los restos del naufragio». La traducción de Ana Llano ha dejado un texto fácil de leer, sin durezas, acompañado; la buena letra, la edición atractiva y, por supuesto, el contenido, deparan un libro que puede ser leído sin pausas y que incluso invita a ello.

La paradoja que da título a este opúsculo es reveladora de nuestros tiempos: si algo caracteriza a la Modernidad es el individuo y, sin embargo, éste parece haber perdido, durante el siglo xx, su propia sustancia, disuelto en y por fuerzas que lo superan y alienan. Esa evidencia, que nadie niega en nuestros días, es expuesta por el autor como el resultado de un proceso que conduce la existencia humana desde su variedad y multiplicidad hasta «el mismo tipo genérico e indiferenciado» (p. 60), como consecuencia del proceso de maquinismo. Hay, afirma Capograssi, una pérdida de todo sentido de la estabilidad en el sujeto contemporáneo, bajo la égida del proceso industrial de fabricación masiva de mercancías, con el resultado de una progresiva intercambiabilidad tanto de individuos como de cosas: todo tiende a hacerse fungible, nada resta ya de cualitativo. El resultado, nos dice el autor, es que el individuo pierde su individualidad y se torna masa.

La defensa de la individualidad que se realiza a lo largo de estas páginas frente a la alienación totalitaria no es simple ni carece de matices. Al contrario, hay una llamativa sutileza en ella: pues, lejos de centrar el problema en una mera dialéctica (individuo-Estado, individuo-comunidad), en la cual el sujeto siempre sería el término deseable y cuanto lo desborda lo indeseable, acierta al plantearse críticamente el sentido mismo de dicha individualidad: la tendencia de ésta a abstraerse, a tornarse patológica, simple metáfora para designar justamente su contrario. En pocas palabras, tiene el acierto de *cuestionar el sentido mismo del principio de individuación* aun en una obra dedicada al individuo. Y aquí es donde Capograssi se singulariza con respecto a otros autores coetáneos: en su referencia a la filosofía medieval, y en particular a la escotista, cuyas doctrinas son la clave última de la individualidad. Su breve tratamiento en las primeras páginas de la *haecceitas* de Duns Scotus, un principio de individuación formalizado y abstracto del que el autor (bien que de modo un tanto intuitivo) desconfía («... parece que la *petreitas* [de Pedro] es algo abstracto, casi un mero nombre», pp. 47 y 48) es de gran interés.

Aclaremos que Capograssi no acierta plenamente con su objetivo, pero apunta en la dirección adecuada. Si la *haecceitas* es peligrosa como principio de individuación (frente a la *materia quantitate signata* del Aquinatense), no es por ser puramente nominal, un nombre vacío, sino por todo lo contrario: por ser un ente formal, una forma separada, añadida, redundante con respecto a la sustancia individual, a la que sustituye como objeto de discurso, como la *aequitas* del caballo de la que hablaba Avicena. Pero en la atención que le dedica el autor, en ese temor hacia la disolución del principio de individuación concebido al modo abstracto en un *mero nombre*, hay una intuición de gran valor, un temor hacia las consecuencias de la mayor crisis filosófica del XIV, la nominalista, llamada a vaciar de sentido al nascente individuo que, en gran medida, es el resultado de ella. No en vano, a propósito de Schopenhauer, Capograssi pone el dedo en la llaga con respecto a un *principium individuationis* que actúa «...como el juego interminable de una voluntad absoluta, esencia de las cosas que se esconde continuamente precisamente por medio de este aparecer y desaparecer de los individuos» (p. 65). Esta referencia es capital, pues toca claves muy profundas y no precisamente escotistas. Si en su desconfianza hacia el principio de individuación propio de Scoto había temor al vaciamiento de sentido de los conceptos, al puro nominalismo, este temor encuentra aquí su lugar propio, en la concepción auténticamente nominalista del individuo que lo desprovee de toda referencia, de todo sentido, rota su relación necesaria con lo social-político hasta el punto de ignorar que «Los accidentes y las circunstancias externas que me distinguen son determinaciones de carácter social, incluidas las que parecen más inherentes a mí» (p. 42). Este extrañamiento de lo social, de lo político en sentido aristotélico, que es la auténtica patología del individuo, no nos es extraño: la Modernidad principia con él, como podemos ver en el nominalista Hobbes. El XVII, el gran siglo desde el punto de vista del derecho natural, es, paradójicamente, el siglo de la pérdida del sentido de la *naturaleza individual*. ¿Cómo no entender que en esa progresiva abstracción del hombre concreto, de su matriz social (formalizada por el escotismo de Pufendorf, disuelta por el nominalismo hobbesiano) está, precisamente, la semilla de su posterior disolución, al final de un itinerario que es el de la Modernidad? Capograssi alude a ello: «...si hiciésemos la abstracción de suprimir el mundo de individuos que me rodean, este conjunto de accidentes que me caracterizan perdería sentido y yo desaparecería» (p. 42).

El destino de lo que Capograssi llama el individuo no es ajeno al tramo final de esa cadena de abstracciones que denuncia. Finalmente, el propio individuo deviene abstracto (¿no lo era desde el principio, no es la subjetividad una abstracción moderna?). Su descripción del problema es lúcida: «...el concepto de individuo como pura potencialidad, como potencia puramente obediencial (...) que es formable o deformable siempre que se usen medios aptos para ello (...) este intento supone un individuo que ya no tiene una naturaleza determinada, en el que, por usar términos escolásticos, la existencia ha suprimido la esencia» (pp. 77 y 78). Una terminología familiar a su época, una preocupación incipiente durante los últimos años de su vida: en la filosofía de Sartre, en la literatura de Camus.

Un *individuo sin esencia*, sí, necesita algo que la sustituya, y nuestros tiempos son pródigos en ese tipo de sustitutos. Capograssi apenas apunta uno de los corolarios más interesantes de este fenómeno: la transformación de la subjetividad en los ordenamientos contemporáneos, cuya figura más característica es la crisis del derecho subjetivo. Cabría preguntarse si esa subjetivi-

dad jurídica desfalleciente propia de la época totalitaria («Nuestra época es una época de desaparición del yo», leemos en la p. 56) no tiene su semilla en la propia formalización del iusnaturalismo moderno, su primacía del deber sobre el derecho, su eterna tendencia a instaurar un universo de ficciones para ordenar lo que había dejado de estarlo. Es decir, en un yo hipertrofiado, formalizado y, por eso mismo, tendente a disolverse en un Yo colectivo que, agotadas las fuerzas de la filosofía idealista alemana, era el único camino. En cualquier caso, si el autor, fallecido hace sesenta años, hubiese asistido al fenómeno exactamente opuesto al que denunciaba (esto es, la superpoblación de derechos subjetivos sin garantías que caracteriza a nuestro mundo), probablemente habría confirmado su diagnóstico: un yo imputado, disuelto en sus determinaciones, en sus circunstancias, en los modos hipertrofiados que lo definen, como simple acumulación, como mero agregado. El extremo opuesto del totalitarismo, pero la misma lógica.

Por supuesto, no se agota este texto en el lamento, en la enumeración de amenazas, restricciones, disoluciones: Capograssi, en una perspectiva procesual de la subjetividad que recuerda lejanamente al molinismo, presenta su propia visión de la individualidad como un proceso, algo *in fieri*: «La *petreitas* no es un dato de hecho, un punto de partida, una situación estática, sino que es casi justo lo contrario, precisamente un objeto querido, un fin a conseguir, una meta a alcanzar» (p. 48). Imposible separar este proceso de su condición de creyente, que apenas aparece en este texto (pp. 67 a 70); con todo, el estudio preliminar se demora en esa cuestión con todo lujo de detalles. Allí el Capograssi creyente se muestra en todos sus referentes, bajo lo que él mismo denominó el *momento pascaliano* de la vida del individuo: «...el inevitable momento de la esperanza como necesidad, que constituye la humanidad del individuo, es decir, el momento en el que solo esperar resulta humano» (p. 21).

En el rastreo de paralelismos que ayuden a interpretar la dilución del individuo, resulta razonable recordar al Ortega de *La rebelión de las masas*, como hace Ana Llano en su sólida y erudita introducción al texto. Pero no estaría de más espigar aquí otras referencias, ciertamente sin afinidad ideológica con Capograssi y, sin embargo, coincidentes en su denuncia de la neobarbarie. La lista sería prolija. Por citar solo dos ejemplos coetáneos (obviemos a Marcuse o a nuestro contemporáneo Sennett), en *La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica*, Walter Benjamin denunciaba la pérdida del *aura* del objeto artístico auténtico en la cultura, el fin de la distancia reverente que permite la elevación; Horkheimer y Adorno, en *Dialéctica de la Ilustración*, lamentaban la reducción de la cultura a espectáculo, simple pretexto para perpetuar la alienación del individuo por el sistema. No puede extrañar que uno y otros desplacen la crisis hacia el objeto (ya artístico, ya industrial): la constatación de que una producción masiva ha de renovar sus productos haciéndolos efímeros «...de modo que no pueda formarse ningún vínculo entre individuo y objeto» condena a la misma suerte a uno y otro, la de la fungibilidad: «...habiendo perdido el individuo su individualidad, también la han perdido las cosas: habiéndose hecho casi funcional el individuo, también las cosas se han hecho funcionales» (p. 62). Hay referentes más cercanos, como Marcuse (si hay un monotema en *El hombre unidimensional* es, precisamente, esa alienación, esa existencia autorreferente en un mundo que carece de sentido y lo imposta de continuo, recobrándolo por la vía del espejismo), como nuestro contemporáneo Sennett: imposible no evocar *El artesano* tras la queja del autor italiano sobre la imposibilidad, a la que antes me he referido, de constituir «...ningún vínculo entre individuo y objeto» (p. 62).

Con todo, Capograssi, que plantea en este texto muchos problemas intemporales, es tributario de un cierto lenguaje vitalista y voluntarista, que atraviesa todo su texto («...la individualidad es el costoso desarrollo del germen que la voluntad lleva dentro de sí...»; p. 53). Este sesgo, no extraño a su época (recordemos la extraña concepción de lo jurídico que nos ofreció su compatriota Gentile: *querer de lo querido*), se condensa de modo peculiar, a veces paradójico, en ciertos puntos. Por ejemplo, su crítica a la propaganda se resiente en ocasiones, a mi entender, de las asunciones que ese lenguaje esconde. Así, al referirse a la negación totalitaria de que existan unidades vitales con sentido, afirma: «La consecuencia correlativa de todo esto es la supresión del concepto de verdad como algo independiente de la voluntad del sujeto: todo lo que sirve a los fines de fuerzas que guían la propaganda se convierte en verdad» (p. 78). Aquí yace una de las claves de la posición de Capograssi: si el sentido del individuo ha de radicar en la esencia frente a la existencia, si la verdad ha de estar más allá de la manipulación totalitaria, entonces no habrá de descansar en la voluntad, sino en la –dicho sea, precisamente, al modo escolástico– *adaequatio intellectus ad rem*. La voluntad es un concepto potencialmente totalitario donde los haya, siempre a un paso de la ingeniería social que Capograssi aborda tan lúcidamente (aunque no utilice ese término). La vindicación de la voluntad que el autor realiza tropieza enseguida con sus límites: hay una voluntad colectiva, como la hay individual, y en la definición de la individualidad acaso deba fijarse más en la razón que en la voluntad.

En fin, la crítica de Capograssi contra el mundo alienado de la época contemporánea tiene, en mi opinión, luces y sombras, procede a veces de un modo más intuitivo que genuinamente filosófico, pero le cabe el mérito de, más allá de las servidumbres de su tiempo, haber identificado alguno de los males más profundos de la Modernidad: «...un mundo y un ordenamiento social compuesto de individuos que son pura potencialidad, pura receptividad» (p. 87). En esa primacía del concepto –irreductiblemente escotista y, por ello mismo, moderno– de la posibilidad, de la *potencia* frente a la primacía aristotélica del *acto*, es donde, a mi entender, está la clave. Una materia social privada de forma *per se*, capaz de ser informada a voluntad por la dictadura del proletariado... o la del libre mercado. En el límite, en este mundo globalizado que Capograssi apenas alcanzó a vislumbrar, por la dictadura de la economía virtual, esa (Jameson *dixit*) nueva sustancia spinoziana de la que todo, hasta lo más real, es mero atributo.

Por eso, acaso lo más interesante de cuanto el jurista italiano nos dice en esta y otras obras tiene que ver, precisamente, con cuanto trasciende la existencia, con el intento de vindicar y recuperar, frente a la desrealización, a la abstracción creciente, una unidad vital en la vida humana, social e histórica: «...si se mira con rigor, en su verdadera y efectiva concreción, la experiencia concreta presenta exactamente dos caras: de un lado, las formaciones e instituciones objetivas del mundo social e histórico y, de otro, las individualidades que se van formando y manifestando. Una y otra formación se implican recíprocamente» (p. 55). Un modo de realizarse lo concreto en lo impersonal que parece remitir a Hegel, al momento de la individualidad moral inseparable de la totalidad ética, pero plenamente reconocible en ella; una malla de supraindividualidad objetivada, pero no abstracta (recordemos la prevención de Hegel hacia la *pura abstracción sin idea*, el más seguro camino hacia el Terror). Pero Capograssi desconfía de Hegel, en cuyas formas objetivas de vida ve «...un símbolo del destino del individuo moderno que consiste en ser, en el mejor de los casos, una incierta estación de paso» (p. 67). Ha de

haber, pues, un momento de lo común que trascienda la individualidad sin abandonar lo concreto, sin constituir una nueva individualidad abstraída; no otra puede ser la barrera que Capograssi opone a la filosofía totalitaria. Aunque el autor no se demora en ello, creo que, si contemplamos dicho momento o aspecto en su capacidad de actualizar la pura potencia y proporcionar cierta unidad de sentido a las existencias individuales, no podemos verlo sino como *institución*. Este proteico concepto, que preocupó a Rénard, a Hauriou y a su compatriota Romano, y que mereció un interés crítico por parte del jurista italiano, es crucial. Se trata, a mi entender, de la clave de cuanta oposición sería se pueda mantener al lenguaje y la práctica alienantes, y en el límite totalitarias, de nuestro tiempo: el estrato intermedio entre el aplastamiento de la individualidad y la dilución de lo social en lo individual. Lo que en tiempos más recientes Ricoeur retomó bajo ese célebre denominador común de *una vida buena, con y para los otros, en instituciones justas*. Ahí es posible encontrar la teleología que el sujeto reducido a voluntad pierde de vista con frecuencia.

En suma, con su denuncia contra el totalitarismo, Capograssi pretende salvaguardar una individualidad cuyo carácter problemático no se le escapa y a la que tiene el acierto de contemplar como un concepto complejo. Por eso, en tiempos como los presentes, en los cuales la capacidad de elegir nuestro propio rumbo vital suele reducirse a lo inesencial (ver una u otra cadena de televisión basura, votar a uno u otro partido a sabiendas de que todos acaban haciendo más o menos lo mismo), leer este libro es útil. Proporciona algunas valiosas claves para orientar una voluntad que hoy se esfuma en la elección permanente, en el puro deseo sin fin que lo trascienda. La dilución de la voluntad en el simple deseo es, al fin y al cabo, una muestra de la plasticidad del individuo, en el peor de los sentidos: su condición de mero receptáculo. Nuestros tiempos son neototalitarios: si Capograssi viviese sabría que la *potencia obediencial* del viejo totalitarismo persiste en el nuevo, si bien bajo una forma mucho más insidiosa (no hay mejor *homo obediens* que el *ego consumans*, como mostró Baudrillard). Este texto ayuda, en fin, a comprender críticamente la propia voluntad que, como afirma el autor, «...tiene como objeto y dirección precisamente transformar el hecho negativo y accidental del individuo en verdadera y propia individualidad». A recuperar la esencia frente a la mera existencia. No es poco.

José Luis MUÑOZ DE BAENA SIMÓN
Universidad Nacional de Educación a Distancia

DE LUCAS, Javier. *Mediterráneo: El naufragio de Europa*, 2.^a edición, prólogo de Sami Naïr, Valencia: Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, 170 pp.

El nuevo libro del profesor Javier de Lucas que presento al lector del Anuario de Filosofía del Derecho no es un libro de ética. O mejor: no es solo de ética. Es mucho más que eso. Es un libro también de política. Y, por supuesto, de Derecho. Incluso, si se me permite, de *educación para la ciudadanía y para los derechos humanos*; es decir, es una buena y recomendable lectura para representantes políticos, jueces y ciudadanos en general de esta Europa a la deriva (esperemos que no definitivamente naufragada como se anuncia en el título) que está olvidando buena parte de sus principios, valores y obligaciones jurídicas fundamentales en relación con el desafío, en verdad global (capítulo 10 de este libro) que suponen la gestión de los fenómenos migratorios y de los derechos de asilo y refugio.

Javier de Lucas, Catedrático de Filosofía del Derecho y de Filosofía Política en la Universitat de València y uno de nuestros mayores expertos en derechos humanos, ha escrito este ensayo, que es también un manifiesto en el sentido más positivo del término, en el que además de denunciar nuestra insensibilidad o incapacidad moral hacia el destino de tantas personas, víctimas del hambre, de la pobreza o de la guerra (también de la intolerancia, de la persecución y del fanatismo) subraya nuestra enorme y directa responsabilidad (política y jurídica) derivada del incumplimiento de normas positivas que nos hemos dado (que nos dimos) voluntaria y deliberadamente, con las que nos comprometimos y que sin embargo incumplimos, también voluntaria y deliberadamente.

No estamos en el siglo XVI (re)iniciando la construcción de un pensamiento humanista que ofrece buenas razones (recordadas también en esta pequeña gran obra¹²) para reconocer la dignidad de todos los seres humanos, sino en el siglo XXI, con dos guerras mundiales a nuestras espaldas y tantas otras locales, con una historia de infamia pero también con normas de derecho positivo, nacional e internacional, situadas en lo más alto de la, si sirve la expresión, pirámide *kelseniana*, que nos obligan a obedecerlas, a actuar, a la solidaridad abierta e inclusiva que nos propone el autor y a garantizar efectivamente esa dignidad que, o es de todos o no es, priorizando su mejor expresión: los derechos humanos.

Unos derechos, sí, humanos (el adjetivo no es retórico y sí, afortunadamente, redundante en su formulación original), es decir, que no pueden pertenecer únicamente a los ciudadanos (son entonces un privilegio inaceptable) y que, por tanto, o hacemos que sean de todos o sencillamente, en una recuperación que no hubiéramos sospechado después de 1945 de la vieja crítica de Marx, sería mejor no hablar de ellos. No existe término medio en un concepto que es necesariamente universal, por definición, al menos así es desde Kant (nos lo recuerda también este iluminador libro que no es solo de ética,

¹² Las que se encuentran, por ejemplo, «en la tradición del humanismo que representan Pico della Mirandola, Montaigne y John Donne, en la Ilustración (de Ferguson y Swift a Kant y Marx, sí, Marx), en el mejor liberalismo (el de J. S. Mill y Tocqueville), en el feminismo de Olympe de Gouges y Mary Wollstoncraft, en la tradición de rebeldía de Kafka, Camus y Orwell...». DE LUCAS, J., p. 69.

como decía, pero que también lo es), con su imperativo categórico y, en efecto, con su noción de dignidad: si los derechos humanos son solo *los nuestros* (o solo *nuestros*) además de una aporía, una contradicción en los términos, estamos ante un retroceso moral, ante una negación intolerable en pleno siglo XXI de la condición humana a miembros de nuestra misma especie, una gran inmoralidad, un renacido y perverso síndrome de Atenas evocado también por el profesor De Lucas y sobre el que volveré más adelante, una indignidad, en suma, incompatible con la Civilización como sinónimo de humanidad (*humani generi unitas*) que nos va a estallar, si no lo remediamos rápidamente, en la cara. Ni respetamos la universalidad que es una condición *sine qua non* de los derechos humanos, ni se los reconocemos y garantizamos precisamente a los que más los necesitan, cuando el origen de esta hermosa conquista moral estuvo precisamente en el ansia de protección y al tiempo de libertad de todos, pero en especial de los más débiles, de los más vulnerables, de los que no podían valerse por sí mismos. Ésta es la razón de ser del imperio de la ley en la tradición republicana, del reparto democrático del poder y de la incorporación de los derechos al Derecho para asegurarlos realmente, eficazmente; de que los derechos humanos sean normas y de que vivamos en *un mundo con normas* que evite la *guerra de todos contra todos*. Los ricos y los poderosos necesitan pocos derechos porque tienen la fuerza, el poder o los recursos. Se los negamos sin embargo a los que, con independencia de la imprescindible exigencia de universalidad, los necesitan más y con mayor urgencia; los necesitan porque no tienen otra tabla de salvación fuera de la ley (del Derecho) y de los derechos.

Por si esto no fuera suficiente, sabemos además, de nuevo con Kant, que cuando una pretensión o aspiración moral coincide exclusiva o excluyentemente con los intereses subjetivos de quien la defiende, entonces deja de ser moral. Son, en efecto, puros o meros intereses; preferencias personales o subjetivas, caprichos o deseos. Y estamos haciendo esto cuando, so pretexto de excusas o de medias verdades (como es sabido, la peor de las mentiras) egoístas casi siempre, señaladas con detalle en las páginas de este libro, les negamos los derechos a inmigrantes, a refugiados o a asilados, o mejor, a quienes aspiran legítimamente a serlo. Un interés particular, cobarde e insolidario, como puede ser «defendernos» de una presunta «invasión» (sic) o conservar nuestro bienestar situado por encima de los derechos más básicos (a la vida, al asilo, a la salud...) de otros seres humanos, difícilmente pasaría el test de la universalidad propuesto por el autor de Königsberg para que una aspiración humana sea moral, sea legítima, merezca su reconocimiento político y jurídico, es decir, sea un auténtico derecho. Es una «ética de las preferencias o de los deseos» que no puede (o no debería poder), en términos normativos, con una «ética de las reglas» (incluso diría: y de «las virtudes», en la mejor tradición republicana) a la que pertenecen los derechos humanos y la fase más avanzada del proyecto de la Modernidad en la que nos encontramos, al menos teóricamente, la del constitucionalismo democrático. En otras palabras: no es posible racionalmente poder elevar aquellas pretensiones a ley general porque significaría que tampoco nosotros en condiciones similares tendríamos esos derechos, negados por ese injustificado y presunto, cuando se piensa en (o frente a) inmigrantes y refugiados, «derecho de defensa». De forma más pragmática, si rebajamos o anulamos los derechos fundamentales de determinados colectivos de personas, todos estaremos sin duda en el disparadero. Así se empezó en los años 30 del siglo pasado y conocemos sobradamente cómo acabó.

