

ANUARIO
DE
FILOSOFÍA
DEL
DERECHO

NUEVA ÉPOCA
TOMO XXXIII

2017

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

NUEVA ÉPOCA
TOMO XXXIII
2017



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Y PARA LAS ADMINISTRACIONES
TERRITORIALES

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: 29,00 € (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 XXXIII
2017

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Y PARA LAS ADMINISTRACIONES
TERRITORIALES
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2017

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): 786-17-078-2
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 2017

El volumen XXXIII (nueva época) del *Anuario de Filosofía del Derecho* contiene las secciones habituales de la *Revista*. En esta ocasión, como no han tenido lugar las jornadas bianuales de la *Sociedad Española de Filosofía jurídica y política*, que se celebrarán en Girona a principios del mes de mayo, se ha optado por elaborar una sección en abierto con ocho trabajos de *Estudios de Teoría y Filosofía del Derecho*, con diversos temas de interés para nuestra disciplina. A esta sección se le unen otras que tradicionalmente han sido incluidas; en concreto la parte dedicada a *Crítica bibliográfica* recoge cinco reseñas de libros recientes de autor vinculados a la filosofía jurídica y política; mientras que las otras dos secciones dedicadas a *Noticias y Obituario* recogen un comentario de las jornadas celebradas en Alicante, Cádiz y Barcelona, escritas por Jesús Vega, Patricia Cuenca, Jorge F. Malem y José Juan Moreso. El recuerdo a André-Jean Arnaud ha sido realizado por María José Fariñas, con la que colaboró en diversos trabajos. Como nota destacable, se recupera la sección Debates, que en los últimos números no había tenido contribuciones y aparece de nuevo con una polémica entre José Antonio Santos y Dietmar Von der Pfordten sobre el significado del derecho y sus fines.

Desde hace algún tiempo, no me canso de insistir en que las vicisitudes de la universidad actual han hecho que los esfuerzos por mejorar la calidad de las revistas científicas, respecto sobre todo a sus niveles de indexación y posicionamiento estratégico, que sin lugar a dudas suponen un evidente indicio de su calidad, han sido constantes y permanentes. De hecho, han centrado buena parte de la dedicación del *Consejo de Redacción del AFD*. Uno de los resultados más satisfactorios y notorios de esta insistencia permanente ha sido la exitosa superación de un nuevo reto, tras los ya superados en anteriores convocatorias. Después de la obtención del sello de calidad FECYT en el año 2014, el *AFD* se ha posicionado entre las mejores revistas especia-

lizadas en el ámbito de las ciencias jurídicas y sociales, si se tiene en cuenta los porcentajes e índices de calidad y clasificación de las revistas académicas. Por referirse a algunas de estas clasificaciones en concreto, cabe recordar que 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 de revistas LATINDEX 32, ANECA 20, y CNEAI 18.

En cualquier caso, se siguen haciendo gestiones para su constante mejora y actualización; así, por ejemplo, hay que recordar que se ha revisado las instrucciones a los autores para cumplir con los últimos criterios de calidad del CNEAI, se ha obtenido la clasificación *B* en el CARHUS plus 2014 así como la clasificación *A* en el ANVUR (*Agencia italiana de evaluación*). El éxito perseguido con tanto tesón permite acometer en un futuro inmediato la renovación del sello de calidad del FECYT en la próxima convocatoria del año 2017, lo que permite la posibilidad de iniciar nuevas solicitudes de indexación sobre todo a nivel internacional para seguir mejorando la calidad del *AFD* a la búsqueda de su reconocimiento y estabilización dentro de nuestra área de forma específica y en el ámbito de las ciencias jurídicas y sociales en general.

Una novedad importante y significativa ha sido la reciente inclusión del *Anuario de Filosofía del Derecho* en el *Philosopher's Index*, un prestigioso índice internacional de clasificación que incluye más de 525.000 artículos de revistas y citas de libros de más de 1.500 publicaciones, procedentes de 139 países en 37 idiomas. La cobertura de la bibliografía data de 1940 e incluye revistas impresas y electrónicas, libros, reseñas de libros, antologías y otras contribuciones. El índice —publicado por el *Philosopher's Information Center*— cubre la investigación académica en todas las áreas de la filosofía y presenta *abstracts* (resúmenes) informativos escritos por su autor. Por consiguiente, la inclusión del *Anuario de Filosofía del Derecho* en este índice supone que sus datos y *abstracts* estén al alcance de la comunidad académica internacional de filosofía. Es, por tanto, un paso relevante en la línea de internacionalización y en el aumento del impacto de la *Revista*, dado que facilita sobremedida la capacidad de búsqueda por autores y temas, entre otras ventajas.

Por otro lado, 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, Seguimiento y Evaluación de la Gestión del BOE* ha asumido hace algo más de 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 publica, entre ellos el de *Filosofía del Derecho*, si bien nuestro *Anuario* seguirá editándose como revista en papel. Sin ambages, que una publicación como es el *Anuario* aparezca en

la página principal del *BOE* puede tener una gran importancia visual lo que debe favorecer su fácil difusión internacional y así mejorar la accesibilidad a la misma. Todos son aspectos muy positivos para su indexación en los diferentes procesos de evaluación o catalogación en bases de datos disponibles. A partir de ello, 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 y relevancia.

Para finalizar, me gustaría agradecer a todos los que han colaborado en este número, desde autores a evaluadores, pasando por los técnicos o asesores, su interés desinteresado para que este volumen XXXIII sea publicado, en concreto a los miembros del Consejo de Redacción y en particular a Ángeles Solanes (secretaria del *AFD*) y a Encarnación La Spina (secretaria adjunta), sin cuyo tesón y colaboración sería muy complicado el funcionamiento cotidiano, por otra parte necesario, en una *Revista* de estas características.

Marzo 2017

MARIO RUIZ SANZ
Director del *AFD*



SUMARIO

| | Pág. |
|--|------|
| PRESENTACIÓN DEL AFD 2017: MARIO RUIZ SANZ (Director del <i>Anuario</i>) | 5 |
| I. ESTUDIOS DE TEORÍA Y DE FILOSOFÍA DEL DERECHO | |
| BONORINO, Pablo (Universidad de Vigo) <i>¿Existe una diferencia conceptual entre venganza y castigo?</i> | 13 |
| CABRA APALATEGUI, José Manuel (Universidad de Málaga) <i>Argumentos, reglas y valores en la interpretación jurídica</i> | 37 |
| FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación (Universitat de València) <i>Rebus sic stantibus y crisis económica. Orden público económico versus especulación</i> | 63 |
| LIFANTE VIDAL, Isabel (Universidad de Alicante) <i>Responsabilidad en el desempeño de las funciones públicas</i> | 99 |
| MANZANERO, Delia (Universidad Rey Juan Carlos de Madrid) <i>El concepto kantiano del derecho: una revisión krausista</i> | 125 |
| SENDÍN, José Antonio (Universidad de Salamanca) <i>La crítica de Hans Kelsen a las concepciones metafísicas de la justicia</i> | 147 |
| TAPIA ALBERDI, Fernando (Universidad del País Vasco) <i>El carácter marcadamente psicológico de la aproximación durkheimiana al estudio de los fenómenos sociales.</i> | 181 |
| VEGA, Jesús (Universidad de Alicante) <i>La artimaña del erizo. Pequeña glosa poética al método de una gran filosofía del Derecho</i> | 205 |
| II. DEBATES | |
| VON DER PFORDTEN, Dietmar (Universidad de Gotinga), <i>Was ist Recht. Ziele und Mittel/¿Qué es el derecho? Fines y medios</i> | 245 |

| | Pág. |
|---|------|
| <i>Comentarios:</i> | |
| SANTOS ARNAIZ, José Antonio (Universidad Rey Juan Carlos), <i>Sobre el concepto de derecho. Reflexiones con motivo de una propuesta en torno a fines y medios en el derecho</i> | 281 |
| VON DER PFORDTEN, Dietmar (Universidad de Gotinga), <i>Contestación a la comentarios de José Antonio Santos Arnaiz</i> | 289 |
| III. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA | |
| ALEXY, Robert. <i>La doble naturaleza del Derecho</i> , Madrid, Editorial Trotta, 2016, 104 pp. (Mario Ruiz Sanz, Universitat Roviria i Virgili. Tarragona) | 297 |
| BONET PÉREZ, Jordi, y Alija Fernández, Rosa Ana (eds.). <i>La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la Sociedad internacional del siglo XXI: una aproximación jurídica desde el Derecho internacional</i> , Madrid, Marcial Pons, 2016, 431 pp. (Alonso Pino Ávila, Universitat de Barcelona) | 301 |
| DÍEZ RODRÍGUEZ, Fernando. <i>La imaginación socialista. El ciclo histórico de una tradición intelectual</i> , Madrid, Siglo XXI, 2016, 191 pp. (Pablo Scotto Benito. Universitat de Barcelona) | 307 |
| LOSANO, Mario G. <i>La Rete e lo Stato Islamico. Internet e i diritti delle donne nel fondamentalismo islamico</i> , Milano: Mimesis edizioni, 2017, 170 pp. (Encarnación La Spina. Universidad de Deusto) | 313 |
| NAÏR, Sami <i>Refugiados. Frente a la catástrofe europea, una solución real</i> , Barcelona: Planeta, 2016 (Ángeles Solanes Corella. Universitat de València) | 318 |
| IV. NOTICIAS | |
| I Congreso internacional de filosofía del derecho para el mundo latino Universidad de Alicante, 28-30 de mayo de 2016 (Jesús Vega. Universidad de Alicante) | 327 |
| III Congreso Internacional «El tiempo de los derechos», Universidad de Cádiz, 17-18 de noviembre de 2016. (Patricia Cuenca. Universidad Carlos III de Madrid) | 342 |
| Seminario Ernesto Garzón Valdés. Homenaje en su 90 cumpleaños, Universitat Pompeu Fabra, 27 de febrero de 2017. (Jorge F. Malem, José Juan Moreso. Universitat Pompeu Fabra) | 344 |
| V. OBITUARIO | |
| André-Jean Arnaud, <i>In memoriam (María José Fariñas Dulce. Universidad Carlos III de Madrid)</i> | 349 |

I

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



¿Existe una diferencia conceptual entre venganza y castigo?¹

¿Is there a conceptual difference between revenge and punishment?

Por PABLO BONORINO
Universidad de Vigo

RESUMEN

En este trabajo se analizan dos propuestas recientes que afirman que no existe una distinción conceptual entre venganza y castigo (Zaibert 2006, Kaufman 2013). Sostendremos que, a pesar de estar equivocadas en su alcance, ambas posiciones resultan útiles para aclarar ciertos malentendidos comunes en las discusiones actuales. La distinción conceptual entre venganza y castigo se debe analizar en tres planos diferentes: el de los actos, el de los sentimientos y el de las instituciones. Los argumentos que se oponen a la distinción resultan exitosos para erosionar las diferencias en los dos primeros pero refuerzan la distinción en el tercero (el más relevante para las disputas en torno a la justificación moral del castigo).

Palabras clave: *Castigo. Venganza. Diferencia conceptual. Justificación moral.*

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto DER2016-74898-C2-2-R financiado por el MINECO y FEDER.

ABSTRACT

This paper discusses two recent proposals which say that there is not conceptual distinction between revenge and punishment (Zaibert 2006, Kaufman 2013). We argue that, despite being wrong in its scope, both positions are useful to clarify some common misunderstandings in the current discussions. The conceptual distinction between punishment and revenge must be analyzed at three different levels: the acts, the feelings and the institutions. The arguments opposed to the distinction are successful to erode the differences in the first two, but reinforce the distinction in the third (the most relevant to the disputes around the moral justification of punishment).

Key words: *Punishment. Revenge. Conceptual Difference. Moral Justification.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.–2. LA DISCUSIÓN SOBRE LA DISTINCIÓN CONCEPTUAL ENTRE CASTIGO Y VENGANZA. 2.1 *Gravedad de la ofensa.* 2.2 *Límites internos.* 2.3 *Carácter personal.* 2.4 *Tono emocional.* 2.5 *Ausencia de generalidad.*–3. LA POLISEMIA DE LOS TÉRMINOS «VENGANZA» Y «CASTIGO». 3.1 *Actos.* 3.2 *Sentimientos.* 3.3 *Instituciones.*–4. CONCLUSIONES.–5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.–2. THE DISCUSSION OF THE CONCEPTUAL DISTINCTION BETWEEN PUNISHMENT AND REVENGE. 2.1 *Seriousness of the offense.* 2.2 *Internal limits.* 2.3 *Personal.* 2.4 *Emotional tone.* 2.5 *Lack of generality.*–3. THE POLYSEMY OF THE TERMS «REVENGE» AND «PUNISHMENT». 3.1 *Acts.* 3.2 *Feelings.* 3.3 *Institutions.*–4. CONCLUSIONS.–5. REFERENCES.

1. INTRODUCCIÓN

La capacidad para imponer castigos está asociada al nacimiento y justificación del Estado. Por ello son tan importantes las discusiones sobre la justificación moral del castigo: por qué, cuándo y cómo el Estado está legitimado para castigar. La aplicación de castigos por parte del Estado se muestra como un acto de impartir justicia, mientras que conductas similares llevadas a cabo por particulares se consideran crímenes. La venganza es desterrada al descampado de la barbarie, a estadios primitivos de la evolución humana, pero sin embargo regresa una y otra vez en las ficciones con las que los individuos civi-

lizados se identifican², en los reclamos que las víctimas de delitos formulan a las instituciones democráticas³, y en la justificación de la implementación de ciertas políticas en el plano internacional⁴. ¿Por qué ocurre esto? Porque el castigo, entendido como la retribución merecida por un mal producido, comparte la misma estructura que la venganza. En ambos casos se inflige un daño a quien ha realizado un acto incorrecto o cometido una injuria, con el deseo de que sepa la razón por la que lo está sufriendo⁵. Para la muchos autores estas similitudes no pueden borrar la radical diferencia conceptual que separa la venganza del castigo, que constituye el principal presupuesto para poder considerar moralmente injustificable la venganza mientras se mantiene abierto el debate sobre las distintas vías por las que se podría justificar el castigo.

En este trabajo analizaremos dos propuestas recientes que afirman que la distinción conceptual entre venganza y castigo no es defendible racionalmente (Zaibert 2006, Kaufman 2013), que su diferenciación constituye un simple giro retórico para preservar una distinción meramente ideológica que resulta tranquilizadora para nuestras conciencias. Sostendremos que, a pesar de estar equivocadas en su alcance, ambas posiciones resultan útiles para aclarar ciertos malentendidos comunes en las discusiones actuales. La distinción conceptual entre venganza y castigo se debe analizar en tres planos diferentes: el de los actos, el de los sentimientos y el de las instituciones. Los argumentos que se oponen a la distinción resultan exitosos para erosionar las diferencias en los dos primeros pero, al hacerlo, refuerzan la distinción en el tercero, el sentido más relevante para las disputas en torno a la justificación del castigo.

2. LA DISCUSIÓN SOBRE LA DISTINCIÓN CONCEPTUAL ENTRE CASTIGO Y VENGANZA

La forma de presentar la distinción conceptual entre castigo y venganza que realiza Robert Nozick en *Philosophical Explanations* (1981)

² Jacoby (1983) examina la evolución histórica de la idea de venganza y su conexión con la idea de justicia. Henberg (1990), por su parte, analiza su reflejo en la filosofía y en la literatura.

³ Sarat (1997) analiza el resurgir de la venganza a través de los movimientos de «víctimas».

⁴ Liberman (2014) examina el componente retributivo con el que se justifican las intervenciones militares y el uso de la tortura en la lucha contra el terrorismo internacional.

⁵ «Retribution and revenge share a common structure: a penalty is inflicted for a reason (a wrong or injury) with the desire that the other person know why this is occurring and know that he was intended to know...» (NOZICK 1981: 368).

es aceptada por la mayoría de los autores que tratan el tema⁶ porque ha logrado resumir de manera ejemplar las razones que históricamente se han esgrimido para marcarla. Es por eso que, aquellos que consideran que no hay buenas razones para mantener la distinción, toman como referencia su presentación para llevar a cabo sus críticas.

Según Nozick (1981: 366-68) existen al menos cinco diferencias significativas entre el castigo –entendido como retribución– y la venganza (a pesar de las similitudes estructurales que el mismo autor reconoce entre ambas formas de responder a una ofensa)⁷.

1) La retribución se realiza como respuesta a una incorrección [*wrong*], mientras que la venganza se puede llevar a cabo por un daño [*harm*], perjuicio [*injury*] o menosprecio [*slight*], no tiene por que ser necesariamente la respuesta a una incorrección.

2) La retribución establece un límite interno acorde con la gravedad de la incorrección para determinar la medida del castigo que se debe imponer, mientras que la venganza no establece ningún límite de este tipo para el daño que se puede infligir (aunque el vengador pueda verse limitado en su respuesta por razones externas).

3) La venganza es una cuestión personal, se realiza «por lo que has hecho a mí (mismo, padre, grupo, esposa, hermano, etc.)». En cambio, quien retribuye no necesita tener ningún lazo especial o personal con la víctima de la incorrección por la que se exige la retribución. La venganza la pueden ejercer agentes en nombre de quien tiene una razón personal para llevarla a cabo, pero el deseo de terceras personas de que alguien ejecute una venganza no puede entenderse como un deseo de venganza en sentido estricto⁸. La retribución, en cambio, puede ser deseada o infligida por personas sin ningún tipo de relación personal con la víctima de la infracción.

4) La venganza despierta una reacción emocional, cierto placer en el sufrimiento del otro, mientras que la retribución no requiere ningún tono emocional en particular ni implica ningún sentimiento de placer asociado al daño que se inflige al ofensor. En caso de existir, la reacción emocional en el acto de retribución se relaciona con el placer

⁶ Ver, por ejemplo, el uso que hace Vlastos (1991) de la distinción tal como la establece Nozick para analizar el pensamiento moral de Sócrates.

⁷ Defender la distinción preocupa más a los retributivistas (como Nozick) que se han visto atacados por sus rivales por defender posiciones que se consideran racionalizaciones del sentimiento de venganza que experimentan las víctimas de ciertas ofensas. Como para ellos es la idea de retribución la que da sentido a nuestras prácticas de imponer castigos, es comprensible que hayan desarrollado posiciones que permitan distinguir conceptualmente la idea misma de retribución de la (inmoral) idea de venganza. Esta es la razón por la que Nozick restringe su análisis a las diferencias entre «castigo retributivo» y «venganza».

⁸ La manera en la que Nozick establece la distinción en este punto plantea un problema para explicar los sentimientos que movilizan en los espectadores las ficciones audiovisuales en las que se narra una venganza asumiendo el punto de vista del vengador.

de que se haga justicia. Uno de los propósitos de la venganza –ausente por completo en la retribución– es el de producir ciertos estados psicológicos en la persona que la consume. Es por ello que el vengador frecuentemente quiere presenciar el sufrimiento de aquel a quien va dirigida la venganza, mientras que en los casos de retribución no existe ningún interés especial en ser testigo del sufrimiento que se inflige.

5) La venganza no aspira a ningún grado de generalidad. La necesidad de venganza surge según la forma en la que la víctima del daño se siente en el momento de sufrirlo. Nada la compromete a vengar otros actos similares en el futuro (ni existe la necesidad de que lo hubiese hecho en el pasado). En cambio, quien impone una retribución –infligiendo el castigo merecido por una incorrección– actúa en virtud de la existencia de algún tipo de regla general que obliga a retribuir de la misma manera actos similares. Además, es muy probable que se haga alusión a la existencia de estas reglas durante la imposición del castigo, porque constituyen su justificación.

Algunos autores que defienden la justificación moral de la venganza lo hacen sin cuestionar sus diferencias conceptuales con el castigo retributivo (French 2001, Solomon 1994), mientras que otros consideran que la propia distinción (tal como suele ser entendida) carece de fundamento. En este apartado me centraré en dos de estas posiciones, defendidas recientemente por Leo Zaibert (2006) y Whitley Kaufmann (2013), quienes afirman que no se puede llevar a cabo una distinción conceptual en los términos en los que la propone Nozick⁹.

Zaibert sostiene que la venganza y el castigo (entendidos como acciones, actos o actividades) no son analíticamente diferentes como cree la mayoría. La distinción carece de fundamento conceptual, su función es meramente retórica: condenar ciertos actos de castigo como bárbaros e irracionales, como imposibles de justificar, a diferencia de los castigos civilizados que serían razonables y legítimos. La clave en su argumentación es la identidad entre los fenómenos a los que se aplican los conceptos de «castigo» y «venganza», pero dichos fenómenos son identificados luego de proceder a una restricción y a una ampliación del sentido con el que se suelen usar ambas expresiones. En primer lugar, se ocupa solo de actos (acciones o actividades) de venganza y castigo –dejando de lado su uso para aludir a instituciones, razones para justificar instituciones, o razones para la acción–, entendiéndolos desde el punto de vista de quien lleva a cabo el acto de vengar o castigar (sobre todo para definir aspectos centrales como «daño» u «ofensa», que pasan a entenderse como «percibidos como ofensas o daños por el castigador o el vengador»). En segundo lugar, y

⁹ Sólo han tratado de cuestionar abiertamente esta distinción Oldenquist (1986) y Barton (1999) y, de los dos, únicamente el último hace alusión a los argumentos de Nozick. Gil Bera (2003) supone su asimilación pero no ingresa en la disputa conceptual. Walker (1995) solo sugiere que la distinción no puede ser trazada de forma tan radical como supone Nozick.

dado que toma la exposición de Nozick como referencia, considera importante ampliar el sentido con el que emplea «castigo», dejando a un lado la idea de «castigo retributivo» (que contiene en su interior la dimensión justificatoria al suponer que se trata de un castigo «merecido») para realizar la comparación con la noción de «castigo simpliciter». Para Zaibert la asimilación que hacen muchos autores entre «castigo» y «castigo retributivo» no es sana porque permite eludir el problema de la justificación del castigo incorporándola en la propia definición –lo que Hart (1992) considera un abuso de la definición o *definitional stop*–. Lo mismo ocurre en muchas posiciones consecuencialistas. Para Zaibert no se pueden distinguir conceptualmente «castigo» y «venganza» con independencia de la posición que se asuma en el debate sobre su justificación moral. Su objetivo es mostrar que las razones que ha dado Nozick no son suficientes para distinguir entre actos de castigo simpliciter y venganza.

Kaufman (2013), por su parte, aspira a romper la parálisis que afecta al debate sobre la justificación moral del castigo apelando a una estrategia argumentativa que aboga por un nuevo comienzo para abordar el problema: hay que comenzar rechazando la afirmación universalmente aceptada de que la venganza y el castigo son esencialmente diferentes por ser conceptual e históricamente falsa. Para Kaufman, hay que partir de reconocer que el propósito de la retribución es vengarse de los ofensores, que la venganza y el castigo son esencialmente idénticos. ¿Cómo puede cambiar el escenario de la disputa el asumir este punto de partida tan cuestionable? Reconocer la identidad básica entre venganza y castigo permite explorar la justificación moral que históricamente se otorgó a la primera para explicar por qué castigamos y cuál es la justificación moral de esas prácticas. La tesis de Kaufman es que la venganza puede ser entendida como la defensa de un valor personal crucial: el honor o autorespeto. La defensa del honor provee, a su entender, la única explicación plausible al interrogante de por qué castigamos retributivamente –y también su justificación moral *prima facie*–. La justificación del castigo que ofrece Nozick resulta prácticamente ininteligible por su afán en mantener la distinción conceptual entre castigo retributivo y venganza. Pero si se examina la justificación que ofrece para ella se puede apreciar una profunda ambigüedad metodológica que hace muy difícil la labor de evaluar sus argumentos. Las cinco diferencias que considera relevantes para marcar la distinción entre castigo y venganza constituyen afirmaciones de naturaleza confusa: ¿son conceptuales? ¿expresan intuiciones básicas? ¿describen hechos históricos? ¿son afirmaciones antropológicas o culturales sobre sociedades que apelan o han apelado a esos términos para referirse a sus prácticas? El objetivo de Kaufman es mostrar que, sea cual sea la interpretación que se adopte a su respecto, no resultan suficientes para mostrar que la venganza y el castigo son esencialmente diversos. «Retributive punishment is but another name for revenge» (Kaufman 2013: 95).

Dada la similitud de las tesis que defienden Zaibert y Kaufman, examinaremos conjuntamente los cuestionamientos que realizan a la propuesta de Nozick agrupándolos en torno a las cinco diferencias que separarían radicalmente al castigo de la venganza.

2.1 Gravedad de la ofensa

Nozick afirma que la retribución se realiza como respuesta a una incorrección [wrong], mientras que la venganza se puede llevar a cabo por un daño [harm], perjuicio [injury] o menosprecio [slight], que no tiene por que ser una incorrección.

Zaibert, por su parte, sostiene que la distinción que hace Nozick entre «wrongs», por un lado, y «harms, injuries and slights», por otro, no alude a aspectos que se muevan en el mismo nivel. A la incorrección se opone la corrección, mientras que al daño, los perjuicios y menosprecios se oponen el conjunto de resultados buenos o benéficos que podemos atribuir a un acto. Una incorrección leve, por ejemplo, puede generar un daño grave, y por el contrario, una incorrección grave puede dar lugar sólo a daños leves. La incorrección tiene que ver con la naturaleza del acto, mientras que los daños, perjuicios y menosprecios tienen que ver con las consecuencias que generan esos actos. Es por ello que no se puede apelar a ella para distinguir la venganza y el castigo tal como propone Nozick.

La idea de incorrección, en sentido moral (el único relevante en este contexto para Zaibert), alude a un continuo en el que se distribuyen actos de distintos grados de gravedad. No es lo mismo incumplir una promesa que violar a un sujeto. Para abordarla puede resultar conveniente distinguir entre sus dos extremos: incorrecciones delgadas o leves (*thin wrongs*) e incorrecciones gruesas o muy graves (*thick wrongs*). Las incorrecciones delgadas son aquellas que causan perjuicios o menosprecios, mientras que las incorrecciones gruesas son las que generan daños graves. Nozick podría mantener la distinción entre castigo y venganza en estos términos considerando al castigo como la respuesta a una incorrección gruesa y a la venganza como la respuesta a una incorrección delgada. Pero esta maniobra no es aceptable, porque en la práctica se acepta la posibilidad de castigar tanto incorrecciones delgadas como gruesas, con lo que el supuesto contraste entre venganza y castigo se diluye, ya que ambas son respuestas a incorrecciones y ambas son respuestas posibles tanto a incorrecciones delgadas como a incorrecciones gruesas. Pero incluso si aceptáramos la distinción tal como parece establecerla Nozick, con ella sólo se podrían distinguir entre «castigos» y «ciertas formas de venganza», aquellas que se producen por un mero daño, injuria o menosprecio, nunca con actos de venganza que sean la respuesta a incorrecciones (lo que resulta posible, como admite el propio Nozick). Que con el primer criterio para fundar la distinción conceptual no se pudiera lle-

var a cabo esta distinción ya sería grave, pero si a esto le sumamos que en realidad los daños, perjuicios y menosprecios necesitan ser causados por una incorrección, entonces este primer criterio resulta completamente ineficaz.

Kaufman considera que estamos en presencia de una maniobra muy común por parte de aquellos que quieren marcar diferencias tajantes entre castigo y venganza: construir una caricatura de las culturas de la venganza (aquellas sociedades que adoptaron la institución de la venganza como forma de impartir justicia) que exagera ciertos rasgos –presentes de forma excepcional, aunque no haya evidencia que respalde su generalización y exageración– que facilitan marcar diferencias entre lo que se considera una forma bárbara e incivilizada de administrar justicia y los sistemas estatales centralizados de imposición de castigos –a los que se atribuye racionalidad y justicia–. En este caso se pretende mostrar al vengador como un sujeto hipersensitivo a ciertas ofensas que se consideran nimiedades, por ello la diferencia que marca Nozick entre el castigo retributivo (como respuesta solo a graves ofensas morales) y la venganza (que respondería a daños leves, faltas de respeto o insultos). Los ejemplos favoritos son los de los samuráis que podían matar a un campesino si se mostraba irrespetuoso o la cultura del duelo que admitía el duelo a muerte como respuesta legítima si la víctima había sido acusada de mentir. El objetivo final es mostrar a la venganza como irracional e intrínsecamente desproporcionada, pero su único fundamento son malinterpretaciones y percepciones equivocadas sobre los hechos históricos, incapaces de comprender las complejidades de las relaciones sociales en las culturas de la venganza, que se limitan a reproducir las imágenes distorsionadas difundidas en la campaña de propaganda sistemática a favor del monopolio estatal del uso de la fuerza.

Hay una buena explicación histórica para la tendencia, presente en la mayoría de las culturas de la venganza, a considerar a ciertas formas de falta de respeto como ofensas de una gravedad mayor a la que se le atribuye en las sociedades modernas. En sociedades descentralizadas la reputación es lo más importante que posee un individuo. El carácter sagrado de la palabra empeñada es esencial en aquellas sociedades fundadas sobre los compromisos personales –en lugar de contratos formalizados legalmente– lo que permite entender que la acusación de ser un mentiroso sea una de las ofensas más graves que un sujeto pueda sufrir. Pero peor aún es la de ser acusado de cobardía, de ser incapaz de vengarse si fuera ofendido, porque eso podía significar que todas aquellas ofensas que se cometieran en su contra (o contra alguno de sus allegados) quedarían impunes. En nuestras sociedades no consideramos triviales los insultos sino que, dado el énfasis que se ha puesto en el daño físico como requisito para la intervención estatal, no los consideramos lo suficientemente graves como para movilizar el aparato burocrático centralizado de imposición de castigos. «... There

is no convincing evidence of a logical or conceptual distinction between revenge and retribution» (Kaufman 2013: 100).