Si además excluimos a los que más protección necesitan, entonces el naufragio moral (al final, político y jurídico), por utilizar la metáfora perfecta de esta obra, es absoluto, definitivo. Porque hay reglas básicas, propias de una moral común más allá de las civilizaciones y de las confesiones religiosas, que no pueden ser soslayadas. Son, junto a los imperativos kantianos, formales pero decisivos, la base de la Civilización, no en el sentido cultural ni mucho menos imperial, sino de nuevo universal, sinónimo de humanidad, de género humano. Por ejemplo: sabemos que si algo es bueno para nosotros, lo debemos ofrecer a los demás. *Haz a los demás lo que te gustaría que te hicieran a ti o*, al menos, *no hagas a los demás lo que no te gustaría que te hicieran*. Tomás de Aquino o Voltaire, por citar dos tradiciones diferentes de nuestra misma (manida y traída) civilización occidental, coincidieron en esta norma moral, elemental, de humanidad.

Este libro, sin embargo, como decía, va más lejos, y no se limita a este juicio moral implacable y que hace visible (saca a la superficie) nuestro autor, a estas advertencias éticas, por otra parte necesarias porque son la causa de todo lo demás, de nuestras políticas inexistentes o insuficientes y, al final, de nuestros incumplimientos jurídicos principales. Javier de Lucas nos recuerda que somos responsables en un sentido estricto y directo al olvidar hoy el Derecho, los mandatos jurídicos, en los que se tradujo aquella ética compartida, que son vinculantes y concretos. Apela al Derecho y no tanto al *buenismo*. Es hoy un Derecho positivo innegociable en este punto (así lo decidimos nosotros mismos), no solo sus *virtudes intrínsecas* que diría Fuller, o ese *contenido mínimo de Derecho Natural* al que se refirió Hart, sino las normas positivas de Derecho Internacional que creamos y a las que nos obligamos, desde la Declaración Universal de 1948 hasta, en particular aquí, los Convenios de Ginebra (1949 y 1951) y el Protocolo de Nueva York (1966); desde la construcción europea que tiene una dimensión normativa e institucional vinculada a la tríada libertad, igualdad y fraternidad como condición para la paz y la seguridad hasta los procesos compartidos por los distintos Estados Miembros hacia un constitucionalismo democrático que les define y les obliga internamente. Todo esto lo subraya Javier de Lucas con toda razón y con no poca indignación, un sentimiento noble que convierte a esta pequeña gran obra, con dos ediciones en pocos meses, en, en efecto, un auténtico manifiesto de nuestro tiempo, en un ensayo que ilustra pero que también remueve conciencias y que vindica políticas y decisiones justas; un texto que desenmascara nuestra hipocresía, que señala nuestra inmensa responsabilidad y que, en especial, nos muestra a las instituciones europeas y a los gobiernos desnudos, como el Emperador, a la vista de todos, también de los que lo veían vestido por comodidad o ignorancia.

Los derechos humanos fueron un invento moral (Lynn Hunt, *dixit*), con seguridad el gran invento moral de la humanidad, pero hoy son (deben ser; deberían ser) más que eso: estamos, sí, ante genuinos deberes jurídicos, vinculantes por tanto, que no dependen de nuestra buena voluntad o de nuestro altruismo, generosidad o compasión (aun siendo éstas muy recomendables) sino que nos obligan en sentido estricto. Su incumplimiento, su violación, también si es cometida por los poderes públicos, debe ser sancionado/a. En este trabajo, el profesor De Lucas nos aporta también datos y numerosos ejemplos en esta idea fundamental olvidada por buena parte de nuestra Europa, de sus Estados y de no pocos de sus ciudadanos. La Modernidad vuelve a traicionarse a sí misma, al menos su mejor versión, la universalista, en un tiempo en el que esta traición es más intolerable que nunca porque sabemos

más, porque podemos más (tenemos más recursos a pesar de las crisis), y muy especialmente, porque así lo decidimos tras la Segunda Guerra Mundial y el Holocausto, convirtiendo una filosofía hermosa de larga tradición, interrumpida demasiadas veces y que culmina en efecto con Kant, en un Derecho que por definición nos obliga a todos, en particular en este punto a los poderes públicos, a los gobiernos y a la Unión Europea.

Europa y sus democracias se comprometieron deliberada y voluntariamente con los derechos humanos a través de los distintos textos jurídicos que se fueron promulgando o firmando desde 1948. Es verdad que fue fruto de un escarmiento terrible, pero se hizo y hoy no pueden ser soslayados, ninguneados, olvidados. No podemos ya eludirlos impunemente. Es tiempo de acciones coherentes y de responsabilidades efectivas y este libro es un magnífico recuerdo de estas prioridades. Es teoría que sirve para la práctica, o que debería servir para la práctica. Las razones las conocemos y forman parte del modelo civilizatorio que culmina con el constitucionalismo de los derechos de aspiración universal. Los capítulos 3, 4 y 5 de esta obra hacen memoria de toda esta tradición humanista y garantista que arranca de los estoicos. Pero nuestra responsabilidad no es, en efecto, solo moral; no es ante la historia, ni ante nuestra conciencia (tampoco ante Dios o los dioses), sino que es más perentoria, aquí y ahora, en verdad más exigente: es política y es jurídica; es ante los ciudadanos y ante los tribunales de justicia. Los capítulos 6, 7, 8 y 9 recogen esta denuncia de forma detallada, atendiendo y desarrollando sus variadas implicaciones, sus causas y sus consecuencias. Desde el terrorismo como coartada hasta el discurso del miedo, desde la hipocresía institucional hasta la guerra sucia y clandestina contra inmigrantes y refugiados, desde la prioridad de la lógica del mercado a la retórica de los muros y de las fronteras como expresión de una soberanía que, para otros asuntos, es corregida o matizada por intereses legítimos comunes (la idea misma de la UE) o por desafíos internos nacionalistas de corte secesionista pero que reaparece sin embargo con fuerza frente a los más débiles. Y estas contradicciones tienen su explicación aunque no estén justificadas y sean profundamente inmorales y cínicas: el egoísmo, individual y colectivo (de los Estados-nación o el de las naciones sin Estado) que relativizan o rebajan la noción de soberanía ajustándola a sus intereses, legítimos o ilegítimos según los casos, pero que la subrayan y refuerzan de forma cruel e inmisericorde frente a los más vulnerables. No era esto en lo que pensó Jean Bodino al definirla en sus *Seis Libros de la República* o Jean-Jacques Rousseau al vincularla a la idea de Voluntad General. Más bien todo lo contrario: pretendían combatir al enemigo exterior, sí, al real, al de verdad, al poderoso o al que detenta una fuerza ilegítima y causa daño a través de la violencia en sus distintas formas y, al tiempo, se quiso también evitar que hubiera amos y siervos en el interior de esos Estados, tiranos y súbditos, que solo se obedeciera la ley y nada (ni nadie) más que la ley, pero no levantar una y otra, soberanía y voluntad general (democracia) contra o frente a los *parias entre los parias*, los más necesitados, inmigrantes y perseguidos.

Hemos elegido, en el menos malo de los casos, ser cicateros, regatear con aquello que nosotros mismos decidimos que no se podía negociar, los derechos más básicos (especialmente, a la vida, a la salud o al asilo), y en el peor, hemos actuado a conciencia, violándolos, y para calmar nuestra conciencia (valga el juego de palabras) hemos introducido la sospecha, vinculando *a priori* inmigración con delincuencia, incluso con terrorismo, vulnerando otra de nuestras reglas jurídicas fundamentales desde Ulpiano en adelante o más

recientemente con Beccaria, la presunción de inocencia y la idea fundamental de respeto al Otro, diferente e igual, el carácter sagrado (laico) de la condición humana, de la vida, desde Séneca recuperado también por nuestro autor (*homo homini, sacra res*), imprescindibles para la convivencia en paz y en libertad, para la integración y la cohesión social o, sin más, para vivir en una sociedad decente, digna. Precisamente, «el fundamento del asilo –escribe Javier de Lucas– es la sacralidad de la vida. Algo que está más allá de las religiones, de las tradiciones de respeto a lo sagrado (...). La sacralidad de la vida –añade– es el humus en el que arraiga el instinto de dar refugio y que exige dar el paso a una institución que condensa los principios jurídicos básicos: *humanitas, dignitas, pietas*» (p. 67).

Incluso hemos olvidado a Sócrates, una de nuestras referencias principales para esa decencia y a una de sus enseñanzas más civilizadoras: *es mejor sufrir una injusticia que cometerla con los demás*, sostuvo y mantuvo con grandeza y con su ejemplo personal el gran ateniense universal. Por el contrario, hemos preferido, a una injusticia, por ejemplo, el terrorismo, terrible e insoportable, al que debemos combatir sin duda con firmeza y legalidad, añadir otra, en realidad dos: la limitación del Estado de Derecho cuando no directamente su supresión y la estigmatización y la acusación genérica y sin pruebas contra personas y creencias convertidas así en un nuevo chivo expiatorio. Es el discurso del miedo, el sofisma señalado de las invasiones (a partir del *chovinismo* del bienestar, del nuestro, que está en peligro, decimos), de la desaparición de nuestra identidad (es el triunfo de la peor Modernidad, la que prioriza la *Kultur* particular a partir de la *Aufklärung* alemana que encuentra sus orígenes en el protestantismo, o de la anti-modernidad, la que nos identifica exclusiva y excluyentemente con el cristianismo) o, en efecto, el uso del terrorismo como coartada que además de falaz produce un efecto perverso, conduciendo a muchos ciudadanos hacia posiciones xenófobas y racistas (la islamofobia, la más extendida) y a los partidos políticos, incluso a los más moderados, hacia posiciones de dureza (evitar el «efecto llamada» se dice sin pudor) contra inmigrantes y refugiados, víctimas que aparecen sin embargo como potenciales verdugos, no solo por su origen cultural y religioso, sino por sus necesidades económicas evidentes que despiertan el egoísmo entre no pocos de los más pobres de los «nuestros» (carne de cañón de partidos políticos populistas y extremistas) impidiendo esa solidaridad abierta que reclama nuestro autor en su obra y que es indudablemente la mejor solución ética, política y jurídica, en verdad, la única solución que nos puede salvar del naufragio.

Y lo peor es que todo esto, como afirma insistentemente Javier de Lucas, lo sabemos, por eso somos más (i)rresponsables. El círculo vicioso es conocido y también sus terribles consecuencias, especialmente en Europa. El diagnóstico psicológico, al menos parcialmente, lo conocemos desde Aristóteles (nada más y nada menos!) y lo encontramos en el Libro II de su Retórica, cuando describe los dos tipos humanos que son incapaces para la compasión y la solidaridad. Son, escribió el Estagirita: 1. los que se creen muy superiores a los demás y 2. los que tienen miedo (los que temen que tendrán que compartir lo poco que tienen¹³ o, añadiríamos, los que creen que el Otro que viene, al que dejamos entrar, es un delincuente o un terrorista que quiere

¹³ Es también la parábola del Banquete, de Malthus, o alguna de las implicaciones de la Fábula de las abejas, de Mandeville, sobradamente conocidas por todos.

hacernos daño). Y en lugar de evitar estas tentaciones insolidarias, estos prejuicios injustos, bañados en miedo, y de hacer pedagogía (*educación para la ciudadanía y para los derechos humanos*, sí) muchos de nuestros representantes públicos, en Europa y en España, han optado por reforzarlas/los irresponsablemente, o por *dejarlas correr*, con miradas miopes y cortoplacistas que no ven los riesgos serios y ciertos a medio y a largo plazo que verían sin embargo si acudieran a la historia, a nuestra horrible historia, no tan lejana.

Sembrada la desconfianza y sufriendo, en efecto, los azotes del terrorismo (ISIS, DAESH especialmente en los últimos tiempos; París, Bruselas en los días en que escribo esta recensión) y que no es desgraciadamente ningún invento sino un gravísimo problema, una fuente de dolor y de sufrimiento que nos desafía, lo siguiente es convertir el Estado de Derecho, una de nuestras señas de identidad, en un «Estado de excepción permanente» que incluye «un derecho penal del enemigo» y también y antes, lo señala certeramente nuestro autor, «un derecho administrativo del enemigo» con los CIES o las denominadas «devoluciones en caliente» como dos de sus expresiones más evidentes e injustificadas. Sin seguridad no hay libertad, se insiste en ello por nuestros líderes políticos y es verdad, pero con un exceso de seguridad, o con una seguridad mal entendida o alejada de nuestros valores y normas más básicas, tampoco; es la *paz de los cementerios* o *de los calabozos* de Kant y antes de Rousseau. Y los ciudadanos europeos sufrimos molestias, por supuesto, incluso limitaciones de nuestras libertades o derechos fundamentales (la lógica de la derogación o de la excepcionalidad en la paradoja de que puede convertirse en permanente frente a un problema muy serio que también lo es, el terrorismo), pero de nuevo son los inmigrantes, los asilados y los refugiados (mejor, de nuevo, lo que aspiran a serlo) los que sufren las peores consecuencias, estigmatizados (el *enemigo infiltrado*), convertidos genéricamente en sospechosos de todos nuestros males, pero también víctimas de un viaje incierto, del frío y del hambre, de las mafias, de la escasez, con todas las necesidades humanas básicas sin cubrir, muchos, niños y ancianos, en imágenes que nunca pensamos que volveríamos a ver. Mientras discutimos sobre cuotas que además no cumplimos (en el momento en que escribo estas páginas, España solo ha acogido a 18 personas de las 18000 comprometidas) o firmamos pactos con Turquía que parecen «pensados» para mercancías o para ganado y no para seres humanos, los refugiados, especialmente de Siria pero también de otros lugares del mundo, (des)esperan en campos que nos llevan a tiempos pretéritos que creíamos superados en esta «tierra de sangre» por parafrasear el título del libro de Snyder que fue Europa y hoy lo es en especial su (nuestro) Mediterráneo. En este punto también se detiene Javier de Lucas con particular convicción y con muchos argumentos, datos y buenas razones. Su respuesta de fondo es, en esencia, la solidaridad, una solidaridad abierta y vinculante, generadora de deberes al Estado (el primero, el del «no rechazo» a quien pide asilo y refugio) en la que insistió también en obras anteriores¹⁴.

El argumento decisivo, último o primero, lo podemos encontrar en Voltaire, uno de los que mejor nos llamó la atención sobre una verdad universal, la más universal de todas: nuestra irrelevancia, la de todos, los que estamos y los que vienen y seguirán viniendo; nuestra intrínseca fragilidad; nuestra

¹⁴ Vid., por todos, DE LUCAS, J.: *El concepto de solidaridad*, México, Fontamara, 1993.

inevitable levedad o insignificancia, paradójicamente, la mejor razón para la solidaridad y la amistad. «La naturaleza les dice a todos los hombres –escribió Voltaire en 1763–: os he hecho nacer a todos débiles e ignorantes, para vegetar algunos minutos sobre la tierra y para abonarla con vuestros cadáveres. Puesto que sois débiles, socorred unos a otros; puesto que sois ignorantes, ilustraos y ayudaos».

El abandono a su suerte de miles de refugiados, o antes y siempre, de inmigrantes pobres a las puertas de Europa, ahogados tantas veces en ese *Mare Nostrum*, hoy «frontera sin derechos» en expresión de nuestro autor, el gran cementerio del mundo, representa la metáfora más terrible de, en efecto, nuestro propio naufragio; el de nuestros valores y principios (y sus reglas positivas!) que están en el origen de Europa y que constituyen el mejor legado del pensamiento moderno: los derechos humanos, la democracia constitucional y el Estado de Derecho. Las políticas, por llamarlo de alguna forma, de la UE y de sus Estados Miembros sobre inmigración, asilo y refugio representan –escribe Javier de Lucas– un auténtico «Waterloo moral», una gran «derrota o naufragio de nuestros ideales que hacen de Europa un proyecto deseable, justificado».

Si, en definitiva, no somos capaces de reconducir, priorizando los derechos humanos, nuestra respuesta hacia los que nos demandan ayuda, asilo o refugio, o sin más, hacia los que aspiran a una vida mejor, autónoma y libre, emancipada (otro de los propósitos por cierto de la mejor Modernidad que no podemos/debemos apropiarnos excluyentemente) se constatará un (triple) fracaso incompatible con lo que decimos defender, con ese noble pensamiento de larga y hermosa tradición: una incoherencia palmaria con sus principios universalistas, una incapacidad para tomarnos en serio los desafíos de una democracia pluralista y multicultural y una irresponsabilidad jurídica grave al incumplir nuestras propias normas positivas fundamentales.

El principio de universalidad (y de generalización) propio de la Modernidad a partir sobre todo de la Ilustración francesa corrigió en su discurso el antecedente o el referente de la *paideia griega* que tenía un carácter restringido, *centenario o aristocratizante*, minoritario o elitista, en su formulación como virtud (*areté*) de los mejores (*aristoi*), especialmente en las posiciones de Sófocles y de Platón. La *paideia* como ideal se convierte racionalmente e inaceptable desde el momento en que además convive pacíficamente (sin tensiones) con la esclavitud, incluso aquí con las iniciales resistencias modernas hasta Kant (no en Rousseau) y que terminará siendo definitivamente abolida. Sin embargo, seguimos conviviendo en la práctica (de nuevo la brecha entre el ser y el deber ser) con realidades y con formas de vida y de trabajo que se parecen mucho a esa vieja e inicua *institución* jurídica y política, como la trata de personas, el trabajo infantil en tantas partes del mundo, la presencia de menores en las guerras, o la gestión de la inmigración y del derecho de asilo y refugio. Estos desafíos no exigen a mi juicio, y creo que esta idea también subyace en las páginas de esta conmovedora obra, revisar el ideario moderno e ilustrado, sino hacerlo efectivo, cumplirlo, tal y como reclamara Norberto Bobbio respecto a la Declaración Universal de Derechos Humanos a propósito de la pregunta sobre su fundamento ético.

El libro contiene respuestas y no pocas propuestas, especialmente en los últimos capítulos aunque éstas recorren todo el texto. Javier de Lucas no solo denuncia; también pone una luz en la barricada. Y quiere ser optimista en la tradición de Axel Honneth aunque la razón y los hechos se resistan, o se lo pongan difícil. Propone soluciones, salidas moralmente decentes, política-

mente posibles y jurídicamente válidas. Es un Filósofo del Derecho y de la Política que conecta estos tres ámbitos diferentes pero inescindibles de la razón práctica. Su prestigio intelectual lo pone aquí, nuevamente, al servicio de la justicia, o si se prefiere, contra la injusticia, que coincide siempre con el abuso y la dominación. Javier de Lucas piensa, siente y escribe a favor de los que más necesitan de la primera, de una Justicia que hoy está en las normas jurídicas, en el Derecho y que «sólo» requiere tomársela en serio y ser consecuentes sin hacernos trampas a nosotros mismos. El autor de este libro no es un idealista ingenuo ni un irresponsable, sino un intelectual comprometido con los mejores valores de la humanidad (o como dice él, «de un *nosotros* que no se acaba en las paredes de la familia, ni en los muros de la ciudad o en las fronteras del Estado», p. 58).

Javier de Lucas ha escrito un hermoso y, al tiempo, duro libro, «de reflexión y de lucha», dice Sami Naïr en el prólogo. Léanlo. Se harán un favor. Es un texto que no solo forma e informa. Constituye también una excelente razón para la acción. Es un alegato moral necesario; un enorme aldabonazo sobre nuestras conciencias y una guía, política y jurídica, para recuperar la senda que nunca debimos abandonar, la única que nos hace dignos, decentes y civilizados: la del Derecho y los derechos humanos.

José Manuel RODRÍGUEZ URIBES
Universidad Carlos III de Madrid

DÍAZ GARCÍA, Elías. *El derecho y el poder. Realismo crítico y filosofía del derecho*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid: Dykinson, 2013, 219 pp.

En el año 1966, Elías Díaz escribía su primer libro, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, en la memorable editorial *Cuadernos para el diálogo*. Calificado de «ancestral» por su propio autor (p. 25), en el mismo se contenía, entre sus primeras líneas, una frase lapidaria a modo de seña de identidad dirigida principalmente a unas jóvenes huestes académicas y de estudiantes universitarios, todos ellos en aquellos momentos hambrientos de libertad y enfrentados a la decadencia de un régimen político totalitario sin un rumbo fijo. Afirmar que «*No todo Estado es un Estado de Derecho*» puede parecer hoy en día una proclama meramente descriptiva y aceptada, pero en aquel contexto de la España franquista aparecía como un grito estentóreo que clamaba a favor de cambios cualitativos frente a unas liturgias desabridas que anunciaban una supuesta apertura algo difuminada hacia el mundo de occidente de nuestro entorno desarrollado siempre desde una transformación silenciosa, lenta y sosegada de las estructuras autárquicas de una España sombría.

El último libro del profesor Elías Díaz no ha perdido, en absoluto, ese espíritu entusiasta de aquel libro de hace ya cincuenta años. Todo lo contrario: esta publicación supone una reasunción de su pensamiento, incólume en sus fundamentos teóricos pero extraordinariamente nutrido por la experiencia de tantos años de vivencias académicas en torno a la reflexión sobre el derecho y el poder, título que preside esta sucesión de observaciones críticas de su autor.

Si el libro se tuviera que resumir en un par de palabras, se podría decir que todo él es una «dualidad sistemática», ya que nada más comenzar el trabajo es lo anuncia el propio autor en su succulento prólogo (pp. 9 a 18) cuando se refiere a que este «dual libro» (p. 9) está hecho y construido básicamente para significar y dar cuenta de ese gran y misterioso paradigma que se produce entre el derecho y el poder. Así empieza una comparación bifronte de términos en apariencia contradictorios que el autor, como buen dialéctico de espíritu y sin dejar de ser buen analítico de formación, ha expuesto y explicado con la fuerza de la razón y el convencimiento a lo largo de toda su obra. En cualquier página del libro aparece, cuando menos te lo esperas o ni siquiera lo intuyes, palabras con una alta carga anfibológica y hasta emotiva para algunos como pueden ser: validez, eficacia, efectividad, justicia, legitimidad, legitimación, fuerza, obediencia, y un largo etcétera de significantes imposibles de reducir a una única expresión, por suerte, que intentan establecer el sentido de esa identificación atractiva entre fuerza y poder, objeto principal de este estudio, y así tratar de superar la sempiterna dicotomía (otra vez esa consabida dualidad anunciada) entre lo que es o pertenece al ámbito del derecho y de la moral, o a ambos o a ninguno de ellos, según interpretaciones conducidas a veces hasta sus versiones más radicales o extremas, y en ocasiones hasta perversamente académicas sobre los consabidos jusnaturalismos y positivismos jurídicos sobre los que siempre ha habido y habrán intentos de acercamiento o separación más o menos convincentes sin posibilidad de llegar a ese utópico «justo medio» parece que imposible de alcanzar sin previos sacrificios tendenciosos. Por ello, nuestro autor ya

remarca al comienzo su abnegado esfuerzo por superar una visión reduccionista de esa dicotómica percepción del mundo jurídico cuando se refiere a la superación de «... *dos polos de un famoso inveterado y omnipresente dualismo: el formado (y deformado) en la realidad y en la filosofía jurídica, ética y política, por las concepciones genéricas del iusnaturalismo y iuspositivismo, es decir, por sus diferenciables más nítidos modelos históricos y aquellos más sofisticados modelos actuales de expresión.*»

Este libro, siguiendo con ese loable carácter dual advertido por su autor, no podía ser menos que estar estructurado en dos partes. La primera de ellas contiene cinco capítulos elaborados a partir de una auto-revisitación de sus ideas básicas aplicadas al momento actual a partir de una fundamentación arraigada y expuesta a través de una producción literaria ingente; pero tales argumentos son expuestos de forma ordenada y sistemática que va de lo más general a lo más particular si se piensa, lo que no está nada claro, que en Elías Díaz hay cosas generales y particulares. En cambio, la segunda parte del libro se entreteje para mantener la simetría y por tanto esa dichosa dualidad, a partir de, cómo no, otros tantos cinco capítulos que en este caso no van de lo general a lo particular pero tampoco de lo particular a lo general, lo que incentiva las dudas sobre su visión de la relación, tomando un símil biológico, entre género y especie; desafío que no está nada mal, pues es un estímulo para su lectura. Más bien esta segunda parte es fruto de varias coyunturas que el propio autor reconoce con toda sinceridad en ese marcado y sentido prólogo que en este caso demuestra con creces que un prólogo siempre es, por tradición y sentido común, de lo último que se escribe de un libro; por eso, en este caso, especialmente, no quedaría nada mal que éste llevara por título «postprólogo» porque en realidad es lo que se pretende ser de forma afectiva. Digo esto porque, y cito de forma textual lo que Elías Díaz dice en el mismo: «*Estaba ya del todo terminada la que es ahora parte primera de este libro, prólogo incluido, tanto en su redacción manuscrita como en su correlativa transcripción de ordenador, cuando nos sobrevino la –a pesar de sus dolencias– inesperada desgracia de la muerte del fraternal amigo y compañero universitario, intelectual y político, Gregorio Peces-Barba ocurrida en la mañana del día 24 de julio de 2012 (...) tras su fallecimiento, comencé yo –prosigue Elías (el añadido es mío)– enseguida a pergeñar notas de recuerdos más lejanos o más recientes (incluso de los últimos días) de esta nuestra larga relación de amistad desde aquel principio de los años 60 casi medio siglo en total.*» (pp. 15-16).

Debido a esta luctuosa circunstancia, la segunda parte del libro aparece ampliada, pues en ella se guarda un cariñoso recuerdo a Gregorio Peces Barba junto a Francisco Tomás y Valiente, Roberto Mesa y Luis García San Miguel como queridos epígonos a esos «viejos maestros» a los que Elías Díaz dedicaba su trabajo de hace ya algunos años (*Los viejos maestros. La reconstrucción de la razón*, Alianza ed., Madrid, 1994). A los recordados entonces Ortega y Gasset, Miguel de Unamuno, Julián Besteiro, Tuñón de Lara, González Vicén, Renato Treves y Norberto Bobbio, ahora se le unen estos cuatro «intelectuales en la oposición a la dictadura y en la reconstrucción de la democracia», tal y como se titula el capítulo sexto, introductorio a la segunda parte del libro (pp. 115-143).

Un recorrido a lo largo del capitulado del libro muestra cómo a partir de una fórmula común basada en los cuatro elementos comunes e inequívocos, indudables e indiscutibles pero adaptables en todo Estado de Derecho que vertebran sus diferentes modelos históricos, es decir, el imperio de la ley

como expresión de la voluntad general, la separación de poderes, la defensa y garantía de los derechos y libertades fundamentales y la fiscalización judicial de la actividad legal y administrativa (p. 76), se cuecen los cinco primeros capítulos de la siguiente manera:

En el capítulo primero (*Razones e historias para una filosofía jurídica y política*) se resume toda su posición en torno a la idea de un realismo crítico. Como el propio autor menciona, el precedente más cercano en el tiempo es la lección que preparó para su investidura como doctor honoris causa por la Universidad de Alicante el 30 de mayo de 2008. Aquel texto revisado y corregido con anotaciones nuevas, vivencias y experiencias recientes, aparece aquí y ahora reformulado. Ese realismo crítico correspondería a una teoría postpositivista liberada de un fundamentalismo teocrático y tecnocrático que caracterizaría a algunos iusnaturalismos actuales (p. 27; nota 3). Como proyección del mismo surge en el capítulo segundo (*Del normativismo al realismo crítico ¿por qué obedecer al derecho? Leyes, jueces y ciudadanos*) la duda metódica e imprescindible que es el motor de toda filosofía jurídica y política: la obediencia a las normas. Así el capítulo tercero entra de lleno en la cuestión a través de la discutida grundnorm (*La revolución Kelseniana: el Derecho y el Poder, legitimidad y teoría de la justicia*). Cómo no, el siglo xx es el siglo de Kelsen. Sin menospreciar a ningún otro autor. Elías Díaz da un paso más: plantea la relación entre Derecho y poder en términos de revolución: «precisamente el fenómeno de la revolución descubre con toda claridad la significación de la norma básica» (p. 57). Esta cuestión mal entendida por muchos constitucionalistas plantea en última instancia el substrato fáctico de esa cláusula contrafáctica de cierre de la validez del ordenamiento jurídico. El autor dice al respecto que quien da validez (eficaz) al derecho es el poder, o sea, que obedecer al derecho es, en definitiva, obedecer al poder, afirmación que han compartido otros muchos (pp. 63 y 64). Ese «viejo apotegma» que recuerda Elías que sus estudiantes le recitan con nostálgica ironía (sus antiguos estudiantes) de que no es lo mismo no sirve para lo mismo ni vale lo mismo el derecho visto desde el punto de vista científico, sociológico o filosófico respectivamente (p. 65) cierra esta disquisición por el momento.

El capítulo cuatro de la primera parte (*Estado democrático de derecho, constitución, legislación y jurisdicción*) trata de la discusión actual entre un modelo de estado basado en la superioridad del poder legislativo frente a la importancia creciente de los poderes ejecutivo y judicial, especialmente en relación con este último debido a las nuevas tendencias dentro del llamado «Estado constitucional» que acaban por afirmar, con matices, una prioridad ontológica del texto constitucional y de la interpretación de los jueces constitucionales sobre las normas jurídicas en base a la supremacía indiscutible de los derechos fundamentales y de las libertades públicas; así sus deficiencias y consecuencias sobre la actividad de los jueces son expresadas por el autor a través de las siguientes palabras que prefiero exponer en su integridad con la intención de respetar el texto original y no dar pie a equívocos innecesarios. Escribe sobre ello Elías Díaz: «*Mis cautelas y mis advertencias críticas frente al mimético entusiasmo actual de los neoconstitucionalistas hacia la fórmula del estado constitucional de derecho surgen y aumentan en este punto a causa de una doble interrelacionada prevención: por un lado en la medida –como digo– en que éste implique y favorezca una real infravaloración de las instituciones legislativas democráticas y, por otro (deriva de ahí), en cuanto que la interpretación y aplicación de los superiores principios y valo-*

res constitucionales pretendían atribuirse y reducirse de manera casi exclusiva o muy predominante a las meras instancias y criterios de los órganos judiciales. Entre estos y aquellos, imprescindibles los principios y los jueces, están y tienen que estar, con toda su fuerza y legitimidad, las normas legales (legislativo estatal nacional o, cada vez más, supranacional, Unión Europea y demás) que, entre otras cosas, aseguren en todos los órdenes un trato mucho más igual. El Parlamento –quiero reiterarlo– es, a mi juicio, el primer y prioritario intérprete de la Constitución (...) La apelación al Estado constitucional de Derecho de ningún modo puede servir como pretexto para puentear, obviar, al Estado legislativo de Derecho, ni –invocando sin más precisiones la aplicación directa de las normas constitucionales– puede por tanto valer como disfraz ideológico para un reductivo estado judicial de Derecho, poco acorde con la legalidad (incluida la constitucional) y la democrática legitimidad. En tal situación todos los conflictos y luchas políticas se trasladarían (aún más) a la anterior del poder judicial, de modo muy especial a sus más altas y conexas instancias. Sobradamente lo estamos viendo hoy aunque, desde luego, no sea exclusivamente por esta razón. Para que quede bien claro todo lo anterior –así lo espero– recordaré que hace ya muchos años, defendiendo como hoy –más aún también desde el realismo crítico– el necesario puesto central del trabajo de los jueces en el estado de derecho, su función creadora –incluso alternativa– no de mera subsunción mecánica del juez, puse por escrito que mi juicio donde mejor y más coherente funciona una necesaria magistratura democrática es precisamente en el marco siempre abierto y crítico de una precedente legislatura democrática...» (pp. 85-86). No cabe hacer más precisiones respecto a tales afirmaciones; el tema está planteado para el debate y la discusión detenida y profunda, como se está haciendo ya desde hace algún tiempo, y así lo señala el propio Elías Díaz con las referencias bibliográficas contenidas en la nota 11 de la página 85 del libro.

En cambio, el capítulo quinto (*La justificación ética de la democracia. Mayorías, minorías y derechos humanos*) recoge los frutos maduros de los capítulos anteriores al ofrecer una proyección o plasmación externa de esas diferentes implicaciones y consecuencias de carácter jurídico, político y ético. Al principio del mismo, Elías Díaz sostiene un punto de vista inquietante pero hasta cierto punto trivial pues crea una tensión necesaria para afrontar su lectura; indica que «*el Estado de Derecho no es solo cosa de juristas (...) hay más cosas en el cielo y en la tierra de las que se sueñan en la ciencia jurídica, aún más en la llamada dogmática jurídica*» (p. 87). Con el afán de evitar simplicidades, insiste en que el Estado de Derecho es la institucionalización jurídica de la democracia política; esto es, que hay una relación bifronte entre el Estado de Derecho y su forma de ejercicio del poder, la democrática: no puede existir el uno sin la otra (p. 88). A partir de estas premisas evidentes, el autor va tomando pulso en relación al tema de las mayorías y minorías para afirmar, como ya hizo de manera muy clara en obras anteriores suyas (por ejemplo, en *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Debate, Madrid 1984) que no hay mayorías sin minorías ni minorías sin mayorías, algo que es un tanto obvio a simple vista pero que en cambio es hartó complicado de comprender en sus justos términos, pues la distinción cualitativa entre unas y otras parece que no tiene unos límites precisos. Las reflexiones en torno a estos temas van cobrando densidad a medida que se suceden las páginas y aparecen hasta términos odiosos pero cada vez más habituales como son el de engaño, manipulación y corrup-

ción, para concluir con afirmaciones que ponen de relieve que *«sin libertad no hay nada: ni igualdad, ni justicia, ni dignidad, ni democracia, ni auténtica paz (...). La democracia no puede destruirse democráticamente. Desde esos presupuestos de carácter lógico y ético, la regla de las mayorías, la misma soberanía popular y hasta la consecuente democracia encuentran –creo– su más firme fundamento y justificación en tal autonomía moral personal, en la libertad crítica para decidir ...»* (p. 100). El capítulo finaliza con unas páginas a modo de opúsculo sobre un diálogo mantenido con Ernesto Garzón Valdés; en concreto sobre su escrito *Algunas consideraciones acerca del deber de obediencia al derecho según Elías Díaz*, publicado en el libro homenaje *Revisión de Elías Díaz, sus libros y sus críticos* (edición a cargo de L. L. Hierro, F. J. Laporta y A. Ruiz Miguel, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2007). No voy a descubrir más detalles de este diálogo erudito y sosegado. Tan solo quiero reproducir íntegramente las últimas líneas de este inefable capítulo: *«Punto (o coda) final: llegados por el momento aquí, ya que no podemos cambiar el mundo –según reza el pesimista aforismo– cambiemos al menos de conversación, es decir de palabras. En tal caso, yo propondría que en el futuro de ella (refiriéndose a la autonomía personal y moral –el añadido es mío–) hablásemos más en estos términos de libertades reales (que llevan a mayores igualdades) y de exigencias ético-políticas coherentes con la democracia y menos de límites y cotos vedados y ante las decisiones de las mayorías (y de las minorías). Ya sé que el amigo Ernesto no se dejará llevar a ello, pero (liberal igualitario) sí estará feliz de instar –siempre lo ha hecho– a la libre entrada de discrepantes y discutidores –como yo (socialdemócrata) propongo– en ese paraíso de seguridad que parece ser el coto vedado. Dentro o fuera de él, con ese u otro rótulo, así al menos tendremos nuevos pretextos para seguir platicando y debatiendo con él y con otros colegas y amigos –como yo he querido hacer aquí– sobre estas graves cuestiones y sobre otras muchas que también son interesantes e incluso hasta más divertidas aunque, tal vez, menos trascendentes y decisivas para la vida real individual o colectiva nuestra y de tantas otras gentes de nuestro entorno, en estos tiempos de tanta inseguridad, corrupción, desigualdad e injusticia.»* (p. 111).

Pido disculpas al autor por romper una de las reglas de oro de este libro: la dualidad simétrica ya advertida al principio. No me encuentro en condiciones de comentar ampliamente los cinco últimos capítulos que componen la segunda parte del libro (pp. 115-210). Bastarán unas breves indicaciones para animar a su lectura directa sin invadir la profusa memoria de Elías Díaz y mucho menos el recuerdo a esos cuatro intelectuales allí tratados, pues ese análisis conmemorativo exige una visión primaria y sin tapujos a partir de las propias palabras y elocuencias escritas por su autor. Su acercamiento personal e intelectual a esas cuatro figuras del pensamiento jurídico y político español contemporáneo, no pueden ser alterado o sustituido por unos remates indirectos que no darían ningún valor ni ofrecerían ningún atisbo de información de interés más o menos detallada, pues esas páginas deben y merecen ser leídas desde una proximidad manifiesta y una sensibilidad cariñosa sin parangón.

Mario RUIZ SANZ
Universitat Rovira i Virgili (Tarragona)

GARCÍA PASCUAL, Cristina. *Norma Mundi. La lucha por el derecho internacional*, Madrid: Trotta, 2015, 270 pp.

El derecho internacional, dice la autora del libro recensionado, se revela como un terreno pantanoso para los teóricos del derecho¹⁵. Lo mismo podría decirse de la teoría del derecho a ojos de los internacionalistas. Basta con repasar los primeros capítulos de casi cualquier manual de derecho internacional público para encontrar imprecisiones recurrentes en la manera en que se aborda el fundamento teórico y filosófico del fenómeno jurídico en el ámbito internacional. No es infrecuente encontrar autores clásicos descontextualizados o ideas malinterpretadas en este tipo de obras. *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional* (en adelante, *Norma Mundi*) aporta precisión a un debate que en demasiadas ocasiones se presenta con unos trazos excesivamente gruesos. Contribuye de forma decisiva así a tender puentes entre la teoría y la filosofía del derecho y el derecho internacional. Puentes necesarios, imprescindibles, en estos tiempos de creciente complejidad normativa. Puentes destinados a abonar el terreno para un diálogo fructífero entre iusfilósofos e internacionalistas.

Nos encontramos ante un libro que puede ser calificado como único en su especie. En efecto, son muy escasas las obras que en lengua española se hayan ocupado específicamente de la filosofía del derecho internacional¹⁶, y más aún lo son las que lo han hecho con tal nivel de profundidad y detalle. Este libro es el fruto de un largo proceso de estudio y reflexión, el resultado del curso de doctorado que durante años la profesora Cristina García Pascual ha impartido en la Universitat de València. Quienes hemos tenido la suerte de recibir este curso sabemos de la total dedicación de la autora por transmitir la necesidad de pensar a fondo los problemas que rodean a la propia existencia del derecho internacional. Desde los problemas más clásicos –como la guerra o los sujetos de las normas internacionales– hasta los debates más actuales –como la responsabilidad penal individual o las cuestiones derivadas de la globalización– eran abordados exhaustivamente en aquel curso en base a las lecturas de los principales teóricos del derecho internacional. Esos mismos problemas y autores, de forma muy ampliada, son los que encontramos en *Norma mundi*. Una obra que, a mi juicio, está llamada a ser una referencia imprescindible para quien desee comprender en profundidad la razón de ser del derecho internacional. Una obra que, ante todo, nos arma de potentes argumentos para defenderlo. Y lo hace justo en un momento en el que parecen haber cada vez más voces que apelan a lo contrario, presentando las nor-

¹⁵ GARCÍA PASCUAL, Cristina, *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, Trotta, Madrid, 2015, p. 94

¹⁶ Entre esas escasas obras podría mencionarse la de BESAVÉ FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín, *Filosofía del Derecho Internacional*, Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM, México, 1989. En lengua inglesa existe algo más de variedad, y podrían nombrarse obras como CARTY, Anthony, *Philosophy of International Law*, Edinburgh University Press, 2007; o BESSON, Samantha y TASIOLAS, John (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, New York, 2010; o, por supuesto, las dos grandes obras de Martii Koskeniemi: *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, 2005 [1989]; y *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, 2001.

mas del derecho internacional como normas propias de una época pretérita, demasiado rígidas para dar respuesta a los problemas contemporáneos.

En el primer capítulo se sientan algunas bases filosóficas que resultan imprescindibles para comprender el debate sobre la naturaleza del derecho internacional con la debida profundidad. La autora considera que el pensador que más nos puede ayudar para ello es Francisco de Vitoria (y no tanto Hugo Grocio, el otro gran internacionalista clásico). El *ius gentium* de Vitoria –aunque incontestablemente vinculado a la justificación de la conquista del Nuevo Mundo por parte de la corona española– supone una primera reivindicación de la existencia de una comunidad jurídica universal y de una serie de derechos naturales de todas las personas. Estas dos ideas, junto con la formulación de una teoría de la guerra justa y, por lo tanto, con la limitación del ejercicio arbitrario de la violencia por parte de los Estados soberanos, significan todavía los tres pilares básicos a partir de los cuales entender el derecho internacional, que en su esencia como concepto resulta indisociable del ideal cosmopolita. Es precisamente Kant quien ya en la modernidad retoma con más fuerza el ideal cosmopolita, y por eso a él se dedica también buena parte del primer capítulo. La profesora García Pascual hace un retrato del cosmopolitismo kantiano que huye de las visiones que lo sitúan entre las utopías filosóficas. Antes al contrario, la *paz perpetua* propuesta por Kant es presentada como una *paz tónica*; esto es, una paz que reivindica un papel central del derecho en el panorama internacional.

Pero si algún pensador ha tomado en serio la importancia del derecho para la pacificación de las relaciones internacionales, ése es Hans Kelsen, cuya teoría internacionalista¹⁷ es desmenuzada con todo lujo de detalles en el segundo capítulo. Más que a la famosa fórmula de Jhering, el subtítulo del libro, *La lucha por el derecho internacional*, parece estar dedicado a la constante y dura batalla que Kelsen desarrolló incansablemente a lo largo de su extensísima obra para defender la juridificación de las relaciones internacionales. La unidad gnoseológica de todo el ordenamiento jurídico con una preferencia (no jurídica) por la primacía del derecho internacional, la caracterización del ordenamiento internacional como un ordenamiento primitivo por utilizar la guerra como sanción y la necesidad de establecer tribunales internacionales de jurisdicción obligatoria y con capacidad para enjuiciar a individuos son algunos de los postulados elementales que caracterizan la teoría del pacifismo jurídico kelseniano. Postulados que, después de ser sometidos a una exhaustiva crítica, la autora asume en buena medida. *Norma mundi* es, por lo tanto, un libro eminentemente kelseniano. Un libro que no solamente nos ayuda a situar en su adecuada dimensión la teoría internacionalista de Kelsen, sino que, fundamentalmente, proyecta su fuerza argumentativa sobre teorías y problemas contemporáneos. Es por eso que la lectura atenta y reposada de este segundo complejo capítulo resulta imprescindible tanto para

¹⁷ Cabe destacar que la autora ya había publicado interesantes contribuciones sobre la teoría internacionalista kelseniana; *vid.* GARCÍA PASCUAL, Cristina, «Orden jurídico cosmopolita y estado mundial en Hans Kelsen», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 2/1999; *Id.*, «El Derecho Internacional en la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen», en DE LUCAS, Francisco Javier *et al.*, *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. Sin olvidar el valioso estudio introductorio a *La paz por medio del derecho*, escrito junto con Massimo La Torre: «La utopía realista de Hans Kelsen», en KELSEN, Hans, *La paz por medio del derecho*, trad. de Luis Echávarri, Trotta, Madrid, 2003 [1944], pp. 9-29.

entender cabalmente a Kelsen como para comprender lo que de verdad significa la lucha por el derecho internacional.

Si hay que luchar por el derecho internacional es justamente porque no faltan quienes han luchado *contra* el derecho internacional. En efecto, la negación de la naturaleza jurídica del derecho internacional es un problema secular, y en él profundiza el tercer capítulo del libro. Lo hace, en concreto, analizando las que podríamos caracterizar como dos grandes corrientes de pensamiento: la tradición anglosajona, representada por Austin y Hart; y la alemana, representada por Schmitt y Heller. Sin duda, las posiciones mantenidas por los primeros resultan mucho más homogéneas entre sí que las sostenidas por los segundos. Aunque Hart matiza notablemente las ideas de Austin, las objeciones que ambos manifiestan contra la juridicidad del ordenamiento internacional comparten una misma raíz iuspositivista. Schmitt y Heller comparten, por el contrario, una feroz crítica al positivismo jurídico; pero lo hacen desde posicionamientos ideológicos a su vez enfrentados entre sí. Si el primero atacó el pacifismo kelseniano por la derecha, el segundo pretendió desbordarlo por la izquierda. El desarrollo de estas batallas teóricas y su contextualización en los convulsos tiempos de la República de Weimar constituye otro de los grandes atractivos de este libro, puesto que, lejos de estar superadas, en estas polémicas se encuentran todavía algunos de los fundamentos más profundos de nuestra cultura jurídica.

En el cuarto capítulo se realiza un muy interesante ejercicio de reconstrucción teórica, tomando dos de los más claros exponentes del pensamiento cosmopolita de finales del siglo xx: John Rawls y Jürgen Habermas. Las teorías desarrolladas por ambos son un fiel reflejo de ese ambiente –que resultó ser un espejismo– vivido tras la caída del muro de Berlín en 1989 y con el comienzo de la globalización. En un clima de claro optimismo, la guerra había dejado de ser el problema central del derecho internacional. Este comenzaba a adquirir una dimensión sustancial con el desarrollo de múltiples tratados sobre derechos humanos o con la constitución de la Corte Penal Internacional, entre otros logros. Había llegado, pues, el momento de recuperar la filosofía del *derecho de gentes* (Rawls) o de volver a impulsar la semilla del cosmopolitismo kantiano (Habermas). Por fin el mundo estaba en condiciones de ser una única comunidad jurídica y de alcanzar aquel sueño de la paz perpetua. Unas décadas después estamos en condiciones de comprobar lo precipitado del juicio de estos dos grandes filósofos políticos y, sin embargo, no deja de ser interesante estudiar la manera en la que teorizaron la expansión del ideal liberal al ámbito internacional.