Kaufman cree que no se deben exagerar las diferencias entre las sociedades tradicionales y las modernas, ya que los insultos, agravios y faltas de respeto son incorrecciones morales ante los que se debe responder. La diferencia es que las incorrecciones morales se consideran incorrecciones punibles mientras que las faltas de respeto o los insultos no (pero no por razones lógicas o semánticas, sino por razones de política legislativa, como queda en evidencia en todos aquellos sistemas penales modernos (como el español) en los que se castigan los insultos proferidos contra reyes o presidentes). «In any case, there is no logical reason why a retributive system may not be concerned with “mere” insults or why a revenge culture should be focused on trivial slights» (Kaufman 2013: 106). El hecho innegable de que los sistemas de imposición privada de castigos –tal como se plasman en las llamadas culturas de la venganza– conducen a la comisión de más casos de abusos o de respuestas punitivas inapropiadas constituye una buena razón para preferir un procedimiento descentralizado de administración del castigo, pero esto no se puede considerar una evidencia en apoyo de una diferencia conceptual o moral sustantiva entre venganza y castigo retributivo¹⁰.

2.2 Límites internos

En la posición de Nozick, la retribución establece un límite interno acorde con la gravedad de la incorrección para determinar la medida del castigo que se debe imponer, mientras que la venganza no establece ningún límite de este tipo para el daño que se puede infligir (aunque el vengador pueda limitarse en su respuesta por razones externas).

Zaibert considera que esta característica supuestamente diferenciadora conduce a una imagen distorsionada tanto del castigo como de la venganza. El que lleva a cabo un acto de castigo no debe buscar la proporcionalidad entre la ofensa y la respuesta punitiva (con lo que no tiene ningún límite interno) ni el vengador puede llevar a cabo un daño de cualquier tipo y magnitud como respuesta (hay un sentido de «respuesta proporcionada» que puede ser aplicable a actos de venganza). Por lo tanto, existe un límite al grado de desproporción admitido en el daño que se produce como respuesta a una ofensa tanto en el caso del castigo simpliciter como de la venganza. La venganza tiene

¹⁰ Tanto los sistemas de venganza como los de castigo pueden ser valorados como morales o inmorales y, en su interior, se pueden distinguir actos de venganza o de castigo apropiados e inapropiados. Hay claros ejemplos de venganzas inapropiadas, pero también los hay de castigos administrados por el Estado que lo son (el ejemplo más claro son las normas aplicadas a los afroamericanos en los Estados del Sur de los EEUU después de la guerra civil, el infame sistema conocido como «Jim Crow Justice»).

también un límite interno porque es imaginable un caso en el que la desproporción entre la ofensa y a respuesta sea tan grande que impida aplicar el concepto mismo de venganza (Zaibert apela a un western hipotético en el que el protagonista al que le quemaron el rancho y le matan las reses al inicio del film termine destruyendo todo el Estado con un artefacto nuclear: difícilmente lo interpretaríamos como una típica historia de venganza). A lo sumo se podría apelar a este criterio para afirmar que, en ciertos casos, la variedad de respuestas dañinas que se ajustan a una ofensa puede ser más amplia en la venganza que en el castigo. Pero incluso así sólo serviría para distinguir el castigo de ciertos actos de venganza. Esta mínima utilidad acaba por desaparecer si, en lugar de aceptar el *definitional stop* de Nozick y tratar de distinguir castigo retributivo de venganza, recordamos que nuestro objetivo es trazar una clara demarcación entre castigo simpliciter y venganza.

Por su parte, Kaufman, considera que cuando Nozick alude a la existencia de límites internos en el caso del castigo está pensando en la vigencia del llamado principio de proporcionalidad de las penas en relación con la magnitud de las ofensas, dimensión de la que carecería –o no tendría necesidad de ella– la venganza. Existe una profunda imprecisión en esta forma de presentar la diferencia, que surge de la propia expresión «límite interno». ¿Por qué la *Lex Talionis* debe ser entendida como un límite externo y el principio de proporcionalidad como un límite interno? Todo parece indicar que estamos en presencia de una distinción arbitraria, en la que por encima de todo se pone de manifiesto que la existencia de ciertos límites resulta definitoria en principio tanto del castigo como de la venganza. Por otra parte, la evidencia histórica no corrobora estadísticamente que los sistemas de venganza sean más excesivos que los sistemas de castigo –más bien todo lo contrario, ya que aquellos solían incorporar mecanismos de compensación económica sustitutorias de las penas que han desaparecido–. Esto no implica negar que el castigo, dejado en manos de los individuos, tiende al exceso. Pero este es un argumento para justificar el paso de un sistema de imposición individual de castigos a un sistema público en el que el vengador individual es reemplazado por un oficial público que opera como castigador en todos los casos, no un rasgo que apoye la diferencia conceptual entre castigo y venganza.

Se suele defender esta tendencia al exceso que caracterizaría a la venganza afirmando que los sistemas de venganza conducen inevitablemente a una escalada en el ciclo de la violencia, lo que se suele evitar en los sistemas de justicia retributiva centralizada. Pero Kaufman considera que se debe hacer una diferencia entre culturas de la venganza funcionales y culturas de la venganza disfuncionales. La mayoría de las sociedades que adoptaron algún tipo de sistema de venganza desarrollaron una cultura funcional y ordenada del castigo. Teniendo en cuenta que la gran mayoría de las sociedades conocidas adoptaron en algún momento de su desarrollo un sistema de venganza-

za, sería altamente improbable que esto hubiera sucedido así si la venganza hubiera llevado irremediamente a esas comunidades a terminar en un caos sangriento. Esto no significa negar que existen casos de culturas de la venganza que fueron disfuncionales, pero son casos excepcionales que han sido exagerados en su magnitud y representatividad por la propaganda estatal que buscaba consolidar el monopolio del uso de la fuerza en ciertos momentos históricos. Lo que la existencia de estos ejemplos excepcionales muestra es, en todo caso, la necesidad de instaurar una autoridad central que administre la venganza. Esta es una cuestión meramente procedimental que no alcanza para fundar una diferencia conceptual entre venganza y castigo¹¹.

2.3 **Carácter personal**

Nozick cree que la venganza es una cuestión personal, pero que quien retribuye no necesita tener ningún lazo especial o personal con la víctima de la incorrección por la que se exige la retribución.

Para Zaibert, la clave para entender este criterio que propone Nozick es determinar que es lo que entiende por «personal» y la única forma razonable de hacerlo es apelando la distinción entre lo «público» y lo «privado». Tomando este eje como referencia se puede entender lo «personal» de dos maneras: (a) como «intimidad», lo que genera el problema de determinar que es lo que un sujeto entiende por tener una relación íntima con alguien, lo que puede variar según el punto de vista del sujeto al que se le formule la pregunta. Esta variabilidad subjetiva le haría perder fuerza como criterio para trazar la distinción entre castigo y venganza¹². (b) Como sinónimo de «no regulado», en este sentido los problemas para usarlo como criterio son aún mayores, porque llevaría a caracterizar los mismos actos de distinta manera según en el contexto en el que se lleven a cabo lo que no resulta aceptable (por ejemplo, encerrar a un violador en una cárcel a cargo de oficiales del Estado sería diferente de encerrarlo en una réplica exacta de una celda en una casa, en el primer caso sería un castigo y en el segundo un acto de venganza. Pero decir que el castigo ocurre en contextos institucionales y la venganza fuera de ellos implica ignorar (i) que casi la totalidad de la vida social transcurre en el marco de ins-

¹¹ Nada garantiza que un sistema de castigos centralizados sea intrínsecamente limitado y moderado: ahí están las penas de lapidación por adulterio en ciertos países árabes o la pena de muerte por celebrar matrimonios no arreglados en la India. El sistema de castigo estatal no es inmune a los excesos, por eso se han debido promulgar una gran cantidad de normas para limitarlos. Hay una tendencia general hacia el exceso y la crueldad en la imposición de castigos que, para Kaufman, queda confirmada por la actual política de encarcelamiento masivo vigente en los Estados Unidos.

¹² «It would be of little help to know that revenge can only occur in some types of intimate relationships, if we have no way of identifying with any precision which are those relationships» (Zaibert 2006: 03).

tituciones (en el sentido de prácticas reguladas aunque no estatales), y (ii) que el castigo es un fenómeno común fuera del contexto institucional del Estado.

También señala que la característica exigida por Nozick para utilizar el término castigo, a saber, que el agente que lo impone no tenga ligazón personal con la víctima de la ofensa, no es un criterio que sirva para fundar la distinción con la venganza porque llevaría a negar todo sentido a la expresión «auto-castigo» y obligaría a utilizar en esos casos la expresión «auto-venganza» que resultaría como mínimo extraña. Este problema se diluye si abandonamos el intento de establecer una distinción conceptual entre castigo y venganza.

Kaufman, por su parte, considera que la dicotomía entre «personal»/«impersonal» que supone Nozick puede también ser interpretada de diversas maneras:

(a) Puede significar que la venganza tiende a estar en manos privadas, mientras que el castigo se encuentra centralizado en instituciones públicas, lo que constituye una verdad histórica innegable pero que no es suficiente para fundar una distinción tajante entre ambos conceptos. Lo que muestra es la continuidad histórica entre ambas con una única diferencia: la autoridad que las lleva a cabo. Pero históricamente la venganza no recaía necesariamente en un individuo aislado, sino en su grupo de pertenencia. ¿En qué momento ese grupo fue lo suficientemente grande como para dar paso a lo que se considera una práctica «impersonal» de retribuir las ofensas cometidas contra alguno de sus miembros? No existe ningún problema conceptual para concebir la idea de una «venganza colectiva», por lo que esta primera manera de interpretar la nota diferencial a la que alude Nozick no es suficiente para defender una distinción tajante entre venganza y castigo.

(b) Pero «personal» se puede entender en este contexto como significando «parcial» o «sesgada», mientras que «impersonal» se podría traducir como «imparcial». Kaufman considera que esta interpretación tampoco alcanza para apoyar la dicotomía entre castigo y venganza porque resulta absurdo afirmar que nuestro sistema de justicia criminal es por definición imparcial siempre, mientras que la venganza necesariamente debe ser parcial o debe conducir a resultados que consideraríamos injustos desde nuestro sistema actual de justicia criminal. «A revenger can in principle be as impartial as a professional judge, and at least in some cases, revenge will inevitably produce exactly the same punishment that the legal code called for (e.g. execution for a particularly heinous crime)» (Kaufman 2013: 96).

(c) Nozick alude a un «lazo personal» en el vengador, pero si ese lazo puede ser tan débil como para referirse a formar parte de un grupo entonces la distinción que pretende fundar sobre esta característica se desvanece. Cuando Nozick reconoce que el vengador puede ser un «agente» de alguien con un lazo personal con el ofensor debilita tanto la noción que hasta se podría entender que el gobierno –en la medida

en la que actúa como agente del pueblo— satisface la exigencia de tener un «lazo personal» al imponer un castigo en el marco del sistema de justicia criminal, lo que muestra que bajo esta interpretación tampoco es posible fundar la distinción entre castigo y venganza¹³.

2.4 Tono emocional

Nozick considera que la venganza despierta una reacción emocional, cierto placer en el sufrimiento del otro, mientras que la retribución no requiere ningún tono emocional en particular ni implica ningún sentimiento de placer asociado a la que se haga justicia.

La clave para poder evaluar la efectividad de este criterio reside en la vida emocional de quien lleva a cabo el acto de infligir un sufrimiento a otro que previamente ha cometido una ofensa. En una primera interpretación, Zaibert considera que podría ser útil si fuera cierto que el vengador siente emociones al vengarse mientras que el castigador no siente ninguna emoción al aplicar un castigo —lo que en última instancia sólo serviría para distinguir los pocos casos en que esto fuera efectivamente así—. Pero considera que resulta sumamente implausible afirmar que el castigador no siente nada al llevar a cabo su acto, pues siempre sentirá algo al castigar por aquello que considera una incorrección, dado que para él el castigo es un reproche al ofensor¹⁴. Este sentimiento puede no ser demasiado intenso ni consciente, pero está presente siempre que se lleva a cabo un acto de castigo. «... My suggestion is more ambitious: any instance of perceived wrongdoing gives rise to some form, even very low grade forms, of an emotional response.» (Zaibert 2006: 112). Es por ello que no resulta apropiada la primera forma en la que Nozick apela a las emociones (o a su ausencia) para establecer la diferencia entre castigo y venganza.

Pero su criterio incluye otra manera de hacerlas valer para trazar la distinción: en caso de generar emociones —tanto en el vengador como en el castigador— los actos son diferenciables porque las emociones involucradas en ellos son cualitativamente diferentes: sentimientos de placer ante el sufrimiento del otro en el caso de venganza y sentimientos de placer por que se haga justicia en el caso del castigo. El problema es cómo hacer esta diferencia al nivel de las emociones: no hay argumentos teóricos ni tampoco en la práctica se pueden distinguir (en la ficción, por ejemplo, el vengador pretende hacer justicia y por eso resulta un personaje apreciado en líneas generales). Cuando Nozick sostiene que el vengador quiere presenciar el sufrimiento del ofensor

¹³ Kaufman critica otras dos interpretaciones que relacionan el «lazo personal» con la ausencia de generalidad y con el componente emocional que Nozick atribuye a la venganza. He optado por tratarlas en aquellas partes de este trabajo en las que abordo esas cuestiones.

¹⁴ Característica presente también en la definición de «castigo» que propone Hart (1992).

mientras que el castigador no lo desea, lo hace sin ningún tipo de argumento que lo respalde; lo más probable es que tanto uno como otro pudiera quererlo presenciar –o no–. Quienes han abordado la cuestión también parecen aceptar estas similitudes a nivel emocional¹⁵. Zaibert concluye afirmando que la venganza o el castigo pueden ser buenos o malos, no es una cuestión que se pueda resolver a nivel conceptual como pretenden las posiciones que ha controvertido a lo largo de su análisis. Sus supuestos análisis conceptuales no encubren más que meras estipulaciones: estipulan que el castigo es justo (o justificable) y la venganza es injusta. No son más que maniobras sofisticadas que esconden un abuso de la definición.

Kaufman afirma que este tono emocional es otra forma de expresar el carácter «personal» que Nozick le atribuye a la venganza. Si bien es cierto que la motivación del vengador individual de una ofensa de la que ha sido víctima puede tener un componente emocional más fuerte que la que podríamos detectar en un castigador individual –por lo general un burócrata del sistema estatal–, ello no permite inferir que estemos en presencia de una diferencia conceptual entre castigo y venganza. Históricamente se ha señalado que, en muchas ocasiones, la venganza no movilizaba grandes emociones (el vengador se veía obligado a vengar ofensas cometidas contra parientes muy lejanos) o se realizaba motivada por la presión social en lugar de por las emociones individuales del vengador. Al mismo tiempo, podemos detectar que hay funcionarios del sistema estatal de justicia criminal que se ensañan motivados emocionalmente por los casos en los que les toca actuar. Kaufman pone el ejemplo del fiscal Starr en la causa contra el entonces presidente Clinton, pero también servirían las actuaciones del juez Sergio Moro en las últimas semanas contra el ex presidente del Brasil Lula da Silva.

Pero Nozick alude también en este punto a otro lugar común entre los críticos de la venganza, que para Kaufman no posee ninguna evidencia que lo fundamente: el vengador siente un placer sádico al infligir sufrimiento a sus ofensores, lo que transforma en sádica a toda forma de venganza. Si se examinan los ejemplos históricos y literarios de venganza se puede apreciar que en todos los casos el vengador actúa motivado por la fuerte creencia de que es la justicia la que demanda su acto de venganza¹⁶. Tampoco es cierto que las emociones estén ausentes cuando se impone un castigo retributivo desde organismos estatales, reemplazadas por la búsqueda ascética de justicia (lo que podría dar lugar, a lo sumo, a la persecución de un placer racional

¹⁵ Quien reconoce expresamente la conexión emocional de la venganza y el castigo, considerando que no se trata de un problema sino de una característica que hay que integrar en una concepción general de la justicia es Robert Solomon (1994, 2007).

¹⁶ Barton (1999: 14-16) pone de manifiesto que casi nadie experimenta el tipo de deseo sádico de ver sufrir al otro que se le pretende atribuir a todo vengador, más bien todo lo contrario.

y abstracto por parte del castigador). Para Kaufman este tipo de afirmaciones parte de un supuesto sumamente cuestionable: el dualismo extremo entre razón y emoción. La venganza sería la manifestación de la emoción pura, mientras que el castigo lo sería de la razón pura. La realidad es que los sentimientos asociados a actos de retribución siguen presentes en nuestros sistemas de justicia penal, no sólo en el discurso de las víctimas y de la sociedad en general, sino también en el de los oficiales públicos que lo operan. Atribuir un carácter sádico a las culturas de la venganza para mostrarlas como ejemplos de sociedades brutales e irracionales se apoya en una caricatura generada por la propaganda estatal en su lucha por establecer un sistema único y centralizado de castigos. Este tipo de maniobras se puede apreciar con claridad si prestamos atención a la interpretación moderna de proverbios como «la venganza es un plato que se sirve mejor frío». La lectura actual tiene a malinterpretar su función, atribuyéndole un ideal de venganza en la que la clave pasa por saborear lentamente el placer de infligir dolor y sufrimiento a los ofensores, cuando de hecho el propósito de su formulación parece haber sido el opuesto: evitar llevar a cabo los actos de venganza al calor de la furia, cuando uno puede verse impelido a actuar de forma excesiva, esperando a que las emociones se calmen para así poder retribuir al ofensor de una manera más razonable y justa. No había en el proverbio original ninguna implicación que sugiriera que la venganza era algo que supuestamente se debía disfrutar.

2.5 Ausencia de generalidad

La venganza, tal como la entiende Nozick, no aspira a ningún grado de generalidad. La necesidad de venganza surge según la forma en la que la víctima del daño se siente en el momento de sufrirlo. Nada la compromete a vengar otros actos similares en el futuro. En cambio, quien impone una retribución, actúa en virtud de la existencia de algún tipo de regla general que obliga a retribuir de la misma manera actos similares.

Este criterio, según Zaibert, es el resultado de una mera estipulación, ya que hasta el propio Nozick admite que nada impide al vengador comprometerse con ese tipo de principios generales. Tampoco es cierto que la respuesta dependa de cómo se sienta quien deba responder a la ofensa en el momento de su comisión. Además, no resultan casos excepcionales, tal como se puede constatar en el accionar de mafiosos y vigilantes. Lo malo del accionar de mafiosos y vigilantes es que se toman la justicia por su propia mano, por eso cometen siempre una incorrección, aun en aquellos casos en los que aplican un castigo merecido y proporcional al ofensor. Se podría ir más lejos aún: mafiosos y vigilantes podrían aplicar el mismo tipo de castigo y con el mismo grado de intensidad que tiene previsto el sistema legal —o que

previsiblemente sus órganos podrían aplicar si el caso fuera llevado a su conocimiento— pero aún así estarían cometiendo una incorrección¹⁷.

Para Kaufman esta forma de diferenciar la venganza y el castigo también se deriva del carácter «personal» que Nozick le atribuye a la primera. En este caso «personal» significaría no comprometido con principios generales, mientras que el carácter impersonal aludiría al compromiso de aplicar los mismos castigos a todos aquellos que realicen las mismas ofensas, y sería la consecuencia inevitable del actuar del vengador: un sujeto que actúa en persona y en un solo caso, mientras que en el sistema estatal los mismos oficiales aplican todos los castigos. Pero esto no resulta suficiente para fundar la diferencia conceptual que pretende Nozick, ya que se trata de una buena razón histórica para justificar la adopción de un sistema público de aplicación forzada de castigos, lo que resalta la continuidad histórica entre ambos tipos de sistemas más que sus divergencias conceptuales. Por otra parte, resulta empíricamente incorrecto afirmar que no existe pretensión de generalidad en la venganza, ya que muchas sociedades que apelaron a ella la restringieron y regularon mediante principios generales (el ejemplo más famoso es la *Lex Talionis*). Además, en esas comunidades, los vengadores que se excedían en sus actos de venganza eran denunciados y avergonzados públicamente. Todo ello muestra que el argumento de Nozick pretende fundar una distinción clara a partir de un conjunto de evidencias históricas que apuntalan la continuidad entre ambos tipos de sistemas.

3. LA POLISEMIA DE LOS TÉRMINOS «VENGANZA» Y «CASTIGO»

La discusión precedente se basa en el presupuesto de que los términos «venganza» y «castigo» poseen un grado importante de imprecisión —lo que justificaría el desacuerdo sobre su naturaleza y los esfuerzos argumentativos para poderla determinar— pero que no se ven afectados por la polisemia que detectamos en otras expresiones de nuestro lenguaje. No obstante, podemos apreciar cómo —sea al definir el objeto de su argumentación en el caso de Zaibert, sea al desarrollar su estrategia argumentativa general como se puede percibir en Kaufman— el sentido con el que usan las expresiones claves de la discusión parecen variar sustancialmente. Zaibert está preocupado por el uso de esas expresiones para calificar ciertos actos individuales, mientras que todo el esfuerzo de Kaufman está dirigido a mostrar la continuidad

¹⁷ «Badly to assert that the avenger cannot possibly be committed to treating like cases alike, and that the punisher is committed to always treating like cases alike smacks of mere stipulation» (ZAIBERT 2006: 99).

histórica entre cierto tipo de instituciones sociales para administrar las respuestas retributivas a ciertas ofensas. Nozick, por su parte, bascula entre la alusión con ellos a ciertos actos e instituciones pero, sobre todo, acentúa el sentido con el que se utilizan para referirse a ciertos sentimientos o emociones capaces de motivar la realización de ciertos actos comunicativos y cambiar, con ello, el mensaje que transmiten. En otras palabras, el fantasma de la disputa meramente verbal parece sobrevolar toda la discusión. Trataré de distinguir esos tres sentidos principales con los que se utilizan los términos en el debate para examinar el grado de incompatibilidad que presentan las tesis que defienden los distintos actores una vez que se distribuyen sus argumentos en torno a esos tres núcleos de significado, tomando como eje el elemento de la discordia: la idea de venganza¹⁸.

3.1 Actos

Dejemos de lado la imprecisión con la que Zaibert plantea la cuestión (aludiendo de forma indistinta a actos, actividades o acciones) y supongamos que su intención es la de mostrar que los *actos de venganza* no se pueden diferenciar conceptualmente de los *actos de castigo*. En teoría de la acción se distingue entre acto y actividad. Matar a una persona o abrir una puerta son actos. Fumar o correr, en cambio, son actividades. Los actos se definen por sus resultados, esto es por los cambios de un estado de cosas a otro, también llamados «sucesos». La muerte de un hombre es un suceso. Qué llueva, en cambio, no se puede entender de esta manera. La lluvia es un caer de agua que debe continuar durante un determinado período de tiempo (Von Wright 1970: 45). Los actos se relacionan con los sucesos, pero las actividades están conectadas con los procesos. Por eso fumar o correr son actividades. Las actividades mantienen los procesos en marcha, los procesos no acaben como los sucesos, sino que avanzan. La actividad tiene un principio y un fin – que en muchos casos consisten en actos. El acto de empezar a fumar o el acto de dejar de correr (Von Wright 1970: 58). Zaibert define la venganza y el castigo como actos de la siguiente manera: (1) A castiga a B cuando A inflige (lo que a su entender es) un sufrimiento a B como reacción a (lo que cree que fue) una incorrección de B, y (2) A se venga de B cuando A inflige (lo que a su entender es) un sufrimiento a B como reacción a (lo que cree que fue) una incorrección de B (Zaibert 2006: 82-83).

Concedamos que la mejor manera de entender al castigo y a la venganza es como actos y no como actividades ni acciones (en las que el procedimiento utilizado o el sentido institucional podrían tener

¹⁸ Zaibert reconoce la polisemia pero considera, a nuestro parecer erróneamente, que no puede afectar sustancialmente el alcance de su propuesta (Zaibert 2006: 83-84).

carácter definitorio y, por ende, facilitar la defensa de la distinción conceptual entre ambas), ya que el propio Nozick parece aceptarlo. La identidad estructural a la que alude en varias ocasiones no es otra cosa que la profunda similitud que poseen entendiéndolos como actos comunicacionales: A inflige a B un sufrimiento por una ofensa con el deseo de que quien lo reciba comprenda por qué se lo inflige y que comprenda también que se pretende que lo comprenda. La diferencia entre ambos reside en el mensaje que transmiten. Pero Nozick sólo trata abiertamente el mensaje que transmite el acto de castigo: busca conectar al ofensor con los valores correctos de los que se ha alejado al cometer la ofensa. El ofensor «flouts the correct values, he goes against them. Not merely is he unlinked and unconnected to correct values, he is anti-linked and anti-connected» (Nozick 1981: 382). El sufrimiento es, de esta forma, no el resultado intencional que define al acto de castigo sino una consecuencia secundaria que se podría eliminar si fuera posible transmitir el mensaje de otra manera. El papel del sufrimiento es «negate or lessen flouting by making it impossible to remain as pleased with one's previous anti-linkage» (Nozick 1981: 384). El castigo retributivo le da un efecto significativo a los valores correctos en la vida del ofensor, le hace sentir los efectos de haberse alejado de ellos tal como puso de manifiesto cometiendo la ofensa, restablece la conexión del ofensor con los valores correctos al hacerlo responder completamente por sus incorrecciones.

La cuestión no abordada por Nozick es: ¿cuál es el mensaje diferente que transmite la venganza? Una vez que hemos aceptado que el carácter personal, el tono emocional, los límites internos y la aspiración de generalidad son características que pueden estar presentes en mayor o menor medida tanto en actos de castigo como de venganza, queda muy poco espacio para responderla de una manera claramente diferente a la forma en la que se han respondido respecto del castigo. Los únicos elementos capaces de fundar esta diferencia no surgen del acto en sí mismo de venganza o de castigo, sino de las condiciones y procedimientos institucionales que se establezcan en una comunidad para su ejercicio legítimo. Para French (2001) –lo mismo que para Nozick– la única forma en la que la moral puede afectar a los asuntos humanos es a través de los actos de los agentes morales al reconocer y reaccionar ante las propiedades morales de los actos y caracteres de los demás agentes morales de la comunidad moral a la que pertenecen. Reconocer que un acto tiene propiedades morales relevantes sin que esto genere una respuesta apropiada por parte de los otros miembros de la comunidad (sea para recompensarlo o para reprocharlo) es una señal de debilidad de carácter. La venganza transmite un mensaje de relevancia moral o, más bien, la venganza es el mensaje moral apropiado en ciertas circunstancias. El ofensor se ha «desconectado» de los valores correctos de la comunidad y el acto hostil es una forma de forzar su «reconexión». Ese mensaje, esa llamada a la reconexión es la que debe ser comprendida necesariamente para que el acto comu-

nicacional de la venganza sea exitoso. Por ello el acto de venganza posee los mismos límites internos que el acto de castigo: la respuesta debe ser aquella que maximice la probabilidad de que el mensaje moral que se pretende transmitir sea comprendido. El mensaje que se transmite en un acto exitoso de venganza es idéntico al que se transmite en un acto exitoso de castigo y los límites que impone el propio valor moral del ofensor como miembro de la comunidad moral también: por eso tanto Nozick respecto del castigo como French en relación con la venganza consideran que la muerte del ofensor no resulta moralmente justificada en ningún caso.

Por eso, como actos individuales, la venganza y el castigo no son distinguibles más que por el marco social o institucional en el que se producen y su justificación o condena moral dependerá de factores que pueden estar presentes tanto en los unos como en los otros indistintamente –a menos que se la haga depender completamente de lo que ocurra en el plano institucional–. La conclusión es que, en la medida en la que se puedan entender como actos, la venganza y el castigo no son conceptualmente diferentes –a menos que se los entienda como lógicamente dependientes de ciertas motivaciones diferenciadas o de ciertas instituciones tajantemente diversas y en alguno de esos niveles se pueda justificar la diferencia conceptual–.

3.2 Sentimientos

En este sentido de lo que se trata es de determinar si se puede hacer una distinción conceptual relevante entre el llamado «sentimiento de venganza» y lo que en la discusión precedente se menciona como el «sentimiento de que se haga justicia». En el discurso público se supone una distinción clara entre ambos, lo que permite sostener que se puede querer que se haga justicia pero que ello no puede ser confundido con un deseo de venganza. Lo que debemos determinar es si, más allá de este innegable uso retórico, existen razones conceptuales para mantener la diferencia.

Comenzaremos con una definición de los «sentimientos de venganza» tomada de una investigación que se propuso medir el grado de satisfacción que de los mismos lograban las víctimas luego de una condena judicial a sus ofensores (Orth 2004). En ese trabajo se definían los «sentimientos de venganza» por la presencia de cuatro constituyentes cognitivos:

- 1) El individuo (EGO) se percibe a si mismo como habiendo sido seriamente dañado por otra persona (ALTER),
- 2) ALTER es considerado responsable (sin que medien excusas de ningún tipo) de la producción de ese daño por EGO,
- 3) EGO considera que la producción de ese daño fue el producto de una incorrección moral (en cuya comisión no ha concurrido ninguna justificación moral especial),

4) EGO percibe el deseo de represaliar [retaliate] a ALTER y considera que si se consume este deseo el sentimiento dejará de existir.