En efecto, el ambiente en el mundo contemporáneo, en el mundo de comienzos del siglo xxi, es muy diferente de aquel clima de optimismo que se vivía a finales del xx. Los ataques contra las Torres Gemelas inauguraron una nueva época de dudas y zozobras acerca de la condición del derecho internacional. En apenas unos años la fuerte expansión de la normatividad internacional quedó paralizada, cuando no experimentó un retroceso. El optimismo ha dado paso al escepticismo. Y, evidentemente, no faltan los teóricos que sustenten este escepticismo. La profesora García Pascual se centra en dos de ellos. Dos teóricos contemporáneos que, desde posiciones muy diferentes, nos hacen reflexionar sobre la naturaleza y los límites del derecho internacional de hoy. Se trata de Eric A. Posner y de Martii Koskeniemi. Confrontando al primero y cuestionando al segundo, puede decirse que *Norma mundi* introduce un debate teórico contemporáneo todavía demasiado desconocido en la filosofía jurídica hispanohablante. Un debate del que no

podemos permanecer ajenos, puesto que se trata, ni más ni menos, que de un fuerte embate –¿acaso el definitivo?– a los mismos fundamentos del derecho internacional.

Tras de este viaje a través de la historia del pensamiento del derecho internacional, llegamos a un valiosísimo epílogo. Después de todo, podemos preguntarnos, ¿por qué luchar por el derecho internacional?, ¿por qué creer todavía en esa *norma mundi*? ¿Acaso la historia no ha dado tercamente la razón a los realistas una y otra vez? Quizá el destino del derecho internacional sea no satisfacer nunca a nadie. Quizá su naturaleza sea intrínsecamente polémica. Ahora bien, el jurista debe convivir con esta polémica. Este libro nos invita a no dejar de ser juristas, a no dejarnos llevar por las visiones que desde otras disciplinas, como la sociología o la antropología, se ofrecen del fenómeno del derecho internacional. Esas perspectivas nos pueden ayudar a comprender mejor la realidad, claro está. Pero no deben llevarnos a engaño: el jurista, si quiere ser jurista, debe conservar el punto de vista interno; esto es, debe hablar el lenguaje del derecho. Y si entendemos que hablar el lenguaje del derecho –que es necesariamente diferente del lenguaje de la fuerza– no es defender una forma vacía, sino que es tomar en serio una aspiración de justicia, estaremos manteniendo así viva la *norma mundi*.

José Antonio GARCÍA SAEZ
Academia Interamericana de Derechos Humanos
Universidad Autónoma de Coahuila

PALAZZANI, Laura. *Il potenziamento umano. Tacnoscienza, etica e diritto*, Torino: Giappichelli Editore, 2015, pgs. XI + 161.

Los espacios de operatividad, cada vez más amplios, que las tecnociencias aplicadas a la vida humana están progresivamente generando, hacen necesario recurrir a un suplemento de reflexión moral-filosófica, cuya urgencia es particularmente evidente si se considera el universo de los posibles usos de estas técnicas para finalidades no propiamente terapéuticas, sino de mera potenciación de las facultades psico-físicas propiamente humanas.

La obra aquí considerada ha asumido como objeto de reflexión crítica el tema de la «potenciación humana», locución que la autora utiliza para describir una cantidad amplia de posibles intervenciones que comparten la misma finalidad: la alteración del cuerpo y/o de la mente, en vista del perfeccionamiento de la salud o de las capacidades del individuo. La expresión utilizada por la autora aparece por primera vez en el lenguaje de la medicina aplicada a la manipulación genética no dirigida a fines terapéuticos. La palabra empleada más habitualmente desde entonces, *enhancement*, mantendrá una acepción semántica ajena a toda perspectiva terapéutica. Tras esta expresión se plantean una serie de cuestiones y problemas que tienen su raíz, fundamentalmente, en el establecimiento de los límites entre salud y enfermedad, en la determinación de los fines propios de la medicina, en la idónea estructuración de la relación entre tecnología y ser humano, y en la una aceptable determinación de conceptos notoriamente complejos como los de «identidad personal» y «justicia social».

Las soluciones expositivas adoptadas, hacen que el trabajo resulte articulado en dos partes distintas: en la primera, se establecen los parámetros esenciales del debate teórico actualmente existente sobre el tema del *enhancement*, comparando críticamente las diferentes orientaciones, favorables y contrarias, y aduciendo argumentos para una reflexión que justifique los requisitos éticos mínimos en vista de su posible reglamentación; por su parte, en la segunda, se valoran los principales ámbitos aplicativos de las técnicas de potenciación humana, junto al examen de las cuestiones éticas que cada aplicación pone y de las posibles soluciones adoptables de acuerdo con la perspectiva moral elegida por la autora.

Volviendo a la primera parte, se afronta *ad initio* el tema de la identificación del campo semántico propio de la palabra *enhancement*, que ella remite al conjunto de intervenciones técnicas que van «más allá de la terapia», es decir, que exceden lo que sería la prestación médica necesaria para prevenir, diagnosticar y curar una enfermedad. Tal «ulterioridad» justifica el interés de la reflexión ético-jurídica acerca del posible establecimiento de límites en los cuales inscribir la licitud de dichas intervenciones: desde aquí se destaca el papel esencial que la bioética y el bioderecho deben desarrollar «en la búsqueda de un difícil equilibrio entre exigencias éticas mínimas, para elaborar normas que disciplinan o deberían disciplinar los comportamientos colectivos» (p. X).

En particular, la autora clarifica como el *enhancement*, a diferencia del *treatment* propiamente terapéutico, tendería, etimológicamente también, a confundirse con el *empowerment*, mostrando así «los elementos negativos que legitiman el “poder” de las tecnologías sobre el hombre, ahora reducido a un mero objeto de dominio, un poder que puede, no solo mejorar, sino también “desmejorar” la condición humana» (p. 11).

Ya solucionada la cuestión relativa al ámbito semántico propio de la expresión que da título al libro, el análisis se traslada al estudio de las posi-

ciones que se muestran a favor de la practicabilidad, en el plano ético y jurídico, de las intervenciones con finalidad de potenciación humana. Entre los argumentos examinados, tiene principal importancia el que defiende la denominada «utopía biotecnológica». Bajo esta perspectiva se sitúan aquellos que creen en un camino progresivo del hombre hacia el perfeccionamiento, camino que interesaría al género humano proyectado incesantemente hacia el mejoramiento de las propias condiciones materiales de vida y, por consecuencia, de la propia existencia. Este camino de acercamiento gradual a *targets* de perfección cada vez más elevados, llevado a cabo por el hombre por medio de la técnica, representaría una dinámica tendencial irresistible propia de la humanidad.

En consecuencia con ello, el objetivo común de las intervenciones tecnológicas y farmacológicas sería el de conseguir un cambio que propiciara el mejoramiento, a través de la reducción de los sufrimientos y el aumento, en cantidad y calidad, de los beneficios para el mayor número de personas. Bajo esta óptica, marcadamente utilitarista, la aceptación de los daños estaría reservada a la evaluación, personal y privada, de cada individuo que optara por la potenciación, y esto se justificaría en base a un derecho al mejoramiento de sí mismo que cada hombre podría ejercitar aprovechando las oportunidades que las tecnociencias, cada vez más, ofrecen.

Este tipo de argumentación postula, claramente, una concepción materialista y mecanicista del cuerpo, considerado como objeto de disponibilidad plena de cada individuo, perfectamente controlable y utilizable. La naturaleza misma, bajo esta perspectiva, queda vaciada de cualquier significado ontológico y normativo, y está reducida a un sistema de entes que no reflejan, ni permiten, el conocimiento de verdad alguna (no-cognitivismo y subjetivismo ético). De acuerdo con esta visión liberal, basada sobre una idea fuerte de la autonomía individual, la única condición que puede limitar una intervención potenciadora es la constatación de que se produzca un daño a los demás. Dentro de un límite así definido, sin embargo, el consentimiento informado de la persona y la libre asunción de responsabilidad excluirían cualquier problema de naturaleza ética. De hecho, la potenciación, no incidiendo en el *status* moral, ni en el nivel de dignidad de las personas, permitiría niveles de calidad de vida más elevados y, por ello, más deseados por los demás. En este sentido, la potenciación se llegaría a transformar, incluso, en un deber moral: sería posible sustituir la selección natural de los caracteres genéticos y fenotípicos que se transmiten a las generaciones futuras, por una selección genética hecha por el hombre que sería, por ello, valorada y elegida racionalmente.

Siendo posible, se tornarían entonces necesario aprovechar esta oportunidad, incluso en ausencia de un conocimiento predictivo sobre la peligrosidad de las intervenciones selectivas. Para los defensores de esta posición no es admisible el argumento de la desigualdad existente en lo que concierne a las posibilidades de acceso a las técnicas de potenciación. Sobre esta cuestión aducen que, en un mercado libre y competitivo, los precios para el acceso a las tecnologías de *enhancement*, tenderían a reducirse progresivamente, ya que los rendimientos económicos se invertirían en sistemas cada vez más eficientes, con costos de gestión más bajos y una base de usuarios gradualmente más amplia. Además, la desigualdad en las condiciones de acceso a las tecnologías potenciadoras podría ser reducida tasando a los individuos potenciados y distribuyendo los cobros a favor de los imposibilitados. Incluso, el Estado mismo «podría considerar menos oneroso invertir en la potenciación genética, ya que

los ciudadanos con características mejores en el plano físico y psíquico, gravarían menos sobre los balances públicos y, es más, podría ayudar a la condición social global favoreciendo riqueza y bienestar en la comunidad» (p. 27).

Por su parte, los argumentos de los que se oponen a la potenciación, comienzan remarcando, con determinación, la diferencia conceptual y semántica existente entre el estado de *salud*, entendida como el equilibrio psíco-físico global y efectivo de una persona, el de *enfermedad* y el de *potenciación*. Y ello, aun cuando puedan subsistir situaciones en las cuales resulte difícil distinguir entre *status* fisiológico y *status* patológico. Esto impone una consideración nueva y atenta de la función propia del médico, que nunca puede reducirse a ejecutor pasivo de la voluntad del paciente, teniendo que preservar, en cada caso, la finalidad terapéutica de sus intervenciones, recurriendo, si necesario, a la aplicación del *principio de precaución* para evaluar los riesgos y los beneficios relacionados con su prestación: «En este contexto se evidencia la moralidad interna e intrínseca de la medicina, no reducible a una mera capacidad técnica puesta al servicio del usuario, sino orientada, teleológicamente, a la salud como bien o «bien-estar» objetivo, identificado con el buen funcionamiento del organismo entendido como totalidad» (p. 32).

A este último argumento, se añade el que hace referencia al concepto de naturaleza ontológica y a la relación existente entre esta noción y el principio de la dignidad humana. La naturaleza humana está aquí entendida como el conjunto de las cualidades esenciales que fundamentan la autoconciencia del individuo, permitiendo la identificación de los que comparten la misma dignidad y haciendo posible la clarificación de los fines esenciales de cada uno. Un reconocimiento así pensado de la naturaleza humana justifica la idea de una discontinuidad ontológica entre los hombres y los demás seres vivientes, discontinuidad que está basada en argumentaciones tanto científicas como filosóficas: «Científicamente, en contra del reduccionismo antropológico, es posible demostrar la existencia del hombre como sistema biológico complejo y no lineal, no reducible a un mero agregado de ciertas partes o actos. Filosóficamente, debe reconocerse al hombre un estatuto privilegiado porque él es el único ser capaz de formular, discutir, aplicar las reglas generales de justicia, de expresar su pensamiento por medio de un lenguaje y construir vínculos sociales, de ser libre y tomar decisiones, de poseer conciencia, es decir estados mentales subjetivos, emociones» (p. 36).

Aparecen aquí trazados los rasgos propios de la concepción clásica del personalismo ontológico, según el cual la naturaleza humana puede ser pensada como una estructura en-variante esencial y universal, que llega a ser principio inmanente y, al mismo tiempo, trascendente de autoconstrucción y automovimiento. En contraste con esta óptica, la cultura del mejoramiento introduce una visión fragmentada del hombre. La potenciación tendería a perseguir solo resultados externos, no relativos al crecimiento interior del sujeto, mientras que el sentido auténtico y moral del actuar humano se manifiesta en la tensión activa a la realización de sí mismo, mediante el ejercicio de las virtudes, entendidas aristotélicamente como hábitos constantes del sujeto moral, que actúa según las inclinaciones propias y las capacidades intrínsecas, para alcanzar el florecimiento pleno de la propia persona. En consecuencia, la ausencia de un horizonte antropológico personalista representaría la deficiencia teórica más grave de la teoría del mejoramiento humano, reducible a una forma de manipulación prometeica de la naturaleza: la super-humanización llevaría a la deshumanización, la búsqueda de las tecnologías de control mostraría su actitud de dominio, de no aceptación de la naturaleza como don.

Por otro lado, la cultura del eficientismo performativo transformaría la mejora en una elección obligatoria, ya que los que no optaran por ella serían vistos como culpables morales, así como los que aceptarían *sic et simpliciter* lo que ha sido dado por la naturaleza, intentando realizar su proyecto de vida sin ayudas externas (como en el caso de los padres que aceptarían implantar un embrión sin llevar a cabo un diagnóstico previo, o no abortar a un feto enfermo). En conclusión, la tecnología de la mejora limitaría la libertad del hombre, eliminando su derecho a no elegir el *enhancement*.

Frente a la exposición dual de los argumentos en *pro* y en *contra* del *enhancement*, la autora articula una posición personal, ilustrando la necesidad de una actitud de distancia prudente, tanto respecto al coro entusiasta de los que aceptan cualquier intervención potenciadora, en el nombre de un mejoramiento irreflexivo, como respecto a los que excluyen toda posibilidad de acceder a las tecnologías de *enhancement*, obedeciendo a un prohibicionismo igualmente irrazonable.

La exposición de esta parte empieza ilustrando la estrategia argumentativa trazada en el debate bioético contemporáneo y basada en el principio de precaución. El recurso al mismo supone situarse en un contexto de acuerdo con el cual la decisión ética debe adoptarse teniendo en cuenta el posible, grave e, incluso, irreversible, daño que el sujeto moral quiere evitar o reducir, en ausencia de certidumbres, y considerado el estado del conocimiento científico y técnico del momento.

Desde una perspectiva liberal-libertaria, el recurso a este principio implicaría, en relación a la decisión autónoma de los agentes morales, una evaluación de los riesgos frente a los posibles beneficios. Dicho cálculo riesgos/beneficios sería relativo a la salud del individuo o de la comunidad. A diferencia de ello, desde una visión que pusiera en el centro la dignidad de la persona, considerada como sujeto moral, el principio de precaución devendría una estrategia contingente de evaluación de los riesgos y los beneficios, frente a una situación de alarma social, que pediría que se ponderaran las decisiones, haciendo que fueran compatibles con la tutela, no solo de la salud física, sino también moral y psíquica del hombre.

Sin embargo, hoy en día es posible hablar, sigue exponiendo la autora, de un paso del principio de precaución a la *ética de la cautela*, que identificaría la disposición constante y reflexiva de la voluntad hacia la sabiduría práctica, la prudencia, la *phronesis* aristotélica, en la ponderación de los riesgos/beneficios, evaluados en las condiciones y las situaciones dadas, virtud, pues, flexible y adaptable a los contextos. Y en el marco del ejercicio práctico de esta virtud, la autora llega a examinar, en la segunda parte de la obra, los problemas puntuales emergentes en el nivel de la aplicación práctica de las tecnologías de mejoramiento, en el intento de articular los límites de licitud ético-jurídica de las tecnologías ya «existentes» (cirugía estética, *doping* deportivo), de las «emergentes» (intervenciones genéticas selectivas y mejorativas sobre gametos, embriones, fetos, individuos, técnicas de *life extension*, soluciones de potenciación neuro-cognitiva) y, finalmente, de las «convergentes» (las que derivan de la combinación e integración de las nano-tecnologías informáticas aplicadas a la mente, al cuerpo, y a la vida del hombre).

Todas las hipótesis consideradas, vienen examinadas bajo la luz de la virtud de la cautela/prudencia. En este sentido, si la cuestión de la cirugía estética parece establecer la necesidad de una confrontación dialógica profunda entre el médico y el paciente, para que quede excluida la posibilidad de que la intervención se plantee como una respuesta a problemas de aceptación de sí mismo

o de los demás, en el caso del *doping* deportivo, esta práctica está vista como inaceptable *tout court*, porque falseando *ab imis* el espíritu agonístico que debería caracterizar la competición deportiva, expondría la salud del atleta a riesgos inmotivados. En cuanto a las técnicas que intervienen en el patrimonio genético del individuo, deberían considerarse a la luz del riesgo siempre presente de una deriva cultural eugenésica, la cual pide eliminar cada imperfección humana, generando lógicas discriminadoras, basadas en criterios de selección y exclusión que siempre serán arbitrarios. Las técnicas de potenciación biológica, destinadas a superar los límites establecidos por las normales dinámicas del envejecimiento, pueden fomentar, del mismo modo, ideologías que alteren la concepción misma de la condición natural del hombre, y a su conciencia del límite biológico y de la finitud humana, introduciendo, subrepticamente, la idea de eternidad y omnipotencia del hombre, y alimentando conflictos sociales por la escasez de los recursos y la ausencia de un recambio generacional aceptable. Por último, el tema de la potenciación farmacológica de las facultades intelectivas plantea una serie amplia de cuestiones relevantes en el plano ético, si se considera: 1) la severidad de los efectos colaterales que estos fármacos pueden provocar; 2) la responsabilidad del médico frente a las demandas de acceder a estas soluciones; 3) los efectos alienantes que pueden generar en las dinámicas sociales y relacionales.

Hasta ahora, hemos examinado la articulación de la estructura argumentativa de la obra, la exposición de los diferentes paradigmas morales considerados, la pluralidad de las argumentaciones en *pro* y en *contra* de la potenciación, la casuística de las experiencias que prueban los diferentes modelos teóricos propuestos, exponiendo la elección de una posición crítica que la autora ha puntualmente identificado, presentado y explicado. Parece ahora necesario una valoración final que tenga por objeto no una parte del trabajo considerado, ni una perspectiva teórica ulterior sino, más bien, lo que, en nuestra opinión, habría sido oportuno tener en cuenta en la articulación de la crítica al paradigma del *enhancement* propuesta por la autora, bajo una visión ética personalista y ontológica. Repasando las páginas del libro, parece que la autora hubiera omitido evidenciar, en su justo énfasis, la cuestión antropológica subyacente a la cultura de la potenciación. Dicha cuestión se podría delinear, de la mejor manera posible, en la tragedia de la búsqueda desesperada de sentido que anima al hombre moderno, empujado a buscar respuestas últimas en lo que emblemáticamente representa lo transeúnte, lo efímero, alimentando así el drama ulterior de la desilusión, del desencanto que eclipsa, definitivamente, el horizonte metafísico y empuja las conciencias hacia aquel materialismo inmanentista que justifica, en gran medida, los deseos de potenciación.

Los progresos continuos en los diferentes campos de la técnica y, en particular, de la medicina y de la genética, aumentan los deseos de superación de los límites, ya que presentan la posibilidad de conquistas cada vez nuevas. En realidad, la creación del mito de la perfección ha llevado a la pérdida del sentido del límite; la mística de la perfección ha imaginado un hombre omnipotente, para el cual cada fracaso, cada error puede revelarse fatal. La pretensión de que la vida sea perfecta se transforma en la aspiración de que todos sean perfectos, y cada persona puede así ser juzgada en la medida de su perfección, presumida o real. Asimismo, se alimentan sueños acerca de un futuro más perfecto y conforme a las aspiraciones de la humanidad. Y, con ellos, también se incrementan las razones de la inquietud existencial. La *experiencia del límite*, al revés, nos enseña que existen líneas no superables, cuya conservación protege y garantiza la humanidad del hombre, y límites supera-

bles, cuya superación contribuye a promocionar la humanidad misma de cada uno. Entre otras, la antropología cristiana está llamada a ofrecer motivaciones y orientaciones para respetar los primeros y superar los segundos.

Desde una perspectiva filosófica, Martin Heidegger, en particular, ha reflexionado sobre la conciencia del límite en el hombre, como una condición de su misma humanidad, ya que una vida auténticamente humana pide una conciencia plena de la intrínseca finitud del «ser». El límite último está representado por la muerte, que no es el fin, ni el momento final de nuestra existencia, sino lo que dona seriedad y dignidad al existir del hombre. Desde aquí se plantea la necesidad de transitar de una cultura que considera el error, el fracaso, el límite como enemigo de la vida, a una cultura que considere el límite como una condición natural y esencial de la existencia humana. En este sentido, la autora parece haber olvidado la naturaleza cultural de las motivaciones que fundan las demandas de potenciación. La cultura del límite, hoy completamente eclipsada, no pide resignación, ni significa fatalismo, sino simplemente aceptación de una existencia vivida frente a la presencia de un Otro, desde el comienzo hasta su fin natural. La experiencia del límite es propia de la condición creatural, recoge y resume las demás. Bajo la óptica de la antropología cristiana, entonces, el hombre no es lo que deviene, sino que está llamado a devenir lo que es desde siempre: aquí devenir significa aceptar y realizar el proyecto de un Otro, en el convencimiento de que solo en la medida en que se acepta este proyecto es posible realizarse plenamente a sí mismo.

La aceptación del límite humano generaría, seguidamente, una *ética de la empatía*, que pide mirar al otro, a su condición exigencial constitutiva, más que a pensar en el enriquecimiento egoísta de sí mismo, preocupación principal de los que quieren potenciarse. La experiencia del límite, la experimentación de la debilidad, propia y ajena, pone al hombre frente a la deuda original de una vida que le ha sido donada. Y en esta conciencia él viene nuevamente «expuesto», según la gramática de la vulnerabilidad, como condición propia y ya no como límite que el ser humano tiene que superar por medio de la potenciación. La diferencia del otro, la experimentación de su vulnerabilidad, constituyen el límite a nuestro actuar libre, ya que en esta relación entre rostros, según las palabras de Emmanuel Lévinas, entre necesitados, se puede sentir aquel vértigo de la nada que fundamenta el destino común de vida y de muerte de cada hombre.

Entre los hombres, hay un espacio que es necesario guardar, custodiar, habitar, no llenar por medio de artificios o de prótesis, que nunca ofrecerán la felicidad verdadera. El sentir directamente, el percibir in-mediatamente la experiencia del otro, hacía observar Edith Stein, no constituye un momento que sigue a la experiencia de la propia interioridad o de la realidad alrededor de nosotros, sino el momento constitutivo de cada experiencia plena de sí y del mundo. La empatía une a este valor fundador, ontológico, un valor correctivo, propiamente moral, es decir, ayuda a verificar la manera con la cual evaluamos nuestro comportamiento y el de los demás. Pero, hace falta, humildemente, con piedad esencial, mirarnos a nosotros mismos y a los que están cerca, reconociendo así, sin filtros de naturaleza técnica, la condición común de fragilidad, de mortalidad, de fin que, junto a la destinación igual de todos hacia un horizonte de acción fraterna, para que ni el temor de la finitud, ni la ilusión de la potenciación tengan la última palabra.

Antonio CASCIANO
Universidad de Navarra

RODRÍGUEZ URIBES, José Manuel. *Gregorio Peces-Barba, Justicia y Derecho (La utopía posible)*, Madrid: Civitas/Thomson Reuters, 2014, 240 pp.