¿Cómo se podría definir el «sentimiento de que se haga justicia» que sienten las víctimas de una ofensa de manera tal que se pudiera diferenciar conceptualmente de los «sentimientos de venganza»? Lo primero que habría que determinar es que se entiende por «justicia» en ese contexto. El principio de retribución es una de las ideas asociadas a la justicia más antiguas¹⁹. Este principio de retribución, que justifica la producción de un daño a una persona por el mero hecho de que él o ella generaron un daño previamente, fue limitado con el tiempo exigiendo algún tipo de equivalencia entre el daño recibido y el daño provocado. La *Lex Talionis* constreñía la respuesta retributiva asimilándola a la «devolución de una deuda»: la idea es que si alguien provocaba un daño a otro generaba una deuda que debía satisfacer sufriendo el mismo tipo de daño que había provocado y en la misma cantidad²⁰. Desde la antigüedad el principio de retribución forma parte de la idea de justicia pero ha dado lugar a prácticas e instituciones muy diversas a lo largo de la historia. El cambio más radical se produjo cuando se paso de un sistema de venganza privada a la administración de castigos a cargo de órganos especiales del Estado. Pero las emociones que moviliza son las mismas (Frijda 1994). Para Solomon: «Vengeance is the original passion for justice» (1994: 304). Podemos aceptar que no es posible distinguir de manera tajante la venganza y el castigo cuando los términos aluden a los sentimientos que las ofensas movilizan en las víctimas. Lo que se ve reforzado por lo establecido en la sección anterior: no hay diferencia conceptual al nivel de los actos individuales entre actos de venganza y actos de castigo, por lo que el objeto del deseo de las víctimas confluye necesariamente en la realización del mismo tipo de acto como respuesta a la ofensa sufrida. Esto se encuentra reconocido de forma tácita en el tipo de investigaciones del que hemos tomado la definición precedente: en todas ellas se mide el grado de satisfacción del llamado «sentimiento de venganza» en relación con los actos retributivos que sufren los ofensores por parte de los organismos oficiales de administrar el castigo. Se asume que el objeto del deseo de venganza no se puede diferenciar del deseo de que haga justicia a los ofensores en una cultura del castigo estatal como en la que vivimos. En ambos casos, el acto que se desea que

¹⁹ Hans Kelsen escribió un artículo en 1943 en el que analizó las narraciones sobre diluvios y otras catástrofes míticas en las culturas antiguas con el objetivo de determinar cuáles eran los principios morales subyacentes a todas ellas. Entre sus conclusiones Kelsen resalta que «among the common elements of flood and catastrophe tales the principle of retribution is so manifest that one must consider it, if only for that reason, as one of the oldest ideas of humanity» (Kelsen 1988: 126).

²⁰ Sobre la *Lex Talionis* y su relación con la racionalidad de la venganza, ver Frijda 1994.

ocurra comparte la misma naturaleza, es esencialmente el mismo. Pero esto no significa que no se puedan distinguir los reclamos de las víctimas entre reclamos de venganza o de castigo (justicia) siempre y cuando se pueda defender la distinción conceptual entre ambas nociones a nivel institucional²¹.

3.3 Instituciones

Kaufman centra toda su estrategia argumentativa en mostrar que existe una continuidad histórica y cultural innegable entre las prácticas sociales organizadas en torno a la venganza personal y aquellas que lo hacen en torno al castigo impersonal. Todas las diferencias consideradas conceptuales por Nozick no son más que propiedades concomitantes que pueden estar presentes –en mayor o menor grado– tanto en sistemas de venganza privada como en sistemas de castigos públicos: la desproporción y los excesos en las respuestas, las emociones que movilizan, la generalidad a la que aspiran, su justificación moral... La presencia o ausencia de algunas de estas propiedades no son definitorias de ninguna de las dos categorías que se pretenden diferenciar, sino características que se pueden atribuir a los actos individuales o a las prácticas sociales retributivas dependiendo del contexto histórico y cultural en el que se lleven a cabo. En este sentido venganza y castigo son conceptualmente indiferenciables.

No obstante, hay algo que Kaufman no se olvida de resaltar a cada momento: hay una diferencia crucial entre lo que usualmente se entiende por venganza y lo que se entiende por castigo. Pero estamos ante una mera distinción procedimental o institucional: un sistema de venganza es un sistema privado en el que el castigo lo imponen las víctimas o sus allegados mientras que un sistema de castigo es público, los castigos son impuestos por la administración centralizada del Estado. «Thus the essential difference consists in *who* has authority to administer the revenge, and the use of formal processes to legitimate revenge» (Kaufman 2013: 107). No existe ningún tipo de discontinuidad moral ni conceptual entre ambos tipos de sistemas. Lo que no significa que no se pueda reconocer las importantes diferencias morales entre ambas instituciones: la parcialidad innegable del vengador individual es una buena razón moral para justificar la adopción de un sistema público de castigo poniéndolo en manos de una parte neutral. Pero de aquí no se deriva, para Kaufman, ningún tipo de diferencia

²¹ Esto es lo que parece proponer Govier (2002) al distinguir entre dos posiciones que pueden asumir las víctimas de una ofensa: *vindictive* (buscar venganza haciendo sufrir al ofensor) y *vindicative* (mostrar que no merecían sufrir la ofensa contradiciendo el mensaje de menosprecio subyacente en la misma, elevándose de esta manera moralmente por sobre el ofensor). Pero la segunda posición no está definida de forma precisa y no se puede establecer con claridad hasta que punto resulta incompatible con la primera.

conceptual ni tampoco la inconmensurabilidad entre ambos tipos de prácticas. Ambos sistemas deben enfrentar los mismos desafíos para poder justificar moralmente la necesidad y la cantidad de sufrimiento que cabe infligirle al ofensor.

La pregunta que nos debemos formular es: ¿realmente las diferencias procedimentales son irrelevantes para fundar la diferencia conceptual entre dos tipos de instituciones? Teniendo en cuenta que las instituciones se pueden entender como una práctica social organizada a partir de un conjunto de reglas que establecen procedimientos, esto es, reglas que establecen las formas y las condiciones para que la realización de ciertos actos tengan un significado social diferente al que tendrían si no se realizan dentro de ese marco, es razonable pensar que la diferencia conceptual entre distintos tipos de instituciones *sólo* se puede establecer atendiendo a la diversidad que en cada caso presentan esas reglas y procedimientos. No son los actos individuales, ni las motivaciones de los sujetos que los llevan a cabo, ni siquiera la valoración moral que nos merecen esos actos lo que determina, por ejemplo, que consideremos justificado pensar que existe una diferencia conceptual entre el sistema de reglas que forman el derecho y aquellas que constituyen la mafia (por poner sólo un ejemplo). Las diferencias procedimentales son la clave para distinguir entre distintos tipos de instituciones y para fundar juicios morales sobre su valor como prácticas sociales. Esto no significa borrar sus similitudes ni negar las fronteras porosas entre ambos tipos de instituciones en algún momento histórico del pasado, como tampoco impide nutrir la reflexión sobre una de ellas trayendo a colación aspectos que resultan más visibles en la restante (maniobra que en última instancia es la que pretende legitimar Kaufman pensando, erróneamente, que la única manera para hacerlo es negando la diferencia conceptual entre castigo y venganza como instituciones, lo que resulta al menos tan absurdo como pretender mantener que la distinción es igual de tajante en los otros niveles en la que la hemos analizado).

La distinción conceptual entre venganza y castigo entendidos como instituciones es la más relevante para las discusiones actuales sobre la justificación moral del castigo, porque el problema no se plantea al nivel de los actos individuales ni de las motivaciones subjetivas para la realización de ese tipo de actos, sino sobre las reglas y procedimientos que se deben considerar legítimos para definir las conductas a castigar, la magnitud de la respuesta retributiva que merecen y los mecanismos para que se hagan efectiva de manera tal de que se cumplan la imagen ideal en la que se funda la superioridad moral del sistema de administración pública del castigo.

4. CONCLUSIONES

En este trabajo hemos analizado las discusiones recientes en torno a la relación entre venganza y castigo centrándonos en dos propuestas que han defendido que la distinción conceptual entre venganza y castigo no puede ser mantenida (Zaibert 2006, Kaufman 2013). Sostuvimos que ambas posiciones están equivocadas en el alcance que pretenden dar a sus críticas, pero que su examen resulta útil para aclarar ciertos malentendidos comunes en las discusiones contemporáneas. Hemos propuesto que la distinción conceptual entre venganza y castigo debía examinarse en tres planos diferentes: el de los actos, el de los sentimientos y el de las instituciones, y hemos mostrado que los argumentos que resultan exitosos para erosionar las diferencias en los dos primeros sentidos servían para reforzar la distinción en el plano institucional, que es sin lugar a dudas el más relevante para las disputas en torno a la justificación moral del castigo. Este trabajo es un intento por abordar una cuestión sumamente compleja y problemática que no puede ser resuelta solo por un análisis conceptual como el propuesto, aunque consideramos que este es el primer paso que se debe dar para evitar las discusiones meramente verbales que pueblan este campo de estudio.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARTON, C. 1999. *Getting Even. Revenge as a Form of Justice*. Chicago-La Salle: Open Court.
- BINDER, G. 2002. «Punishment Theory: Moral or Political», *Buffalo Criminal Law Review*, 5, 2, pp. 321-372.
- DAVIS, M. 2009. «Punishment Theory's Golden Half Century: A Survey of Developments from (about) 1957 to 2007», *The Journal of Ethics*, 13, 1, 73-100.
- FRIJDA, N. 1994. «The Lex Talionis: On Vengeance», en Van Goozen y otros (eds.), *Emotions: Essays on Emotion Theory*, New York-London, Psychology Press, 1994, pp. 263-289.
- GIL BERA, E. 2003. *Historia de las malas ideas*, Barcelona, Destino.
- GOVIER, T. 2002. *Forgiveness and Revenge*. London-New York: Routledge.
- HART, H. 1992. *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*. Oxford: Clarendon Press.
- HENBERG, M. 1990. *Retribution. Evil for Evil in Ethics, Law, and Literature*. Philadelphia: Temple University Press.
- JACOBY, S. 1983. *Wild Justice: The Evolution of Revenge*. New York: Harper & Row.
- KAUFMAN, W. 2013. *Honor and Revenge: A Theory of Punishment*, Dordrecht, Springer.
- KELSEN, H. 1988. «The Principle of Retribution in the Flood and Catastrophe Myths», en Alan Dundes (ed.), *The Flood Myth*, Berkeley-Londres, University of California Press, pp. 125-150.

- LIBERMAN, P. 2014. «War and Torture as “Just Deserts”», *Public Opinion Quarterly*, 78 (1), pp. 47-70.
- NOZICK, R. 1981. *Philosophical Explanations*. Oxford: Clarendon Press.
- OLDENQUIST, A. 1986. «The Case for Revenge», *The Public Interest*, 82, pp. 72-80.
- ORTH, U. 2004. «Does Perpetrator Punishment Satisfy Victims’ Feelings of Revenge», *Aggressive Behaviour*, 30, 1, 62-70.
- RESCHER, N. 1995. *La lucha de los sistemas. Un ensayo sobre los fundamentos e implicaciones de la diversidad filosófica*. México: UNAM.
- SARAT, A. 1997. «Vengeance, Victims and the Identities of Law», *Social and Legal Studies*, 6, 2, 163-189.
- SOLOMON, R. 1994. «Sympathy and Vengeance: The Role of Emotions in Justice», en Stephanie Van Goozen y otros (eds.), *Emotions: Essays on Emotion Theory*, New York/London, Psychology Press, pp. 291-311.
- 2007. *Ética emocional: Una teoría de los sentimientos*, Barcelona, Paidós.
- VLASTOS, G. 1991. *Socrates: Ironist and Moral Philosopher*, Cambridge, Cambridge University Press.
- VON WRIGHT, G. 1970. *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos.
- WALKER, N. 1995. «Nozick’s Revenge», *Philosophy*, 70, 274, pp. 581-586.
- WILKER, J. y SARAT, A. 1999. *Revenge and Retribution*. Philadelphia, Pa.: Chelsea House Publishers.
- ZAIBERT, L. 2006. «Punishment and Revenge», *Law and Philosophy*, 25, 1, 81-118.

Fecha de recepción: 31/03/2016. Fecha de aceptación: 31/10/2016.

Argumentos, reglas y valores en la interpretación jurídica¹

Arguments, rules and values in legal interpretation

Por JOSÉ MANUEL CABRA APALATEGUI
Universidad de Málaga

RESUMEN

Las teorías de la argumentación jurídica y otros planteamientos afines orientados al razonamiento jurídico definen la racionalidad y justificación jurídicas como el seguimiento de directrices y reglas. Con la denominación genérica de argumentos jurídicos (o reglas del discurso jurídico) se hace referencia a un conjunto heterogéneo de directrices y reglas, que contiene argumentos interpretativos stricto sensu (meta)reglas de uso de los argumentos interpretativos, así como estructuras lógicas de razonamientos utilizados habitualmente por los juristas. Este trabajo pretende continuar la labor de sistematización, iniciada por otros autores, de los distintos argumentos jurídicos.

Palabras clave: *Racionalidad jurídica, método jurídico, interpretación jurídica, argumentos interpretativos, reglas de la interpretación.*

¹ Proyecto de investigación: «Conflictos de derechos: tipologías, razonamientos, decisiones» (DER2016-74898-C2-1-R) del Ministerio de Economía y Competitividad, AEI y FEDER

ABSTRACT

Theories of legal argumentation and related approaches focused on legal reasoning define legal rationality and justification in terms of directives and rule-following. The comprehensive name of legal arguments (or rules of legal discourse) refers to a heterogeneous set of directives and rules that includes interpretative arguments stricto sensu (meta)rules about the use of interpretative arguments, likewise logical structures of reasonings usually used by lawyers. This paper tries to continue the systematization task of the various legal arguments, began by other authors.

Key words: Legal Rationality, Legal Method, Legal Interpretation, Interpretative Arguments, Rules of Interpretation.

SUMARIO. INTRODUCCIÓN: LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA EN LA TEORÍA DEL DISCURSO JURÍDICO. 1. *Interpretación jurídica y argumentos jurídicos.* 2. *Argumentos, reglas y valores en la interpretación jurídica.*

SUMMARY. INTRODUCTION: LEGAL INTERPRETATION WITHIN THE THEORY OF LEGAL DISCOURSE. 1. *Legal interpretation and legal arguments.* 2. *Arguments, rules and values in legal interpretation.*

INTRODUCCIÓN: LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA EN LA TEORÍA DEL DISCURSO JURÍDICO

Las teorías de la argumentación jurídica y otros planteamientos afines han condicionado el programa de investigación de la Filosofía del Derecho de las últimas décadas. No sólo el interés por el razonamiento jurídico ha desplazado a otras cuestiones centrales, sino que algunas de éstas son abordadas ahora desde lo que podría denominarse una perspectiva argumentativa². Así ocurre, por ejemplo, con la relación entre Derecho y Moral, que es analizado desde la perspectiva del principio de unidad del razonamiento práctico y no como un problema de validez de las normas jurídicas. Igualmente, la teoría de la norma jurídica, salvo contadas excepciones, se ha centrado en la distinción entre reglas y principios³, algo que difícilmente habría ocurri-

² ATIENZA (1999), (2006).

³ Resulta indiferente a estos efectos que la distinción tenga carácter estructural (DWORKIN, 1977; ALEXY, 1997b; ATIENZA y RUIZ MANERO, 2004; nótese, no obstante, las diferencias entre las caracterizaciones de estos autores) o funcional (PRIETO SANCHÍS, 1992).

do de ser otro el contexto teórico. Por otra parte, la concepción argumentativa del Derecho y el interés por el razonamiento jurídico han dado pie a otro tipo de preguntas que forman parte ya de dicho programa de investigación; entre otras cosas, los filósofos del Derecho se preguntan ahora qué debe entenderse por una argumentación o un razonamiento jurídico racional, cuál es su relación con la lógica formal, o cuál es la mejor reconstrucción racional del razonamiento jurídico⁴. Sin embargo, en los últimos años, el enfoque argumentativo parece haberse centrado casi exclusivamente en la ponderación y sus problemas conexos, dejando a un lado otros aspectos igualmente relevantes para la argumentación jurídica.

Para abordar la cuestión de la racionalidad jurídica, las teorías de la argumentación jurídica han formulado una serie de principios y reglas que podemos denominar en sentido amplio *reglas del discurso jurídico*. Estas reglas establecen la estructura formal de los razonamientos o los criterios para el uso de los distintos argumentos jurídicos (interpretativos, dogmáticos, precedentes judiciales). En este sentido, la teoría de la argumentación jurídica –o, más específicamente, teoría del discurso jurídico⁵– es al mismo tiempo normativa y analítica o reconstructiva⁶. Dentro de esta dimensión analítica o reconstructiva, podemos distinguir dos aspectos estrechamente conectados: por un lado, la identificación de los distintos argumentos interpretativos (lingüísticos, teleológicos, históricos, etcétera) así como la formulación de las formas específicas de los argumentos jurídicos (analogía, *a contrario* o *reductio ad absurdum*)⁷; y, por otro lado, la sistematización de esos argumentos en un modelo para el análisis del razonamiento jurídico interpretativo, que es de lo que me ocuparé aquí.

Este trabajo presenta un modelo para el análisis del razonamiento jurídico interpretativo que toma como punto de partida las reglas del discurso jurídico, si bien introduce algunas modificaciones relevantes que permiten la construcción de un modelo más sofisticado y preciso analíticamente. No sin razón, se ha objetado⁸ a la *Teoría de la argumentación jurídica* de Alexy que entre las reglas del discurso jurídico encontramos enunciados normativos de muy diverso tipo: reglas en sentido estricto, meta-reglas, así como esquemas lógicos⁹. En la medi-

⁴ Una caracterización de la racionalidad jurídica conforme a las teorías de la argumentación puede verse en GARCÍA AMADO (1986).

⁵ Con esta caracterización quiero diferenciar las teorías de la argumentación jurídica de inspiración habermasiana (Alexy, Aarnio, Peczenik), de aquellas otras de corte aristotélico (Viehweg, Perelman, Recaséns).

⁶ ALEXY (1997a: 177-8).

⁷ Este puede ser considerado uno de los puntos débiles de la teoría de la argumentación. *Vid.* las críticas en este sentido de Hilgendorf a Alexy (HILGENDORF, 1991: 203 y ss.). Este mismo déficit puede apreciarse en las obras de Aarnio o Peczenik.

⁸ HERNÁNDEZ MARÍN (2007).

⁹ Esta deficiencia obedece, en parte, a que Alexy ordena las reglas y formas de la argumentación jurídica tomando como referencia la teoría de las fuentes del derecho (en sentido amplio): la ley, la dogmática, los precedentes judiciales y la praxis de los

da en que voy a ilustrar las distintas categorías de este modelo con las reglas y formas de argumento formuladas por Alexy, este trabajo sirve asimismo a un fin secundario, cual es el de sistematizar ese conjunto de reglas.

Del conjunto de reglas del discurso jurídico se ha dicho que no es más que «una mera recopilación de reglas y cánones tradicionales, que por supuesto no añade nada nuevo»¹⁰ a la metodología jurídica conocida. Por esta razón, se la ha calificado como una teoría meramente descriptiva o, en todo caso, analítico-descriptiva¹¹. Efectivamente, la mayoría de las reglas y formas del discurso jurídico no son sino una reproducción o una reformulación de los cánones y formas de argumentos del método jurídico tradicional. Esto, sin embargo, no me parece un aspecto criticable de la teoría¹², más bien todo lo contrario, puesto que su aplicabilidad y rendimiento práctico dependen precisamente de su conexión con la praxis argumentativa de los operadores jurídicos reales¹³. En todo caso, que estas reglas o formas de argumento sean poco novedosas y que no difieran sustancialmente de la metodología tradicional es lo de menos. Lo que me parece relevante es que junto a esas reglas y formas de argumento, aparecen otro tipo de directrices o meta-reglas que tienen por objeto el uso de los cánones de la interpretación y que suponen un intento de sistematización y racionalización –quizás insuficiente, como ya se ha señalado– de los diversos argumentos que operan en el razonamiento jurídico, lo que supone ir un paso más allá de las concepciones de la argumentación jurídica de carácter tópico (Viehweg), retórico (Perelman) o estimativo (Recaséns).

Obviamente, la noción de meta-regla que regula el uso de los argumentos interpretativos en el razonamiento no se la debemos a la teoría del discurso jurídico. La distinción de dos momentos en la interpretación, uno de carácter *hermenéutico* –el de los cánones, métodos o

juristas, ignorando las relaciones lógicas entre las distintas reglas entre sí, y entre éstas y las formas de la argumentación.

¹⁰ Calvo García (1994: 246).

¹¹ HENKET (1985: 38), GIANFORMAGIO (1986: 79-80). Las similitudes entre las reglas del discurso jurídico y la metodología jurídica tradicional suscitaron también, desde el principio, críticas de corte ideológico. Para Tugendhat, la teoría de la argumentación jurídica –en especial la de Alexy– no se limita a un estudio empírico de las reglas generalmente aceptadas, sino que, además, pretende mostrar la presencia de los criterios de racionalidad de la argumentación práctica general en el discurso jurídico-institucional real, presentándolo así como el «mejor de los mundos jurídicos imaginables» (1980: 4).

¹² Como ha sostenido MacCormick, «resultaría inquietante que una teoría de la racionalidad generara una visión del procedimiento jurídico sin ningún parecido con otras concepciones de los sistemas jurídicos actuales» (1990: 19).

¹³ Rüßmann sostiene en este sentido que tomar en cuenta la vinculatoriedad de la ley, los precedentes y la dogmática jurídica, constituye una condición irrenunciable para toda teoría de la argumentación jurídica que «aspire a una vida fuera de la burbuja de cristal de la teoría jurídica» (1979: 119).

argumentos interpretativos– y otro *práctico* –el de las reglas que regulan los usos los distintos argumentos interpretativos (por ejemplo, estableciendo criterios de preferencia entre ellos)– puede encontrarse ya, si bien en un estado embrionario, en las tesis de un autor tan alejado del enfoque argumentativo como Kelsen¹⁴.

Como es sabido, Kelsen definió la interpretación jurídica como «el procedimiento intelectual vinculado al proceso creativo del derecho en el tránsito progresivo desde un nivel superior a otro inferior previsto por el primero»¹⁵. Hay dos aspectos importantes en esta definición: uno, la concepción escalonada y dinámica del sistema jurídico y, otro, el carácter creativo del tránsito entre un nivel y otro del sistema jurídico. El componente creativo en el tránsito de un nivel superior (por ejemplo, el de la ley) a un nivel inferior (por ejemplo, una sentencia judicial que aplica dicha ley) radica en que el nivel superior presenta siempre cierto grado de indeterminación respecto del nivel inferior¹⁶. Así, la norma jurídica de nivel superior representa respecto de la de nivel inferior un *marco* con diversas posibilidades de concreción de las que sólo una puede actualizarse en una norma general (ley, reglamento, etcétera) o particular (sentencia judicial, sanción administrativa, etcétera). Esa concreción es necesariamente el producto de una elección, pues los métodos de la interpretación *per se* no suministran criterio alguno que permita establecer un orden de preferencia entre las distintas opciones que forman el marco de la norma. Tampoco el derecho positivo, salvo contadas excepciones, ni la razón práctica suministran –en opinión de Kelsen– tales criterios. La interpretación jurídica es, pues, una actividad en parte cognoscitiva y en parte volitiva o decisional. La identificación del marco representa la dimensión cognoscitiva de la interpretación, en tanto que conjunto de interpretaciones *posibles* de la norma jurídica de nivel superior, esto es, todas aquellas interpretaciones que están respaldadas por alguno de los argumentos interpretativos vigentes en la comunidad jurídica. Por su parte, la actualización de alguno de estos significados en una norma de nivel inferior es siempre un acto de voluntad que escapa al control racional. Pero el esquema de Kelsen puede verse también desde otra perspectiva. Desde este punto de vista, la interpretación presenta dos niveles: uno de carácter hermenéutico, en el que se constatan los diversos significados que puede atribuírsele a las normas según los distintos cánones, métodos o argumentos interpretativos, y otro, práctico, en el que se opta por una de entre las distintas alternativas de

¹⁴ Por otra parte, esta distinción y el consiguiente desarrollo del modelo marca las diferencias con la teoría de la interpretación de RONALD DWORKIN (1986).

¹⁵ KELSEN (1934a: 101); *vid.* también KELSEN (1934b), (1949), (1960).

¹⁶ Para una interpretación caritativa de la noción kelseniana de indeterminación, *vid.* LUZZATI (1990). Cuestiona la plausibilidad de este postulado kelseniano RUIZ MANERO (1990).

interpretación de que es susceptible la norma, que es lo mismo que decir que se crea una norma –general o individual– de nivel inferior.

Que Kelsen no fuera más allá respecto de este segundo momento de la interpretación, caracterizándolo como un mero acto de voluntad que se agota en sí mismo, obedece no tanto a su propia concepción de la interpretación jurídica, como a su postura meta-ética y a las constricciones metodológicas de la teoría pura del derecho; es decir, Kelsen intuye que la actividad interpretativa no es únicamente de naturaleza hermenéutica y que opera en ella también un elemento práctico, pero, en la medida en que rechaza cualquier tipo de justificación racional, descarta la formulación de meta-reglas que regulen el uso de los argumentos interpretativos, aunque esta noción está implícita –sugerida, más bien– en su reconstrucción de la interpretación jurídica. Como veremos más adelante, en el modelo de la teoría del discurso jurídico es un elemento central.

1. Interpretación jurídica y argumentos jurídicos

En una primera aproximación general, podemos definir la interpretación jurídica como la actividad mediante la cual son identificadas las normas generales usadas por los juristas para motivar sus pretensiones y decisiones. Esta identificación puede consistir bien en la obtención de una norma *explícita* contenida en un texto legal, bien en la obtención de una norma *implícita* contenida –o al menos eso es lo que se pretende mostrar mediante el razonamiento jurídico– en otra u otras normas ya identificadas, o sea, interpretadas, del sistema jurídico¹⁷. En el primer caso, el intérprete atribuye o clarifica el significado de las disposiciones jurídicas que componen los textos legales¹⁸. En el segundo caso, el intérprete obtiene las normas implícitas en otras normas del sistema jurídico mediante esquemas de inferencia a los que se reconoce validez, como la *analogía legis*, la *analogía iuris*, el argumento *a fortiori* o el argumento *a contrario*¹⁹. En esta categoría de normas implícitas habría que incluir, además, aquellas que resultan de

¹⁷ CHIASSONI (2011: 55-6).

¹⁸ Algunos autores sostienen que las normas jurídicas no son otra cosa que el significado atribuido a las disposiciones jurídicas contenidas en los textos legales; para ellos la interpretación consiste en *convertir* esas disposiciones en normas. Para quienes identifican las normas jurídicas con los textos legales, la interpretación consiste en *traducir* un enunciado *E* (enunciado interpretado) en otro enunciado *N* (enunciado interpretante) que presenta un menor grado de indeterminación. Esta discusión quedará al margen, pues, se trate de una conversión o una traducción, de lo que se tratará aquí en última instancia será de fundamentar el enunciado interpretativo «*E* significa *N*».

¹⁹ Aunque aquí no abordaremos esa cuestión en profundidad, resulta muy discutido en la doctrina que el argumento *a contrario* pueda tener una función creativa; *vid.* por todos, GARCÍA AMADO (2001).

la ponderación de principios constitucionales²⁰. Por tanto, si definimos la interpretación como la identificación de las normas generales usadas por los juristas en sus razonamientos, habría que concluir que argumentos interpretativos son todos aquellos que hacen posible la obtención de dichas normas; un concepto excesivamente amplio que abarca entidades muy distintas.

En sentido más restrictivo, la interpretación jurídica debe quedar circunscrita al problema de la atribución o aclaración de significado a las disposiciones contenidas en textos legales. El resto de operaciones o esquemas de inferencia que asociamos a la llamada lógica jurídica, como la analogía o el argumento *a contrario*, sólo entran en juego «cuando de antemano se han aclarado las premisas gracias a la interpretación»²¹. Lo mismo cabe decir de la ponderación: ésta procede únicamente cuando un caso es subsumible bajo dos normas (principios) que lo califican de manera contradictoria. En otras palabras, la obtención de normas implícitas a partir de otras normas del sistema presupone la fijación del significado de éstas, o sea, su interpretación²².

La atribución o aclaración de significado a un texto puede expresarse mediante enunciados interpretativos del tipo «*E* significa (es sinónimo de) *N*»²³. Estos enunciados contienen a su vez otros dos enunciados: *E* (enunciado interpretado), que es un texto legal, y *N* (enunciado interpretante) que aclara el significado del texto y con el que guarda una relación de sinonimia²⁴.

El enunciado interpretativo «*E* significa (es sinónimo de) *N*» puede cuestionarse bien desde un punto de vista *heurístico*, cuando nos preguntamos cómo se obtiene *N* (y no *N'* o *N''*) a partir de *E*, bien desde un punto de vista *justificativo*, cuando la pregunta es por qué, sobre la base de qué razones, se ha obtenido *N* (y no *N'* o *N''*) a partir de *E*. En el primer caso, se requiere una explicación; en el segundo, una justificación. En sentido estricto, los argumentos interpretativos se refieren

²⁰ Son las normas que Alexy denomina normas de derecho fundamental «adcriptas» o implícitas (ALEXY, 1997b: 95-8).

²¹ KLUG (2004: 199). Esta afirmación de Klug la podía haber suscrito igualmente Guastini (2014: 141 y ss.). Es la constatación de lagunas en el derecho lo que activa los mecanismos de obtención de normas implícitas en el sistema jurídico. Si, como sostiene Guastini, las lagunas no son previas a la interpretación, sino que se siguen de ésta, los esquemas de inferencia pertenecientes a la lógica jurídica sólo entrarían en juego en el razonamiento jurídico con posterioridad a la fijación de significado de los preceptos legales.

²² Nótese que aquí no es relevante el problema de si la actividad interpretativa se refiere a cualquier atribución de significado o únicamente a aquellos casos en los que un texto jurídico es oscuro y es susceptible de dos o más significados.

²³ MORESO (2005: 115).

²⁴ HERNÁNDEZ MARÍN (1999: 30 y ss.). Hernández Marín parte de la idea de W. V. Quine de que toda atribución de sentido se hace citando un sinónimo.

a este segundo punto de vista²⁵; esto es, este tipo de enunciados interpretativos serían la conclusión de un argumento²⁶.

Ahora bien, ni todos los argumentos son válidos para justificar decisiones jurídicas, ni –como se ha señalado más arriba– todos los argumentos o esquemas argumentativos utilizados en la obtención de normas jurídicas o, de un modo más genérico, en la justificación de decisiones jurídicas son argumentos interpretativos.