I. Sin duda la figura del profesor Gregorio Peces-Barba (1938-2012) habrá de dar lugar a múltiples obras que abordan su papel tanto en la historia de la Filosofía del derecho española, como también en la historia de la universidad de nuestro país, y cómo no en el relato y la comprensión de los avatares políticos que vivió España durante la transición democrática. En todos estos campos fue un actor relevante que jugó un papel significativo y digno de atención, y de ahí el interés de las distintas aportaciones tendentes a comentar su pensamiento y su trayectoria.

Precisamente una característica destacada del personaje fue la forma en que combinó sus intereses teóricos con su experiencia práctica, política o de gestión. Como ha señalado el profesor Eusebio Fernández, una forma de definirlo sería considerarlo como «un intelectual con vocación política», que combinó el estudio y la gestión en su trayectoria vital, y que además fue coherente a la hora de armonizar sus planteamientos intelectuales con su ejecutoria práctica.

La estrecha relación existente en el personaje entre teoría y praxis, entre pensamiento y actividad vital, se extiende también a la influencia que tuvieron sus propias experiencias vitales en la configuración de su modo de pensar y en su carácter. Es por eso que probablemente la comprensión del personaje estaría muy vinculada a sus vivencias personales, en lo que quizás podría considerarse como un elemento que colaboraría a una comprensión más completa de su trayectoria. Y si digo esto aquí es porque considero que algunas de las aportaciones del libro que comentamos consisten precisamente en la exposición de ciertas claves de esa relación entre experiencias vitales y pensamiento.

En este sentido la aportación del profesor José Manuel Rodríguez Uribe bebe en gran parte de la estrecha relación que unió al autor con el profesor Peces-Barba. Relación que abarcó tanto la vertiente académica, al poder considerarse al profesor Rodríguez Uribe como uno de sus discípulos, como la política, donde compartieron experiencia de gestión en el ámbito de la asistencia a las víctimas del terrorismo. Y la relación se extendió aún más allá de estos campos, para ser una estrecha y afectuosa relación personal. Sin duda esta relación abre interesantes posibilidades para un abordaje del pensamiento de nuestro protagonista.

En este aspecto otra característica que interesa resaltar, por lo que puede implicar en cuanto a las aportaciones de la obra que comentamos, es la naturaleza de la formación del profesor Rodríguez Uribe, que se lleva a cabo a la sombra intelectual del profesor Peces-Barba, pudiéndose hablar de un *background* teórico en buena parte compartido. Esta circunstancia hace que el libro se escriba desde un contexto intelectual muy próximo al de Peces-Barba, y se manifiesta tanto en la comprensión general de sus planteamientos teóricos como en la facilidad para detectar las influencias intelectuales que tuvo Peces-Barba, que por cierto se destacan mucho en la obra que venimos reseñando. En ella se recoge cómo las ideas claves del pensamiento de Peces-Barba están sustentadas en autores clásicos, ya sean principalmente autores de la ilustración europea, como Montesquieu (con la separación de poderes), Hobbes (la seguridad que aporta el derecho), Tocqueville (las ideas sobre el occidente moral); o en referentes clásicos del pensamiento

español, como Unamuno, Giner de los Ríos, Machado, Fernando de los Ríos, Ortega. Y es interesante cómo se enumeran las referencias en distintos campos, como cuando se habla del lugar de donde bebe el humanismo del autor, o cuando se refiere a aquellos que le inspiran su comprensión de los derechos (pp. 127-128).

Como hemos dicho la proximidad entre el autor del libro y el profesor Peces-Barba alcanza, además de a sus referentes intelectuales, al conocimiento de muchas vivencias personales. Estas se recogen en el inicio de la obra, tanto en la introducción, bajo el epígrafe «El recuerdo y las enseñanzas del maestro» (pp. 38 y ss.), como en el capítulo titulado «Notas para una semblanza intelectual» (pp. 43 y ss.). Hay allí importantes referencias que captan la influencia de sus vivencias en su pensamiento, en su política y en su talante; como las vivencias de la postguerra, o la influencia de sus padres. De su padre, que fue un leal Fiscal de la República represaliado, y de su madre, una mujer con proyección intelectual a la que, como a tantas otras mujeres españolas, la derrota privó de la posibilidad de llevar una vida más plena, no solo al someterlas a una ideología que cercenaba sus posibilidades de desarrollo vital, sino también atenazándolas con el miedo de tener que vivir velando por sus esposos, padres o hijos represaliados... Probablemente bajo esta influencia vital de un ambiente represaliado y resistente, pero a la vez alejado del revanchismo, y deseoso de alcanzar una nueva armonía entre los españoles, es que Peces-Barba supo calibrar en su pensamiento y en su modo de comportarse la importancia de lo que se denominan «los demonios familiares» de los españoles (p. 195), muchos de los cuales eran en buena parte los suyos propios, para colocarlos en su sitio y evitar que se convirtieran en una losa pesada sobre la convivencia futura de los españoles; cosa en la que episódicamente amenazan aún con convertirse.

En la obra también se abordan algunas de las evoluciones importantes que Peces-Barba experimentó a lo largo de su vida, tanto vitales como académicas, como las que se observan en la política, con el paso de la democracia cristiana al socialismo («llegó al socialismo desde el cristianismo y el liberalismo progresista. *Socialista a fuer de liberal*, como dijo Indalecio Prieto. Un socialismo que asume la laicidad del Estado y el respeto a la libertad de conciencia de todas las personas», p. 180); o en materia religiosa, con el paso del cristianismo al laicismo militante (pp. 126-127), o en su visión de los derechos, con el paso de la teoría dualista a la concepción tridimensional de los derechos que se comenta en el libro y a la que aludiremos más adelante.

Del libro me parece también digno de mencionar la impronta estilística que se deriva del carácter culto del autor, y me interesa hacer esta observación porque Peces-Barba fue siempre sensible al bagaje cultural. Vemos desfilar por el texto a Paul Auster, Jorge Luis Borges, Pascal, Oscar Wilde, Pessoa, Philip Roth, Coetzee, Mandelstam, García Márquez..... Aquí las frecuentes citas y referencias literarias de Rodríguez Uribes consiguen aportar expresividad, lucidez o emotividad. Con frecuencia funcionan para iluminar el pensamiento de Peces-Barba, pero en ocasiones también para contradecirle (como cuando después de exponer la opinión de Peces-Barba reticente a admitir el suicidio, por ser la vida el sustento de todos los derechos, recoge una cita contundente y difícilmente rebatible de Pessoa en *La educación del estoico*, donde se dice «Soy libre y estoy decidido. Matarme; ahora voy a matarme» (p. 132). En otras ocasiones se utiliza la literatura para manifestar una sincera e inevitable emotividad. Una emotividad que transita una obra escrita muy poco tiempo después de la muerte de Peces-Barba, y

que se viene a justificar de alguna manera cuando se recuerda cómo el propio Gregorio acabó reconociendo, en la línea de lo afirmado por Norberto Bobbio, que empezaba a concederle mayor importancia a los afectos que a los conceptos (p. 42).

II. Tras las referencias vitales más personales el libro se centra en aspectos académicos que pueden considerarse como los temas más importantes de la trayectoria intelectual del autor. Destacadamente sus postulados entorno a la ética pública, el Estado de derecho, los derechos fundamentales y el Estado social, que serán las partes que articulen en gran medida la teoría de la justicia del profesor Peces-Barba. Una teoría de la justicia muy volcada en los aspectos políticos, jurídicos, institucionales (Estado de derecho, Estado constitucional) y también de organización social (Estado social). El modelo es un modelo esencialmente jurídico, de justicia con derecho, de unos valores y principios éticos y políticos que resultan vinculantes y que se articularán jurídicamente.

Rodríguez Uribes expone como la justicia en el pensamiento del autor tiene dos posibles comprensiones: o como sinónimo de ética pública o como valor que integra a los demás valores y que se define a través de ellos (p. 123). Como valor que integra los otros valores hay que decir que las referencias valorativas esenciales en la obra de Peces-Barba son dos: la dignidad y los valores de libertad, igualdad, solidaridad y seguridad. De estas dos referencias axiológicas bebe además la justificación de los derechos humanos, y de ellas se derivan también los grandes principios jurídicos. Estos valores, que integra la idea de justicia, tienen inmediatamente en el pensamiento de Peces-Barba una transcendencia política, en cuanto el proyecto político que se propone ha de ser emancipador e igualador y ha de dirigirse hacia el ideal de libertad, igualdad y solidaridad (fraternidad, amistad cívica o simpatía) en un contexto de seguridad (p. 76).

En cuanto a la ética pública nos encontramos con una propuesta de ética pública como idea de justicia. La ética pública está compuesta básicamente por las reglas del estado de derecho (gobierno de las leyes), el sistema democrático, los principios de ética política y el reconocimiento de los derechos y deberes fundamentales. En cuanto al Estado de derecho presenta dos dimensiones una de limitación, que representa una garantía externa de barrera frente a la extensión incesante del poder, y otra de organización, que supone la creación de estructuras racionales que aseguren un trato libre e igual para todos y una toma de decisiones objetivas y razonables (p. 105). A su vez el Estado de derecho tiene su continuidad en el Estado constitucional, que es la última fase histórica del Estado de derecho, caracterizado por la incorporación de valores, principios y derechos.

En cuanto a la democracia estaría concebida en términos de soberanía popular como poder constituyente y como poder constituido, libertad crítica y de expresión, sufragio universal, regla de las mayorías, respeto a las minorías, voluntad de consenso, el ser humano como agente moral, doble participación en decisiones y en resultados, importancia básica de la cohesión e igualdad social, primacía del Parlamento como sede de la soberanía popular, función fundamental de las instituciones y de sus poderes ejecutivo y judicial (según Elías Díaz, citado en las pp. 106/107).

Siendo la ética política una parte de la ética pública, un aspecto que se destaca es el de las normas a las que ha de someterse el comportamiento político. En este tema Rodríguez Uribes recoge y hace suyos los ambiciosos estándares de exigencia para el hombre público que estableció Peces-Barba,

desarrollando por ejemplo el concepto de la responsabilidad política como más exigente frente al concepto de responsabilidad penal (pp. 84 y ss.). Finalmente el discurso sobre la ética pública sirve para distinguirla de la ética privada, y para presentarnos esta última, hablando de libertad personal, de construcción del propio plan de vida y de tolerancia respecto de las opciones que cada uno escoja a la hora de plantearse sus estrategias de felicidad. Por excéntricas que sean, son libres solo con el requisito de que no perjudiquen a los demás.

Y así, con estos mimbres, se va reconstruyendo la idea de justicia del Profesor Peces-Barba.

III. Como he destacado, el conocimiento del autor respecto del profesor Peces-Barba le permite abordar lucidamente la comprensión de su pensamiento y trayectoria, y destaca especialmente en algunos aspectos, quizás precisamente aquellos donde con más intensidad se mezcla lo personal con lo intelectual. Por ejemplo en la presentación de Peces-Barba como un jurista en un sentido fuerte, como «hombre de la ley», como «hombre del derecho». Peces-Barba confiaba en el uso del derecho para cumplir una misión. En la capacidad del derecho para construir, en la necesidad de utilizarlo como instrumento, en el imperativo de respetarlo. Peces-Barba insistirá a lo largo de su obra en las virtualidades del imperio de la ley, que contiene al poder, da seguridad a los ciudadanos y es el instrumento para dar respuesta a los conflictos sociales y jurídicos.

Si el ilustrado club de los *nomófilos*, fundado durante la Revolución francesa, se hubiera traspasado a la España de la transición, probablemente Peces-Barba habría sido uno de sus sacerdotes laicos. Para empezar tenía una confianza en el poder del derecho para hacer una sociedad mejor que encajaría bien en el optimismo ilustrado que teorizó Kant. Como señala Rodríguez Uribe «había en Peces-Barba un evidente optimismo ilustrado con una confianza plena en el valor taumatúrgico del derecho; sobre todo de la Constitución y de la Ley, tanto en términos civilizatorios (para asegurar la paz), como emancipadores y cohesionadores (para la igualdad suficiente y la solidaridad con los más débiles)» (p. 161).

El que es definido en el libro como un ilustrado en pleno siglo xx, defendió siempre el legado ilustrado del sometimiento a la ley como manifestación máxima de la libertad de los ciudadanos. Y de ahí su tan repetido «*Servi legis sumus ut liberi esse poseumus*».

La importancia que se concede al gobierno de las leyes le lleva a defender la hegemonía del derecho, «la superioridad final de lo jurídico», incluyendo ya no solo sus formas y procedimientos, sino también sus contenidos normativos y axiológicos consolidados por la historia, todo ello como signo de la evolución de la civilización. Como convencido «hombre de la ley», defendió la superioridad del derecho sobre la política, sobre la economía o sobre el puro decisionismo, en cuanto el derecho suponía para él una formalización y racionalización de la decisión (p. 110).

En el actual contexto social, donde el discurso económico es el predominante, se observa claramente una preterición de lo jurídico, una pérdida de peso de la razón jurídica a la hora de contribuir a configurar el mundo social, frente a los actores económicos con su lenguaje y sus exigencias. Peces-Barba se presenta aquí como un ejemplo de la resistencia del mundo del derecho (un mundo que fue en buena parte artífice de la construcción de la razón pública moderna), a someterse al raciocinio de la ciencia económica. La racionalización de la vida colectiva debería ser articulada por el derecho

antes que por la economía ya que aquel es más sensible a lo social y está pendiente de la justicia. Ha incorporado valores y principios, ha asumido una larga historia de esfuerzos civilizadores, y tiene una visión del sujeto más completa que la que le presenta como un simple agente económico.

Aparece aquí Peces-Barba inspirado por Fernando de los Ríos en su obra «El sentido humanista del socialismo», y por su consiguiente crítica al capitalismo, al que censuraba dar prioridad a las cosas sobre las personas. Como dirá D. Fernando «si queremos hacer al hombre libre hagamos a la economía esclava». La economía ha de ser embridada por el derecho y por la política democrática (p. 163). Y de hecho el Estado social, como modelo propuesto para resolver la organización económica de la sociedad, no será para Peces-Barba un capitalismo corregido o benefactor, sino un modelo político y jurídico genuino, esencialmente cohesionador, con una lógica y unas funciones propias.

Y a la vez nuestro protagonista es algo más, o mucho más, que un mero jurista, que un jurista teórico o un formalista del derecho. Como señala Rodríguez Uribes al jurista le acompaña el demócrata, el socialista, y el republicano, que no se conforma con un derecho formal, sino que le conceden al derecho un papel decisivo para el progreso, la extensión de los derechos y las libertades y la protección de los débiles (p. 121).

Otro perfil que aparece muy marcado en el libro es el de «hombre institucional», el de «hombre de Estado». De su confianza en el derecho como estructura formal que articula la organización social se deriva probablemente también su perfil altamente institucional (p. 47). Peces-Barba dio el paso de hombre de poder, que también lo era (como señaló el profesor Javier de Lucas en la necrológica que publicó tras su muerte en *El País*), a hombre de Estado. Pero además tuvo el mérito a la hora de desempeñar este papel, de serlo sin excesos. De hecho supo teorizar la razón de Estado haciendo hincapié en sus debidos límites. Como señala Rodríguez Uribes, reconocía muy pocas razones a la razón de Estado y a sus secretos que «no son tantos como les gusta afirmar a los charlatanes y creer a los ignorantes». Para Peces Barba «más allá de los que se derivan del *bon sens* y de la salvaguardia del interés general o de la seguridad básica en defensa siempre (y desde la defensa siempre) de los derechos y libertades de los ciudadanos (de los seres humanos) no hay secretos o mentiras de Estado que tengan justificación» (p. 89). Y no solo lo escribió, sino que en una muestra más de su coherencia entre pensamiento y práctica política, llegó a enfrentarse, bajo estos principios, con Felipe González a cuenta de los GAL.

IV. Otra aportación interesante me parece la solidez con que se presenta el proyecto teórico del profesor Peces-Barba. Siempre me pareció que Peces-Barba transmitía en persona una imagen de solidez que se desplazaba a su visión del derecho, la justicia y la política. Se destaca en el libro la forma en que integraba la teoría de la justicia, la filosofía política y la teoría del derecho (p. 33). Peces-Barba parecía capaz de subsumir muchas contradicciones. Nos encontramos con un pensador que lograba dar impresión de mantener una sólida construcción de los conceptos, de las instituciones, incluso de las más complejas. Lo destacable aquí es la capacidad de Peces-Barba para compaginar los fenómenos y darle a cada uno su lugar en un equilibrio que se consigue presentar como coherente y sólido, primero en la teoría y luego en la manera en que con ellos se procede a abordar los problemas de la práctica.

En tiempos de cambios, tiempos que se ven incluso como líquidos, cuando se expande el pensamiento de la incertidumbre y de la inestabilidad, hay

planteamientos que siguen intentando funcionar como asideros capaces de aportar seguridades teóricas y prácticas. Y que frente a la tentación de volver a empezar de cero mantienen la necesidad de trabajar a partir de lo que hay, para evitar la revolución o el vacío, aprovechando los moldes existentes y manteniendo la confianza en las posibilidades de la razón ilustrada.

V. Otro interesante y denotativo rasgo que se destaca en la obra en relación con el pensamiento del autor es su eclecticismo. De «un cierto eclecticismo peces-barbiano» nos hablará Rodríguez Uribe (p. 35). Una tendencia al equilibrio muy presente. Equilibrio entre libertad e igualdad (p. 35); entre memoria y olvido (p. 50); entre franquismo y revolución (p. 46); entre positivismo e historia y entre historia y razón en su metodología a la hora de explicar los derechos fundamentales (p. 153); entre igualdad y diferencia (pp. 185/186); y así un pensamiento que, en su ponderación, llegaba hasta la misma virtud, que también debía tener sus límites (p. 60).

Este espíritu de equilibrio se dio también en su práctica política, ámbito en el que se manifestó siempre alejado tanto del espíritu de facción como de la dialéctica amigo/enemigo en la definición de lo político (p. 87). Y se revela incluso en otra de las notas más destacadas de su personalidad, su pasión por España (p. 49). Concebía a España como una nación de naciones, ya que reconocía como naciones culturales a Galicia, el País Vasco y Cataluña (p. 143), y a la vez hacía compatible este planteamiento con una única soberanía nacional española, lo que representaba «en la práctica un auténtico federalismo funcional» (p. 55), que sin embargo fue imposible reconocer con este nombre en la Constitución, como relata Elías Díaz en el prólogo (pp. 24-25). También en su idea de España, el sentimiento es matizado por la razón, y da lugar así a un patriotismo constitucional. Como se señala «reconocía orgullosamente (a España) como su nación; sin complejos, casi de una forma carnal, como una identidad profunda, pero a la vez sin sectarismo, combatiendo por igual a los separadores y a los separatistas...» (p. 53).

VI. Inevitablemente los derechos fundamentales han de ocupar un lugar en una obra dedicada a la idea de justicia en el pensamiento de Peces-Barba (p. 123 y ss). En el libro se aborda en especial su fundamento (están basados en la dignidad humana y en los valores de libertad, igualdad, solidaridad y seguridad; y su fundamento es una síntesis de filosofía e ideología, de razón y compromiso político (p. 126); y el papel que juega respecto de ellos la razón histórica. Una integración entre razón e historia resulta necesaria para entender y explicar el sentido y el contenido de los derechos fundamentales. La historia sirve para comprender y también para justificar, hablamos de un proceso histórico con un sentido que encaja en la idea de progreso, de civilización de corte ilustrado.

Precisamente en el campo de los derechos fundamentales se plantea la principal discrepancia de Rodríguez Uribe con nuestro autor, en concreto en relación con el paso de la concepción dualista a la tridimensional como fundamento de los derechos. Si en la fundamentación dualista operan la razón histórica y la positivación, en la perspectiva tridimensional se añade un nuevo requisito: que sea posible hacer eficaces los derechos que se reconocen como fundamentales, con lo que la eficacia se iguala a la validez (p. 165). Para Rodríguez Uribe este nuevo requisito, además de resultar contradictorio con otros de los planteamientos teóricos y prácticos de Peces-Barba, como su defensa del Estado social, produce consecuencias teóricas y políticas no deseadas, y hace incluso que se diluya la aportación original más propia de Peces-Barba al tema de la fundamentación de los derechos (p. 167). Y recuer-

da, dando su posición al respecto, que los derechos han de considerarse no son solo como realidades, sino también como aspiraciones.

Resumo para terminar diciendo que nos encontramos ante una valiosa aportación al conocimiento de aspectos esenciales del pensamiento del profesor Peces-Barba, realizada lucidamente a partir de un contacto estrecho, tanto intelectual como personal, lo que resulta especialmente importante para estudiar a alguien en quien teoría y práctica, razón y experiencia vital estuvieron tan próximas.

Ángel PELAYO GONZÁLEZ-TORRE
Universidad de Cantabria

SUSÍN BETRÁN, Raúl, y BERNUZ BENEITEZ, María José (Coords.). *Seguridad (es) y derechos inciertos, Zaragoza: Prentissas de la Universidad de Zaragoza, 2014, 354 pp.*

Creo que ya resulta posible convenir en que los dos principales hechos de la primera década del siglo XXI tienen una inquietante característica en común: ambos afectaron a la idea de seguridad: el atentado del 11 de septiembre de 2001 y la crisis financiera de 2008 que siguió a la quiebra de Lehman Brothers. Si la tensión entre libertad y seguridad con el trasfondo del terrorismo constituyó el tema central de las primeras discusiones sobre justicia, los problemas que suscitó la crisis financiera tuvieron que ver con la desigualdad económica y la inseguridad por el deterioro de los mecanismos de protección social basados en derechos. En relación con la inflación securitaria que siguió al primero de estos hechos, la cuestión que explícita o implícitamente constituía el centro del debate fue algo así como ¿a cuánta libertad es capaz de renunciar una sociedad a cambio de ganar en seguridad? Aunque quizás se trató sobre todo de asistir, no sin cierta impotencia, al predominio pragmático de la antigua razón de estado por encima del discurso de libertades y derechos (la protección de la libertad a costa de la misma libertad), aquí el pivote central era la amenaza del terrorismo y sobre dicha tensión algunos de los responsables de este volumen ya tuvieron ocasión de exponer sus puntos de vista (así en el tomo coordinado en 2006 por Bernuz y Pérez Cepeda *La tensión entre libertad y seguridad. Una aproximación sociojurídica*). Más cerca del objeto del libro que ahora estamos reseñando, la (in) seguridad de la que podemos hablar tras el segundo de estos «grandes hechos» tiene que ver con la forma en que los ciudadanos observan su porvenir y supervivencia ya no solo frente a aquella primera doble amenaza difusa (el terror y el control gubernamental) sino en su existencia diaria, la que tiene que ver con la alimentación, la salud, la educación así como con esa parte de la realidad que guarda relación con las esperanzas y planes de vida. Se trata aquí de una precarización no solo laboral sino *vital* ligada a la percepción de la fragilidad de los mecanismos jurídicos de protección de las contingencias y a la inseguridad derivada de ella.