En relación con la primera cuestión, es preciso significar que los argumentos interpretativos a los que se reconoce fuerza justificatoria –y lo mismo cabe decir de los argumentos jurídicos en sentido amplio (esquemas de inferencia, principios metodológicos, etcétera)– presentan dos propiedades: su carácter *convencional*²⁷ y su conexión con los *valores políticos* del sistema jurídico. Decimos que los argumentos jurídicos válidos son convencionales porque: (i) son usados habitualmente por los operadores jurídicos para explicar y fundamentar sus decisiones, incluidas las interpretaciones de las normas, en los diferentes contextos jurídicos (elemento externo); (ii) existe un consenso generalizado e incuestionado en la comunidad jurídica acerca de cuáles son los argumentos válidos a la hora de justificar una decisión, incluidas las interpretaciones de las normas (elemento interno). En cuanto a los valores políticos, deben entenderse en un sentido amplio; algunos de estos valores son el principio democrático, la autoridad legítima, la seguridad jurídica o la racionalidad y coherencia del ordenamiento²⁸. Se puede decir que la primera propiedad es dependiente de la segunda, en el sentido de que en la praxis jurídica sólo existe un uso y un consenso generalizado acerca de aquellos argumentos que guardan conexión con los valores políticos del sistema jurídico.

Respecto a la segunda cuestión, la diferenciación entre argumentos jurídicos en general y argumentos específicamente interpretativos, vale lo dicho con anterioridad. Los argumentos interpretativos en sentido estricto están orientados a la obtención de normas a partir de tex-

²⁵ Aunque los juristas hablen unas veces de cánones o métodos de la interpretación y otras de argumentos interpretativos indistintamente, estas expresiones presentan connotaciones importantes a estos efectos. La noción de método remite a aquella otra de procedimiento, esto es, al conjunto de pasos necesarios que conducen a la obtención de un resultado predeterminado y, por tanto, tiene un sentido explicativo. La argumentación, en cambio, está orientada a la justificación, tiene sentido allí donde, como en el contexto del razonamiento práctico, no es posible la demostración concluyente. Sobre el giro de una concepción metodológica a una concepción argumentativa de la interpretación jurídica, *vid.* GARCÍA AMADO (1986).

²⁶ LIFANTE (1999: 34).

²⁷ Este carácter convencional es señalado por Chiassoni cuando sostiene que la noción analítica de motivación judicial puede ser entendida como una reconstrucción racional de la noción de motivación correcta «a) extraída de las disposiciones vigentes en los Estados de derecho contemporáneos, y b) enraizada, si bien con oscilaciones e ineludibles márgenes de indeterminación, en el sentir común doctrinal y jurisprudencial» (CHIASSONI, 2011: 17).

²⁸ *Vid.* ALEXY (1995: 89 y ss; 1997a: 237); GARCÍA AMADO (2004: 14; 2013: 118 y ss.).

tos legales. Otros procedimientos y esquemas argumentativos, como la *analogía legis* o el razonamiento *a contrario*, que comparten el carácter convencional y la conexión con valores políticos del sistema, no son, sin embargo, argumentos interpretativos en sentido estricto, sino que forman parte de la lógica jurídica.

Esta última distinción no es siempre tenida en cuenta. Algunos autores, bajo la categoría genérica y comprensiva de *argumentos jurídicos*, se limitan a elaborar un censo, en el que se incluyen argumentos y formas de argumento tan heterogéneas como el argumento *a contrario*, el argumento *a simili ad simile* (o *analogía legis*), el argumento *a fortiori*, el argumento de la integridad, el argumento de la coherencia, el argumento psicológico (o de la voluntad del legislador), el argumento histórico, el argumento apagógico (o de reducción al absurdo), el argumento teleológico, el argumento económico, el argumento de autoridad, el argumento sistemático, el argumento de la naturaleza de las cosas, el argumento de equidad o el argumento de los principios generales del derecho (o *analogía iuris*)²⁹. Esta enumeración no es exhaustiva y carece de cualquier pretensión sistemática, colocando en el mismo plano a los argumentos interpretativos en sentido estricto, esquemas de inferencia o principios metodológicos que pertenecen a la lógica jurídica, así como otros argumentos cuya función en el razonamiento jurídico es sustancialmente distinta y debe ser diferenciada de aquellos que aquí denominamos argumentos interpretativos en sentido estricto. Esta tendencia a equiparar cualquier argumento que es usado en la justificación de las decisiones jurídicas es propia de las concepciones tópicas y retóricas de la argumentación jurídica y no deja de ser una simplificación de la actividad argumentativa orientada a la justificación de una determinada interpretación. El modelo que aquí se presenta pretende salvar estas deficiencias

2. Argumentos, reglas y valores en la interpretación jurídica

Aunque con distintos grados de desarrollo y distintas denominaciones, los modelos complejos de la interpretación jurídica tienen en común la distinción de dos niveles argumentativos, uno, de carácter *hermenéutico* y, otro, de carácter *práctico*, a los que se añade un tercero, el de los valores, de naturaleza *justificativa* o *ideológica*³⁰.

²⁹ Este catálogo se debe a TARELLO (1980) y es tomado como referencia por PERELMAN (1979), EZQUIAGA GANUZAS (1987) y MORESO (2005), entre otros.

³⁰ Vid. WROBLEWSKI (1985; 1989; 1992), ALEXY (1997a; 1995), GARCÍA AMADO (2004; 2013), CHIASSONI (2011) y GASCÓN ABELLÁN *et al.* (2014), entre otros.

2.1 ARGUMENTOS INTERPRETATIVOS

El primer nivel es el de los *argumentos* interpretativos. Son argumentos interpretativos «los recursos, dotados de una inmediata eficacia hermenéutica» de los que se sirven los intérpretes para atribuir significado a los textos legales o para acreditar dicha atribución³¹. Esto significa que los tradicionales cánones o métodos de la interpretación no son en su totalidad argumentos interpretativos en sentido estricto; únicamente pertenecen a esta categoría aquellos argumentos jurídicos que permiten justificar *directamente* una determinada atribución de significado del texto legal. Así, se consideran argumentos interpretativos en sentido estricto los argumentos lingüísticos, los argumentos genéticos, los argumentos autoritativos (dogmáticos, jurisprudenciales, históricos, comparativos) y los argumentos prácticos³²; no está claro que lo sean los argumentos teleológicos, como veremos más adelante; y no lo son en ningún caso muchos de los argumentos sistemáticos, cuya función en el razonamiento no es la atribución directa de significado al texto legal, sino excluir aquellas interpretaciones que resulten contrarias a la unidad o coherencia del sistema jurídico. Por tanto, y según el criterio aquí utilizado, estos

³¹ CHIASSONI (2011: 89).

³² El catálogo más extenso y con un mayor grado de sistematización –que yo conozca– de los argumentos interpretativos se lo debemos a CHIASSONI (2011: 89-107), que ha identificado en la literatura científica veintiséis argumentos interpretativos –que él denomina «directivas hermenéuticas primarias» (DP)– agrupándolos en cinco categorías:

1. Directivas de la interpretación lingüística (DP1: literal; DP2: literal ordinaria originalista; DP3: literal ordinaria actualizada; DP4: literal especializada originalista; DP5: literal especializada actualizada).

2. Directivas de interpretación (seudo)psicológica o genética (DP6: voluntad del legislador; DP7: psicológico-lingüística; DP8: psicológico-teleológica; DP9: psicológico-lingüística actualizada; DP10: psicológico-funcional actualizada; DP11: psicológico-lingüística originalista contrafáctica; DP12: psicológico-funcional originalista contrafáctica; DP13: histórico psicológica; DP14: histórico psicológica autoritativa; DP15: sistemática según la hipótesis de la constancia terminológica del legislador).

3. Directivas de la interpretación autoritativa (DP16: autoritativa; DP17: autoritativa dogmática; DP18: dogmático conceptual; DP19: autoritativa jurisprudencial; DP20: jurisprudencial-conceptual; DP21: autoritativa histórica; DP22: autoritativa comparativa).

4. Directivas de la interpretación teleológica (DP23: teleológica; DP24: interpretación teleológico-sistemática).

5. Directivas de la interpretación heterónoma (DP25: naturalista; DP26: moral o sustancial).

Como puede observarse en esta clasificación, los métodos o cánones tradicionales no se corresponden con un único argumento interpretativo, sino con varios. Por otro lado, entre los distintos argumentos pertenecientes a una misma categoría existe un diverso grado de determinación, pudiendo distinguir entre argumentos interpretativos genéricos (por ejemplo, DP1: literal) y argumentos específicos y determinados (por ejemplo, DP2: literal ordinario originalista).

argumentos jurídicos no son argumentos interpretativos en sentido estricto, sino, más bien, reglas de la interpretación³³.

El hecho de que una interpretación de un texto legal resulte acreditada o justificada sobre la base de uno de estos argumentos interpretativos no excluye que conforme a otro argumento interpretativo válido pueda asignársele a dicho texto legal un significado distinto. Un mismo texto legal es susceptible de varias interpretaciones alternativas, e incluso contradictorias, todas ellas justificadas sobre la base de distintos argumentos interpretativos.

Esta concepción de los argumentos interpretativos como instrumentos a disposición del intérprete para identificar y justificar distintas interpretaciones de un mismo texto según se haga uso de uno u otro argumento dista mucho de aquella otra de Savigny, de la que es, en gran parte, deudora. Para Savigny, los «elementos» de la interpretación —el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático— no representan alternativas de interpretación entre las que haya que escoger, sino que son aspectos complementarios de la interpretación que el

³³ Resulta llamativo que los dos autores cuya influencia es más evidente en este modelo, Alexy y Wróblewski, no hayan reparado en este aspecto de los argumentos sistemáticos.

ALEXY (1995: 83-89) clasifica los distintos argumentos interpretativos en cuatro grandes categorías: (1) argumentos lingüísticos (argumentos semánticos; argumentos sintácticos); (2) argumentos genéticos (argumentos subjetivo-semántico; argumentos subjetivo-teleológico); (3) argumentos sistemáticos (argumentos de consistencia; argumentos del contexto; argumentos sistemático-conceptuales; argumentos de los principios; argumentos jurídicos especiales, como la *analogía* o el argumento *a contrario*; los precedentes judiciales, argumentos históricos o argumentos comparativos); y, por último (4) los argumentos prácticos generales (argumentos deontológicos, argumentos consecuencialistas).

La categoría de los argumentos sistemáticos resulta doblemente problemática en esta clasificación porque califica como argumentos jurídicos (i) los argumentos jurídicos especiales, que son esquemas de inferencia, no argumentos interpretativos en sentido estricto, y (ii) algunos argumentos sistemáticos que carecen de eficacia hermenéutica directa y que, por tanto, deberían contar como reglas. Como veremos más adelante, esto último podría explicarse por el hecho de que Alexy no parece tener en mente las reglas inhibitorias, categoría a la que pertenecen la mayoría de los argumentos sistemáticos.

Por su parte, WRÓBLEWSKI (1985: 47 y ss.; 1992: cap. VII) califica como directivas interpretativas de primer nivel, entre otras, las siguientes directivas lingüísticas:

(DI¹-1): Sin razones suficientes no se debería atribuir a los términos interpretados ningún significado especial distinto del significado que estos términos tienen en el lenguaje natural común.

(DI¹-4): No se debería determinar el significado de una regla de manera tal que algunas partes de dicha regla sean redundantes.

(DI¹-5): El significado de los signos lingüísticos complejos del lenguaje legal deberá ser determinado según las reglas sintácticas del lenguaje natural común.

Como puede verse, únicamente la última de las directivas transcritas (DI¹-5) tiene una eficacia hermenéutica directa y constituye un argumento interpretativo en sentido estricto; las otras dos (DI¹-1) y (DI¹-4) expresan una regla de preferencia condicionada a favor del significado ordinario y una regla negativa (el argumento conocido como económico o de la no redundancia), respectivamente.

intérprete debe tomar en consideración conjunta o sucesivamente³⁴. Es cierto que no podemos excluir que diversos argumentos interpretativos refuercen una interpretación determinada del texto legal, pero tampoco podemos excluir la situación contraria, esto es, que la consideración sucesiva de distintos factores o argumentos interpretativos permitan justificar interpretaciones alternativas y excluyentes de los textos jurídicos. Surge entonces la siguiente pregunta: ¿hay que seguir explorando otros factores o elementos de la interpretación cuando el elemento gramatical (literal) arroja una interpretación inequívoca, con el consiguiente riesgo de hallar interpretaciones alternativas, o únicamente cuando aquél resulta insuficiente? La pregunta carece de sentido si se presupone la unidad de respuesta correcta en el nivel hermenéutico, pero me parece que este tipo de cognoscitismo interpretativo *primario*, por así decirlo, no se corresponde con la realidad³⁵. Por tanto, no creo que considerar los argumentos interpretativos de un modo sucesivo evite los problemas que plantea su comprensión como argumentos alternativos. Otra cosa es que esa consideración sucesiva imponga un orden de prelación o preferencia entre los distintos elementos de la interpretación. Esto nos situaría fuera del contexto estrictamente hermenéutico, en un nivel distinto al de los argumentos: el de las reglas. Qué argumentos interpretativos hayan de ser tenidos en cuenta, en qué orden o cuál de ellos es preferible a los demás es algo que determinan las reglas de la interpretación.

Un problema de otro tipo se plantea cuando consideramos la naturaleza del argumento teleológico. Este argumento suele tomarse como uno más de los argumentos interpretativos en sentido estricto. En contra de esta opinión, Rodríguez-Toubes ha sostenido que el llamado argumento teleológico «es una directriz hermenéutica fundada en una teoría prescriptiva sobre la finalidad de la interpretación jurídica, y no un elemento más a considerar por el intérprete»³⁶. Esta afirmación se fundamenta en que el descubrimiento de la finalidad de la ley no ocurre paralelamente y como algo distinto del descubrimiento del sentido de sus palabras, de la intención del legislador o de su sentido sistemático, sino que se ha de basar o bien en éstos, o bien en la filosofía práctica (a la que sí incluye entre los criterios interpretativos), que funcionaría como «fuente informativa sobre fines y valores distinta de la legislación»³⁷. O dicho de otro modo, la interpretación, esto es, la atribución de significado, precede a la identificación de la finalidad de la norma.

³⁴ En la misma línea, Rodríguez-Toubes ha sostenido que «es aconsejable conservar esta idea de unos factores o elementos a los que el intérprete debe atender *sucesivamente* y no *alternativamente*» (RODRÍGUEZ-TOUBES, 2014: 328; subrayado mío).

³⁵ Distingo entre un cognoscitismo hermenéutico, que es el que aquí está bajo cuestión, y un cognoscitismo moral o práctico.

³⁶ RODRÍGUEZ-TOUBES (2014: 328).

³⁷ RODRÍGUEZ-TOUBES (2014: 329).

Lo que aquí se cuestiona es, en primer lugar, la eficacia hermenéutica directa del argumento teleológico, y, consiguientemente, su condición de argumento interpretativo en sentido estricto. En efecto, puede decirse que el argumento teleológico, ya sea en su variante subjetiva³⁸, que identifica la finalidad de la norma con el dato empírico de la voluntad del legislador histórico o con la hipótesis contrafáctica de su voluntad presente, como en su variante objetiva³⁹, que remite a fines objetivos intrínsecos a la propia norma (*ratio legis*) o al sector normativo a la que ésta pertenece, y a los fines prescritos por la razón práctica⁴⁰, carece de eficacia hermenéutica directa. Una vez identificada la finalidad –subjetiva u objetiva– de la norma (con todos los problemas que ello supone), el argumento teleológico consiste en afirmar que una determinada interpretación es plausible o es preferible a otras porque es un medio adecuado o el medio menos perjudicial o el medio óptimo para alcanzar dicha finalidad. En realidad, cabe articularse más adecuadamente como una regla de la interpretación que establece la primacía de la interpretación que realiza o lo hace en mayor medida los fines –subjetivos (voluntad del legislador) u objetivos (razón práctica)– del orden jurídico.

Existe, no obstante –como sugiere Chiassoni– una forma alternativa de plantear las cosas respecto a la eficiencia hermenéutica directa de los argumentos teleológicos⁴¹. Pensemos, por ejemplo, en una disposición legal *E* que dispusiera: «Prohibido viajar con perros en el tren». Considerando que la *ratio* de esa norma es (porque así puede justificarlo el intérprete) evitar molestias y peligros a los viajeros, de dicha disposición cabría obtener la siguiente norma *N*: «Prohibido viajar con perros molestos y peligrosos en el tren» (lo cual excluiría de la prohibición a las pequeñas mascotas o los perros guías). Aquí la norma *N* parece derivar directamente de la *ratio* de la norma, aunque, en última instancia, esta *ratio* remite bien a la voluntad del legislador, bien a la razón práctica, y cabría plantear la norma en cuestión como un medio para alcanzar una u otra finalidad.

2.2 REGLAS INTERPRETATIVAS

Las *reglas* interpretativas, a diferencia de los argumentos interpretativos en sentido estricto, no tienen una eficacia hermenéutica inmediata, no justifican directamente una interpretación determinada, sino que regulan el uso de los argumentos interpretativos, estableciendo

³⁸ ALEXY (1997a: 228).

³⁹ LARENZ (1994: 331).

⁴⁰ ALEXY (1997a: 232).

⁴¹ El autor italiano es consciente de las dudas que suscita la atribución de eficiencia hermenéutica a las directivas teleológicas y, de hecho, su propuesta aspira únicamente a «poner de manifiesto como, *bajo ciertas condiciones*, nada impide que se considere la *ratio* –subjetiva u objetiva– de una disposición como un factor dotado de una eficacia hermenéutica inmediata» (CHIASSONI, 2011: 105).

qué argumentos y cómo deben usarse, o la exclusión o la preferencia de alguna de las interpretaciones posibles. Pueden distinguirse, al menos, dos tipos de reglas: *reglas de uso* y *reglas de preferencia*⁴².

(i) *Reglas de uso*. Las reglas de uso prescriben: (1) qué argumentos interpretativos deben ser utilizados y (2) cómo deben ser utilizados. Algunos ejemplos de reglas que indican qué argumentos deben ser utilizados son los siguientes⁴³:

(J.9) Hay que tomar en consideración todos los argumentos que sea posible proponer y que puedan incluirse por su forma entre los cánones de la interpretación⁴⁴.

(J.12) Si son posibles los argumentos dogmáticos, deben ser usados⁴⁵.

(J.13) Cuando pueda citarse un precedente en favor o en contra de una decisión, debe hacerse⁴⁶.

Un último ejemplo, éste tomado de Wróblewski:

(DI²-15): Se deberían usar siempre directivas de interpretación lingüística, sistémica y funcional sucesivamente, no obstante los resultados que se deriven de la utilización de cada una de ellas; esto es, los resultados de cualquier interpretación deberían someterse a la prueba de todas las DI¹.

Al establecer qué argumentos interpretativos han de ser usados en la interpretación, este tipo de reglas define tanto un sistema de fuentes del derecho, en el sentido amplio de la expresión, como una concepción de la racionalidad jurídica⁴⁷.

Veamos ahora algunos ejemplos de reglas que regulan el uso de los argumentos interpretativos:

(J.6) Debe ser saturada toda forma de argumento que haya de contar entre los cánones de la interpretación⁴⁸.

⁴² ALEXY (1995: 89). Chiassoni, en cambio, distingue entre tres tipos de reglas de la interpretación: selectivas, procedimentales y preferenciales. Los dos primeros tipos de regla –selectivas y preferenciales– aparecen aquí bajo la categoría de «reglas de uso».

⁴³ Como se ha dicho al principio, y salvo que se indique expresamente otra cosa, los ejemplos que ilustran los distintos tipos de reglas están tomados de la *Teoría de la argumentación jurídica*, así como de otros trabajos de Robert Alexy.

⁴⁴ ALEXY (1997a: 240).

⁴⁵ ALEXY (1997a: 261).

⁴⁶ ALEXY (1997a: 265).

⁴⁷ Dependiendo del contenido de este tipo de reglas, los distintos modelos de la interpretación jurídica podrán ser *monistas*, si prescriben la utilización de uno sólo de los argumentos interpretativos, *pluralistas*, si prescriben la utilización de varios, u *holistas*, si prescriben la utilización de todos los argumentos interpretativos posibles (CHIASSONI, 2011: 112).

⁴⁸ ALEXY (1997a: 236).

(J.8) La determinación del peso de argumentos de distintas formas debe tener lugar según reglas de ponderación⁴⁹.

(J.10) Todo enunciado dogmático, si es puesto en duda, debe ser fundamentado mediante el empleo, el menos, de un argumento práctico de tipo general⁵⁰.

(ii) *Reglas de preferencia*. En cuanto al segundo tipo de reglas, las reglas de preferencia, son reglas que determinan cuándo una interpretación justificada en alguno de los argumentos interpretativos de primer nivel es o no una interpretación correcta, excluyendo algunos de los significados posibles (reglas *negativas* o *inhibitorias*) y proporcionando criterios para discriminar entre todas las interpretaciones justificadas posibles (reglas *positivas* o *comparativas*)⁵¹.

Las reglas negativas o inhibitorias operan excluyendo una determinada interpretación de un texto jurídico que se estima inconsistente bien con algún criterio interno al sistema jurídico, por ejemplo, otra norma o conjunto de normas o un principio general, o bien con un criterio externo al sistema jurídico, como la equidad o la justicia. Entre las reglas negativas que se refieren a un criterio interno al sistema jurídico, se cuentan la mayoría de los llamados argumentos sistemáticos, los cuales excluyen determinadas interpretaciones por ser éstas incongruentes en un sentido lógico, axiológico o teleológico con otras normas superiores del sistema jurídico o, en su caso, con las construcciones dogmáticas de la materia sobre la que versa el texto. Asimismo, pueden incluirse aquí el argumento topográfico (*sedes materiae*), el argumento de la no redundancia o el de la plenitud del ordenamiento⁵². Un caso específico de este tipo de reglas es la llamada interpretación *conforme* a la constitución⁵³. El sentido de este tipo de argumento y su operatividad como regla negativa o inhibitoria en el

⁴⁹ ALEXY (1997a: 239).

⁵⁰ ALEXY (1997a: 254).

⁵¹ GARCÍA AMADO (2004: 15; 2013: 123 y ss); CHIASSONI (2011: 111). Alexy, en cambio, tiene en cuenta únicamente las reglas positivas o comparativas (Alexy, 1995: 89); esto explicaría su calificación de los argumentos sistemáticos como argumentos interpretativos, cuando, en realidad, operan en el razonamiento como reglas negativas o inhibitorias en su mayoría.

⁵² Todas estas reglas comparten un presupuesto inicial, a saber, la coherencia lógica, axiológica y teleológica del sistema jurídico, así como su armonía lingüística, la economía de medios y, por último, la plenitud del sistema jurídico; en resumidas cuentas, los argumentos sistemáticos comparten el postulado de la racionalidad del legislador.

⁵³ El carácter de regla de este argumento ha sido señalado por Marina Gascón: «la interpretación conforme –según suele concebirse– no traduce un simple criterio de interpretación de los textos jurídicos, análogo a los criterios de interpretación literal, histórica, teleológica, etc., sino una auténtica *regla sobre* la interpretación que establece cómo hay que interpretarlos. En concreto, establece que, de entre varias interpretaciones plausibles de un precepto, sólo son legítimas aquéllas que se acomodan a las exigencias de la constitución» (GASCÓN ABELLÁN *et al.*, 2014: 290).

razonamiento puede apreciarse con claridad en la siguiente afirmación de Alexy:

«La forma más importante de un argumento sistemático es este sentido estricto es la indicación de una contradicción normativa. Si la interpretación de R_1 por medio de W [regla de uso del lenguaje], R'_1 , contradice a la norma R_2 que debe reconocerse como válida, entonces tiene que abandonarse R_1 »⁵⁴.

Otro ejemplo de regla de este tipo es la siguiente:

(J.11) Todo enunciado dogmático debe poder pasar una comprobación sistemática, tanto en sentido estricto como en sentido amplio⁵⁵.

O en una formulación alternativa que evidencia su carácter de regla negativa o inhibitoria:

(J.11)' Debe ser descartada toda interpretación fundada en un enunciado dogmático que no supere una comprobación sistemática, tanto en sentido estricto como en sentido amplio.

Como se ha señalado, también pertenecen a este tipo de reglas aquellos argumentos que remiten a otros criterios extrasistémicos. En realidad, todas las reglas que remiten a criterios extrasistémicos pueden reconducirse a una sola: el argumento de la razonabilidad o reducción al absurdo⁵⁶; el resto de argumentos que pueden citarse aquí, el argumento de la equidad, el de la injusticia o el de la naturaleza de las cosas, no son sino concreciones o especificaciones de la forma más general de reducción al absurdo.

Las reglas de preferencia también pueden ser reglas positivas o comparativas, que establecen un orden de preferencia entre las interpretaciones justificadas posibles, para el muy probable supuesto de

⁵⁴ ALEXY (1997a: 231).

⁵⁵ ALEXY (1997a: 254). La comprobación sistemática en *sentido estricto* se refiere a la compatibilidad lógica entre los enunciados dogmáticos y las formulaciones de las normas jurídicas; la comprobación en *sentido amplio* se refiere a la compatibilidad desde el punto de vista práctico general de las decisiones a fundamentar con ayuda de los enunciados dogmáticos y las normas jurídicas.

⁵⁶ Alexy incluye el argumento de reducción al absurdo, junto a la analogía y el argumento a contrario, dentro de las formas de argumentos jurídicos especiales. El esquema del argumento tiene como conclusión el rechazo de una de las alternativas interpretativas:

(J.17) (1) $O \neg Z$
(2) $R' \rightarrow Z$
(3) $\neg R'$

El razonamiento parte de que debemos evitar un estado de cosas Z ($O \neg Z$) por considerarlo absurdo, indeseable o irrazonable. La interpretación R' (fundada en un argumento interpretativo W) de una norma R conduce al estado de cosas Z , por tanto, debemos descartar la interpretación R' .

que éstas entren en conflicto. Son ejemplos de este tipo de reglas las siguientes:

- 1) Los argumentos lingüísticos preceden *prima facie* a todos los demás argumentos.
- 2) Los argumentos lingüísticos, genéticos y sistemáticos preceden *prima facie* a los argumentos prácticos de tipo general⁵⁷.

La cláusula *prima facie* indica que éstas son reglas condicionadas cuyo orden de preferencia cede cuando puedan aducirse motivos racionales que lo justifiquen. Otras reglas de preferencia pueden establecer un orden absoluto, como el siguiente ejemplo propuesto por Wróblewski:

(DF²-16): Cuando se da una diferencia entre el significado funcional SF de una regla legal y su significado lingüístico SL (y/o su significado sistémico) prevalece el primero.

También establecen un orden de preferencia absoluto los clásicos criterios jurisprudenciales de *in dubio pro reo*, *in dubio pro operario* y *favor minoris*. Otras reglas, en fin, pueden tener una naturaleza presuntiva, al establecer un criterio de preferibilidad entre las distintas interpretaciones posibles cuando existan dudas acerca de si concurre la circunstancia que determina una relación de prioridad determinada⁵⁸.

La distinción entre reglas negativas o inhibitorias y reglas positivas o comparativas debe entenderse en un sentido funcional: con independencia de su formulación gramatical, toda regla negativa o inhibitoria establece una *condición necesaria* para que una determinada interpretación pueda ser tenida por justificada (por ejemplo, la coherencia lógica, axiológica, teleológica o lingüística de una posible interpretación con el resto del ordenamiento o de un sector del ordenamiento); pero no establece una *condición suficiente* para que se imponga al resto de interpretaciones alternativas también justificadas. En cambio, una regla de preferencia positiva o comparativa establece una *condición suficiente* para que una de las interpretaciones alternativas justificadas se imponga al resto. Un mismo argumento puede operar como regla negativa y como regla positiva, según establezca una condición necesaria para la justificación de la interpretación o una condición suficiente para imponerse al resto de alternativas de interpretación, respectivamente. Así, la *analogía iuris*, que suele formularse como una regla negativa que prescribe descartar una interpretación contraria a los principios generales del derecho (independientemente de cuáles sean los principios esgrimidos en una situación particular y qué otros principios cabría oponer a los primeros), podría formularse

⁵⁷ ALEXY (1995: 90). Para una regla similar, ALEXY (1997a: 239).

⁵⁸ Vid. CHIASSONI (2011: 128).

también como una regla positiva, estableciendo la preferencia de aquella interpretación que se ajuste, o lo haga en mayor medida, a los principios generales del derecho. Algo similar ocurre con los principios de interpretación conforme (regla negativa) y de efectividad (regla positiva) en la jurisprudencia constitucional.

En otro orden de cosas, se podría cuestionar la idea misma de regla de la interpretación (y, en última instancia, el modelo en su totalidad), alegando que las justificaciones de las elecciones ente las diversas alternativas de interpretación son siempre justificaciones *ad hoc* y, por tanto, construcciones *a posteriori*. A esto cabría objetar que toda justificación, aunque no necesariamente de manera explícita, remite a una regla universal⁵⁹: apartarse del tenor literal de una norma para atender a su espíritu no significa únicamente que son posibles dos interpretaciones distintas justificadas en dos argumentos interpretativos, el lingüístico y el teleológico (admitiendo a estos efectos que el argumento teleológico es un argumento en sentido estricto, algo que, como hemos visto no resulta pacífico); supone, además, la existencia de una razón para primar al segundo sobre el primero, y esta razón sólo puede articularse mediante una regla que establezca directamente una relación de preferencia ente ambos argumentos interpretativos del tipo: «Es preferible la interpretación que se ajuste al espíritu de la ley a aquella que siga su tenor literal», o bien de manera indirecta o mediata mediante una regla que fija un objetivo superior, por ejemplo, con una norma del tipo: «Mediante la interpretación el intérprete debe adecuar la norma abstracta a las circunstancias del caso para alcanzar una solución razonable», al que sirve, en cada caso particular, un determinado argumento interpretativo (aquí el argumento teleológico, aunque en otras circunstancias podría ser cualquier otro el que sirviera a la realización de dicho objetivo). Los razonamientos que concluyen en la elección de una de las posibles alternativas interpretativas de un texto siempre pueden ser reconstruidos en términos de la aplicación de una o varias reglas de la interpretación, lo cual permite su discusión y control racional. De hecho, es aquí donde reside la utilidad del modelo y de esta categoría en particular, dado que muchos de los problemas relativos a la interpretación no se desarrollan en el nivel de los argumentos interpretativos en sentido estricto (aunque también pueden darse el caso de que se discuta, por ejemplo, cuál fue la voluntad del legislador o cuál es la verdadera finalidad –el espíritu– de una determinada norma), sino en el de las reglas de la interpretación, donde no se plantean cuestiones hermenéuticas, sino cuestiones prácticas con trasfondo ideológico, como veremos enseguida.

El que un mismo intérprete haga uso de reglas distintas e incluso contradictorias en momentos distintos no pone en cuestión la virtuali-

⁵⁹ No podemos entrar aquí a fundamentar por extenso esta afirmación, que sería rechazada de plano desde posiciones particularistas.

dad analítica de este modelo, ni de la idea misma de las reglas de la interpretación; es, en todo caso, un problema de justificación o de incongruencia⁶⁰, y no un problema de que las reglas no puedan dar cuenta de la estructura formal del razonamiento.

Las reglas de uso y las reglas de preferencia que se han reproducido aquí tienen un carácter meramente ilustrativo; es posible encontrar otras muchas de signo distinto en la literatura sobre la interpretación y argumentación jurídica. De hecho, a diferencia de lo que ocurre con los argumentos interpretativos en sentido estricto, no existe un consenso extendido acerca de las reglas de la interpretación, especialmente en relación con las reglas positivas o de preferencia. La explicación es bien sencilla: al establecer qué argumentos deben ser utilizados, cómo deben serlo, así como relaciones de preferencia entre ellos, las reglas no sólo determinan en gran medida el resultado de la interpretación, sino que definen una concepción de la racionalidad jurídica y el sistema de fuentes del derecho; en otras palabras, una ideología jurídico-política⁶¹. Según sean unas u otras las reglas de la interpretación que incorporan, podemos distinguir teorías (normativas) de la interpretación y de la argumentación jurídica estáticas y dinámicas⁶², originalistas y no originalistas o iuspositivistas e iusmoralistas, entre otras clasificaciones posibles. Mientras que los argumentos interpretativos en sentido estricto representan la dimensión cognoscitiva de la interpretación, mostrando las distintas adscripciones de significado posibles justificadas sobre la base de los argumentos interpretativos vigentes en la comunidad jurídica, las reglas de la interpretación, que conducen al intérprete a un resultado final, responden a una diversidad de valores jurídico-políticos. Con razón se ha dicho que el establecimiento de un orden jerárquico entre los distintos argumentos interpretativos no es una cuestión de hermenéutica jurídica o filosofía del lenguaje, sino de teoría del Estado⁶³.

2.3 LOS VALORES DE LA INTERPRETACIÓN

Llegamos con ello al tercer nivel, el de los *valores* o principios jurídico-políticos. Estos valores o principios proporcionan fundamen-

⁶⁰ Sobre la vinculación al precedente como regla de la argumentación, *vid.* GASCIÓN (1993: 98).

⁶¹ WRÓBLEWSKI (1985: 51).

⁶² Wróblewski se pregunta si es posible formular directivas interpretativas comunes a las ideologías estáticas y dinámicas de la interpretación jurídica y, aunque admite la existencia de condiciones –a) que hay un sentido de la norma jurídica parcialmente independiente de la actividad interpretativa, b) la racionalización de la actividad interpretativa, y c) la comparación de las directivas interpretativas de las diversas ideologías– que pueden obviar el enfrentamiento de los valores fundamentales de ambas, reconoce que «no son suficientes para determinar el sentido de la norma jurídica en todas las situaciones y, por tanto, no forman ninguna ideología (teoría) de la interpretación jurídica» (WRÓBLEWSKI, 1989: 140).

⁶³ KOCH/RUSSMANN (1982: 179 y ss.).

to a los otros dos niveles. En primer lugar, determinan cuál sea el catálogo de los argumentos interpretativos en sentido estricto. Cada uno de estos argumentos representa un punto de vista que se considera valioso en la actividad interpretativa. Los valores determinan, igualmente, el contenido de las reglas de la interpretación, es decir, su fuerza argumentativa dentro de una determinada teoría de la interpretación.

Consideremos las reglas de preferencia positivas (comparativas) formuladas por Alexy mencionadas más arriba. La primera establece la preferencia *prima facie* de los argumentos lingüísticos sobre cualesquiera otros argumentos. Si bien la fuerza de ambos tipos de argumento, el lingüístico y el genético, reside en la autoridad del legislador y en los principios de la democracia, imperio de la ley y separación de poderes, lo manifestado por el legislador en el texto legal tiene preferencia frente a lo querido por él, si hubiera razones para dudar de que el texto de la ley no refleja la voluntad del legislador, por razones de seguridad jurídica⁶⁴. En cuanto a los argumentos sistemáticos (que, como se ha dicho, son en la mayoría de los casos reglas negativas), la coherencia constituye, además de un postulado elemental de racionalidad, condición necesaria de una práctica decisonal no arbitraria acorde a los principios de igualdad y de vinculación a la ley; no obstante, razones de seguridad jurídica, así como el principio de división de poderes, fundamentan la preferencia de los argumentos lingüísticos frente a los sistémicos. Por último, los argumentos autoritativos de tipo histórico o comparado, «permiten la incorporación de la experiencia del pasado y de otras sociedades»⁶⁵, lo que permitiría fundamentar una presunción de racionalidad a favor de este tipo de interpretación. En fin, esta regla consagra los valores formales del Estado de derecho, como el imperio de la ley, la separación de poderes o la seguridad jurídica, mas no en términos absolutos, como denota la cláusula *prima facie*.

Por su parte, la segunda de las reglas establece la preferencia *prima facie* de los argumentos lingüístico, genético y sistemático sobre los argumentos prácticos de tipo general⁶⁶. El hecho de que este orden de preferencia entre los distintos argumentos interpretativos de primer nivel tampoco sea absoluto, sino que tenga carácter *prima facie* o condicionado significa que razones morales o sustantivas pueden justificar que el orden de preferencia se invierta a favor de estas últimas.

La conjunción de ambas reglas pretende articular un modelo interpretativo que incorpora, junto a los valores formales propios del Estado de derecho, el punto de vista moral o de la justicia, como pone de manifiesto el carácter condicionado y abierto de ambas reglas a razones prácticas (razones sustantivas de carácter extrasistémico). Bajo

⁶⁴ ALEXY (1995: 90).

⁶⁵ ALEXY (1997a: 237).

⁶⁶ ALEXY (1995: 90).

qué circunstancias estas razones son suficientes para invertir el orden de preferencia establecido por estas reglas es una cuestión de ponderación.

La consideración de principios o valores jurídico-políticos daría como resultado otros modelos interpretativos articulados sobre distintas reglas de la interpretación. Por ejemplo, un modelo basado únicamente en los principios formales del Estado de derecho que consagrara la seguridad jurídica y el principio democrático como valores absolutos contendría una regla de preferencia absoluta a favor de los argumentos lingüísticos, así como una regla presuntiva a favor de la voluntad del legislador cuando el texto legal fuera susceptible de más de una interpretación, pero en ningún caso incorporaría una cláusula como la anterior que diera entrada a los argumentos prácticos o morales.

Hasta aquí se ha mantenido que es en las reglas interpretativas donde se manifiestan las distintas ideologías jurídicas, esto es, el modo en que se articulan los valores que fundamentan cada teoría de la interpretación. Ahora bien, ¿depende de la ideología jurídica el que un argumento jurídico funcione en una determinada teoría de la interpretación como argumento interpretativo en sentido estricto (directiva de primer nivel) o como regla de la interpretación (directiva de segundo nivel)?

Esta es la tesis que parece sugerir García Amado cuando sostiene que: «Para el positivista, el argumento literal establece un límite irrebutable para la atribución de significado; límite que deriva de las reglas de la semántica, la sintaxis y los usos lingüísticos. El argumento literal determina cuáles son las interpretaciones posibles, más allá de las cuales no debería ir el intérprete, aunque existan razones de otro tipo para preferir alguna interpretación alternativa. En cambio, para las doctrinas iusmoralistas, la interpretación literal es un argumento más. Estos autores también denominan interpretación a la atribución de significado que traspase los límites establecidos por la semántica, la sintaxis y los usos lingüísticos, siempre que con ello se alcance el fin supremo de la interpretación, que no es otro que alcanzar una solución justa, o al menos evitar una solución injusta, para el caso»⁶⁷.

Según parece desprenderse de este razonamiento, para el positivista, el argumento literal no sería un argumento más, sino que operaría como una regla que determina las interpretaciones posibles; en cambio, para el iusmoralista, el argumento literal es un argumento interpretativo entre otros, del que se servirá o no el intérprete para atribuir significado a un texto legal, según le permita o no alcanzar una decisión moralmente aceptable (que es la regla que orienta su actividad interpretativa). En mi opinión, este planteamiento no distingue con

⁶⁷ GARCÍA AMADO (2013: 134 y s.).

claridad entre los argumentos en sentido estricto y las reglas. El argumento literal es siempre un argumento interpretativo⁶⁸, que, incluso en el marco de una teoría positivista de la interpretación, será definitivo en algunos casos y no en otros (no lo es, por ejemplo, cuando el significado no es unívoco, o cuando el caso en cuestión cae bajo la zona de penumbra de la norma). Lo que difiere de un modelo interpretativo positivista a un modelo interpretativo iusmoralista no es la condición del argumento literal, sino las reglas que regulan su uso. El modelo positivista contendría, entre otras, una regla *de uso* que prescribiría mantener la atribución de significado dentro de los límites establecidos por las reglas de la semántica, la sintaxis y los usos lingüísticos, así como una regla de *preferencia* no condicionada que establecería la supremacía del argumento literal frente a cualquier otro argumento «corrector», siempre que no existan dudas acerca de cuál sería el significado de la disposición en cuestión. Por su parte, el modelo iusmoralista, contendría una regla *de preferencia* (positiva o comparativa) del tipo de las reproducidas más arriba, que prescribiría la atribución de significado dentro de los límites establecidos por las reglas de la semántica, la sintaxis y los usos lingüísticos (argumento literal), *salvo que pudieran aducirse razones morales que justificaran apartarse de las mismas*.

En definitiva, la ideología jurídico-política no condiciona la estructura fundamental del modelo interpretativo: los argumentos interpretativos en sentido estricto siguen siendo los mismos, al igual que los tipos básicos de las reglas (uso y preferencia), si bien, como se ha señalado, distintas teorías de la interpretación, inspiradas en valores diversos, incorporarán reglas de uso y de preferencia con distinto contenido.

3. Conclusiones

El resultado de este trabajo consiste, sobre todo, en una labor de sistematización de lo que de manera impropia –por excesivamente genérica– suele denominarse *argumentos jurídicos*.

En primer lugar, es necesario distinguir los *argumentos interpretativos en sentido estricto*, que permiten la atribución o aclaración del significado de las disposiciones normativas, y los *argumentos jurídicos en sentido amplio*, esto es, los esquemas de inferencia (analogía, argumento *a contrario*) que permiten la obtención de normas a partir de disposiciones normativas ya interpretadas.

⁶⁸ No es, de hecho, un argumento interpretativo más; la aclaración lingüística del texto jurídico conforme a las reglas de la semántica, la sintaxis y los usos del lenguaje es, como afirma Klug, «la condición mínima de cualquier actividad interpretativa» (KLUG, 2004: 197).

En segundo lugar, los *argumentos interpretativos en sentido estricto* deben igualmente ser distinguidos de las *reglas de la interpretación*. Algunos de los argumentos que la metodología tradicional suele denominar como argumentos interpretativos –especialmente, todos los argumentos sistemáticos y quizás debamos incluir aquí también los teleológicos– carecen en realidad de eficacia hermenéutica directa, siendo su función en el razonamiento jurídico la de regular el uso de los argumentos interpretativos en sentido estricto, estableciendo qué argumentos deben ser usados y cómo deben ser usados (*reglas de uso*), así como criterios de preferencia (*reglas de preferencia positivas o comparativas*) o de exclusión (*reglas de preferencia negativas o inhibitorias*) entre las distintas interpretaciones posibles, resultantes de la aplicación de los argumentos interpretativos en sentido estricto.

La distinción entre reglas de preferencia comparativas o inhibitorias debe entenderse en un sentido funcional, independientemente de su formulación gramatical o de la denominación del argumento en cuestión. Una regla tiene carácter positivo cuando establece una *condición suficiente* que justifica la preferibilidad de una interpretación determinada frente al resto de interpretaciones posibles e igualmente justificadas. Por el contrario, una regla tiene carácter negativo cuando establece una *condición necesaria, pero no suficiente* para que una interpretación se tenga por justificada; o lo que es lo mismo, para poder excluir aquellas que no satisfagan dicha condición.

El propio concepto de regla de la interpretación compromete el modelo argumentativo con una concepción universalista de justificación jurídica.

Por otra parte, las reglas de la interpretación no suelen estar recogidas, salvo excepciones, por lo general muy específicas, en los textos legales. Son construcciones doctrinales o jurisprudenciales a partir de las cuales se pueden articular distintos modelos de razonamiento jurídico interpretativo. Es a través de las reglas de la interpretación que la dimensión hermenéutica de la interpretación conecta con el sustrato ideológico de cada modelo de razonamiento. Los argumentos interpretativos tienen un carácter mucho más estable y uniforme que las reglas; mientras los primeros representan el consenso o «convención profunda»⁶⁹ acerca de los valores políticos que inspiran el sistema jurídico, las segundas estructuran las distintas ideologías compatibles con ese marco o paradigma axiológico.

Por último, la distinción analítica y funcional entre reglas y argumentos interpretativos en sentido estricto no está condicionada por cuáles sean los valores o la ideología de cada modelo. La rigidez o la apertura del modelo argumentativo respecto de unos u otros tipos de argumentos no dependen de que éstos sean concebidos como argumentos interpretativos en sentido estricto o como reglas de la interpretación, sino del contenido de éstas.

⁶⁹ Tomo la expresión de Juan Carlos BAYÓN (2002).

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXI, R. (1995): «Juristische Interpretation», en *id. Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt a. M., Suhrkamp.
- (1997a): *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. M. Atienza e I. Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (1997b): *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ATIENZA, M. (1999): «El derecho como argumentación», *Isegoría* 21, pp. 37-47.
- (2006): *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel.
- ATIENZA, M./RUIZ MANERO, J. (2004²): *Las piezas del Derecho*, Barcelona, Ariel.
- BAYÓN, J. C. (2002): «Derecho, convencionalismo y controversia», en P. Navarro y M. Redondo (comps.), *La relevancia del Derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa.
- CALVO GARCÍA, M. (1994): *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Madrid, Tecnos.
- CHIASSONI, P. (2011): *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, trad. Maribel Narváez Mora y Pau Luque Sánchez, Madrid, Marcial Pons.
- DWORKIN, R. (1977): *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- (1986): *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- EZQUIAGA GANUZAS, F. J. (1987): *La argumentación en la justicia constitucional española*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública.
- GARCÍA AMADO, J. A. (1986): «Del método jurídico a las teorías de la argumentación», *Anuario de Filosofía del Derecho* III, pp. 151-182.
- (2001): «Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho», *Doxa* 24, pp. 85-114.
- (2004): «El argumento teleológico: las consecuencias y los principios», en Zuluaga Gil, Ricardo (ed.), *Interpretar y argumentar. Nuevas perspectivas para el derecho*, Cali: Pontificia Universidad Javeriana/Librería Jurídica Sánchez, pp. 13-27.
- (2013): *Razonamiento jurídico y argumentación. Nociones introductorias*, León, Eolas.
- GASCÓN ABELLÁN, M. (1993): *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos.
- GASCÓN ABELLÁN *et al.* (2014): *Argumentación Jurídica*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- GIANFORMAGGIO, L. (1986): «Il gioco della giustificazione. Osservazioni in margine ad una teoria procedurale dell'argomentazione giuridica», en *id. Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino, Giappichelli, pp. 59-88.
- GUASTINI, R. (2014): *Interpretar y argumentar*, trad. Silvina Álvarez Medina, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- HENKET, M. (1985): «Towards a code of practical reason?», *ARSP. Beiheft* 25, pp. 36-42.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R. (1999): *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- (2007): *Las obligaciones básicas de los jueces*, Madrid, Marcial Pons.

- HILGENDORF, E. (1991): *Argumentation in der Jurisprudenz. Zur Rezeption von analytischer Philosophie und kritischer Theorie in der Grundlagenforschung der Jurisprudenz*, Berlin, Dunckert & Humblot.
- KELSEN, H. (1934a): *Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*, 1. Auflage, Leipzig/Wien [Se cita por la edición española, *Teoría pura del Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, trad. Gregorio Robles y Félix F. Sánchez, Madrid, Trotta, 2011].
- (1934b) «Zur Theorie der Interpretation», *Internationales Zeitschrift für Theorie des Rechts*, vol. 8, pp. 9-17.
- (1949): «Preface. On interpretation», pp. XIII-XVII, en Hans Kelsen, *The Law of the United Nations: a critical analysis of its fundamental problems. With supplement*, New York: Frederick A. Praeger (New Jersey: The Lawbook Exchange, 2000).
- (1960): *Reine Rechtslehre*, 2 Auflage, Wien: Franz Deuticke [Se cita por la edición española, *Teoría Pura del Derecho*, trad. Roberto J. Vernengo. México, Porrúa, 1979].
- KOCH, H.-J./RÜßMANN, H. (1982): *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, München, C. H. Beck.
- KLUG, U. (2004): *Lógica jurídica*, trad. J. C. Gardella, Bogotá, Temis.
- LARENZ, K. (1994): *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel.
- LIFANTE, I. (1999): *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporáneo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- LUZZATI, C. (1990): «Discretion and «Indeterminacy» in Kelsen's Theory of Legal Interpretation», en Gianformaggio, Letizia (ed.) *Hans Kelsen Legal Theory: a diachronic point of view*. Torino, Giappichelli, pp. 123-137.
- MACCORMICK, N. (1990): «Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico», en Betegón, J./Páramo, J. R., *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, Ariel, Barcelona. pp. 9-22.
- MORESO, J. J. (2005): *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*, Barcelona, UOC.
- PERELMAN, Ch. (1979): *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. L. Díez-Picazo, Madrid, Civitas.
- PRIETO SANCHÍS, L. (1992): *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J. (2014): «Aspectos de la interpretación jurídica (un mapa conceptual)», *Anuario de Filosofía del Derecho XXX*, pp. 339-369.
- RUIZ MANERO, J. (1990): *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- RÜßMANN, H. (1979): «(Rezension) Theorie der juristischen Argumentation», *Rechtstheorie* 10, pp. 110-120.
- TARELLO, G. (1980): *L'interpretazione della legge*. Milano, Guiffrè.
- TUGENDHAT, E. (1980): «Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstrukturen im modernen Recht», *ARSP. Beiheft* 14, pp. 1-20.

- WRÓBLEWSKI, J. (1985): *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. Arantxa Azurza (rev. Juan Igartua Salaverría), Madrid, Cívitas.
- (1989): *Sentido y hecho en el derecho*, trad. Juan Igartua Salaverría, Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas *et al.*, San Sebastián, Servicio Editorial Universidad del País Vasco.
- (1992): *The Judicial Application of Law* (ed. Zenon Bankowski/Neil McCormick), Dordrecht, Kluwer.

Fecha de recepción: 31/03/2016. Fecha de aceptación: 31/10/2016.

Rebus sic stantibus y crisis económica. Orden público económico versus especulación

Rebus sic stantibus and economic crisis. Economic public order vs speculation

Por ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ
Universitat de València

RESUMEN

El trabajo analiza la reciente revisión de la doctrina jurisprudencial sobre la figura rebus sic stantibus que ha tenido lugar a raíz de la crisis económica. El principio rebus sic stantibus no está recogido en el Código civil español, pero fue recuperado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo después de la Guerra Civil (1936-1939), aunque con un carácter rigurosamente excepcional y de forma muy restrictiva. La nueva doctrina jurisprudencial, que se ha consolidado entre 2013 y 2015, ha flexibilizado la aplicación de esta figura, otorgando, bajo determinadas condiciones, protección a los particulares en caso de imposibilidad de obtener financiación para el pago del precio en contratos de compraventa de inmuebles, y haciéndola valer incluso en beneficio de empresarios, pero excluyendo en todo caso a quienes hubieren actuado con ánimo especulativo.

El trabajo concluye considerando que la nueva doctrina jurisprudencial sobre la figura rebus ha sido una respuesta adecuada, desde el sistema jurídico, a algunos de los problemas sociales que ha traído consigo la crisis económica. Y ello a través de la invocación del orden público económico, de la buena fe y del principio de la conmutatividad de los contratos. Principios opuestos a la economía especulativa que ha estado en el origen de la crisis económica y que favorecen un desarrollo equilibrado de la economía pro-

ductiva que es la base para la creación (y para la no destrucción) de empleo y para la reducción de la pobreza y la exclusión social.

Palabras clave: Rebus sic stantibus. Crisis económica. Equidad. Justicia conmutativa. Justicia distributiva. Buena fe. Onerosidad excesiva.

ABSTRACT

The paper analyzes the recent revision of the case law on the rebus sic stantibus doctrine that has taken place in the wake of the economic crisis. The rebus sic stantibus principle is not included in the Spanish Civil Code, but it was recovered by the jurisprudence of the Supreme Court after the Civil War (1936-1939), although with a strictly exceptional and very restrictive character. The new jurisprudential doctrine, which has been consolidated between 2013 and 2015, has made the application of rebus sic stantibus more flexible, granting, under certain conditions, protection to individuals in case of impossibility of obtaining financing for the payment of the price in contracts for the sale of real estate, and making it valid even for the benefit of entrepreneurs, but excluding in any case those who have acted with speculative spirit.

The paper concludes that the new jurisprudential doctrine has been an adequate response, from the legal system, to some of the social problems brought about by the economic crisis. And this through the invocation of economic public order, good faith and the principle of commutativity of contracts. Principles opposed to the speculative economy which has been at the origin of the economic crisis and which favor a balanced development of the productive economy which is the basis for the creation (and non-destruction) of employment and for the reduction of poverty and social exclusion.

Key words: Rebus sic stantibus. Economic crisis. Equity. Commutative justice. Distributive justice. Good faith. Hardship.

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN.—II. PACTA SUNT SERVANDA, REBUS SIC STANTIBUS: EN BUSCA DEL EQUILIBRIO.—III. LA CUESTIÓN DEL FUNDAMENTO. III.1 *Las doctrinas subjetivistas.* III.2 *Razones de justicia y fundamentación técnico-jurídica objetiva.* III.3 *La fundamentación causal. La continuada influencia de la causa y el sinalagma funcional.* III.4 *El principio de la buena fe.*—IV. PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN. SU RECIENTE REVISIÓN. IV.1 *La crisis económica como acontecimiento extraordinario.* IV.2 *Empresas del sector y doctrina rebus.* IV.3 *¿Vaivén de la jurisprudencia o ponderación de criterios?*—V. CONCLUSIONES

SUMMARY. I. INTRODUCTION.—II. PACTA SUNT SERVANDA, REBUS SIC STANTIBUS: IN SEARCH OF BALANCE.—III. THE QUESTION OF THE FOUNDATION. III.1 *The subjectivist doctrines.* III.2 *Reasons of justice and objective technical-legal rationale.* III.3 *The causal foundation. The continued influence of the cause and the functional synalagma.* III.4 *The principle of good faith.*—IV. APPLICATION CONDITIONS. ITS RECENT REVIEW. IV.1 *The economic crisis as an extraordinary event.* IV.2 *Companies in the sector and doctrine rebus.* IV.3 *Moving from the jurisprudence or weighting of criteria?*—V. CONCLUSIONS

I. INTRODUCCIÓN

La crisis económica, y en particular financiera y de acceso al crédito, que se desencadenó a finales de 2007 y cuyas consecuencias todavía estamos experimentando ha provocado que la doctrina *rebus sic stantibus* que ocupaba un lugar marginal en el ámbito del Derecho de la contratación se haya colocado en primera fila de actualidad. La crisis ha generado muchas dificultades para cumplir los contratos en los términos estrictamente pactados. Eso ha hecho que con frecuencia se invoque la figura *rebus* para solicitar una revisión de las obligaciones contraídas o incluso la resolución del contrato. Y lo que es más importante, esta profunda alteración de las circunstancias económicas ha propiciado una revisión de la posición de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta materia, posición que hasta fechas relativamente recientes era muy restrictiva. La nueva doctrina jurisprudencial ha flexibilizado la aplicación de esta figura, otorgando, bajo determinadas condiciones, protección a los particulares en caso de imposibilidad de obtener financiación para el pago del precio en contratos de compraventa de inmuebles, y haciéndola valer incluso en beneficio de empresarios apelando al llamado orden público económico, esto es a la vigencia en el ámbito del Derecho de la contratación de ciertas exigencias materiales, objetivas o al menos objetivables, que son principalmente los principios de la conmutatividad de las prestaciones y de la buena fe. Principios opuestos a la economía especulativa que ha estado en el origen de la crisis económica y que favorecen un desarrollo equilibrado de la economía productiva que es la base para la creación (y para la no destrucción) de empleo y para la reducción de la pobreza y la exclusión social¹.

¹ Sobre el papel de la especulación en el origen de la crisis y sobre la importancia de la economía productiva para garantizar condiciones de vida dignas, BALLESTEROS, J., «Globalisation: From Chrematistic Rest to Humanist Wakefulness», en Ballesteros, J./Fernández Ruiz-Gálvez, E./Talavera, P., *Globalization and Human Rights. Challenges and Answers from a European Perspective*, Springer, Dordrecht, 2012, pp. 3 ss; e *id.*, «Estado social contra Escuela neoclásica», en Fernández Ruiz-

El objetivo de este trabajo es analizar la reciente revisión de la doctrina jurisprudencial sobre la figura *rebus* examinado si, y en qué medida, puede suponer una contribución, desde el Derecho, a reducir las consecuencias sociales negativas de la crisis económica.

II. *PACTA SUNT SERVANDA, REBUS SIC STANTIBUS:* EN BUSCA DEL EQUILIBRIO

Sin negar la extraordinaria importancia del principio *pacta sunt servanda* en la vida jurídica, económica y social, cuando se trata de relaciones jurídicas duraderas que se prolongan en el tiempo, como los contratos de tracto sucesivo o incluso en los de tracto único pero con cumplimiento diferido para un momento futuro, la revisabilidad del contrato, esto es el reconocimiento de ciertos efectos jurídicos a la alteración sobrevenida y no prevista de las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato, puede, en determinados casos, aparecer como una exigencia de la justicia material y como una consecuencia necesaria de la incidencia en el ámbito del Derecho del propio transcurso del tiempo, en la medida en que la experiencia demuestra que las circunstancias son siempre cambiantes, y tales cambios pueden producir una ruptura del equilibrio interno del contrato haciendo que para alguna de las partes la prestación se torne excesivamente onerosa, o incluso provocar la frustración del fin del contrato. En tales supuestos la denominada cláusula *rebus sic stantibus* permitiría, bajo determinadas condiciones, modificar los términos del contrato, acomodándolo a las circunstancias sobrevenidas, a fin de restaurar el equilibrio de las prestaciones que se ha visto alterado, o incluso resolver el contrato.

Un ordenamiento jurídico contractual equilibrado debe preservar ambas exigencias: la obligatoriedad de los contratos y su revisabilidad como consecuencia de un cambio sobrevenido. Y ello además, sin que quepa establecer *a priori* y en abstracto una solución de carácter general acerca de cuál de esas dos exigencias debe prevalecer en cada caso concreto, sino que por el contrario habrá que atender a las circunstancias concurrentes en cada supuesto particular para darle una respuesta adecuada², porque, como ya señalaba Aristóteles, lo que es justo nunca puede determinarse por entero con independencia de la situación que exige justicia³.

Gálvez, E./Garibo Peyró, A.-P., *El futuro de los derechos humanos*, Tirant lo blanc, Valencia, 2016, pp. 17 ss.

² VÁZQUEZ-PASTOR, L., «El vaivén de la moderna jurisprudencia sobre la cláusula *rebus sic stantibus*», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 4, 2015, pp. 66-67.

³ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, ed. bilingüe y trad. por M. Araujo y J. Marías, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1959, V, 10. Gadamer, H. G., *Verdad y método*, Sígueme, Madrid, 1977, p. 389.

A lo largo del tiempo se han elaborado por la doctrina y la jurisprudencia de los distintos países diversas teorías para abordar los problemas que suscita la alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales, teorías tales como la doctrina de la presuposición y la de la base del negocio en Alemania, la excesiva onerosidad en Italia, la frustración del fin del contrato en el Derecho anglosajón, y la imprevisión en Francia. La doctrina relativa a la denominada cláusula *rebus sic stantibus* es la más antigua y el germen de todas las demás que pueden ser consideradas como «equivalentes» o análogas a la doctrina *rebus* en el sentido de que tratan de dar respuesta al mismo problema, aunque desde puntos de vista distintos. Este estudio se va a centrar en la doctrina relativa la denominada cláusula *rebus sic stantibus*, aunque sin perder de vista las restantes teorías a las que haremos referencia a lo largo del trabajo.

El principio *rebus sic stantibus* aparece como una excepción al principio *pacta sunt servanda*, pero sin excluir la validez de este último. La relación entre el principio general de vinculación contractual, por un lado, y la posibilidad de reclamar la revisión o resolución del contrato por alteración de las circunstancias es la que media entre la regla y la excepción.

El fundamento de esa excepción es la equidad. El principio *rebus sic stantibus* tiene una función clara: la introducción de la equidad en los contratos. La única diferencia entre la equidad y *rebus sic stantibus* es el campo en el que se aplican respectivamente: la legislación general o la contratación⁴. Del mismo modo que la ley no puede prever todos los casos y eso hace que, aun siendo justa en general, pueda resultar injusta en ciertos casos particulares, los contratantes tampoco pueden prever todas las situaciones que pueden darse y eso hace que en determinados casos el cumplimiento estricto de lo estipulado pueda resultar injusto.