Efectivamente, el volumen colectivo que coordinan los profesores de la Universidad de La Rioja y de la Universidad de Zaragoza, Raúl Susín y M.^a José Bernuz, respectivamente, *Seguridad (es) y derechos inciertos* avanza sobre todo en ese último grupo de cuestiones y lo primero que se puede decir de él es que un acierto de su planteamiento resulta de partir de una noción amplia de la seguridad que permite, de un lado y de forma general, ubicar histórica y socialmente las novedades de un tema recurrente; de otro lado y de forma más particular, vincular esas condiciones vitales (auténticos *prius* ontológicos) con los derechos. La perspectiva es casi siempre socio-jurídica, pero de ese tipo que, afortunadamente, no siente ajenas a su conocimiento específico las reflexiones de pensadores como Agamben, Deleuze o Foucault. Pero vayamos a los temas más concretos que aborda el libro.

Un primer rasgo –lo hemos apuntado ya– caracteriza el fondo de este volumen: la preocupación de sus coordinadores y colaboradores (investigadores del Laboratorio de Sociología Jurídica en la Universidad de Zaragoza y de la Universidad de La Rioja en su mayoría) tiene que ver con una idea tan amplia como central: la seguridad. Hemos comenzado recordando que esta idea adquirió en la primera década del siglo XXI una importancia crucial en la

evolución de nuestro orden socio-jurídico debido básicamente a dos acontecimientos: el ataque terrorista a las Torres Gemelas y la quiebra de Lehman Brothers. Ambos (o mejor las políticas que siguieron a ambos) removieron el suelo sobre el que se asentaban acuerdos y convicciones, de ahí que una de las preguntas que todos los participantes en esta obra colectiva se han planteado es: ¿cómo queda afectado el sistema político y jurídico? El prólogo «Introducción: errores y tensiones en torno a la seguridad» (pp. 9-8) firmado por Susín y Bernuz apunta algunas respuestas generales y da coherencia a los distintos enfoques, metodologías y prioridades teóricas que integran un volumen que aúna acercamientos específicos a derechos y legislaciones, taxonomías de los enfoques de la relación de la seguridad con los derechos, teoría de la justicia y de legislación, aspectos actuales de cuestiones típicas de la filosofía jurídica (en ese sentido extenso que incluye la reflexión penal, la sociológica, etc.), biopolítica, dispositivos de control, preocupación por colectivos humanos.

Precisamente, creo que está en el haber de la primera de las autoras del volumen, recordar el carácter no coyuntural sino clásico de una discusión teórica. Como recoge el atinado trabajo de Bernuz, en el debate («eterno») entre seguridad y derechos, el delineamiento de la seguridad se aparece de pronto como valor social fundamental, emerge también ligada a él la tendencia a comprender las políticas penales (pero no solo ellas) como herramientas en la protección de los derechos individuales. Todo ello significa un cambio en la forma de presentar los derechos pero también las instituciones políticas y jurídicas con ellos relacionados. Efectivamente, desde la función de los derechos en las políticas criminales hasta el cuadro de dolor que surge de la gestión neoliberal de la crisis financiera, desde la evolución morfológica de la propia idea de seguridad hasta el trasfondo del acabamiento (desmontaje en términos de Susín en el capítulo que cierra este volumen) del Estado social o de bienestar, el volumen *Seguridad (es) y derechos inciertos* realiza una aproximación crítica con las ideas preconcebidas y exigente con el significado de los derechos. Una aproximación que equilibra miradas generales con la atención más particular a aspectos (legislaciones y derechos) específicos; un cuadro equilibrado (razonaremos enseguida por qué) sobre distintos impactos del polisémico concepto de seguridad. Sin perjuicio del interés individual de las aportaciones, el núcleo del libro lo constituye la suma poliédrica (en algún punto incluso divergente) de perspectivas e intereses investigadores entorno a la evolución actual del dilatado concepto de seguridad, su incidencia en las actuales políticas de control e incluso, aunque de forma menos explícita, en la conformación de lo que autores como Enrique Marí denominaban no hace mucho «imaginario del orden». Dado el carácter polifacético de la seguridad, creo que es una buena elección situar el texto de la investigadora del Laboratorio de Sociología Jurídica María José Bernuz, «*La función de los derechos humanos en las políticas penales y criminales*» (pp. 19-45), encabezando el volumen. Queda clara en él la intención decidida de observar atenta y críticamente la evolución de la seguridad en una trama especialmente viva como resulta el contexto socio-histórico de la crisis. Que la mirada es atenta queda patente en la diversidad de posturas que sobre la función de los derechos humanos en las políticas penales, recoge. La no asunción acrítica de dicotomías y juegos de suma cero o el tono (justificado) de alerta ante la visión extendida de una suerte de derecho a la seguridad individualizado (frente al peligro del «otro») evidencia la segunda nota de esa mirada. También me parece un acierto dejar a la entrada del volumen el texto de Bernuz

porque es un exponente del sugerente uso de las herramientas y modelos teóricos utilizados por el Laboratorio de Sociología Jurídica de la Universidad de Zaragoza crecido al abrigo de uno de los referentes de este saber en nuestro país, el profesor Manuel Calvo, así el acento (de Bernuz) puesto en las consecuencias prácticas del debate sobre la seguridad (contraste entre cárcel «legal» y «real»), en su abordaje del delito y del castigo no como fenómenos naturales, «sino decididos en cada momento en función de una precisa coyuntura social, política y, por supuesto económica» (p. 41) o en el giro en la función de los derechos fundamentales respecto a la política criminal: «Si, antes, la protección de los derechos humanos representaba un límite a la extensión penal. Hoy en día, en un clima de inseguridad se destaca la potencialidad de las políticas criminales como herramientas idóneas para proteger los derechos humanos y, en consecuencia, justifican su inflación» (p. 20). A partir de ahí se exponen las distintas funciones o mejor, concepciones del derecho penal: limitadora (en una triple dimensión: normativa, sancionadora y procedimental), ideal (iluminadora de una concepción de la política penal y criminal), justificativa, paradójicamente, de una mayor intervención gubernamental frente o a pesar de los derechos. Bernuz describe críticamente esa última función como consecuencia del abandono del modelo clásico del Estado de Derecho, en el que el paradigma de los derechos operaba como límite al poder punitivo del Estado. Ese paradigma cede ante la extensión de un imaginario del orden (una serie de «leyendas urbanas» en expresión de la autora) que se beneficia de la pérdida del original sentido universal, social y colectivo de los derechos en favor de una visión individualista (en el sentido degradado del término) de los derechos subjetivos (pp. 21-34). Esa versión de derechos que se repliegan sobre el individuo (como justificación del recorte paralelo en «el otro») olvida que la seguridad *funciona mejor* cuando actúa «como valor medial en la realización del resto de derechos y libertades de todos los ciudadanos» (p. 33). Todo ello da lugar a un nuevo esquema en el que los derechos (ya no o ya no solo de las víctimas sino de las víctimas potenciales) operan como legitimación de la expansión punitiva (pp. 34-45).

«Guerra-mundo y Estado-guerra: el bando global» (pp. 47-78) es el título de la aportación firmada por Daniel Jiménez Franco. A partir de una compleja cita de Agamben y con un utillaje tan híbrido como estimulante (de Foucault a Arendt), Jiménez Franco articula un trabajo igualmente complejo y tan sugestivo como los del filósofo italiano impulsor del concepto de «nuda vida». Su análisis rico en matices (desplegados por el autor en trabajos más extensos) abarca desde la crítica al abandono del derecho en relación con los crímenes contra la humanidad (pp. 60-63), la «gestión paranormativa del desorden global», la visión y función de los derechos humanos desde el neoliberalismo, la violencia estructural, la crítica a los procesos típicos de lo que se apunta como «imperialismo-global» (pautas de colonización y saqueo) y como expolio de tipo local-intraestatal relacionado con la negación/ineficacia deliberada de los derechos fundamentales (p. 57), el costado oscuro del humanitarismo (de la intervención bélica-humanitaria), el horror de Gaza, la acumulación-desposesión (p. 58), la cuestión del «bando global» y otros aspectos de un incisivo examen de nuestro mundo. En la línea de las mejores ideas de Morrison (la brecha abierta por el imperialismo), Wacquant (los gobiernos de la inseguridad social), Žižek (el contraste entre lo posible-impensable y lo imposible en el tiempo de la post-política) o el imperialismo como cualidad endémica del capitalismo (Harvey y Amin), nuestro autor disecciona los elementos bélicos en el devenir de la seguridad y de las políti-

cas punitivas más actuales: una lectura económica de la seguridad y del castigo de la que se puede decir que sacude las ideas del lector de forma que las nociones de prisión, capitalismo, mercado o Estado no vuelven a ser tan pacíficas como antes.

Interesantes orientaciones desde la perspectiva teórica de la gubernamentalidad aporta el texto de David Vila Viñas «*Nuevas hipótesis sobre la reconfiguración de las dimensiones penales y sociales de la seguridad*» (pp. 79-108). Se repasa aquí incisivamente el modo en que la seguridad se ha conceptualizado y atendido a través del ámbito socio-penal, en qué medida el nuevo paradigma afecta a los diagramas de seguridad conocidos hasta la fecha y qué otros discursos y técnicas de seguridad están formándose en la estela de ese declive (p. 80). En el examen de la influencia en la seguridad de la revisión de los ámbitos penal y social, aparecen sugestivas sub-líneas de investigación: la novísima racionalidad punitiva (pp. 91-93), la seguridad del mercado como metonimia de la seguridad de la economía, la propia problematización y redefinición contemporánea de la seguridad, el declive de la gubernamentalidad social, nuevas narrativas de lo penal, funcionalidades extrapenales, la prisión (estrategias de seguridad por espacios penales) o la obturación de la función de gobierno a través de lo penal (pp. 81-90). Por su parte, la modificación de la concepción de la seguridad a través de la privatización propia del pensamiento neoliberal en la crisis del bienestar es parte del marco donde el autor describe, no solo el debilitamiento, sino el fin de lo social (pp. 94-103).

Manuel Calvo García firma un artículo «*La reforma “anunciada” de la ley de seguridad ciudadana: un nuevo giro de tuerca a la seguridad de los derechos*» (pp. 109-140) que tiene la actualidad no solo como último trasfondo, sino como prueba de que sus reflexiones han estado bien encaminadas. El texto no se detiene en señalar elementos de continuidad entre dos legislaciones sino la concepción política y socio-jurídica que les subyace. Análisis de un modelo de control (el de la Ley de Seguridad Ciudadana), señalamiento de sus aspectos más hostiles (a una concepción mínimamente robusta de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico) y crítica de las derivas autoritarias y de derechos del control preventivo en sentido amplio (p. 110) a través del análisis de distintas sentencias y ponderaciones casuísticas, el texto de García Calvo permite situar la apertura de espacios de discrecionalidad crecientes en las nuevas políticas de seguridad más allá de la tesitura de los problemas hermenéuticos (científico-jurídicos) de la normativa sobre seguridad. Una parte central del artículo se dedica a los problemas (en términos de abusos) que plantea la discrecionalidad policial y las imprecisiones regulativas de la Ley en la «sociedad de la seguridad». La despenalización de ámbitos de control social para administrativizarlos (y flexibilizarlos) en aras de la eficacia policial, el aumento de la ambigüedad calculada presente en la formulación de muchos de sus preceptos (p. 114), la pérdida de garantías paralela al aumento del margen discrecional son todos ellos rasgos de un modelo de control que solo es explicable desde la atención a la realidad social –incluyendo la aproximación a la praxis de la discrecionalidad judicial (pp. 129-135)– y en particular a la creación de un clima de generalización e imprevisibilidad del riesgo social vinculado a la «inseguridad ciudadana» o a una suerte de «normalización del control» (p. 122) postkeynesiana. En la perspectiva diacrónica del autor, se analiza presente y pasado a partir de la jurisprudencia de casos representativos para describir jalones gráficos del tránsito de un sistema de control basado en la justicia penal hacia una sociedad de la seguridad. Se expresan,

por último, (muy razonables) motivos de preocupación hacia confusiones gubernamentales (la seguridad como control del orden público en lugar de como condición de la protección de derechos y libertades de los ciudadanos, también de los que protestan o se reúnen). Una de las conclusiones más sugestivas de su trabajo tiene que ver con la exploración de nuevas, garantistas y exigentes modalidades del principio de presunción de inocencia.

«*La inseguridad penal-económica en el postfordismo*» (pp. 141-170) firmado por Sergio Pérez González constituye una mirada escéptica, en algún punto novedosa y en otros *superadora*, de los enfoques más o menos estándar de la dogmática penal en relación con las conductas económicas ilícitas. Su trabajo está anclado en una realidad cambiante pero en la que ya es posible observar cómo los efectos derivados de la celeridad en la que mutan los nuevos formatos comerciales, laborales, inversores o fiscales resultan cada vez menos previsibles (p. 141-142). Pérez González aborda esa inseguridad típica de una economía postfordista en relación con la expansión de lo penal. A través de la descripción profunda de la coyuntura que da lugar al derecho penal económico y a las nuevas inseguridades psicosociales (en un enfoque muy distinto a la conocida *Psicopolítica* de Byung Chun-Hal) el autor apunta (pp. 164-168) un diagnóstico y una serie de conclusiones a tener en cuenta. En relación con el estado actual (y urgente) de cosas, la exposición a un derecho penal incierto provoca una persistente inseguridad jurídica cuyos óbices se describen bien; respecto a las conclusiones, de un lado la dogmática penal presenta aporías a la hora de digerir los aspectos más novedosos de la última regulación económica, de otro, la ley penal-económica, su procedimentación formal, no solo debe atender a normalidades externas sino que se enfrenta al reto de integrar otros estadios previos de ley que el penalista suele tomar como un entorno ajeno a la dogmática.

De acuerdo con los estudios ya clásicos de Foucault, la seguridad es un dispositivo biopolítico que cataliza y disemina una amplia gama de prácticas y discursos. Su elemento en común es la vida humana protegida en cuanto elemento útil para el Estado y el mercado. El artículo de Bartolomé Ruiz «*Los dispositivos de seguridad y la excepción biopolítica*» (pp. 171-200), asume una posición crítica sobre su (im) pertenencia y amenazas a la vez que actualiza el carácter paradójico de este dispositivo. Lo hace desde una reivindicación muy razonada de la oportunidad de los estudios sobre la excepción del italiano Giorgio Agamben; en el fondo se dibuja la forma en que estos dispositivos se imbrican de forma estratégica en el gobierno contemporáneo de las sociedades: a mayor inseguridad, más demanda de control. El autor muestra «un esbozo arqueológico de la seguridad como dispositivo biopolítico». A la vez, y con las herramientas conceptuales del autor de *Homo Sacer* describe las técnicas de excepción jurídica como parte operativa del dispositivo de seguridad. Para ello se hace un recorrido genealógico por conceptos y modalidades de castigo, disciplina y control: tecnologías de control social, noción de campo (pp. 190-191), relación entre excepción y poder soberano (pp. 187-189), administración de la vida humana como objetivo último de la biopolítica foucaultiana que Agamben sitúa en el origen del derecho occidental. Especial énfasis el que se hace de la «excepción» de acuerdo con las tesis de Agamben sobre el «homo sacer»: (pp. 179-183); vida fragilizada, vulnerabilidad total en tanto que vida despojamiento del derecho. Paradigma de la excepción jurídica, de la excepción como exclusión: sacado del recinto de protección del derecho por un acto del soberano, el homo sacer resulta mera vida natural expuesta a toda violencia sin ninguna defensa jurídica o política.

Bartolomé Ruiz pone en relación la tesitura de ese ser viviente, de ese nuevo (o no tan nuevo) excluido, con la actual extensión de actos de excepción económicos, políticos, jurídicos (se cita las senzalas y luego la guerra preventiva, los limbos del tipo de Guantánamo, pero uno piensa pronto también en los centros de internamiento de extranjeros). La excepción afecta al concepto de seguridad como técnica de gobierno, por ello pronto el autor recurre a las tesis de Schmitt para comprender mejor los meandros epistemológicos que traman el dispositivo de la excepción; «elaborar posiciones críticas que puedan neutralizar más eficientemente la vertiente autoritaria del decisionismo» (p. 185) y uno añadiría que también para desmontar la pretendida normalidad de la lógica de la exclusión. Abandono de la vida tras su inutilidad, vacío técnico-formalista, la existencia sin vigencia de derechos fundamentales funciona como excepción normalizada en la vida de los excluidos (p. 198). Pare ellos la excepción es la norma, sobrevivir con la negación efectiva de sus derechos es «norma de vida» (p. 198).

De acuerdo con Alain Touraine, la globalización es ante todo una ideología. No es la suya, desde luego, la única voz que se ha ocupado en señalar el carácter no aséptico de este proceso de ámbito planetario. Con muchas otras visiones de la globalización (de Bauman a Held, de Ferajoli a Hinkelammert) la autora del texto «*Seguridad jurídica y derechos humanos en el marco de la globalización*» (pp. 201-228) M.^a José González Ordovas parte acertadamente de una concepción económica (*laissez-faire* global, localismo extendido, desregularización particular) pero, por tanto, también *política* de la globalización. Una concepción «donde se cruzan, como en un camino, la escasez, la libertad y la acción», una concepción que en la medida en que tiene que ver con elecciones (y con la disyuntiva ética que estas elecciones llevan aparejadas) resulta cercana a la reflexión propia de la filosofía del derecho. Efectivamente, la globalización que sirve de marco a la autora tiene que ver con la consolidación de una economía que determina el comportamiento social, un proceso que altera equilibrios, un modelo de relaciones político-económicas no exento de profundas contradicciones vinculado con las nociones de Estado, democracia y derecho. Se observa con aspereza la tensión del modelo de globalización con éstas, su impacto en el concepto de seguridad jurídica (pp. 217-223), en la metáfora del contrato social, en la antropología social (la globalización que aumenta la desigualdad a la vez que culpabiliza a las víctimas). De acuerdo con el análisis de González Ordovas, los efectos de esa globalización como ideología que elige y extiende un modelo económico particular, se dejan sentir en el Estado de derecho, en la soberanía, en la idea de legitimidad, en la ciudadanía. Nada queda intacto.

La forma en que el derecho trata de garantizar cierto nivel de seguridad frente a la incertidumbre se manifiesta también en el tratamiento que el ordenamiento jurídico da a las situaciones de dependencia, por ello la inclusión del texto de Jorge Gracia «*Vulnerabilidad e inseguridad. El derecho a la atención de las personas en situación de dependencia*» (pp. 229-260) está perfectamente justificada. El pertinente estudio de Gracia Ibáñez parte de un concepto amplio de dependencia que abarca la dependencia estructural de las personas mayores y centra su análisis en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) así como en el derecho a la promoción de la autonomía personal de las personas en situación de dependencia a partir de la Ley 39/2006. La noción de riesgo tiene una importante relación con la vejez por ello en este análisis socio-legislativo se observan críticamente los principales problemas y desajustes de la normativa vigente mientras se perfi-

lan conceptos como el de vejez, dependencia (y sus tipos), vulnerabilidad, teorizaciones sobre el carácter estructural de la dependencia (pp. 234-242) o el cuidado de los mayores y cómo afecta a todo ello el actual contexto socioeconómico.

Partiendo de la conocida tesis de Norberto Bobbio sobre el carácter histórico de los derechos humanos y de las fases (positivización, generalización, internacionalización) que estos han atravesado, José Martínez de Pisón en «*Inseguridad y educación. El sistema educativo en situaciones de conflicto armado*» (pp. 261-283) describe la relación, como impacto negativo, de los conflictos humanos en la implementación y eficacia del derecho a la educación. Se recuerda su filiación moderna e ilustrada (ligada al propósito de combatir la ignorancia, la superstición y el prejuicio), el papel activo del Estado en el siglo XIX, en la provisión de educación como instrucción pública de los ciudadanos y ya en el siglo XX la positivación como derecho humano en el artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (art. 26) y en el Pacto de 1966 sobre derechos sociales, económicos y culturales (art. 13). Se recuerda la dificultad de su ratificación, extensión y materialización. A partir de ahí, Martínez de Pisón se centra, inteligentemente, no en los problemas de fundamentación ni en controversias de tipo ideológico, sino en su efectividad. La organización de cumbres de alto nivel (Jomtien, Dakar) que tienen como objetivo impulsar la realización del derecho humano a la educación, la formulación del programa «Enfoque Basado en Derechos Humanos» liderado por Naciones Unidas y por la UNESCO o la Declaración de Objetivos del Milenio (2000) aún pueden observarse más que como jalones en el recorrido del derecho universal a la educación, como parámetros y guías de acción (pp. 263-268). El objetivo de una educación primaria gratuita y universal (una educación para todos) es no solo cuantitativo sino también cualitativo (calidad de la enseñanza fundada en valores y principios de los derechos humanos). Se repasa luego, el mayor o menor éxito de los instrumentos de la UNESCO así como las principales conclusiones de los informes anuales de la Educación para Todos. El autor dedica un tercer bloque a los conflictos armados no solo en tanto que obstáculo para su realización sino también como factor de perversión de sus contenidos, propósitos y últimos fundamentos; un bloque que echa luz sobre la incidencia de la crisis financiera y de las crisis humanitarias (como resultado de las mismas guerras) en la ya difícil situación de este derecho irrenunciable tan ligado a la posibilidad de crear conocimiento y confianza mutua entre los últimos destinatarios de los derechos humanos.

En 2012, el ministro de Justicia, Alberto Ruíz Gallardón reconocía, a la hora de explicar las políticas de austeridad del ejecutivo, que «gobernar, a veces, es repartir dolor» un momento de parresia gubernamental que sirve a David San Martín Segura en «*El dolor y la deuda. Mentalidades de gobierno en la crisis financiera del Estado*» (pp. 285-319) para analizar con profundidad crítica los reajustes de la gubernamentalidad en el contexto de la crisis financiera. Momento de parresia, semejante a esa otra franqueza sin parapeto de Margaret Thatcher («No existe tal cosa como la sociedad») a partir del cual o de los cuales, San Martín, con mucho utillaje foucaultiano, extrae pensamientos lúcidos sobre las distensiones de tipo biopolítico (inclusión de la vida de la población en el diagrama de gobierno) en el marco de las relaciones entre el sujeto sufriente y el Estado (p. 288). Retórica del dolor, biopoder liberal, «*oikonomia* abiertamente dolorosa» (p. 291), deuda como dispositivo lacerante: subtemas todos inteligentemente aprehendidos para describir el

Estado-providencia neoliberal como entramado de relaciones de competencia tendente a fortalecer la funcionalidad de la deuda (y su carácter afflictivo) como instrumento de gobierno. A partir de ahí, apoyándose o discutiendo con un ecléctico haz de autoridades (de Deleuze a Watari pero también de Say a Adam Smith) se desentrañan las aporías de la deuda soberana, el problema circular de la soberanía (p. 296), el neoliberalismo y el encastre económico del soberano y sobre todo, una vez socavadas las bases conceptuales clásicas de su poder, la emergencia del *painfare State*: reparto del dolor y biopolítica liminar, pautas de veridicción gubernamental bajo la égida de la austeridad «en realidad una declinación soberana de lo político» (p. 313). Un artículo que tiene la facultad de permitirle al lector levantar la vista del texto con el mismo interrogante de Nietzsche elegido como frontispicio: ¿En qué medida puede el sufrimiento ser una compensación de las «deudas»?