Ambos, *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*, son principios y en cuanto tales, de acuerdo con la conocida distinción de Dworkin entre principios y reglas, son susceptibles de ser válidos simultáneamente puesto que ningún principio de Derecho es absoluto. Los principios pueden conjugarse con otros que maten su alcance. Y esto es lo que sucede en lo que respecta a la relación entre *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*. En caso de conflicto, la aplicación de uno u otro dependerá de su peso específico, de su importancia relativa en el caso concreto, de modo que se dará valor decisivo al principio que en el caso concreto tenga un peso relativo mayor, pero sin que por ello quede invalidado el principio con peso relativo menor. En otros contextos y supuestos, el peso de los principios podría estar repartido de manera opuesta. Siendo válidos ambos principios, lo que resulta indispensable es la búsqueda de un equilibrio armónico entre ellos.

⁴ LLUIS, «La llamada cláusula *rebus sic stantibus*», RGLJ, 1956, pp. 387-388.

Ese equilibrio resulta o se deriva del hecho de que el principio *rebus sic stantibus* sea una manifestación de las exigencias de la equidad, la cual se caracteriza porque no excluye la validez de la regla general (en el tema que nos ocupa el principio de la fuerza vinculante de los contratos), sino que únicamente excluye que sea justa en el caso concreto. Por lo demás, en cuanto institución basada en la equidad la aplicación del principio *rebus sic stantibus* tiene carácter excepcional. Y ello aunque el principio sea reconocido con normalidad, como un elemento integrante del ordenamiento jurídico que es a lo que se tiende en la actualidad tanto en los Derechos internos como en los principales textos internacionales de armonización del derecho de los contratos, como los principios UNIDROIT y los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL), sin relegarlo al ámbito de un Derecho excepcional o singular. Ahora bien, no obstante su reconocimiento con carácter general, la aplicación concreta del principio tendrá que ser ineludiblemente casuística, prudente y moderada, tan solo cuando se den las condiciones para su aplicación.

De esto último se desprende que el mencionado equilibrio requiere asimismo una formulación técnica adecuada del principio *rebus sic stantibus*: la búsqueda de una fundamentación técnico jurídica objetiva que permita y justifique su aplicación en el marco del Derecho positivo, ya que la doctrina *rebus* no está recogida en el Código civil español; y la delimitación de sus condiciones de aplicación, de modo que sin perjuicio de la necesaria flexibilidad se garantice un nivel básico de certeza y seguridad jurídica.

En suma, la flexibilidad no tiene necesariamente que significar inseguridad, pero para conciliar ambas exigencias se requiere una técnica jurídica muy depurada. La puesta en práctica del principio *rebus*, inspirado en la equidad, tiene que canalizarse a través de categorías técnico-jurídicas rigurosas. En contra de lo que a menudo se piensa en el ámbito jurídico no hay una incompatibilidad entre aspiraciones de justicia y necesario rigor científico. La relación entre ambas dimensiones de la experiencia jurídica sería de complementariedad y refuerzo mutuo.

III. LA CUESTIÓN DEL FUNDAMENTO

En lo respecta a la cuestión del fundamento, las distintas posiciones tanto doctrinales como jurisprudenciales pueden ser reconducidas a dos grupos principales⁵, según que adopten un punto de vista de carácter subjetivo o de carácter objetivo. Las doctrinas subjetivistas tratan de encontrar el fundamento de la figura en la voluntad tácita de

⁵ DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, Aranzadi, Cizur Menor, 2008 (6.ª), pp. 1067-1068.

las partes. Por su parte las teorías objetivas buscan el fundamento de la figura en los principios, criterios y presupuestos objetivos que rigen los contratos.

III.1 Las doctrinas subjetivistas

Los más antiguos sostenedores de la doctrina desde Juan el Teutónico la presentaban como una cláusula implícita o sobreentendida en el contrato, lo cual sugiere al menos *prima facie* una fundamentación subjetiva de la figura. En cambio, la consideración del contexto en el que surgió y se desarrolló inicialmente la doctrina, el del Derecho canónico y la filosofía escolástica de inspiración tomista, nos lleva a comprender que la justificación de la figura era claramente objetiva. A través de ella se estaban intentando canalizar exigencias objetivas de justicia. No obstante, el concepto técnico-jurídico al que se recurrió para ello (la condición implícita en el contrato) era rudimentario, naïf, y sobre todo resultaba inadecuado para dar cuenta de una justificación basada en última instancia en el rechazo del enriquecimiento injusto, cualquiera que sea su procedencia, y en la protección del más débil. Este sería el origen de la ambigüedad presente en la construcción inicial de la doctrina *rebus* en la que convivirían una concepción formalmente subjetiva de la figura y una justificación objetiva de la misma.

A medida que en los siglos posteriores, a lo largo de la Baja Edad Media y de la Edad Moderna, va consolidándose en el seno del propio pensamiento iusnaturalista el dogma de la autonomía de la voluntad, esa ambivalencia inicial desemboca en una fundamentación claramente subjetivista del fenómeno que defiende la necesidad de respetar la voluntad real y verdadera de los sujetos en caso de divergencia entre esta y la voluntad declarada. Estas doctrinas pretenden apoyarse en una interpretación de la voluntad. Resulta significativo en ese sentido que Grocio trate de la cláusula *rebus sic stantibus* y de la alteración sobrevinida de las circunstancias en el capítulo dedicado a la interpretación de los contratos y concretamente al examinar la cuestión de la interpretación restrictiva⁶.

Dentro de esta tradición se sitúa la teoría de la «presuposición» de Windscheid formulada en 1850, en pleno auge de los dogmas liberales de la autonomía de la voluntad y de la vinculación contractual. De acuerdo con las doctrinas voluntaristas, dominantes en su época y de las que él mismo Windscheid es un destacado representante, la voluntad es la fuente de la obligación contractual y sin ella queda ineficaz, distinguiéndose además entre voluntad interna y voluntad declarada y otorgándole primacía a la primera sobre la segunda. Coherentemente con esta concepción voluntarista, la tesis de la presuposición entiende

⁶ GROCIO, H., *De iure belli ac pacis* (1625), L. II, cap. XVI, 22-27. Traducción de Jaime Torrubiano, Reus, Madrid, 1925.

que si esa presuposición falla, esto es si se produce una discrepancia entre la realidad exterior en la que el contrato debe desplegar sus efectos y la representación mental del contratante al tiempo de celebrar el contrato que condicionó internamente su voluntad, la obligación perdería su fuerza vinculante, pues habría perdido ya su conexión con la fuente que la originó: la voluntad del declarante⁷.

La teoría de la presuposición fue el germen a partir del cual Oertmann elaboró en 1921 su teoría de la base del negocio, entendiendo por tal «La representación mental de una de las partes en el momento de la conclusión del negocio jurídico, conocida en su totalidad y no rechazada por la otra parte, o la común representación de las diversas partes sobre la existencia o aparición de ciertas circunstancias, en las que se basa la voluntad negocial»⁸, pero sin formar parte del contenido del negocio⁹. Si no existen las mencionadas circunstancias o desaparecen posteriormente, sin que ninguna de las partes haya asumido el riesgo de su desaparición, la parte perjudicada debe, según Oertmann, tener un derecho a resolver el contrato y, si se trata de un contrato de tracto sucesivo, a denunciarlo.

Oertmann intentó salir al paso de las duras críticas de las que había sido objeto la teoría de la presuposición de Windscheid, en particular por parte de Lenel¹⁰, y trató de perfilar la distinción entre lo que él llama base del negocio jurídico y los motivos, pero sin conseguirlo. Oertmann «no ha podido mostrar, a pesar de sus manifestaciones en contrario, en qué se diferencia una representación mental en la que ‘se basa la voluntad negocial’ de un motivo especialmente destacado»¹¹. De ahí que Lenel sostuviera que la doctrina de Oertmann se presta a «idénticas objeciones» que la de Windscheid, a lo cual habría de añadirse «una fatal oscuridad»¹².

Las diversas doctrinas que tratan de fundamentar los efectos jurídicos de la alteración sobrevenida de las circunstancias en la voluntad de las partes resultan complejas, artificiosas y contradictorias. Y ello porque no se corresponden con la realidad, sino que se apoyan en una ficción.

⁷ Sobre la vinculación de la teoría de la presuposición con el voluntarismo, MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., *La alteración de las circunstancias contractuales. Un análisis jurisprudencial*, Civitas, Madrid, 2003, p. 32; AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. de, *La cláusula rebus sic stantibus*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2003, p. 67; y GARCÍA CARACUEL, M., *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 220-222.

⁸ OERTMANN, P., *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, 1921, p. 37. Traducción de Larenz, K., *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Comares, Granada, 2002, p. 5.

⁹ OERTMANN, P., *Die Geschäftsgrundlage*, cit., pp. 31 ss.

¹⁰ LENEL, O., «La cláusula rebus sic stantibus», *Revista de Derecho Privado*, 1923, p. 198.

¹¹ LARENZ, K., *Base del negocio jurídico...*, cit., p. 20.

¹² LENEL, O., «La cláusula rebus sic stantibus», cit., pp. 199-201.

Precisamente, las situaciones a las que la doctrina *rebus* y otras equivalentes tratan de dar respuesta son situaciones que en modo alguno han sido previstas o «presupuestas» por las partes, que las partes no se han «representado» en modo alguno¹³. Y como destaca Larenz, cuando las partes no piensan para nada en la posibilidad de una alteración esencial de la situación existente al concluirse el contrato, no hay que suponer que eso significa que tienen una representación positiva de que persistirán las mismas circunstancias o de que no se producirá variación alguna, lo cual revela la necesidad de apoyarse en criterios distintos de los psicológicos¹⁴.

Por tanto, las teorías de la voluntad son manifiestamente insuficientes para responder a los problemas que plantea la alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales, pues los problemas más graves surgen precisamente cuando «aun sin previsión ni contemplación alguna por las partes de la necesidad del mantenimiento de un estado de cosas, éste resulte objetivamente necesario para el logro de los fines que las partes se proponían»¹⁵. La alteración sobrevenida de las circunstancias representaría de algún modo un desafío de las exigencias objetivas de la realidad al que las teorías de la voluntad no están en condiciones de dar una respuesta.

La importancia de la doctrina *rebus* y de otras equivalentes es poner de relieve que existen circunstancias que son objetivamente necesarias para el desarrollo de la relación contractual y para alcanzar el fin perseguido por las partes, circunstancias cuya modificación o alteración repercute en la vida del contrato, cualquiera que haya sido la voluntad real de los otorgantes¹⁶. «Colocar el centro de gravedad –destaca Díez-Picazo¹⁷– de los efectos jurídicos que la alteración de circunstancias pueda determinar en la autonomía de la voluntad no es suficiente [...] los efectos jurídicos se producen objetivamente y no simplemente *ex voluntate*».

¹³ Así por ejemplo en el caso que resolvió el Tribunal de Apelación de Postdam en febrero de 1948 el demandante había vendido un camión a los demandados a un precio fijo en 1940 y se había reservado el derecho de volver a comprar el vehículo después de acabada la guerra por el precio oficialmente fijado. El demandante ejerció el derecho de retroventa en febrero de 1946. Los demandados se negaron a entregar el camión cuyo valor real era muy superior al precio oficialmente fijado en ese momento (y eso sin tener en cuenta los precios del mercado negro). Tanto el juzgado de primera instancia como el de apelación rechazaron la demanda. Este último invocando la desaparición de la base del negocio. Evidentemente en este caso las partes no pudieron representarse en 1940 que el precio oficial del vehículo no equivaldría en 1946 a su valor real por razón de la perturbación de las circunstancias económicas existentes en ese momento.

¹⁴ LARENZ, K, *Base del negocio jurídico...*, cit., pp. 1-24 *passim*.

¹⁵ Díez PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, cit., p. 1055.

¹⁶ *Ibid.*, p. 1060.

¹⁷ *Ibid.*, p. 1061.

En esa línea la revisión y reelaboración de la teoría del negocio jurídico llevada a cabo por Larenz responde al esfuerzo por superar el subjetivismo y dotar de objetividad a la doctrina. En esa labor distingue entre base del negocio subjetiva y base del negocio objetiva.

La base del negocio subjetiva sería una representación mental común a ambos contratantes y que les ha llevado a concluir el contrato, sin que sea suficiente la individual de uno cualquiera de ellos, aunque la otra parte la haya conocido y no la haya rechazado expresamente. Para Larenz la desaparición de la base subjetiva pertenece al ámbito del consentimiento, el error y los vicios de la voluntad.

La base del negocio objetiva es aquel conjunto de circunstancias y un estado general de cosas, cuya existencia o subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato pueda mantenerse como una regulación con sentido. Larenz distingue dos supuestos distintos de desaparición de la base del negocio objetiva: (i) la ruptura de la relación de equivalencia de las prestaciones y (ii) la imposibilidad de alcanzar el fin del contrato, entendiendo por tal la común finalidad objetiva del contrato. La desaparición de la base objetiva se sitúa en el ámbito del cumplimiento del contrato. Se asemeja a la imposibilidad sobrevenida pero sin confundirse con ella, pues en el caso de desaparición de la base del negocio, la prestación del deudor es todavía posible aunque poderosas razones de justicia llevan a pensar que el contrato no merece ser conservado.

III.2 Razones de justicia y fundamentación técnico-jurídica objetiva

Los múltiples y variados intentos de dotar a la doctrina *rebus* o a sus equivalentes de una fundamentación objetiva se apoyan en dos tipos de argumentos: (i) la apelación a criterios de justicia y (ii) la búsqueda de un fundamento técnico jurídico que justifique su aplicación en el marco del Derecho positivo. En realidad estas dos líneas de argumentación no serían mutuamente excluyentes, sino complementarias, pues como veremos los conceptos técnico-jurídicos que se manejan para justificar la figura aparecen en última instancia como formulaciones, concreciones o explicitaciones de exigencias de justicia.

El punto de partida de las argumentaciones que apelan a criterios de justicia para fundamentar la figura suele ser la invocación de la equidad, como justicia del caso concreto, en el sentido de señalar que en determinados supuestos el cumplimiento estricto de lo estipulado puede resultar injusto. Este es el trasfondo permanente que subyace a la doctrina *rebus*: la búsqueda de soluciones de justicia material para los casos concretos.

Ahora bien, más allá de las apelaciones vagas y genéricas a la equidad, es necesario preguntarse cuál es la razón por la cual en determi-

nados supuestos el cumplimiento estricto de lo estipulado puede resultar injusto. Aquí entran en juego, principalmente, argumentos basados en las exigencias de la justicia conmutativa, pero también argumentos relacionados con la justicia distributiva.

En los cambios voluntarios la justicia consiste en el equilibrio o proporción entre las prestaciones a cargo de cada una de las partes¹⁸. Si eventos sobrevenidos, no imputables al deudor, ni previstos inicialmente en el contrato alteran el equilibrio del contrato, el fin de la doctrina *rebus* y de sus homólogas es mantener o restablecer la justicia contractual que se ha visto alterada por la modificación sobrevenida de las circunstancias. De lo contrario, el contrato quedaría desnaturalizado en su función de intercambio patrimonial equilibrado, el deudor se vería injustamente empobrecido por una prestación excesivamente onerosa no prevista al inicio y el acreedor se vería beneficiado gratuitamente, obteniendo un enriquecimiento injustificado. De ahí que en ocasiones se haya señalado como fundamento jurídico de la doctrina *rebus* el enriquecimiento injusto o sin causa. Y en conexión con lo anterior también se ha vinculado esta figura con la prohibición del abuso de Derecho¹⁹ y con el principio de la buena fe.

Para justificar la doctrina *rebus* y sus equivalentes se pueden invocar también consideraciones de justicia distributiva. Esta fue una idea sugerida por Hauriou a propósito de la teoría del riesgo imprevisible aplicada por el Consejo de Estado francés. Hauriou entendía que esa doctrina supone introducir criterios de justicia distributiva en un contrato conmutativo, distribuyendo equitativamente los riesgos de manera que ninguna de las partes contratantes resulte arruinada. Y ello en aras del interés general con la finalidad de asegurar el mantenimiento de los servicios públicos²⁰. Esos mismos criterios de solidaridad y de justicia distributiva podrían aplicarse –apunta Hauriou– para asegurar la subsistencia de las empresas en cuanto unidades económicas necesarias para el mantenimiento del sistema productivo²¹. Este argumento, que apela en definitiva al interés general y a la solidaridad, me parece un argumento de peso, que refuerza y complementa a aquellos que giran en torno a la conmutatividad del comercio jurídico y que adecuadamente desarrollado puede resultar especialmente fecundo y oportuno en el actual contexto de crisis económica para justificar, en determinados supuestos, una flexibilización de la rigidez contractual que evite la ruina de empresarios y de particulares y por tanto el incremento de la pobreza.

¹⁸ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, cit., V, 1-5.

¹⁹ GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R., «Algunas consideraciones en torno a *rebus sic stantibus* en Derecho interno e internacional», *Revista de Derecho notarial*, 1970, p. 115.

²⁰ HAURIOU, M., «La teoría del 'riesgo imprevisible' y los contratos influidos por instituciones sociales», *Revista de Derecho privado*, 1926, p. 2.

²¹ *Ibid.*, pp. 7-13.

Más allá de las consideraciones de justicia que pueden aportar la razón última del porqué del recurso a la figura, se requiere una fundamentación técnica que dote de objetividad a su aplicación, esto es unas categorías técnico-jurídicas objetivas, o por lo menos objetivables, que permitan garantizar no solo la equidad, sino también la seguridad jurídica. En Derecho español el fundamento técnico-jurídico objetivo de la figura que nos ocupa radicaría en la doctrina de la causa y en particular en la regla de la conmutatividad del comercio jurídico y en el principio de la buena fe²².

III.3 La fundamentación causal. La continuada influencia de la causa y el sinalagma funcional

En Derecho español, a tenor del artículo 1261 del Código civil la causa es uno de los requisitos esenciales del contrato, junto con el consentimiento y el objeto. Nuestro sistema, como el francés, es un sistema causalista, en el que se requiere la existencia de la causa para que el contrato exista y produzca efectos. En cambio, el Derecho alemán por influencia de los pandectistas abandonó el sistema causalista del Derecho común. Y en cuanto al sistema del *Common Law* ha sido tradicionalmente un sistema abstracto, caracterizado por el formalismo y el literalismo.

La causa de los contratos o de los negocios jurídicos es una de las cuestiones más debatidas en el ámbito jurídico lo cual a menudo ha contribuido a oscurecer el concepto. De ahí la importancia de precisar el significado de la causa que es relevante para nuestro objeto. Interesa el significado objetivo de la causa como función o finalidad económico-social que persigue el negocio y que en los contratos onerosos consiste en la reciprocidad de las prestaciones, pues como dispone el artículo 1274 del Código civil: «En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte». Es relevante asimismo lo que desde Federico de Castro se conoce como la «causa concreta del negocio», es decir la causa no en el sentido de tipo de negocio, sino en el sentido de propósito o resultado concretamente perseguido por las partes, el para qué de cada negocio, la razón que lo dota de sentido²³.

La existencia de la causa es necesaria no sólo inicialmente, en el momento de la conclusión del contrato, sino que debe mantenerse

²² DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, cit., p. 1068 y Orduña Moreno, J., «La moderna configuración de la cláusula “*rebus sic stantibus*”». Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura», en ORDUÑA MORENO, F. J. y MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus. Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 259-261. Esta postura ha sido acogida por el Tribunal Supremo en las SSTs de 30 de junio y 15 de octubre de 2014.

²³ DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, p. 317-318.

durante todo el tiempo que dure la relación contractual²⁴. Esta posición fue defendida por Federico de Castro quien hablaba de la «continuada influencia de la causa», lo cual implica una visión no formalista y dinámica del negocio jurídico²⁵.

Partiendo de estas premisas, el «remedio de la cláusula se reduce a tener (...) en cuenta la causa durante el funcionamiento de la relación negocial. Lo que estará permitido sólo cuando un cambio imprevisto de circunstancias haga que el mantenimiento de la relación negocial resulte en contradicción con el propósito negocial, sea respecto de la naturaleza del negocio (carencia de verdadera contraprestación) o de [su] propósito concreto»²⁶.

Como señala Díez-Picazo, el fundamento objetivo de la doctrina *rebus* puede encontrarse en la ruptura o fallo sobrevenido del mecanismo causal, en la «aparición de una anomalía funcional sobrevenida». «La causa del contrato, entendida como la función concreta que éste cumple, desaparece parcial o totalmente, cuando queda roto el equilibrio entre las prestaciones, en el contrato conmutativo, o cuando resulta imposible alcanzar el fin del contrato». Y esas serían las dos variantes del supuesto de hecho para la aplicación de la doctrina *rebus*: la ruptura de la relación de equivalencia u onerosidad sobrevenida y la imposibilidad también sobrevenida de alcanzar el fin del contrato²⁷. En el fondo, se trataría del mismo fenómeno, pues la parte para quien el contrato resulta frustrado se vería obligada a realizar una prestación a cambio de la cual no obtendría ventaja patrimonial alguna, lo que es otra forma de convertir su prestación en excesivamente onerosa, pues el deudor pagaría por algo que no le reporta utilidad²⁸. En ambos supuestos la *ratio* de este requisito sería la misma: la ruptura del sinalagma²⁹.

La correlación entre prestación y contraprestación ha de mantenerse durante la ejecución de lo convenido (sinalagma funcional), de manera que cuando la desigualdad llega a tal magnitud que desaparece la idea básica de correspondencia, debe entrar en juego la doctrina *rebus*. Cuando debido a una alteración significativa de la relación entre prestación y contraprestación, se rompe el sinalagma, con él,

²⁴ AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C. de, *La cláusula rebus sic stantibus*, cit., pp. 129-130. Vázquez-Pastor, L., «El vaivén de la moderna jurisprudencia sobre la cláusula *rebus sic stantibus*», cit., p. 70.

²⁵ DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, cit., pp. 313-4.

²⁶ DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, cit., pp. 318-9.

²⁷ Díez PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, cit., pp. 1069-1071. Cita de la p. 1069.

²⁸ Ejemplos clásicos de frustración del fin del contrato son los llamados «casos de la coronación» en Inglaterra. Muchas personas alquilaban apartamentos o habitaciones para presenciar el desfile de coronación de Eduardo VII previsto para el día 26 de julio de 1902. El desfile fue suspendido a causa de la enfermedad del Rey, lo cual convertía el arrendamiento en inútil para el arrendatario.

²⁹ GARCÍA CARACUEL, M., *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, cit., pp. 237 y 336-337.

desaparece la causa, ya que del artículo 1274 CC se desprende que «la equivalencia entre las prestaciones se relaciona con la causa de los contratos onerosos»³⁰.

Esta posición es sostenida por Javier Orduña cuando escribe: «Este ‘equilibrio básico’, que no cabe confundir con la determinación del precio de las cosas fuera de la dinámica del mercado (precios intervenidos o declarados judicialmente), resulta también atendible desde la fundamentación causal del contrato, y sus correspondientes atribuciones patrimoniales, cuando deviene profundamente alterado con la consiguiente desaparición de la base del negocio que le dio sentido y oportunidad. Por tanto, más allá de su mera aplicación como criterio interpretativo, artículo 1289 del Código Civil, la conmutatividad se erige como una regla de la economía contractual que justifica, *ab initio*, la posibilidad de desarrollo de figuras como la cláusula *rebus sic stantibus*», tesis que ha pasado íntegramente a la STS de 30 de junio de 2014³¹.

Comentando esta sentencia, Castiñeira destaca que en nuestro Derecho no se exige una equivalencia objetiva de las prestaciones. No es necesario que estas tengan un mismo valor, ni tan siquiera equiparable, pero tampoco puede ser cualquiera. La equivalencia debe ser suficiente para que podamos hablar de verdadera onerosidad. No basta con la existencia formal de prestación y contraprestación. Si el precio es irrisorio o la prestación excesiva en relación con la contraprestación, no hay verdadera onerosidad. «Si el mínimo equilibrio exigido para que un contrato continúe siendo oneroso tras su perfección desaparece, no puede seguir hablándose de la existencia de una causa onerosa. Y sin esa causa onerosa, ese contrato pierde su sentido». En resumidas cuentas, a la hora de aplicar la figura que nos ocupa, lo que se debe valorar es si la alteración sobrevenida de las circunstancias ha perturbado de tal modo la equivalencia prestacional que el contrato, como contrato con causa onerosa, ha quedado desfigurado. «La equivalencia entre las prestaciones es la decidida por las partes, en efecto. En cambio, la decisión acerca de si esa equivalencia, *ab initio* o sobrevenidamente, es insuficiente desde una perspectiva causal debe regirse por criterios objetivos»³².

³⁰ En ese sentido, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. de, *La cláusula rebus sic stantibus*, cit., p. 132; Castiñeira Jerez, J., «Hacia una nueva configuración de la doctrina *rebus sic stantibus*: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 4/2014, p. 10 (de donde está tomada la cita); y VÁZQUEZ-PASTOR, «El vaivén de la moderna jurisprudencia sobre la cláusula *rebus sic stantibus*», cit., pp. 70-71.

³¹ FD Segundo. 4.

³² CASTIÑEIRA JEREZ, J., «Hacia una nueva configuración de la doctrina *rebus sic stantibus*: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014», cit., pp. 10-12.

III.4. El principio de la buena fe

El segundo de los fundamentos objetivos de la figura que nos ocupa, generalmente admitido por la doctrina y la jurisprudencia, es el principio de la buena fe.

El principio *rebus sic stantibus* sería una manifestación o un corolario del principio más general de la buena fe³³, ya que si las circunstancias han cambiado esencialmente no se puede, de buena fe, exigir al deudor el cumplimiento de las obligaciones estipuladas.

La fundamentación técnica de la figura *rebus*, o sus equivalentes, en el principio de la buena fe procede del Derecho alemán, en el cual desde la década de los veinte del pasado siglo la jurisprudencia viene aplicando la teoría de la pérdida de la base del negocio, que no fue incorporada al BGB hasta la reforma del 2002, invocando como fundamento jurídico-positivo para ello el artículo 242 BGB sobre el deber de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones³⁴.

En España, el principio de la buena fe está recogido con un carácter genérico en el artículo 7.1 del Código Civil según el cual «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe», precepto que fue introducido por la reforma del Título Preliminar de 31 de mayo de 1974. Además, específicamente respecto del ámbito contractual el artículo 1258 del Código civil establece: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

Como explica Díez-Picazo comentando el artículo 1258, el principio de la buena fe opera como fuente de integración del contrato en caso de imprevisión de las partes. «La concepción jurídica y social del liberalismo económico arrancaba del postulado de que las reglas que componen o que forman el contenido de la reglamentación de intereses en que todo contrato consiste, tienen su origen en la autonomía privada de las partes contratantes. Esta conclusión, sin embargo, no es cierta y del propio liberalismo procede la idea de una integración de la voluntad contractual, especialmente para cubrir los casos de falta de capacidad de previsión de los contratantes, respecto de los concretos problemas que en la ejecu-

³³ GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R., «Algunas consideraciones en torno a *rebus sic stantibus* en Derecho interno e internacional», cit., pp. 104, 109, 110, 116 y 127 donde sostiene que el fundamento más claro de *rebus sic stantibus* es el principio de la buena fe.

³⁴ Sobre ello LARENZ, K., *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, cit., pp. 161 ss. El propio Larenz utiliza como apoyo legal para justificar la aplicación de la teoría de la base del negocio los artículos 242 y 157 BGB este último sobre la buena fe en la interpretación de los contratos.

ción y en el desarrollo del contrato pueden surgir. Según esta idea, puede hablarse de “lagunas del contrato”, que deben colmarse acudiendo a fuentes extrínsecas a él». A este esquema parece responder el artículo 1258, que contrapone las reglas derivadas directamente de la autonomía privada («lo expresamente pactado») y otras fuentes de la reglamentación contractual que obligan igualmente a los contratantes y que constituyen «una ordenación objetiva de la relación contractual, introduciendo en ella reglas de conducta independientes en su origen de la voluntad de las partes». En este sentido puede decirse que el artículo 1258 consagra un principio de buena fe *objetiva*.

Martínez Velencoso considera que el principio de buena fe es el fundamento técnico-jurídico más convincente de la cláusula *rebus*, ya que aquel principio, consagrado en el artículo 1258 CC, integra el contenido del contrato y despliega efectos jurídicos que no se pueden imputar directamente a la voluntad de las partes³⁵.

Por lo demás, la fundamentación técnica de la aplicabilidad de la doctrina *rebus* en el principio de buena fe objetiva ha sido tradicionalmente la «justificación preferida de nuestros jueces [...], por encima de la doctrina de la causa [...], y con independencia de considerarlas en ocasiones como nociones no excluyentes»³⁶. En esta línea la reciente sentencia de 30 de junio de 2014 declara que «el principio de buena fe en la economía de los contratos, sin perjuicio de su aplicación como interpretación integradora del contrato (art. 1258 CC), y sin caer en su aplicación como mera cláusula general o cláusula en blanco de cara a la más amplia discrecionalidad o arbitrio judicial, permite una clara ponderación de los resultados que se deriven de la regla de que los pactos deben siempre ser cumplidos en sus propios términos. En este sentido, si en virtud de la buena fe el acreedor no debe pretender más de lo que le otorgue su derecho y el deudor no puede pretender dar menos de aquello que el sentido de la probidad exige, todo ello de acuerdo a la naturaleza y finalidad del contrato; también resulta lógico, conforme al mismo principio, que cuando, fuera de lo pactado y sin culpa de las partes y de forma sobrevenida, las circunstancias que dotaron de sentido la base o finalidad del contrato cambian profundamente, las pretensiones de las partes, lo que conforme al principio de buena fe cabe esperar en este contexto, pueden ser objeto de adaptación o revisión de acuerdo al cambio operado»³⁷.

³⁵ MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., «La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales en el Derecho español. La cláusula “*rebus sic stantibus*”», en ORDUÑA MORENO, F. J. y MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus. Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*, cit., p. 119.

³⁶ AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C. de, *La cláusula rebus sic stantibus*, cit., p. 140.

³⁷ FD Segundo. 4.

IV. PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN. SU RECIENTE REVISIÓN

A pesar de no estar recogida en el Código civil, la doctrina *rebus sic stantibus* fue recuperada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo después de la Guerra Civil (1936-1939)³⁸.

No obstante, esta jurisprudencia admitió la doctrina *rebus* con un carácter rigurosamente excepcional, por razones de equidad, y de forma muy restrictiva, sometiendo su aplicación a unos requisitos muy estrictos y además interpretados con mucho rigor. Se inauguraba así una línea jurisprudencial favorable a la doctrina *rebus* desde el punto de vista teórico, pero marcadamente restrictiva en la práctica. Esta doctrina restrictiva quedó plasmada en la sentencia del TS de 17 de mayo de 1957³⁹, la cual formuló los requisitos que, con posterioridad, han sido invariablemente reiterados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y a cuyo tenor: «su admisión requiere como premisas fundamentales: a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones; y c) que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles». Es necesario que quien pretende la modificación de lo acordado pruebe todos estos requisitos en forma «racionalmente conveniente y decisiva»⁴⁰.

A estos tres requisitos la sentencia del TS de 6 de junio de 1959 añadió otro más: que se carezca de otro medio de remediar y salvar el perjuicio. Por tanto la doctrina *rebus* sería un mecanismo jurídico no solo excepcional sino también subsidiario en el sentido de que no puede pretenderse su aplicación cuando existan otros instrumentos dentro del ordenamiento jurídico que permitan solucionar el problema.

La jurisprudencia admite la aplicación de la doctrina *rebus* a los contratos de tracto sucesivo y también a los de tracto único pero con cumplimiento diferido, como una compraventa con precio aplazado, o una opción de compra. Ahora bien, esta jurisprudencia coincide en

³⁸ En Sentencias de 14 de diciembre de 1940 (RJ 1940/1135) y 17 de mayo de 1941 (RJ 1941/632), en las que admitió la posibilidad de su aplicación aunque sin aplicarla efectivamente para la resolución de los respectivos casos en litigio.

³⁹ STS, 1.ª, de 17 de mayo de 1957 (RJ 1957/2164): contrato, celebrado en 1935, de suministro de envases litografiados, cuyo cumplimiento suspende el estallido de la Guerra Civil al estar los negocios de una y otra parte contratante en zonas enfrentadas. Finalizada la guerra, el actor reclama la reanudación del suministro y el demandado se niega alegando la imposibilidad de cumplir por incremento de costes y prohibición administrativa de fabricar los envases en cuestión con hojalata. Desestimada la demanda en ambas instancias, el TS declaró haber lugar al recurso de la actora, rechazando la aplicabilidad de la cláusula *rebus*, que enuncia.

⁴⁰ STS de 28 de diciembre de 2001, entre otras.

señalar que la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a contratos de tracto único es «aún más excepcional que en los contratos de tracto sucesivo», por lo que su aplicación ha de tener un «carácter aún más restrictivo»⁴¹.

Esta ha sido una línea jurisprudencial reiterada y consolidada⁴² que se ha mantenido hasta fechas relativamente recientes⁴³. De hecho son muy escasas las sentencias en las que el TS ha aplicado esta doctrina para modificar los contratos y mucho más numerosas las que rechazan su aplicación al caso, argumentando la no concurrencia de sus requisitos, en especial en lo que respecta a la imprevisibilidad y a la presencia de circunstancias extraordinarias.

Hasta bien entrada la crisis económica la jurisprudencia mantuvo ese criterio restrictivo desestimando la aplicación de la doctrina en supuestos en los que se alegaba que la alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales había sido provocada por los efectos de la crisis económica, insistiendo en que la evolución económica de un país y las situaciones de crisis económica global o de un sector económico en particular no pueden suponer una justificación genérica para el incumplimiento de las obligaciones contractuales. Así por ejemplo, la STS 27 de abril de 2012⁴⁴ indicaba: «La transformación económica de un país, producida, entre otros motivos, por dicho devenir, no puede servir de fundamento para el cumplimiento de los requisitos requeridos por la jurisprudencia para llegar a la existencia de un desequilibrio desproporcionado entre las prestaciones, fundado en circunstancias imprevisibles, pues las circunstancias referidas no pueden tener tal calificación». Esta jurisprudencia ponía el acento en el carácter no imprevisible de la crisis económica, especialmente para los profesionales de un determinado sector, argumentando que las crisis económicas son siempre previsibles y que se trata de un riesgo que deben asumir las partes de un contrato.

Sin embargo, finalmente el actual contexto de crisis económica ha propiciado que el Tribunal Supremo revise, flexibilizándolos, los criterios de aplicación de la doctrina *rebus*. En esta evolución cabe distinguir dos fases que, por lo demás, han tenido lugar en un lapso de tiempo relativamente breve. El primer punto de inflexión consistió en

⁴¹ SSTs de 10 de febrero de 1997, 15 de noviembre de 2000, 22 de abril de 2004, 1 de marzo de 2007, 20 de febrero de 2011.

⁴² Sobre esta jurisprudencia hasta el año 1991, puede verse Díez-PICAZO, L., «La cláusula *rebus sic stantibus*», en FERRÁNDIZ GABRIEL, J. R., *Extinción de obligaciones*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 671-678.

⁴³ Todavía la STS de 25 de enero de 2007 (RJ 2007/592), FD 3 reproducía la formulación de la doctrina en los mismos términos establecidos por la STS de 17.5.1957.

⁴⁴ MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., «Sentencia de 27 de abril de 2012: Arrendamiento de inmueble objeto de un derecho de superficie. ¿Puede modificarse el contenido del contrato en atención a la transformación económica del lugar de localización del inmueble?», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 90, 2012, pp. 361-376.

la admisión por parte de la Sala Primera del Tribunal Supremo de que la crisis económica podía constituir una alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias que permitiría acudir a la doctrina *rebus*, especialmente a particulares que actuaran en calidad de tales, esto es, sin ánimo especulativo. Un paso más en ese proceso de modernización ha consistido en la aplicación de la doctrina a la contratación mercantil, esto es, a las relaciones jurídicas entre empresarios, incluso tratándose de empresarios relevantes en el sector.

IV.1 La crisis económica como acontecimiento extraordinario

En cuanto a la primera etapa, el inicio de esa línea jurisprudencial se hallaría en la STS 644/2012, de 8 de noviembre de 2012 (Ponente: Javier Orduña), la cual pese a no ser el centro de la cuestión debatida, abrió la puerta a admitir que la crisis económica pueda ser considerada un hecho imprevisible a los efectos de la aplicación de la cláusula en el ámbito de la compraventa de viviendas⁴⁵.

No obstante la sentencia que marcó el giro decisivo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo fue la STS de 17 de enero de 2013 (Pleno. Ponente: Fco Marín Castán) en un supuesto de compraventa de inmuebles en el que al tiempo de ir a suscribirse la correspondiente escritura, el comprador alegó no haber podido obtener la financiación necesaria para la operación como consecuencia de la crisis, y solicitó que se le liberara de su obligación de comprar el inmueble en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

La STS de 17 de enero de 2013 supuso un punto de inflexión en la medida en que profundizando en el razonamiento que ya sugería la STS de 8 de noviembre de 2012, admite que «una recesión económica como la actual, de efectos profundos y prolongados, puede calificarse, si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de la crisis, como una alteración extraordinaria de las circunstancias, capaz de originar, siempre que concurren en cada caso concreto otros requisitos [...], una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las correspondientes prestaciones de las partes» (FD Tercero, 5.º).

Ahora bien, la crisis económica y las dificultades de financiación que de ella se puedan derivar, no son suficientes por sí solas para aplicar la doctrina *rebus*, ni para que el comprador pueda desistir del contrato, sino que se requerirá valorar un conjunto de factores, necesitados de prueba, para llegar a apreciar si concurren o no los requisitos para aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*. La sentencia enumera,

⁴⁵ Sobre esta sentencia, BUSTO LAGO, J. M., «Comentario a la Sentencia de 8 de noviembre 2012. Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en el incumplimiento del término esencial de la obligación de entrega. La licencia de primera ocupación integra la obligación de entrega. Inaplicación de la regla *rebus sic stantibus*», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 94/2014.

aunque no de forma exhaustiva o tasada⁴⁶ (en la sentencia se emplea la expresión «tales como»), una serie de aspectos que deben valorarse: «el destino de la casa comprada a vivienda habitual o, por el contrario, a segunda residencia o a su venta antes o después del otorgamiento de la escritura pública; la asignación contractual del riesgo de no obtener financiación y el grado de colaboración prometido por el vendedor para obtenerla, distinguiendo entre contratantes que sean profesionales del sector inmobiliario y los que no lo sean; la situación económica del comprador al tiempo de la perfección del contrato y al tiempo de tener que pagar la parte pendiente del precio que esperaba poder financiar; el grado real de imposibilidad de financiación y sus causas concretas añadidas a la crisis económica general, debiéndose valorar también, en su caso, las condiciones impuestas por las entidades de crédito para conceder financiación; o en fin, las posibilidades de negociación de las condiciones de pago con el vendedor y, por tanto, de mantener el contrato como alternativa preferible a su ineficacia» (FD Tercero, 8.º).

En el supuesto analizado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de enero de 2013, se resolvió, en contra del parecer de la Audiencia Provincial (cuya sentencia casa), que no cabía aplicar la doctrina *rebus*, indicando que «la propia sentencia recurrida prescinde de los presupuestos más elementales para su aplicación al no considerar necesaria una comparación entre la situación económica de los compradores antes y después del contrato, al prescindir por completo de la capacidad económica de uno de los cónyuges compradores mediante el solo y nada convincente argumento de que ambos compraban para su sociedad de gananciales, al identificar la imposibilidad de financiación con la denegación de financiación por una sola entidad de crédito y fundada en un alto endeudamiento que bien podía ya existir al tiempo de celebrarse el contrato o, en fin, al no dar la debida relevancia al dato de que el propio contrato ya contemplaba expresamente la posibilidad de que los compradores no obtuvieran la financiación prevista sin por ello exonerarles del pago del precio, asignándoles así un riesgo que en principio excluiría la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* conforme al criterio de la asignación de riesgos» (FD Tercero, 7.º). Como puede apreciarse la no valoración por parte de la resolución recurrida de los factores antes mencionados constituye la verdadera ratio de la sentencia⁴⁷.

⁴⁶ ALEJANDRE GARCÍA-CEREZO, F. M.; LUNA YERGA, Á.; XIOL BARDAJÍ, M., «Crisis económica y cláusula *Rebus sic stantibus*: ¿cambio de vía en la Jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo? Comentario de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 17 de enero de 2013», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 3/2013, p. 7.

⁴⁷ PÉREZ GURREA, R., «Caracterización y régimen jurídico de la cláusula *rebus sic stantibus*: el giro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 91, n.º 751, 2015, pp. 2962, in *fine*-2963.

La STS 822/2012, de 18 de enero de 2013 (Pleno. Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel) también en un caso de imposibilidad de obtener financiación por parte de un comprador de inmuebles, tampoco aplica la doctrina *rebus*, pues el contrato contenía una cláusula que regulaba las consecuencias de que los compradores no obtuvieran financiación para pagar el precio⁴⁸.

En cambio, la STS 309/2013, de 26 de abril de 2013 (Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz) estimó el recurso interpuesto por la compradora, y resolvió el contrato de compraventa de vivienda porque, en este caso, la constructora incumplió el plazo de entrega. Además el contrato daba por supuesto que «en el préstamo hipotecario se subrogará la parte compradora». Y concluye que «No se cumplió ni el plazo ni la subrogación [...] pero puestas en relación una y otra, es claro que el comprador ha quedado sin posibilidad material (económica) de adquirir el objeto de la compraventa» (FD Tercero), porque el retraso en la entrega por parte del vendedor motivó que el banco no aceptase la subrogación del comprador en la hipoteca. El plazo fue esencial en cuanto coincidió con el hecho notorio de la crisis económica, que impidió la aceptación bancaria de la subrogación del préstamo hipotecario. La resolución del contrato se acordó aplicando la doctrina de la base del negocio.

Esta línea jurisprudencial no supone generalizar la aplicación de la figura *rebus* a cualesquiera alteraciones sobrevenidas como consecuencia de una crisis económica y por la mera ocurrencia de ésta. Estas sentencias se refieren, exclusivamente, a los casos de imposibilidad de obtener financiación para la compra de inmuebles en contratos celebrados antes de que se manifestara externamente la crisis económica, siendo necesario además que concurren otras circunstancias para que proceda la aplicación de la figura.

Por lo demás es importante destacar que la jurisprudencia excluye la aplicación de la cláusula en caso de compradores que actúan con ánimo especulativo. En ese sentido, es muy significativa la STS 597/2012, de 8 de octubre de 2012 (Ponente: Fco. Javier Arroyo Fiestas), en un supuesto de dos contratos privados de compraventa de sendas viviendas con fines puramente especulativos (para «dar el pase» antes del otorgamiento de la escritura), en el que los compradores, al no encontrar quienes adquiriesen las viviendas, pretendieron acogerse a una imposibilidad sobrevenida al no haber podido obtener financiación. El TS rechaza el argumento por entender que hay culpa del deudor que debía haber previsto el riesgo que asumía al efectuar una com-

⁴⁸ Esta sentencia, si bien contiene un excursus sobre *rebus sic stantibus* que parece que podría facilitar la aplicación de cláusula, no la considera en el caso concreto, dado que no se había alegado oportunamente. La sentencia resuelve con base en la imposibilidad sobrevenida y su eventual efecto liberatorio. No obstante, afirma también que *rebus sic stantibus* no habría sido aplicable al caso enjuiciado porque la situación que se alegaba había sido prevista expresamente en el contrato.

pra con fines puramente especulativos, pretendiendo obtener un beneficio muy superior al del promotor inicial. «Los compradores, cuando se integran en un proceso de rápida obtención de beneficios con la consiguiente disposición urgente de la inversión, se están sometiendo a una situación de riesgo aceptado que no pueden intentar repercutir sobre la parte vendedora que ningún beneficio obtiene de las ulteriores ventas. Es decir, los recurrentes pretenden aceptar los beneficios de la especulación pero repercutiendo en la vendedora las pérdidas que se pudieran presentar, lo que es contrario a la buena fe». Y por ello concluye que «no se infringe el artículo 1184 del C. Civil al concurrir culpa del deudor al no prever la existencia de una situación de riesgo que era posible anticipar mentalmente, dado que las fluctuaciones del mercado son cíclicas como la historia económica demuestra» (FD Quinto).

Esta doctrina ha sido reiterada de nuevo por la STS 227/2015, de 30 de abril de 2015 (Ponente: Rafael Saraza Jimena), en un nuevo litigio donde el comprador de una vivienda sobre plano adquirida con finalidad inversora pretendía por vía reconvenicional la nulidad del contrato y, subsidiariamente y por lo que aquí interesa la revisión del contrato celebrado «en atención a la alteración sustancial, extraordinaria e imprevisible de las circunstancias habidas en el momento de la celebración del contrato». A lo cual el Tribunal se opone en los siguientes términos: «Tratándose de una compra claramente especulativa, a la posibilidad de una ganancia rápida y sustancial, consecuencia de la rápida subida que venían sufriendo los precios de las viviendas, correspondía lógicamente un riesgo elevado de que se produjera un movimiento inverso. Acaecido tal riesgo, no puede pretender el contratante quedar inmune mediante la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* y trasladar las consecuencias negativas del acaecimiento de tal riesgo al otro contratante. Una aplicación en estos términos de la doctrina *rebus sic stantibus* sería contraria a la buena fe, que es justamente uno de los pilares en los que debe apoyarse la misma.

Las dificultades del demandado reconviniendo para cumplir el contrato se derivan de su propia conducta especulativa y de su sobreendeudamiento voluntario como medio de maximizar beneficios mediante la adquisición de numerosas viviendas, cuyo pago total le resulta imposible, confiado en que el mercado seguiría en su espiral de subidas de precios, de modo que le permitiera vender las viviendas adquiridas sobre plano antes de tener que afrontar el pago de la parte del precio pendiente, pues no le sería posible afrontar el pago del precio total de todas las viviendas que había comprado sobre plano» (FD Undécimo, 4).

En suma, estas sentencias argumentan que en las operaciones especulativas el riesgo asumido es mayor, lo que excluye la aplicación de la doctrina *rebus*.

IV.2 Empresas del sector y doctrina *rebus*

Las SSTS 333/2014, de 30 de junio de 2014 y 591/2014, de 15 de octubre de 2014 (Ponente en ambas: Javier Orduña) supusieron un nuevo paso en la evolución de la jurisprudencia sobre la doctrina *rebus*. En ellas la Sala Primera del Tribunal Supremo aplicó la doctrina *rebus*, en supuestos de crisis económica, en sendos casos en los que la parte perjudicada eran empresarios que habían contratado en el ejercicio de su actividad profesional, entendiéndose que en ambos supuestos concurrían los requisitos exigibles a tales efectos y en particular la imprevisibilidad del riesgo.

La STS de 30 de junio de 2014 versó sobre un litigio relativo a un contrato, celebrado en 2006, de explotación por un periodo de cuatro años de la publicidad de los autobuses de la empresa municipal de transportes de Valencia, en virtud del cual la empresa concesionaria pagaba unas determinadas cantidades en concepto de canon. Entre 2007 y 2009 quedó acreditado en el curso del litigio que se había producido un descenso en el mercado publicitario del 67,62%. A raíz de esa circunstancia la entidad explotadora de la publicidad solicitó una rebaja en el canon a satisfacer en un porcentaje similar, pretensión que fue estimada por el TS.

La sentencia hace alusión, en primer lugar, al cambio progresivo que está teniendo lugar en la concepción tradicional de la figura *rebus* y cita las SSTS de 17 y 18 de enero de 2013 (FD Segundo.3) por constituir el «punto de partida [...] hacia una configuración de la figura normalizada en cuanto a su interpretación y aplicación» (FD Segundo.7). Desarrolla a continuación la fundamentación objetiva de la figura que sitúa, como antes hemos visto, en la regla de la conmutatividad del comercio jurídico y en principio de la buena fe (FD Segundo.4). Tras lo cual la sentencia establece los criterios para la aplicación de la doctrina *rebus*: la doctrina de la base del negocio y el riesgo normal del contrato.

De acuerdo con la sentencia, la valoración de la incidencia que determina la mutación o el cambio de circunstancias, es decir, la posible alteración causal del contrato, se realiza de un modo objetivado mediante el recurso concorde a dos criterios.

El primero de ellos consiste en que la alteración sobrevenida afecte a la base del negocio. Según explica la sentencia, la base objetiva del negocio desaparece cuando: (i) «la finalidad económica primordial del contrato, ya expresamente prevista, o bien derivada de la naturaleza o sentido del mismo, se frustra o se torna inalcanzable», o cuando (ii) «la conmutatividad del contrato, expresada en la equivalencia o proporción entre las prestaciones, desaparece prácticamente o se destruye, de suerte que no puede hablarse ya del juego entre prestación y contraprestación». Complementariamente, la base subjetiva desaparece cuando «la finalidad económica del negocio para una de las partes,

no expresamente reflejada, pero conocida y no rechazada por la otra, se frustra o deviene inalcanzable tras la mutación o cambio operado».

Por otro lado, el Tribunal Supremo recurre además a un segundo criterio básico de delimitación de la cláusula *rebus*: el denominado «riesgo normal del contrato». En este sentido para que la ruptura de la base del negocio pueda ser alegada es necesario también que el cambio o mutación, configurado como riesgo, no forme parte del riesgo normal del contrato, asignado expresamente en el mismo o que se derive del sentido y la naturaleza de la relación obligatoria (FD Segundo.5).

Por lo que respecta a la aplicación de la doctrina expuesta al caso enjuiciado, la sentencia dice que habiendo quedado acreditado el presupuesto general de la alteración de las circunstancias económicas, por el hecho notorio de la actual crisis económica, y su significativa incidencia en el mercado de la publicidad del sector del transporte, procede comprobar si concurren en el caso enjuiciado los requisitos de la imprevisibilidad del riesgo derivado del cambio de circunstancias y de la excesiva onerosidad resultante de la prestación debida.

En cuanto al requisito de la imprevisibilidad, el Tribunal se pregunta si se le puede imputar a la empresa adjudicataria el riesgo de la falta de previsión de los efectos de la crisis económica en las expectativas de negocio, a lo cual responde negativamente, porque «no parece que pueda imputarse dicho riesgo cuando por la trascendencia del mismo no cayera en la esfera de control de la parte en desventaja, ni razonablemente se tuvo en cuenta o se esperaba que se tuviese en cuenta en la distribución natural de los riesgos derivados del contrato». Para el Tribunal eso es lo que ocurre en el caso enjuiciado, en el cual «aun siendo la empresa adjudicataria una empresa de relevancia del sector y, por tanto, conocedora del riesgo empresarial que entraña la explotación del negocio, no obstante, nada hacía previsible en el año 2006, momento de la contratación, el riesgo y la envergadura de la crisis económica que se revelaba dos años después de forma devastadora. De este contexto se comprende que en el momento de la contratación, de claras expectativas de crecimiento, sólo se tuvieron en cuenta, de acuerdo con las prácticas negociales del sector, la participación de la empresa ofertante en el incremento esperado de la facturación en los años sucesivos, pero no la situación contraria o su posible modificación, caso que sí ocurrió, de forma llamativa, cuando dicha empresa, ya en la situación de crisis del sector, y desligada del anterior contrato, adapta su nueva oferta de adjudicación a la realidad del nuevo contexto económico» (FD Tercero.2).

De esta argumentación se desprende que el requisito de la imprevisibilidad se interpreta no como imprevisibilidad absoluta, sino como imprevisión razonable. La contingencia que dispara la aplicación de la cláusula ha de ser razonablemente imprevisible para el deudor al tiem-

po de contratar⁴⁹. La propia sentencia recuerda que esta es la tendencia seguida en el Derecho alemán (en el que en el párrafo primero del párrafo 313 no aparece expresamente la nota de la imprevisibilidad del cambio de circunstancias, debiendo ser inferido este requisito de la referencia que se hace a los cambios no previstos por las partes), así como también en los textos internacionales y de armonización. De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia alemanas este requisito se entiende cumplido en todos aquellos supuestos en los que una persona razonable, dentro del ámbito negocial de que se trate, mediante el empleo de medios exigibles, no hubiera podido prever la posibilidad del desequilibrio contractual⁵⁰.

«No puede entenderse ni resolverse el problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias –señala Castiñeira comentando la STS de 30 de junio de 2014– sin atender a la configuración del riesgo contractual. Si las partes han asumido expresamente el riesgo de que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo porque, en virtud de las circunstancias y/o naturaleza del contrato, ese riesgo era razonablemente previsible, no es posible aplicar las teorías relacionadas con la alteración sobrevenida [...] La no asunción de un determinado riesgo unido a la razonabilidad de su imprevisión es lo que provoca, en definitiva, que no pueda afirmarse que la excusa del cumplimiento en un supuesto de alteración sobrevenida de las circunstancias es contraria al respeto a los compromisos adquiridos»⁵¹.

Asimismo la sentencia que estamos comentando apunta que «la nota de imprevisibilidad no debe apreciarse respecto de una abstracta posibilidad de producción de la alteración o circunstancia determinante del cambio, considerada en sí misma», sino «de acuerdo con su alcance y su incidencia en el contexto económico y negocial en el que

⁴⁹ MUNAR BERNAT, P. A., «Cláusula *rebus sic stantibus*, Tribunal Supremo y crisis económica: estado de la cuestión», *La Ley Mercantil*, núm. 16, 2015, p. 18.

⁵⁰ MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., «La regulación de los efectos que sobre el contrato despliega una excesiva onerosidad sobrevenida en el Derecho comparado y en los textos internacionales», en ORDUÑA MORENO, F. J. y MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus. Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*, cit., pp. 36-37.

Así se consideró que había imprevisibilidad y se aplicó la doctrina de la base del negocio en la sentencia BGH de 8 de febrero de 1984 en un caso en el que una empresa alemana y una empresa iraní habían celebrado un contrato de suministro de cerveza. Con posterioridad la revolución en Irán y la consiguiente prohibición de consumo de alcohol impidieron la continuación del contrato. En cambio, en la sentencia BGH de 11 de marzo de 1993 no se aplicó la doctrina de la base del negocio por faltar el requisito de la imprevisibilidad del cambio de circunstancias en un caso en el que las partes habían celebrado un contrato en virtud del cual una de ellas se comprometía a gravar una serie sobre la vida de Hemingway que debía entregar a la otra. La duración pactada en un principio fue de seis horas, aunque posteriormente fueron necesarias ocho horas. La productora demandó un incremento del precio, que el tribunal denegó.

⁵¹ CASTIÑEIRA JEREZ, J., «Hacia una nueva configuración de la doctrina *rebus sic stantibus*: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014», cit., p. 18.

incide o se proyecta» (FD Segundo.6 y FD Tercero.2). Es decir, que la imprevisibilidad hay que apreciarla no respecto de la posibilidad en abstracto de que se produzca una crisis económica, sino respecto de la magnitud y de los efectos de la misma en el ámbito negocial de que se trate.

«Es cierto, como expuso la Audiencia –señala Castiñeira– que Promedios, la empresa adjudicataria, podría haber incluido un pacto anticipando una posible crisis en el mercado. De hecho, esa crisis, en abstracto, era previsible. Lo transcendental [...] es que las circunstancias de las partes y del mercado en el momento de contratar (año 2006) no hacían razonable la previsión de una crisis como la finalmente acontecida. Y esa imprevisión razonable o no imputable, si se prefiere, es lo que provoca a su vez que el deudor no haya asumido tal riesgo»⁵².

En relación con el requisito de la excesiva onerosidad, el Tribunal Supremo constata que esa excesiva onerosidad se desprende claramente, en el tránsito del ejercicio del 2008 al 2009, con el «balance negativo, ante la caída desmesurada de la facturación, que no sólo cierra con sustanciales pérdidas la concreta línea de negocio en cuestión, sino que compromete la viabilidad del resto de áreas de explotación de la empresa, en caso de cumplimiento íntegro del contrato según lo pactado» (FD Tercero.4).

Se ha destacado que esta sentencia supone una novedad relevante desde el punto de vista subjetivo, pues aplica la doctrina *rebus* en atención a las alteraciones económicas provocadas por la crisis económica a favor de un contratante profesional, esto es de una empresa que actúa en el ámbito de su actividad⁵³. Por esta razón algunos autores critican esta sentencia considerando que «ha sentado un peligroso precedente al generalizar, sin mayores cortapisas, la aplicación de la regla en supuestos de crisis económica a las relaciones jurídicas entre profesionales»⁵⁴. Más adelante volveré sobre esta crítica.

En todo caso, la doctrina establecida en la sentencia que acabamos de examinar fue confirmada en otra sentencia posterior, también de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 15 de octubre de 2014.

En este caso, las partes, ambas empresarias, habían celebrado en 1999 un contrato de arrendamiento de un edificio para destinarlo a actividad hotelera. En virtud del contrato, una de las partes se comprometía a construir un edificio destinado a establecimiento hotelero compuesto por tres bloques. La otra parte contratante se comprometía a arrendar dos de ellos. El tercer bloque quedaba fuera del contrato. El

⁵² *Ibid.*, p. 21.

⁵³ MUNAR BERNAT, P. A., «Cláusula *rebus sic stantibus*, Tribunal Supremo y crisis económica: estado de la cuestión», cit., p. 10; y VÁZQUEZ-PASTOR, L., «El vaivén de la moderna jurisprudencia sobre la cláusula *rebus sic stantibus*», cit., p. 81.

⁵⁴ RAVENTÓS SOLER, A.; LUNA YERGA, Á.; XIOL BARDAJÍ, M., «Cuesta abajo y sin frenos. Comentario a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2014», *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 3/2015, p. 9.

contrato tenía una duración inicial de veinticinco años desde la entrega de la posesión de la edificación. El arrendamiento comenzó en 2004 cuando los bloques terminaron de construirse.

En 2009, el rendimiento por habitación de hotel en Valencia había caído un 42,3% y los hoteles objeto del contrato habían tenido pérdidas acumuladas de 3 millones de euros en el período 2005-2009. La entidad arrendataria formuló demanda contra el arrendador solicitando la resolución del contrato por incumplimiento de la arrendadora o con carácter subsidiario la modificación de la renta a fin de ajustarla a las condiciones existentes en el mercado. El Tribunal Supremo entendió, en contra de la Audiencia Provincial, que sí procedía en este caso la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

La sentencia del Tribunal Supremo remite a la doctrina jurisprudencial sobre esta materia expuesta en su anterior sentencia de 30 de junio de 2014 y procede a aplicarla al supuesto enjuiciado. Aceptando el hecho notorio de la crisis, y su incidencia significativa en el sector turístico y la actividad de hostelería, datos no cuestionados por los informes periciales, profundiza en las notas de la imprevisibilidad y la excesiva onerosidad.

Por lo que respecta a la imprevisibilidad, para el Tribunal Supremo lo que se observa en el presente caso es que, «con independencia de las expectativas de explotación del negocio, de claro riesgo asignado para la parte arrendataria, el contexto económico del momento de la celebración y puesta en ejecución del contrato (período del 1999 a 2004), de inusitado crecimiento y expansión de la demanda acompañado, además, de una relevante promoción urbanística de la zona de ubicación de los hoteles, formó parte de la base económica del negocio que informó la configuración del contrato de arrendamiento suscrito por las partes en febrero de 1999».

En consecuencia, «no parece que pese a tratarse la parte arrendataria de una empresa relevante en el sector y, por tanto, concedora del riesgo empresarial que entraña la explotación del negocio de hostelería, se le puede imputar, exclusivamente, la falta de previsión acerca de la crisis económica». Y ello porque «por las circunstancias de su irrupción, de su especial impacto y trascendencia, su asignación como riesgo no puede caer sólo en la esfera de control de la parte en desventaja, ni tampoco cabe establecer que «razonablemente» se hubiera debido tener en cuenta en la distribución natural de los riesgos derivados del contrato celebrado» (FD Tercero,7).