El trabajo de Raúl Susín Betrán que cierra este volumen colectivo, «*La desinversión del Estado del bienestar. La realidad de desigualdad (e inseguridad); las posibilidades de democracia (y libertad)*» (pp. 321-354) se detiene en los efectos sociales, jurídicos y políticos de la intensificación en el proceso de declive (programado, si se quiere) del Estado de bienestar tras la crisis de 2008 o mejor, tras la gestión política de la crisis de 2008. Un contexto de crisis que «ha intensificado la redacción regresiva del contrato social» (p. 322). A partir de ahí, el investigador de la Universidad de La Rioja, traza una documentada sociología de la desigualdad: datos de la EPA, INE, indicadores típicos de desigualdad (Gini, AROPE) pero también de la OCDE o del propio FMI dejan bien a las claras un marcado proceso de dualización, una senda de precarización e «inseguridades calculadas» (p. 324). La extensión de los *working poor*, el retorno a imágenes literarias como las dejadas por Dickens o Zola, la mercantilización (o el fin de la desmercantilización) de espacios sociales (p. 327), el incremento de la desigualdad en la UE y particularmente en España, 2010 como punto de inflexión de un movimiento gubernamental que reduciendo los ámbitos sociales (laboral, educación, sanidad, prestaciones básicas...) reduce a la vez la propia idea de democracia (p. 329). De acuerdo con el autor, detrás de esas medidas de ajuste y austeridad se encuentran no solo criterios económicos sino «opciones ideológicas que gestionan el valor político de una inseguridad social a la que ellas mismas no son ajenas y sobre las que se levanta un nuevo modelo con implicaciones políticas, sociales, económicas, culturales, éticas, antropológicas...» (p. 331). Cifras y opciones políticas que avalan la tesis de Susín sobre la *desinversión* del estado de bienestar: cadenas de negatividades, desasosiegos, dinámicas generadoras de desigualdad y fragmentación social; todo confluye en el efecto desocializador que tiene la misma desigualdad (pp. 334-335). Esto es, frente al modelo de integración que suponían las democracias occidentales del sistema de protección público las actuales respuestas políticas suponen, sobre todo, «una redefinición ideológica del modelo social» (p. 335). Es, también, el riesgo social, ya no solo de la pobreza, sino de la misma desigualdad sobre la que alertaron no hace mucho Stiglitz, Wilkinson y Pickett o Bauman: la desigualdad hace disfuncional a la sociedad, la extrema concentración de la riqueza es incompatible con la democracia real (p. 339), la colonización de las decisiones políticas por lo económico (Estefanía) o la falta de libertad son el terreno del mesianismo político, el populismo y la xenofobia: «enemigos íntimos» de la libertad (Todorov). La contribución de Susín termina haciendo referencia al miedo como instrumento de regulación social, a la angustia existencial (Ramoneda)

como mecanismo eficiente del poder, la ansiedad permanente, la «economía del miedo» (Estefanía). Se acaba en alto, en el esfuerzo que tiene que ver con las posibilidades de la democracia para exorcizar miedos, para superar el panorama «de capitulación de la democracia y la política ante la economía y el mercado» (p. 346). Se trata de una especie de «estrategia totalizadora de subversión», de desmontar la (falsa) creencia en la falta de alternativas, recuperando las posibilidades de transformación, un nuevo contrato social con un modelo económico, social y político que recupere la tendencia a la seguridad existencial que se materializaba en el Estado de bienestar y recoloque a la persona, a su bienestar y a su dignidad, en el centro de las decisiones. Recoge para ello, Susín, las tesis más fuertes de Bauman, la propuesta de la Renta Básica, el regreso al espacio público en una democracia «reapropiada» (p. 350) o, de acuerdo con Hessel y Morin, «una política del desear vivir y del revivir que nos arranque de una apatía y una resignación mortales».

Concluyendo: libro plural, en algún punto apoyado en teorizaciones divergentes pero siempre perfectamente actual, pero no de esa actualidad que empuja al juicio apresurado sino la que apela a la reflexión trabajada. Una reflexión a la que obligan ciertas tendencias preocupantes: la subjetivización de la vertiente punitiva de la justicia (en algún punto relacionada con la extensión de lo que la afilada pluma de Sánchez Ferlosio llama el «victimato»), las restricciones de derechos, la expansión de lo penal (en la modalidad del control preventivo) como conjura de los miedos (algunos de ellos de tipo atávico). Libro también sólido que resiste perfectamente determinados excesos retóricos y tonos literarios o el hecho de que algunos títulos parezcan perfectamente revisables. En su haber destaca la comprensión tan sólida como amplia (o sólida gracias a la conciencia de su amplitud) de la poliédrica cuestión de la seguridad como también el deseo de situar por encima de todo la democracia y los derechos. La seguridad es un medio para lograr la efectividad de los derechos. Como recordaba el profesor García Calvo, una intervención legítima hecha en su nombre no solo tiene que cumplir con los formalismos de rigor, sino que tiene que estar de acuerdo con condiciones substantiva y ético-políticas. Alrededor de todo esto, una idea fundamental justifica definitivamente la inclusión de este volumen bajo el rótulo de los de Filosofía del derecho y es que, junto al abordaje crítico de todas las tendencias examinadas, la tensión entre el derecho a la seguridad y la promoción de la seguridad que ofrece la protección de los derechos tiene que ver con la idea de justicia.

Más de una década después de los atentados del 11/S y tras una de las crisis financieras y económicas más perniciosas de la historia (o, como señala la contracubierta de este libro, «ahora que lo vamos perdiendo todo») si algo ha quedado en evidencia es que la seguridad sin el resto de condiciones vitales no es más que una ilusión. El volumen *Seguridad (es) y derechos inciertos* avanza en esas cuestiones consiguiendo, y esto es lo mejor se puede decir de un libro de estas características, elevar razonablemente el nivel debate.

Jesús GARCÍA CÍVICO
Universitat Jaume I

ZÁRATE RIVERO, Belén. *La tutela de la dependencia en el ordenamiento jurídico español. Principios constitucionales y desarrollo normativo*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi. 2015, 408 pp.

Se presenta en este libro, obra de la Dra. Belén Zárate, Vicerrectora de Comunidad Universitaria y Directora del Departamento de Filosofía del Derecho de UIC Barcelona (Universitat Internacional de Catalunya), un balance de los casi diez años de la entrada en vigor en España de la Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (LAP o Ley de dependencia). Precisamente en 2015 se completaba el sistema introducido por dicha ley. La LAP pretendía asistir a las necesidades de un amplio colectivo de personas desde el principio de igualdad de oportunidades, proporcionando, a la vez, unos mecanismos de medición de la dependencia y un catálogo de servicios y prestaciones a disposición de la persona en situación de dependencia. Para eso era necesario conciliar, partiendo desde los principios constitucionales, la legislación vigente, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, con la nueva ley. Por este motivo, la aplicación de la LAP no se auguraba fácil, a lo que se sumó la crisis económica, que ralentizó los plazos originariamente previstos. Todos estos temas se tratan en el libro que aquí se reseña.

Esta obra se podría comentar en tres grandes bloques: el primero es de naturaleza conceptual (capítulo I). El segundo engloba el marco jurídico de la Ley de dependencia (capítulos II-V). El tercero aborda el tema de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia social (capítulo VI) y la normativa sobre la dependencia en esos dos ámbitos, así como los desarrollos posteriores a la LAP (capítulo VII). Este es el esquema que vamos a seguir en esta reseña.

El concepto de *dependencia*, de reciente introducción en el mundo del Derecho, mantiene un parentesco con otros conceptos como el de incapacidad (estado declarado, en sentencia judicial firme, de limitación o inexistencia de la capacidad de obrar o de tomar decisiones), discapacidad (reducción de la funcionalidad debido a diversas causas médicas y sociales), infancia (situación de dependencia –transitoria– por excelencia) o ancianidad (algunos ancianos, por sus circunstancias, son dependientes). También la dependencia se relaciona con otros conceptos como el de autonomía (capacidad de autogobernarse y desempeñarse en la vida cotidiana) y el de cuidados de larga duración (como respuesta a determinadas situaciones de dependencia). El análisis de todos ellos (capítulo I) ayuda a delimitar el concepto mismo de dependencia y también a detectar los solapamientos que se producen, sobre todo entre dependencia y discapacidad (la dependencia surge cuando la discapacidad es de tal grado que hace al afectado requerir ayudas suplementarias para determinadas funciones esenciales).

Una vez realizada esta tarea de deslinde, se puede pasar a estudiar los elementos estructurales de la dependencia: su duración en el tiempo (que puede interpretarse de modos variados), sus múltiples causas, su variable intensidad (que ha dado lugar a la distinción de tres grados de dependencia) y, finalmente, la personalización de la dependencia. Este último punto lleva a centrar la atención tanto en la persona en situación de dependencia como en los cuidadores, formales (profesionales) e informales (familiares, mayormente, pero también el tercer sector), y en la utilización de apoyos instru-

mentales y tecnológicos. Finalmente, se habla de las prestaciones económicas para hacer frente a las exigencias del cuidado de una persona dependiente. A lo largo de este primer capítulo, la autora realiza un esfuerzo para mostrar posibles incoherencias o ambigüedades en la terminología que arrojan luz sobre las diversas posturas adoptadas en el periodo de redacción de la Ley y en su posterior interpretación.

Pasando al marco jurídico de la LAP, éste se analiza en una serie de círculos concéntricos en un movimiento centrípeta que parte de los documentos internacionales y acaba en la Constitución de 1978. Así pues, la autora trae a colación los documentos de Naciones Unidas y de los organismos europeos en los cuales se aborda el tema de la dependencia (capítulo II). En primer lugar, se señala que la asistencia a las personas en situación de dependencia tanto en los documentos de Naciones Unidas como en aquellos del ámbito europeo está planteada desde un punto de vista más amplio: el del desarrollo de la persona en todos sus aspectos. En el ámbito de la ONU, un momento clave es la Convención de los derechos de las personas con discapacidad (2006), mientras que en Europa, son varios de los documentos, pero uno menciona expresamente la dependencia: la Recomendación R (98) 9, que establece una definición de dependencia que será adoptada en legislaciones posteriores. Allí se define dependencia como el «estado en el que se encuentran las personas que, por razones ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual, tiene necesidad de una asistencia y/o ayudas importantes a fin de realizar las actividades corrientes de la vida diaria». Esta definición tiene relevancia porque la Ley 39/2006 realiza una versión de la misma que sigue muy de cerca el texto original.

Después se llevan a examen el Derecho privado (empezando por el Derecho de familia y pasando por otras instituciones protectoras que aparecen cuando la familia falla) y público español, con una especial consideración del Derecho social (sobre todo, en lo que se refiere a la Seguridad Social y los Seguros Sociales) y, finalmente, la figura de la Gran Invalidez (1932), que contemplaba una prestación para el trabajador que había quedado necesitado de la asistencia constante de otra persona. El breve repaso que la autora hace a la normativa española desde los años 30 hasta los 70 se detiene especialmente en esa figura. Esta revisión se hace en dos bloques: desde los años 30 a los 50 (en los que surgen numerosas instituciones de protección de la familia, los discapacitados y la vejez, así como evoluciona la Gran Invalidez), por una parte, y entre los 60 y 70 por otra (con el surgimiento de la Seguridad Social, que integra los Seguros Sociales, los Servicios Sanitarios y la Asistencia Social).

En el capítulo III la autora pasa a analizar tres artículos de la Constitución de 1978. El primero de ellos, a.39, hace referencia a la protección de la familia, los hijos y los padres. Aparece aquí un primer ámbito de personas dependientes (los niños) y de personas cuidadoras (los padres) y la consideración de la familia como grupo. El artículo 49 también se comenta en este capítulo: allí se habla de la tutela de los discapacitados («disminuidos» en el texto constitucional). Para ellos, se contemplan medidas de atención, integración y amparo. Finalmente, la protección de las personas mayores (la «tercera edad») se trata a propósito del artículo 50. Respecto a cada uno de estos artículos, la autora se detiene en los desarrollos posteriores a la Constitución. En concreto, el artículo 39 se desarrolla con una serie de medidas dirigidas a delimitar el ámbito de responsabilidades que paternidad y maternidad llevan consigo, con diversas aplicaciones del principio de igualdad, junto con leyes

del ámbito fiscal, laboral, de Seguridad Social y protección de menores. Respecto a los desarrollos del artículo 49, se destacan la Ley 13/1982 de Integración Social de los Minusválidos (LISMI) –que supone un gran avance para el reconocimiento y la protección de los discapacitados– y la Ley 51/2003 de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con Discapacidad (LIONDAU), que pretende allanar los obstáculos que los discapacitados encuentran en su desempeño personal y social. Finalmente, como concreciones del artículo 50 se citan, siempre desde la voluntad de integración, varias leyes relativas a la tutela de los ancianos, especialmente los incapacitados, y otras de carácter social, referentes a las pensiones y la jubilación y la autonomía del paciente.

¿Qué instituciones públicas se harán cargo de esta tarea de protección? A responder esta pregunta se dedica el capítulo IV, en el que se estudian otros dos artículos de la Constitución: el 41, que establece la Seguridad Social universal y el 43, sobre la protección y promoción de la salud como derecho de los ciudadanos. A lo largo del análisis, se describe el sentido de expresiones como «régimen público» (de la Seguridad Social), «necesidad» o «salud», la relación entre Salud y Seguridad Social y, una vez más, los desarrollos postconstitucionales de ambos artículos. Cómo se dieron estos respecto al artículo 41 se condensa en la historia del desarrollo del sistema de la Seguridad Social en España, que se encuentra actualmente en una situación incierta, así como la evolución de la Gran Invalidez. El artículo 43 se desarrolló con la separación del INSALUD respecto de la Seguridad Social y diversas leyes sobre el Sistema Nacional de Salud, los productos farmacéuticos y el deporte.

El bloque dedicado a la doctrina constitucional se cierra con el capítulo V, en el que la autora sintetiza, a partir del trabajo realizado en los capítulos anteriores, los principios constitucionales en los que se basa la tutela de las personas en situación de dependencia. Para ello, primero centra el discurso en las personas susceptibles de padecer esta situación: los ancianos, los menores y los discapacitados. Ninguno de esos colectivos se identifica plenamente con las situaciones de dependencia, pero sí es cierto que éstas se encuentran dentro de esos tres grupos. Respecto a la infancia, la dependencia es inherente a esa etapa de la vida y tiene la peculiaridad de ser transitoria. Como se ha notado más arriba, discapacidad y dependencia no son conceptos idénticos. La autora señala la importancia de contar no solo con criterios médicos de medición del grado de dependencia, sino también sociales. La protección de las personas mayores dependientes es cada vez más necesaria, dadas las circunstancias demográficas actuales –envejecimiento de la población e incremento de la esperanza de vida–, que auguran un aumento de la población en esas franjas de edad.

También en el capítulo V se describen los sujetos responsables de la protección de las personas en situación de dependencia –la familia, la sociedad y los poderes públicos– y el contenido de sus respectivas obligaciones. Que la familia es de hecho y de derecho la primera cuidadora resulta de la evidencia y de los textos legislativos. La obligación de la sociedad de acudir a atender las necesidades de las personas dependientes aparece en la legislación a través de las menciones a los grupos intermedios entre la familia y el Estado, pero la autora señala que clarificar la responsabilidad de la sociedad como tal sigue pendiente. Por último, y de modo más extenso, se describe la responsabilidad del Estado en la protección de los más débiles.

Los dos últimos capítulos (VI y VII) constituyen el tercero de los bloques temáticos propuestos en esta reseña. El primero (capítulo VI) estudia el reparto de competencias en materia social –en concreto, Seguridad Social, Sanidad y Asistencia Social– entre Comunidades Autónomas y el Estado tal como estaba previsto en la Constitución y en sus desarrollos posteriores. Allí se señalan tanto los aspectos inicialmente conflictivos como las disensiones que se han ido produciendo con más frecuencia posteriormente. De la lectura de este texto se desprende que la introducción de la LAP no se preveía exenta de dificultades.

El capítulo VII se dedica al tema de la dependencia en la normativa autonómica previa a la Ley de dependencia en los ámbitos mencionados, para analizar después los aspectos de la LAP misma y, finalmente, describe los desarrollos posteriores a esta ley. Entre los aspectos problemáticos de la LAP se destacan la naturaleza de la Ley (una Ley de condiciones básicas que, según algunos, excede en algunos aspectos este ámbito), el fundamento constitucional (se toma el principio de igualdad de todos los españoles como fundamento para poder regular desde el Estado unas condiciones básicas comunes en materias que en principio pertenecerían a las Comunidades Autónomas), la financiación del sistema (a través de convenios cuasi-obligatorios entre el Estado y las Comunidades Autónomas), la naturaleza del nuevo derecho (derecho subjetivo universal a la accesibilidad, promoción de la autonomía y atención a la dependencia), la falta de precisión en la terminología (a la que se suma falta de lógica en algunas partes) y la escasa atención a la familia como cuidadora principal. Respecto a este último aspecto, se reconoce en el Preámbulo de la Ley su papel fundamental, para luego desaparecer como unidad dispensadora de cuidados, siendo sustituida por un abanico de servicios o mecanismos de cuidado en los que el cuidador es un elemento más. Se da la consecuencia paradójica de que las familias siguen cuidando de los miembros dependientes aun en ausencia de apoyos adecuados. La autora señalaba ya en el primer capítulo, hablando de los cuidadores, que es necesario llegar a un equilibrio: si se considera solo a la persona dependiente como sujeto de las ayudas, se obvia al principal cuidador, que es la familia, mientras que si solo se tiene en cuenta a ésta, se le añade una dependencia más al que está necesitado de los cuidados. Es un tema éste que no está convenientemente resuelto en la legislación vigente.

Cabe destacar el esfuerzo de profundización que se ha hecho en esta obra. Este esfuerzo se refleja, en primer lugar, en el análisis de los conceptos (no solo en el capítulo I, sino a lo largo de todo el libro). También se detiene la autora en mostrar la evolución de la terminología: por ejemplo, el paso de hablar de «vejez» a «tercera edad» y, finalmente «personas mayores», o el uso en la legislación de palabras como «subnormal», «deficiente» o «minusválido», abandonadas por la actual «discapacitado». Además, se observa el interés en mostrar las posibles incoherencias en el proceso de redacción de la Ley 39/2006, tanto respecto al texto como a los principios en los que se apoya, así como sus deficiencias (como el papel de la familia en los cuidados de la persona dependiente).

Resulta también de gran actualidad la descripción que se hace de los conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia social. El enfoque de la autora tiene el mérito de no reducir este asunto a una cuestión meramente económica, sino de mayor profundidad, poniendo de manifiesto la variedad de puntos de vista que se reunieron, en primer lugar, para

redactar la Constitución de 1978 y, más tarde, los que intervinieron en el debate sobre la LAP.

El estilo, sin dejar de lado el rigor académico, huye de los tecnicismos y se hace asequible a los profanos en la materia. Se echa de menos una sección final de conclusiones.

El libro que aquí se comenta está prologado por la Profesora Montserrat Gas, Directora de la Cátedra IsFamily Santander de UIC Barcelona (Universitat Internacional de Catalunya), que está dedicada a la investigación de la solidaridad intergeneracional en la familia.

Rita CAVALOTTI
Universidad Internacional de Cataluña

IV
NOTICIAS



Crónica de las XXV Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política

Las Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, han alcanzado su madurez, celebrando este año (2015), si se nos permite, sus bodas de plata, con ese número mágico de XXV Jornadas. Fueron organizadas por el Departamento de Filosofía Jurídica de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) durante los días 16 y 17 de abril de 2015, a cargo de un Comité organizador compuesto por los Profesores del Departamento de Filosofía Jurídica Narciso Martínez Morán, Ana María Marcos del Cano, Mercedes Gómez Adanero, Rafael Junquera de Estéfani, María Eugenia Gallo Santa Cecilia, Raúl Sanz Burgos y Josu Cristobal de Gregorio. Todos ellos realizaron una labor plausible, tanto en las ideas aportadas en las reuniones del grupo como en las tareas encomendadas a cada uno en particular. Como coordinador del Comité Organizador quiero agradecer su dedicación y responsabilidad, a la cual se debe, en gran parte, el éxito de la organización, como ha sido reconocido por muchos asistentes, e incluso por nuestra Facultad de Derecho y por la propia Universidad (UNED). Quisiera mencionar también la imprescindible tarea realizada durante todo el proceso de organización y celebración de las Jornadas por la Secretaria de nuestro Departamento María Ángeles Lorenzo García (Nines).

El tema elegido para el desarrollo de las Jornadas había sido: «*Nuevo Derecho, Nuevos Derechos*», el cual se desarrolló en cuatro sesiones: La primera el 16 de abril por la mañana, moderada por la profesora Mercedes Gómez Adanero, con una ponencia inaugural a cargo del profesor Antonio Enrique Pérez Luño que, con el mismo título marco que las Jornadas, abrió paso a los problemas más específicos y concretos planteados en las tres sesiones restantes.

La segunda sesión fue moderada por el profesor Francisco Puy Muñoz y en ella se impartieron dos ponencias: Una a cargo del profesor Pedro Serna Bermúdez bajo el título «*Una discusión analítica del problema de los nuevos derechos*» y la segunda a cargo de la profesora Patricia Cuenca Gómez que disertó sobre «*Derechos Humanos y discapacidad: La renovación del discurso justificatorio y el reconocimiento de nuevos derechos*».

En la tarde del 16 de abril se expusieron las comunicaciones presentadas sobre cuestiones relacionadas con la problemática de las Jornadas, que se desarrollaron en torno a tres paneles moderados por la Profesora Ana María Marcos del Cano, Raúl Sanz Burgos y Josu Cristobal de Gregorio. Se habían presentado un total de 57 comunicaciones cuyos comunicantes procedían de 28 universidades (públicas y privadas) españolas e iberoamericanas y varias de las comunicaciones procedían de doctores o personas no adscritas propiamente a la Universidad pero que sintonizan con la Filosofía del Derecho y los problemas que se habían planteado en estas Jornadas.

Durante el día 17 de abril se desarrollaron la tercera y cuarta sesión de las Jornadas. En la tercera sesión, moderada por el profesor Luis Prieto Sanchís, se expusieron dos ponencias. En la primera de ellas la profesora Ángeles Solanes Corella abordó el tema «*Derechos, Fronteras y Orden Internacional*» y, en la segunda el profesor Íñigo de Miguel disertó sobre «*La construcción de un suelo de derechos sociales y medioambientales: Una nueva y acuciante necesidad*».

Y, ya en la cuarta y última sesión, moderada por la profesora Francesca Puigpelat Martí, la profesora Marisa Iglesias Vila desarrolló el tema «*¿Los derechos humanos como derechos especiales? Algunas ventajas de una concepción política de los derechos humanos*» y el profesor brasileño Lenio Luiz Streck pronunció su conferencia sobre «*Las transformaciones del Derecho: Clasicismo y contemporaneidad*».

Es importante reseñar que las Jornadas de este año, además de los miembros de la Asociación Española de Filosofía Jurídica y Política han podido seguirse, a través de la Red, por alumnos de Másteres y Doctorado, especialmente de la UNED, pues se abrió la matrícula online y se transmitieron en directo. Se realizaron un total de 157 inscripciones en las Jornadas y las siguieron en directo una media de 120 personas, pues nos consta que algunos profesores y doctorandos de la UNED, no inscritos, asistieron a varias ponencias. Entre los alumnos inscritos online hubo varios de universidades Iberoamericanas, Portugal e Italia.

Cabe resaltar que hemos recibido felicitaciones por la organización de las Jornadas y, de manera especial por la calidad de las ponencias, por el ambiente y por la fuerza y el ejemplo de nuestra Sociedad de Filosofía Jurídica y Política.

Al finalizar la tarde del día 16 de abril tuvo lugar la Asamblea anual de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, abriendo la sesión el Presidente, Profesor Francisco Javier Ansuátegui Roig, de la Universidad Carlos III de Madrid. Durante ella se expusieron las actividades y novedades más importantes llevadas a cabo por la Junta de la Sociedad y por el Consejo de Redacción del Anuario. Lo más relevante de la asamblea fue, sin duda, la elección de la nueva Junta de la Sociedad, cuya presidencia, al haber renunciado el Profesor Ansuátegui a presentarse a una nueva reelección, recayó en la Profesora Ana Rubio Castro de la Universidad de Granada, quien, como nueva Presidenta de la Sociedad, agradeció la labor realizada por el Presidente cesante, el Profesor Ansuátegui Roig, y su Junta saliente. Finalmente se propuso y se acordó que las XXVI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, se celebrarán en 2017 en la Universidad de Girona, recayendo la organización de las mismas en nuestros compañeros de Filosofía del Derecho de dicha universidad.

Finalizadas las Jornadas, la Comisión Organizadora entregó los certificados de participación en las mismas a todos los asistentes y a todos aquellos

que las siguieron online. Se comunicó a los ponentes que enviaran sus ponencias para ser publicadas en la sección monográfica del Anuario de Filosofía del derecho, después de someterse a la correspondiente revisión por pares. La misma comunicación se hizo a los autores de comunicaciones que quisieran publicarlas en el anuario o en los *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. No obstante, e independientemente de la publicación de las Ponencias o Comunicaciones que se realice en el *Anuario* y/o en *Cuadernos Electrónicos*, la Comisión Organizadora de las Jornadas reunirá todas las Ponencias y Comunicaciones de las XXV Jornadas de Filosofía Jurídica y Política y las editará en un CD con su correspondiente ISBN, excepto aquellas de quienes nos han pedido que desean no sean publicadas. Tan pronto haya finalizado la impresión del CD. Lo enviaremos a todos los inscritos en la Jornadas. En todo caso esta publicación se realizará en colaboración con los responsables del Anuario para no entrar en colisión con las normas de publicación y calidad de nuestro Anuario.

En nombre de toda la Comisión Organizadora de estas XXV Jornadas de Filosofía Jurídica y Política queremos agradecer a la Junta Directiva, en la persona de su anterior Presidente, Profesor Ansuátegui Roig, y todos sus miembros, la enorme colaboración que nos dispensaron y el constante apoyo recibido. Igualmente agradecemos las sugerencias recibidas y el apoyo de todos los compañeros de la Sociedad y asistentes a las Jornadas. Fue un placer para nosotros entregar algo de nuestro tiempo al servicio de la Sociedad y de todos los asistentes a las Jornadas, como muchos otros compañeros de otras Universidades lo habéis hecho en años anteriores y seguiréis haciéndolo en el Futuro. En nombre de toda la Comisión gracias a todos y disculpad los fallos que pudimos tener.

Narciso MARTÍNEZ MORÁN
Director del Departamento de Filosofía Jurídica de la UNED



V

OBITUARIO



En recuerdo de nuestro compañero y amigo José Luis Serrano

Recordar y conmemorar a José Luis Serrano nos exige hacer balance de su dimensión de profesor, escritor, investigador y político, aspectos de su persona que no siempre son fáciles de delimitar, pues desde sus inicios académicos, el conocimiento científico, la política y la cultura se encuentran estrechamente ligados. Creo que entenderemos mejor al hombre y académico-docente si utilizamos sus propias palabras, contenidas en su autobiografía. Él mismo reconocía que toda biografía, o autobiografía, es un género literario, y que el mismo acto de escribir es una forma de hacer autobiografía cifrada. José Luis Serrano nos relata su niñez como una etapa vibrante y solitaria, como la de todo niño o niña; su adolescencia grupal y pandillera, que cree que le marcó como un sentimental, apasionado y alejado del poder. Sus recuerdos sobre el aprendizaje en el colegio son muy críticos. Creía que a cualquier menor se le debe adiestrar en la felicidad (no ser feliz), respetarle en su propio desarrollo y en su percepción de no finitud. Critica que en los colegios se le haga soportar a las y los adolescentes problemas que no son suyos.

Su experiencia como padre, como padre comprometido en la crianza y educación de sus dos hijos e hija, le hace preocuparse por los métodos educativos excesivamente dogmáticos, «el niño tiene derecho a que los adultos le muestren la naturaleza, la lengua y los rudimentos de la psique humana; pero también tienen derecho a que los adultos no le pasemos las *«neuras»*, las justificaciones ideológicas, la carga de la historia de instituciones como las órdenes religiosas, ni siquiera el peso de los santos de vida ejemplar. Esto no es anticlericalismo, diría lo mismo de los colegios comunistas si los hubiera. Un niño no tiene que ser educado para ser cristiano o para ser comunista o para ser deportista. Me atrevo a decir más: un niño tiene que ser informado, pero no formado».

Su paso por el Instituto Suárez, durante el curso de orientación universitaria (COU), supuso para él una ruptura con respecto al sistema educativo que había marcado su adolescencia, y que decía haber vivido con agobio. Por primera vez se tropieza con un profesorado al que sólo le mueve el interés por enseñar conocimiento, no por conformar conciencias moduladas en ciertas verdades. Añadiendo que «aquel año en el instituto público fue más

formativo que los nueve de la enseñanza religiosa. Es increíble que quien no busca encuentre y que quien se empeña fracase». Desde ese momento tuvo claro que la responsabilidad del profesorado, especialmente del profesorado universitario, es la de «transmitir el saber superior de una civilización, aportar datos con conocimiento y crítica». Cuando reflexiona José Luis en el área de Filosofía del derecho sostiene que; «yo debo transmitir conocimientos de teoría y filosofía del derecho, eso es un corpus técnico y mi autoexigencia como profesor debe ser transmitirlo con rigor y solvencia al alumnado. Por lo tanto, sólo puedo exigir que conozca las informaciones que yo le paso. No es que me dé igual que lleven el pelo verde o un piercing en la nariz, es que debe darme igual como norma si yo quiero ser un buen profesor. Incluso si quiero transmitir valores como los democráticos, el respeto a los derechos, el principio de legalidad-constitucionalidad, etcétera... debo abstenerme de evaluar en personas valores o actitudes. Debo abstenerme de cualquier juicio sobre la persona».

Consideraba que la Universidad debía ser un ámbito en el que la libertad de cátedra, y de investigación estuvieran garantizados y donde se produjeran continuas apelaciones al entorno social. Entendía la existencia y la supervivencia como una experiencia esencialmente social. Le apenaba pensar que todo lo conquistado en las últimas décadas en Política universitaria pudiera sufrir un fuerte retroceso. Recelaba de las bondades de las propuestas de reforma a la Universidad que se presentaban por ciertos sectores académicos y sociales, como claves para mejorar la eficiencia y la productividad. Y lo hacía desde el convencimiento, frente a la opinión mayoritaria, o quizá la que más se hace oír, de que el alumnado en este momento posee muchas más informaciones y formación que en el pasado.

La complejidad de la vida universitaria y las tensiones de la carrera profesional le llevan a proyectarse más intensamente en la literatura y a buscar nuevos espacios desde los que desarrollar toda su creatividad. Esto le lleva a publicar su primera novela *Al amparo de la ginebra*, en enero de 2000, y la segunda, *Febrero todavía*, en setiembre de 2001. No existe ninguna publicación más de tipo literario en su currículum antes de estas fechas. Con anterioridad, todas sus publicaciones y actividades estaban centradas en la investigación y en la política universitaria, dando lugar a varios libros y a una veintena de artículos. Su primera publicación en materia jurídica es de 1986. Existiendo un desfase de 14 años, al menos en tiempo editorial, entre su faceta de investigador y filósofo del derecho y su faceta de escritor. En tiempo biográfico, él mismo afirma: «siempre he escrito literatura y siempre he investigado».

Sus trabajos académicos, como sus experiencias y sus inquietudes, son variados en temáticas, pero siempre sugerentes y provocadores. Comenzó pronto a interesarse por la modernización de la familia y apostó en *Veinticuatro tesis constitucionales sobre la familia*, por un modelo familiar flexible y diferenciado del históricamente vigente, así como por los principios de libertad afectiva, no discriminación por razón de sexo o nacimiento y libre desarrollo de la personalidad. Un interés que pronto corrió paralelo a su preocupación por el medio ambiente, el derecho ambiental y la sostenibilidad ecológica. Más recientemente, la sociedad del riesgo se convirtió en una de sus principales líneas de trabajo. Ambas líneas de trabajo son una clara expresión de su profundo amor y respeto por la vida.

Gran parte de su obra académica está dedicada a reflexionar sobre los rasgos de un modelo político de estado que «para ser ecológico, habrá de

ser adecuado a la vida, es decir, ser un modelo que ha asimilado que la vida es un conjunto móvil de relaciones vitales en la que están implicados todos los organismos, que lo están mediante un modelo de organización impulsado por la constante lucha por la vida, que la organización y la lucha por la vida en su desarrollo permiten la adecuación de los organismos entre sí y de éstos a su entorno que ejerce influencia sobre su conducta. Un modelo ecológico de Estado será aquel que garantice en mejor medida la supervivencia de sus miembros, esto es, la supervivencia de la propia especie como ley natural básica» («Ecología, Estado de derecho y democracia» en *Introducción a la Ecología Política*). En *Ecología y Derecho I* se afana por reconstruir, releer y rescatar del olvido principios jurídicos capaces de contribuir al freno de la crisis ecológica como crisis civilizatoria y a paliar los daños ambientales, que para él eran daños a la vida. Entre los principios recuperados hay que destacar: sostenibilidad para moderar el crecimiento económico, precaución, interiorización de los bienes ambientales, de la entropía. Sus análisis se completaron con un programa de traducción jurídica de la ecología política, en el que logró recoger sus inquietudes ambientales incorporándolas al lenguaje de la filosofía del derecho. Pero su mente siempre inquieta no le permite detenerse en la formulación de dicho programa, en el límite que separa el mundo de los filósofos de todo lo demás, y en su obra *Ecología y Derecho II*, «Concepto, formación y autonomía del derecho ambiental» o «Siete claves metodológicas para la lectura del derecho ambiental», da un paso más y prueba su capacidad para, como gustaba decir, «volar bajito y actuar localmente». Como buen filósofo del derecho sabía que el análisis crítico no es suficiente para transformar las categorías y conceptos jurídicos, que es necesario dar un paso más y diseñar utopía, por lo que se adentra en el diseño de principios medioambientales que los técnicos califican desdeñosamente de filósofos, y los filósofos de excesivamente técnicos.

Como teórico del derecho en sentido estricto, o mejor dicho tradicional, dio muestra de su extraordinaria capacidad analítica en *Validez y vigencia*, donde se declara convencido de que la diferencia conceptual entre validez y vigencia es la aportación principal del garantismo jurídico a la teoría de la norma, al entender que desde ella se puede y se debe reformular la teoría jurídica contemporánea. Sin embargo, sus inquietudes y compromisos políticos y morales y su inagotable disposición a asumir los deberes implícitos a su condición de ciudadano —«ciudadano José Luis» gustaba en ocasiones llamarse— le llevan a dar cuenta constante de la realidad. Así, mientras escribía el prólogo de esta obra, recoge: «aviones de la OTAN bombardean Belgrado. En esa guerra están participando las fuerzas armadas del estado del que soy ciudadano, sin contar ni con la declaración de guerra, ni con la constitucionalmente preceptiva autorización del parlamento. El ministro de defensa acaba de declarar que el bombardeo se justifica por el derecho natural y el presidente de los Estados Unidos de América ha explicado —en un tono mucho más pedagógico y con gráficos de colores— que lo importante es acabar con el genocidio y la limpieza étnica y no tanto cumplir con los enrevesados trámites de la Carta de las Naciones Unidas. No puedo dejar de ver una conexión cierta entre los repuntes de un iusnaturalismo arbitrario que llama ley natural a la voluntad de un estado o de varios, y el realismo jurídico que desprecia las normas del derecho internacional y del derecho constitucional. Curioso que la cantinela retórica de los derechos humanos sirva, al final, para derogar los límites jurídicos al uso de la fuerza por parte de Leviatán».

Cuando en su autobiografía se interroga sobre qué esperaba conseguir de la palabra, de la escritura, sostiene que hay diferentes tipos de personas, utilizando argumentos de Kant, «quienes persiguen el dinero (el comerciante), los que persiguen el poder (los políticos) y los que persiguen la gloria (los artistas). Es evidente que pintamos un cuadro o escribimos un poema porque buscamos la gloria, que nada tiene que ver con el poder (para eso se escriben discursos políticos) ni con el dinero (para eso se escriben dictámenes jurídicos)». Una gloria y un reconocimiento que le han transmitido sus alumnas y alumnos, sus lectores, sus correligionarios, sus colegas de la universidad y del departamento de Filosofía del Derecho de Granada. Su huella está presente hoy en parte del profesorado universitario y en los profesionales que han aprendido con él el sentido del derecho, las racionalidades que envuelven a la ley, y el compromiso social y político de las y los juristas. Junto a los grandes temas teóricos, a José Luis le preocupaba en su última etapa lo que a todos, «el paso del tiempo y su aceleración. Cada vez los años son más rápidos, cada vez los inviernos son más largos y la primavera se retrasa, cada vez te rebelas más ante la flecha del tiempo y su irreversibilidad». Y cómo no, también vivir, «dar una buena clase, escribir una buena cuartilla, jugar con tus niños, charlar con amigos, ir al cine o hablar con tu mujer, también lleva tiempo pero eso no son ocupaciones, es la vida, es lo necesario. Lo malo es que a veces lo urgente desplaza a lo necesario y, al poco, ya tenemos el problema: el estrés».

Decíamos, al comienzo, que en la vida adulta de José Luis Serrano es difícil separar la política, la cultura y la docencia e investigación. Su activismo político se inicia muy joven, con 17 años, así como su andalucismo. Se incorpora muy tempranamente a la lucha por Andalucía, por su reconocimiento político como Comunidad autónoma con plenas competencias y una historia, cultura e idiosincrasia propias. Su temprana rebelión y rechazo hacia las ideas y verdades impuestas durante la adolescencia, y su activismo político le llevan, en todas las facetas de su vida, a analizar la forma en que las verdades se construyen y se imponen, y cómo esto influye en la vida de las personas y en la existencia de los pueblos. Las verdades tienen historia, solía decir, por esta razón, cuando se interroga sobre la política en España afirma que «España es en sí un problema (como lo es Francia o Italia o Alemania). El problema está en la caducidad de la fórmula del estado-nación surgido en el siglo XVI por detracción de poderes de arriba (del binomio papado-imperio) y de abajo (de los feudos). Hoy el proceso se ha invertido, el estado-nación tiene que ceder poder hacia arriba (la Unión europea) y hacia abajo (las comunidades autónomas o los Länder alemanes). Ya no queda sitio para España ni para cualquier otro estado medio en la escena internacional. El problema es que los aparatos centrales no pueden o no quieren reconocer esto y asistimos a un reverdecimiento del nacionalismo españolista; la criminalización del PNV y de los nacionalismos periféricos y pacíficos como el BNG, El Ejido como síntoma de un determinado trato hacia los magrebíes (el nacionalismo español es de tinte africanista) o la declaración conjunta de Aznar, Blair y Schroeder defendiendo la Europa de los estados frente a la Europa de los pueblos». No debemos de olvidar que «la patria es un territorio simbólico donde cada uno debe poner sus santos y sus vírgenes particulares como en un altar. El estado lo que tiene que hacer ante las patrias es respetarlas, no vincularse con ninguna. Mi patria por decírtelo con una expresión acuñada es la «patria de La Mancha», es decir la patria de la lengua, me siento vinculado «nacionalmente» a Colombia o Argentina. Pero sé que mi pasa-

porte es igual que el de un danés, estatalmente estoy vinculado a Finlandia y eso no me parece mal. Confirma la separación entre patria y estado y ayuda a entender la impostura del estado moderno que se reviste de caracteres nacionales. Es por eso por lo que la Unión Europea me complace como estado, como pasaporte: Europa no puede ser una patria y eso no es ningún defecto. Eso pone al estado en su justo término sin vestiduras étnicas. Andalucía en el otro extremo es justo lo contrario: nunca ha existido como estado y, por lo tanto, es una patria soportable con cuya bandera todavía no se han cometido crímenes. Es una patria difusa, sin fronteras». En esta representación de Andalucía, y en este patriotismo andaluz, José Luis Serrano es y existe con comodidad, con sosiego, con libertad.

La unión inexorable que él establecía entre política y existencia humana se pone de manifiesto en su última intervención pública y política, poco antes de las elecciones del pasado 20 de diciembre de 2015, en la que compara su lucha personal contra la enfermedad, el cáncer, que ocupa y destruye su cuerpo, con la lucha política contra un sistema económico y político que ocupa el cuerpo social, reduce lo común al mercado y que destruye el trabajo y su valor. Ante estas luchas, defiende, no cabe el abandono. Como mucho la retirada para mejorar y fortalecer las estrategias y los instrumentos de lucha. Frente a un sistema que aísla y encierra al individuo en lo privado, José Luis Serrano recuerda que en todas las luchas, tanto individuales como colectivas, la cura a las heridas y contratiempos nos la proporciona el pueblo, la amistad, la familia.

Cuando se le pregunta por sus deseos a nivel personal, por lo que le gustaría hacer y aún no ha hecho. Responde: «Nada. Me gustaría que me dejaran siempre seguir haciendo lo que hago. Si acaso un día cuando sea mayor ocupar el puesto de Baltasar en la cabalgata de Reyes y leer el pregón del Corpus delante de la Tarasca, en Granada».

Ana RUBIO CASTRO
Universidad de Granada



ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

El Anuario de Filosofía del Derecho es una revista anual vinculada a la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política (SEFJP), publicada desde la Universidad de Valencia. Esta revista recoge contribuciones científicas originales y de referencia principalmente relacionadas con el área de filosofía del derecho y filosofía política. En este sentido, sus objetivos son la difusión del conocimiento, la reflexión y el debate científico desde diversas perspectivas de análisis sobre la filosofía política y jurídica u otros aspectos básicos del Derecho transversales a toda la comunidad científica y profesional de cualquier disciplina jurídica interesada en sus contenidos.

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

I. Extensión y soporte material:

Los originales de los artículos de las secciones «Monográfico», «Teoría y Filosofía del derecho» y «Debates» tendrán como extensión mínima 20 páginas y máxima 25 páginas DIN A4, a espacio y medio. Como criterio orientativo, se recomienda no exceder de los 50.000 caracteres, en general. El tipo de letra será «times 12» para el texto principal y en su caso «times 10» para las notas al pie. Tanto el texto principal como las notas al pie tendrán interlineado simple.

Todos los artículos deberán ir acompañados de un resumen y *abstract* de máximo de diez líneas en castellano y en inglés, así como de cinco o seis palabras clave o *key words* en castellano y en inglés. Asimismo, deberán incluir al comienzo el título en castellano y en inglés así como un sumario con los epígrafes en los que se estructura el texto tanto en castellano como en inglés.

Los originales de la sección «Crítica bibliográfica» no deberán superar las ocho páginas ni tener una extensión inferior a seis páginas DIN A4, a espacio y medio. Aproximadamente, no han de superar los 18.000 caracteres ni tener una extensión inferior a 15.000 caracteres.

Los artículos y reseñas han de enviarse por correo electrónico exclusivamente a la dirección del *Anuario de Filosofía del Derecho* (Anuario. Fil.

Derecho@uv.es). En el documento es imprescindible incluir los datos del autor así como el título del trabajo, entre los que deberá figurar tanto una dirección electrónica como una dirección postal de contacto al efecto de posibles envíos o comunicaciones. Deberá a su vez incluirse la relación del autor con la institución pública o privada en la que desarrolla su cargo académico o actividad profesional (por ejemplo, en el caso de ser profesor universitario, la universidad en la que ejerce su labor habitualmente).

II. Sistema de citas:

Se podrá optar por uno de los siguientes:

A. *Sistema abreviado*: referencia bibliográfica más elenco bibliográfico al final del artículo.

Cuando se opte por este sistema, las citas se indicarán en el texto por un paréntesis que contenga autor, año de aparición de la obra y número de la página. Ejemplo: (González Vicén: 1990, 95). Al final del artículo se incluirá un elenco con las citas completas de todas las obras mencionadas, según el criterio que se indica en el apartado III. En el elenco bibliográfico, si se citan varias obras del mismo autor, se ordenarán cronológicamente. Tanto en la referencia bibliográfica como en el elenco bibliográfico si se citan varias obras del mismo autor y año, se ordenarán alfabéticamente con letra minúscula. Por ejemplo: González Vicén 1979a correspondería a «La obediencia al Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIV, 1979, pp. 4-32 y González Vicén 1979b correspondería a «La Escuela Histórica del Derecho», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, XIX, 1979, pp. 1-48.

B. *Sistema tradicional*: citas bibliográficas al final del artículo. Las notas se confeccionarán según el criterio general que se incluye en el apartado III. Una obra ya citada se mencionará con el nombre del autor seguida de *op. cit* y la página. Si el autor tiene varias obras citadas en el artículo, se abreviará el título, seguido de *cit.* y la página. En caso de repetir de forma inmediata la misma referencia a autor o documento, se indicará con *ibidem* y el número de página. Las abreviaciones de las locuciones de *ídem*, *ibídem*, *infra*, *supra*, *apud* o *pássim*, *vide*, cuando así lo exija la investigación serán preferentemente (*id.*, *ib.*, *infr.*, *supr.*, *ap.*, *páss. vid.*). Las palabras extranjeras deben ir en cursiva. En las notas a pie y texto, la palabra página se abreviará p. o pp., según proceda, siguientes será ss.; para especificar conferir se utilizará su abreviación (*cfr.*), si no se trata de cita literal; la abreviatura de artículo será *art.* y solo 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*