Como puede verse, el Tribunal alude de nuevo, como en la sentencia anterior, a la «razonabilidad» de la imprevisión en el momento de la celebración del contrato. Y hace referencia a la imprevisibilidad y crudeza de la crisis, generalizada en el año 2009 en la ciudad de Valencia, con caídas de un 42,3% en el rendimiento por habitación, cierre de hoteles emblemáticos y renegociaciones de renta de los contratos en vigor. Sobre esto último el Supremo destaca un dato importante a tener en cuenta y es que la propia empresa arrendadora, en atención a

las nuevas circunstancias y a su incidencia en la viabilidad del negocio, sí que accedió, en el 2010, a la formalización de un nuevo contrato para mantener la relación negocial que le unía con la empresa que explotaba el hotel sito en el tercer bloque del mismo edificio contemplándose, en este caso, una sustanciosa reducción del 50% de la renta respecto de la inicialmente pactada en el año 2000.

El Tribunal destaca también, en la misma línea de la STS de 30 de junio de 2014, que «la nota de imprevisibilidad no debe apreciarse respecto de una abstracta posibilidad de producción de la alteración o circunstancia determinante del cambio considerada en sí mismo, esto es, que la crisis económica es una circunstancia cíclica que hay que prever siempre, con independencia de las peculiares características y alcance de la misma en el contexto económico y negocial en el que incide» (FD Tercero,7).

Por otra parte, el Tribunal destaca que también se da, en el presente caso, el presupuesto de equivalencia de las contraprestaciones de las partes (principio de conmutabilidad del contrato), particularmente referenciada en aquellos supuestos en donde la actividad económica o de explotación, por el cambio operado de las circunstancias, comporta un resultado reiterado de pérdidas (inviabilidad económica) o la completa desaparición de cualquier margen de beneficio (falta de carácter retributivo de la prestación)». Situación que se daría en el presente caso en el cual los hoteles de la cadena arrendataria presentaban unas pérdidas acumuladas cercanas a los tres millones de euros en el periodo 2005-2009, frente al balance positivo de la empresa arrendadora, en torno a los 750.000 euros para el mismo periodo objeto de valoración (FD Tercero,7).

Por todo ello, el Tribunal accedió a la modificación del contrato en el sentido de reducir la renta arrendaticia en un 29%, aunque limitando esta reducción de la renta al período que media entre la presentación de la demanda hasta el final del ejercicio del año 2015, por considerarse ajustado al contexto temporal especialmente afectado por la alteración de las circunstancias examinadas.

Tras estas dos sentencias, de 30 de junio y 15 de octubre, ambas de 2014, que suscitaron un intenso debate doctrinal, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha denegado la aplicación de la figura *rebus* en varias sentencias posteriores en casos en los que la parte contratante afectada eran empresarios mercantiles.

Destacan tres sentencias, una de 11 de diciembre de 2014 (742/2014. Ponente Fco. Javier Arroyo Fiestas), y otras dos de 19 de diciembre de 2014 (SSTS 741/2014. Ponente: Antonio Salas Carceller y 743/2014. Ponente: Eduardo Baena Ruiz). Las tres tienen por objeto la resolución de contratos de compraventa de viviendas por incumplimiento del vendedor por retraso en la entrega motivado por las dificultades de financiación para concluir la obra. En todas ellas se afirma que la falta de financiación no puede considerarse imprevisible. En

esa línea la STS 743/2014 argumenta lo siguiente: «Quien fija el plazo de entrega de las viviendas es el promotor, que es un profesional de la Construcción y debe conocer las dificultades propias de esta actividad y, por lo tanto, tiene que prever las circunstancias y asegurarse de poder cumplir sus compromisos, fijando un plazo de entrega mucho más dilatado en el tiempo, aunque ello le haga perder algún posible cliente.

El riesgo de acabar las obras dentro del plazo establecido en el contrato es asumido íntegramente por el promotor vendedor como parte de su riesgo empresarial y, en consecuencia, no puede trasladarse al comprador» (FD Tercero.3). Y también: «Las dificultades económicas ligadas al pago para la obtención de las licencias de obras, tampoco es un hecho imprevisible, pues tendría que tener concedida la financiación para ello antes de crear expectativas y plazos de entrega en los contratos celebrados con los compradores interesados» (FD Cuarto.2).

Por su parte, en la STS 64/2015, de 24 de febrero de 2015 (Ponente: Javier Orduña), en un contrato de compraventa de solares, la sociedad mercantil compradora (Riocerezo Green, S. L.) solicitaba por vía reconvenicional que se redujese el precio pactado en un 50% (o cuantía que resultase de la prueba pericial) en aplicación de la doctrina *rebus* por alteración sobrevenida de las circunstancias, pues las expectativas de desarrollo urbanístico de la zona se habían visto alteradas por el rigor de la crisis económica de 2008.

En su sentencia el TS remite a la doctrina establecida en sus sentencias anteriores de 30 de junio y de 15 de octubre de 2014 y en base a ella desestima la aplicación de la cláusula *rebus* al supuesto enjuiciado atendiendo a los criterios de asignación contractual del riesgo y mantenimiento de la base del negocio.

El TS entiende que en este caso las expectativas de desarrollo urbanístico de las fincas y la fluctuación del valor de mercado de los inmuebles constituyen «un claro riesgo que asume la parte compradora y que se sitúa, además, en el ámbito profesional de su actividad como empresa dedicada al sector inmobiliario».

Además, el Tribunal sostiene que no se ha producido una ruptura de la base económica del contrato. Afirma que «si bien el contexto de crisis económica señalado ha podido incidir en un retraso de la ejecución del propósito urbanizador de la parte compradora, no obstante, no ha resultado determinante para la frustración de la base negocial del contrato (viabilidad del proceso de urbanización), pues las expectativas del aprovechamiento urbanístico resultante que se derive de las fincas adquiridas y, con ello, la inversión estratégica de la mercantil adquirente, permanecen inalteradas [...] al ser incluidas en un área de expansión urbanística de la ciudad de Burgos», lo que impide que se constate el envilecimiento del valor de la contraprestación recibida. Por otra parte, tampoco se ha acreditado nada «acerca del nexo o relación causal de la crisis económica respecto de un significativo incre-

mento del coste de la prestación, especialmente con relación a las circunstancias y condiciones de financiación para el pago del precio, bien respecto de la restricción de la misma, o bien de su respectivo encarecimiento. Extremos, cuya incidencia tampoco se acredita respecto de la actividad del grupo empresarial, sin constatación de una incidencia de un resultado de pérdidas económicas, o de una completa desaparición de cualquier margen de beneficio (FD Segundo, 7).

IV.3 ¿Vaivén de la jurisprudencia o ponderación de criterios?

Las sentencias de 30 de junio y 15 de octubre de 2014, recibieron críticas de diversos autores principalmente por haber aplicado la doctrina *rebus* a favor de empresarios mercantiles⁵⁵. Y estos mismos autores ven en las sentencias posteriores del TS un paso atrás de la jurisprudencia en el sentido de limitar la aplicabilidad de la doctrina *rebus* en el marco de las actividades empresariales⁵⁶. Por mi parte entiendo que cabe otro modo de interpretar esta evolución de la jurisprudencia.

El requisito de la imprevisibilidad, que a su vez es el que permite determinar hasta dónde alcanza el riesgo normal del contrato y hasta dónde no, es la clave para valorar si procede la aplicación de la figura *rebus*⁵⁷.

Ahora bien, el requisito de la imprevisibilidad es de una gran complejidad. Para delimitarlo los textos del Derecho uniforme⁵⁸, al igual que la doctrina y la jurisprudencia alemanas, manejan el concepto de razonabilidad, concepto que las SSTs de 30 de junio y 15 de octubre de 2014 han incorporado a la jurisprudencia española. El viejo requisito de la imprevisibilidad absoluta (hasta fechas recientes las sentencias del TS seguían hablando de «circunstancias radicalmente imprevisibles»⁵⁹) es reinterpretado como imprevisión razonable.

El concepto de razonabilidad remite al parámetro de una persona media, ni especialmente previsora, ni especialmente imprevisora, ni

⁵⁵ ALCOVER GARAU, G., «La actual crisis económica y la irrupción de la cláusula *rebus sic stantibus*: ¿un nuevo foco de litigiosidad mercantil?, *La ley mercantil*, n.º 4-5, julio-agosto 2014, p. 5; RAVENTÓS SOLER, A.; LUNA YERGA, Á.; XIOL BARDAJÍ, M., «Cuesta abajo y sin frenos. Comentario a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2014», cit., pp. 12-15; LUNA YERGA, Á.; XIOL BARDAJÍ, M., «*Rebus sic stantibus*: ¿Un paso atrás?», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2/2015, pp. 6-7; CARRASCO PERERA, Á., «Reivindicación y defensa de la vieja doctrina *rebus sic stantibus*», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 98, 2015, p. 194; y VÁZQUEZ-PASTOR, L., «El vaivén de la moderna jurisprudencia sobre la cláusula *rebus sic stantibus*», cit., pp. 86-87.

⁵⁶ LUNA YERGA, Á.; XIOL BARDAJÍ, M., «*Rebus sic stantibus*: ¿Un paso atrás?», cit., pp. 8-11; y VÁZQUEZ-PASTOR, L., «El vaivén de la moderna jurisprudencia sobre la cláusula *rebus sic stantibus*», cit., pp. 87-91.

⁵⁷ MUNAR BERNAT, P. A., «Cláusula *rebus sic stantibus*, Tribunal Supremo y crisis económica: estado de la cuestión», cit., pp. 17-21.

⁵⁸ Art. 6.2.2.b principios UNIDROIT y artículo 6.111. 2. b PECL.

⁵⁹ Todavía en la STS de 27 de diciembre de 2012 (RJ 2013, 1625)

indebidamente optimista o pesimista⁶⁰. Ahora bien, la diligencia media en la previsión exigida al contratante se elevará en función de las características personales de este (empresario o consumidor, conocedor del mercado o desconocedor) y del contrato celebrado (de suministro o de tracto único, sobre la materia incluida en su giro mercantil o no). Como señala Martínez Velencoso, «la previsibilidad ha de valorarse en relación con el tipo de contrato celebrado y la cantidad de información a la que tienen acceso las partes contratantes»⁶¹.

En este contexto, uno de los principales criterios de identificación de la previsibilidad es la identidad de los contratantes. Los profesionales tienen un deber más intenso de previsibilidad en función del grado de conocimiento que tienen del tráfico o giro económico en el que se desenvuelve el contrato⁶².

Ello no obstante, la distinción entre profesionales del sector y no profesionales y el plus de exigencia en la previsión predicable de las empresas del sector (por el conocimiento que tienen del mismo), son criterios relevantes pero no concluyentes. Deben ponderarse con los demás factores que concurran en el caso. El hecho de que a los empresarios del sector se les exija (y se les suponga) una diligencia cualificada en la previsión de los posibles cambios que se produzcan en el mismo, precisamente por el conocimiento que tienen de él, no significa que cualquier alteración de las circunstancias económicas que tenga lugar en su ámbito de actividad, cualquiera que sea su grado de excepcionalidad, de anormalidad o de falta de habitualidad, deba ser considerada como previsible para los empresarios del sector. De ahí la importancia de estar al supuesto concreto que se enjuicia para aplicar con prudencia la cláusula⁶³.

Se ha señalado acertadamente que «la ecuación entre la extraordinariedad de lo acontecido sobrevenidamente y la diligencia que le era exigible a la parte afectada al contratar darán el punto exacto de la imprevisibilidad»⁶⁴. Esta ecuación o ponderación sólo se puede efectuar a la vista de las concretas circunstancias del caso, sin que se puedan establecer criterios rígidos y absolutos a priori.

Esto significa que los diversos criterios a tener en cuenta para valorar si procede la aplicación de la figura *rebus* operan como principios y no como reglas taxativas. Como tales principios proporcionan razones para decidir en un determinado sentido, pero sin imponer una

⁶⁰ Díez-Picazo, L.; Roca Trías, E., y Morales Moreno, A. M., *Los principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, p. 295.

⁶¹ Martínez Velencoso, L.M., «La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales en el Derecho español. La cláusula “*rebus sic stantibus*”», cit., p. 136.

⁶² Munar Bernat, P. A., «Cláusula *rebus sic stantibus*, Tribunal Supremo y crisis económica: estado de la cuestión», cit., p. 18.

⁶³ *Ibid.*, p. 19.

⁶⁴ García Caracuel, M., *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, cit., p. 330.

decisión en particular. Así, por ejemplo, en el tema que nos ocupa el hecho de que el contratante sea un profesional del sector no implica que automáticamente quede excluida la aplicabilidad de la doctrina *rebus*. Los distintos criterios pueden conjugarse con otros que maticen su alcance, siendo necesario efectuar una ponderación entre ellos, en cuanto mecanismo argumentativo requerido para la aplicación de los principios.

En las sentencias de 30 de junio y 15 de octubre de 2014 se llevó a cabo explícitamente esa ponderación y se resolvió a favor de la aplicación de la *rebus* por el alto grado de excepcionalidad no ya de la crisis económica en abstracto sino de su particular y específica incidencia en los respectivos sectores de la publicidad y turístico y hotelero, y ello concretamente en la ciudad de Valencia. Esto determinó que se estimara que, en esas circunstancias, el peso específico o importancia relativa de este factor era mayor que el del otro criterio relevante, a saber, el hecho de que la parte perjudicada fueran en ambos casos empresarios líderes del sector. Como destaca Munar, los casos resueltos por estas dos sentencias son «francamente significativos»⁶⁵.

Ahora bien, esto no excluye que, en otros contextos y supuestos, el peso relativo de los criterios esté repartido de manera opuesta, esto es que tenga un peso relativo mayor y por tanto se le dé valor decisivo al hecho de que el contratante perjudicado sea un profesional a quien se le supone una mayor capacidad de prever los eventos que puedan afectar al contrato, tales como las dificultades para obtener financiación (STS 11 de diciembre de 2014, y sendas sentencias de 19 de diciembre de 2014 (SSTS 741/2014 y 743/2014) o las fluctuaciones del mercado inmobiliario (STS de 24 de febrero de 2015).

De acuerdo con esta interpretación no habría vaivenes en la moderna jurisprudencia sobre la cláusula *rebus sic stantibus*, ni las sentencias analizadas en último lugar supondrían un paso atrás en la jurisprudencia de TS, sino que estaríamos ante supuestos de hecho distintos que habrían recibido respuestas diferentes como consecuencia de la ponderación entre diversos criterios, todos ellos relevantes a la hora

⁶⁵ «En el supuesto que resuelve la STS de 30 junio 2014 resulta que las periciales aportadas al litigio acreditan que ha existido una disminución de contratación en el campo de la publicidad del 60%, lo que permite sin duda calificar como una consecuencia extraordinariamente llamativa de la crisis económica con una incidencia superlativa en el ámbito negocial de la arrendataria.

En el caso de la STS de 15 de octubre 2014 se trata de un contrato de alquiler de un hotel de 2 estrellas en el centro de Valencia, habiendo quedado acreditado que se había producido una rebaja en el rendimiento por habitación del 42,3%, cierre de establecimientos emblemáticos y renegociación de la renta de otros establecimientos de los que también era arrendadora la demandada, habiendo acordado una rebaja del 50% de la renta.

[...] Dicho de otro modo, si la disminución de la publicidad o del rendimiento por habitación no hubiera sido tan acusada, no habría lugar a la aplicación de la cláusula» (MUNAR BERNAT, P. A., «Cláusula *rebus sic stantibus*, Tribunal Supremo y crisis económica: estado de la cuestión», cit., p. 19).

de valorar si procede la aplicación de la doctrina *rebus*, pero cuyo respectivo peso específico y consiguiente valor decisorio no es idéntico en todos los casos.

V. CONCLUSIONES

La nueva doctrina jurisprudencial sobre la figura *rebus* se encuentra consolidada a través de las SSTs de 17 y 18 de enero de 2013, 30 de junio y 15 de octubre de 2014 y de 24 de febrero y 30 de abril de 2015.

Ahora bien esta doctrina no implica una aplicación generalizada e indiscriminada de la figura en supuestos de crisis económica, sino que por el contrario exige una aplicación casuística, prudente y moderada de la misma debiendo acreditarse en cada caso la efectiva incidencia de la crisis económica en la relación contractual concreta. Esta fue una de las razones determinantes de la desestimación de la aplicación de la cláusula al supuesto enjuiciado por la STS de 24 de febrero de 2015.

La nueva doctrina puede utilizarse para proteger no solo a particulares sino también a empresarios, pero con exclusión en todo caso de quienes hubieren actuado con propósitos especulativos. Esta fue la *ratio decidendi* de la STS de 30 de abril de 2015 para excluir la entrada en juego de la figura *rebus* a favor de un comprador que había comprado con claros fines de especulación.

Por lo demás el sentido de la reciente doctrina jurisprudencial es evitar el desastre económico que puede traer consigo para una de las partes el cumplimiento estricto del contrato como consecuencia de una crisis económica imprevisible razonablemente, no imputable al deudor, que queda fuera de su ámbito de control y que por tanto no puede considerarse incluida en el alea normal del contrato.

Así configurada, la reciente revisión de la doctrina jurisprudencial sobre la figura *rebus* aparecería como una respuesta adecuada, desde el sistema jurídico, a algunos de los problemas sociales que ha traído consigo la crisis económica, pues puede contribuir de una manera limitada, pero no por ello menos importante, a paliar los efectos negativos de la misma.

Virtualidad limitada porque ni siquiera se ha planteado la posibilidad de aplicar esta doctrina para aliviar la situación de los deudores hipotecarios que no pueden hacer frente al pago de su deuda, que es sin duda uno de los problemas más graves que la crisis ha traído consigo. Y no se ha planteado porque el Tribunal Supremo mantiene que las alteraciones de los precios del mercado inmobiliario no pueden afectar al cumplimiento de los contratos y por la especial relevancia que reviste la salvaguardia de la seguridad jurídica en el ámbito del Derecho hipotecario.

Como es bien conocido, para aliviar la situación de los deudores hipotecarios se han utilizado otras vías: la protección frente a cláusulas abusivas, la suspensión de los desahucios por un plazo de dos años bajo determinadas condiciones, la dación en pago, la Ley de segunda oportunidad, etc.

Ahora bien, en su limitado ámbito de aplicación la doctrina *rebus* puede contribuir a remediar los efectos adversos de la crisis económica por dos vías.

En primer término, me parece muy acertado el criterio de no permitir en ningún caso que esta figura se utilice para dar cobertura a operaciones especulativas. Es más este criterio parece operar en la jurisprudencia como un criterio concluyente. Esta toma de posición es sin duda fruto de la atención a la realidad social, pues no cabe duda del papel que jugó la especulación en la formación de la burbuja inmobiliaria.

Por otra parte, la invocación del principio de la conmutatividad del contrato es el cauce técnico-jurídico que ha permitido, en ciertos casos muy «significativos» aplicar la doctrina *rebus* a favor de empresarios. La realidad social que subyace a ello es la de evitar la ruina de ciertas empresas, con el efecto multiplicador negativo que eso puede tener en términos de pérdida de puestos de trabajo, así como otras consecuencias derivadas, habida cuenta de la interdependencia que caracteriza el funcionamiento del sistema económico.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCOVER GARAU, G., «La actual crisis económica y la irrupción de la cláusula *rebus sic stantibus*: ¿un nuevo foco de litigiosidad mercantil?, *La ley mercantil*, n.º 4-5, julio-agosto 2014.
- ALEJANDRE GARCÍA-CEREZO, F. M.; LUNA YERGA, Á.; XIOL BARDAJÍ, M., «Crisis económica y cláusula *Rebus sic stantibus*: ¿cambio de vía en la Jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo? Comentario de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 17 de enero de 2013», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 3/2013.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. de, *La cláusula rebus sic stantibus*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2003.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, ed. bilingüe y trad. por M. Araujo y J. Marías, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1959.
- BALLESTEROS, J., «Globalisation: From Chrematistic Rest to Humanist Wakefulness», en Ballesteros, J.; Fernández Ruiz-Gálvez, E.; Talavera, P., *Globalization and Human Rights. Challenges and Answers from a European Perspective*, Springer, Dordrecht, 2012.
- «Estado social contra Escuela neoclásica», en Fernández Ruiz-Gálvez, E.; Garibo Peyró, A.-P., *El futuro de los derechos humanos*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2016.

- BUSTO LAGO, J. M., «Comentario a la Sentencia de 8 de noviembre 2012. Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en el incumplimiento del término esencial de la obligación de entrega. La licencia de primera ocupación integra la obligación de entrega. Inaplicación de la regla *rebus sic stantibus*», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 94/2014.
- CARRASCO PERERA, Á., «Reivindicación y defensa de la vieja doctrina *rebus sic stantibus*», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 98, 2015.
- CASTIÑEIRA JEREZ, J., «Hacia una nueva configuración de la doctrina *rebus sic stantibus*: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 4/2014.
- DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, Aranzadi, Cizur Menor, 2008 (6.ª).
- «La cláusula *rebus sic stantibus*», en Ferrándiz Gabriel, J.R., *Extinción de obligaciones*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
- DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E., y MORALES MORENO, A. M., *Los principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002.
- GADAMER, H. G., *Verdad y método*, Sígueme, Madrid, 1977.
- GARCÍA CARACUEL, M., *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Dykinson, Madrid, 2014.
- GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R., «Algunas consideraciones en torno a *rebus sic stantibus* en Derecho interno e internacional», *Revista de Derecho notarial*, 1970.
- GROCIO, H., *De iure belli ac pacis* (1625), traducción de Jaime Torrubiano, Reus, Madrid, 1925.
- HAURIOU, M., «La teoría del “riesgo imprevisible” y los contratos influidos por instituciones sociales», *Revista de Derecho privado*, 1926.
- LARENZ, K., *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Comares, Granada, 2002.
- LENEL, O., «La cláusula *rebus sic stantibus*», *Revista de Derecho Privado*, 1923.
- LLUIS, «La llamada cláusula *rebus sic stantibus*», RGLJ, 1956.
- LUNA YERGA, Á.; XIOL BARDAJÍ, M., «*Rebus sic stantibus*: ¿Un paso atrás?», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2/2015.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., *La alteración de las circunstancias contractuales. Un análisis jurisprudencial*, Civitas, Madrid, 2003.
- «Sentencia de 27 de abril de 2012: Arrendamiento de inmueble objeto de un derecho de superficie. ¿Puede modificarse el contenido del contrato en atención a la transformación económica del lugar de localización del inmueble?», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 90, 2012.
- MUNAR BERNAT, P. A., «Cláusula *rebus sic stantibus*, Tribunal Supremo y crisis económica: estado de la cuestión», *La Ley Mercantil*, núm. 16, 2015.
- OERTMANN, P., *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, 1921.
- ORDUÑA MORENO, F. J., y MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., *La moderna configuración de la cláusula *rebus sic stantibus*. Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- PÉREZ GURREA, R., «Caracterización y régimen jurídico de la cláusula *rebus sic stantibus*: el giro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 91, n.º 751, 2015.

RAVENTÓS SOLER, A.; LUNA YERGA, Á.; XIOL BARDAJÍ, M., «Cuesta abajo y sin frenos. Comentario a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2014», *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 3/2015.

VÁZQUEZ-PASTOR, L., «El vaivén de la moderna jurisprudencia sobre la cláusula rebus sic stantibus», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 4, 2015.

Fecha de recepción: 31/03/2016. Fecha de aceptación: 31/10/2016.

Responsabilidad en el desempeño de funciones públicas¹

Responsibility in the performance of public functions

Por ISABEL LIFANTE VIDAL
Universidad de Alicante

RESUMEN

Este trabajo analiza el concepto de responsabilidad en el desempeño de funciones públicas. Los análisis jurídicos en este ámbito suelen realizarse desde una perspectiva ex post de la responsabilidad: se preocupan por determinar cuándo un servidor público puede ser sancionado, o cuándo puede exigírsele que se haga cargo de la indemnización o reparación de determinados daños. Sin embargo, este trabajo pretende poner también el foco de atención en lo que podemos considerar como una perspectiva ex ante: qué es lo que exige el correcto desempeño de una «responsabilidad» pública.

Palabras clave: Responsabilidad, función pública, integridad, corrupción, formalismo, desidia, incompetencia.

ABSTRACT

This article deals with the concept of responsibility in the performance of public functions. In this area, legal analysis are usually carried out from

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación «Desarrollo de una concepción argumentativa del Derecho» DER2013-42472-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Algunas partes del mismo han sido presentadas en diversos foros (el *X Seminario Jurídico Interdisciplinar*, la *Cátedra de Cultura Jurídica*; el *I Congreso de filosofía del Derecho para el mundo latino* y el *Seminario sobre condicionalidad recíproca de derechos y deberes*), enriqueciéndose con su discusión.

an ex post approach to responsibility, i.e. they deal with issues such as the circumstances under which civil servants ought to be sanctioned or under which circumstances they ought to take charge of compensation or to repair certain damages. However, this paper aims at focusing on an ex ante perspective too: what does the proper performance of a public «responsibility» require?

Keywords: *Responsibility, liability, public function, integrity, corruption, formalism, sloth, incompetence.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.-2. ALGUNAS DISTINCIONES CONCEPTUALES A PROPÓSITO DE LA RESPONSABILIDAD.-3. ENUNCIADOS DEÓNTICOS DE RESPONSABILIDAD.-3.1 *Responsabilidad retrospectiva (reactiva)*.-3.2 *Responsabilidad prospectiva (directiva)*.-4. LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO DE LAS RESPONSABILIDADES PÚBLICAS.-5. CUATRO TIPOS DE INCUMPLIMIENTOS: CORRUPCIÓN, FORMALISMO, DESIDIA E INCOMPETENCIA.-6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.-2. SOME CONCEPTUAL DISTINCTIONS ON RESPONSIBILITY.-3. DEONTIC STATEMENTS OF RESPONSIBILITY. 3.1 *Retrospective (reactive) responsibility*.-3.2 *Prospective (directive) responsibility*.-4. EVALUATING PERFORMANCE OF PUBLIC RESPONSIBILITIES.-5. FOUR TYPES OF VIOLATIONS: CORRUPTION, FORMALISM, SLOTH AND INCOMPETENCE.-6. REFERENCES.

1. INTRODUCCIÓN

Las atribuciones de responsabilidad ocupan un lugar fundamental en el seno de cualquier práctica normativa; estas atribuciones resultan indispensables para adscribir deberes, llevar a cabo valoraciones de la conducta y justificar la imposición de sanciones u otras consecuencias «gravosas» (tales como el deber de reparar o indemnizar ciertos daños). De modo que el de «responsabilidad» es, sin duda, uno de los conceptos centrales en cualquier contexto normativo. Pero nos encontramos ante un término que es usado en sentidos muy distintos (aunque conectados entre sí de diversas maneras), de modo que para lograr una adecuada comprensión de nuestras prácticas de atribución de responsabilidad (y a partir de ahí plantearnos su justificación o crítica) necesitamos analizar esos diversos sentidos y sus conexiones.

Si echamos una ojeada a las reflexiones sobre la «responsabilidad» en el ámbito de la filosofía práctica general, nos encontramos con que este concepto puede ser considerado uno de sus pilares o presupuestos básicos. Así, por ejemplo, Kant define a la *persona* como aquel sujeto

cuyas acciones le son *imputables*, es decir, aquel sujeto que consideramos «responsable» de sus acciones. Refiriéndose a esta misma idea, Mugerza señala que si alguien rechazase su condición de responsable estaría equiparándose a una mera *cosa* y, por tanto, dimitiendo de su condición de *persona*: «estaría renunciando a la humana carga de ser dueño de [sus] actos» (Mugerza, 1991, pp. 19-20). De modo que con el concepto de responsabilidad se estaría aludiendo a la posición del ser humano como *agente* (sujeto activo) en el mundo que le rodea. Eso explicaría a su vez que se trate de un concepto tan central para las ciencias normativas y, quizás por ello mismo, tan difícil de analizar.

Pero las alusiones a la responsabilidad resultan fundamentales nosolo desde la perspectiva de una ética deontologista (donde aparece vinculada a la idea de autonomía); también desde el otro extremo de las teorías éticas, en las llamadas éticas consecuencialistas, las referencias a la responsabilidad ocupan un lugar central, aunque en un sentido distinto: aquí se hace referencia a la responsabilidad para llamar la atención precisamente sobre la relevancia moral de las consecuencias de nuestras acciones. En este sentido, por ejemplo, Max Weber (1981, pp. 163-164) consagró la contraposición entre lo que denominaba la «ética de las convicciones» (deontologista) y la «ética de las responsabilidades» (consecuencialista). No quiero ahora entrar en las distintas lecturas sobre la posible compatibilidad de ambas éticas en la obra de Weber². La idea que quiero remarcar es que la llamada ética de la «responsabilidad» pone en primer plano la relevancia de las consecuencias³. En este sentido se ha señalado que las «responsabilidades» (entendidas como las exigencias de que se produzcan ciertos resultados) serían para los consecuencialistas lo que los «deberes» son para los deontologistas (Goodin, 1995, p. 81).

Aunando ambas intuiciones, podríamos decir que considerar a alguien como *agente*, es decir, como sujeto *responsable*, implica reconocer, por un lado, que tiene el control de su actuación⁴ y, por otro, que asume o debe asumir las consecuencias de sus actos. El sujeto responsable sería el que se hace cargo o responde de algo, y lo hace —como veremos— desde una doble perspectiva: *ex ante*, el sujeto responsable es el que tiene la capacidad o el poder (y/o deber) de dar lugar a un determinado estado de cosas (o de evitar su producción); y

² Mugerza (2012, p. 26) ha señalado que estos dos modelos pueden verse como «tipos ideales» (siguiendo la propia terminología weberiana), de modo que en la realidad no se darían nunca en estado puro, ni separadamente, sino que los encontramos entremezclados entre sí.

³ Como es el caso, por ejemplo, de Hans Jonas (1995) quien pretende desarrollar una ética para la «era tecnológica» basada precisamente en lo que denomina el «principio de responsabilidad», que pretende ser una llamada de atención sobre el peligro de las posibles consecuencias del progreso tecnológico y de las acciones colectivas.

⁴ Las reflexiones filosóficas generales sobre la responsabilidad se suelen vincular, por tanto, a las discusiones sobre la idea de autonomía o libertad, y al desafío que supondría para la misma la aceptación del determinismo.

ex post, el sujeto responsable es el que asume o debe asumir las consecuencias de la producción de algún estado de cosas (bien sea en términos de sanción o de reparación).

El objetivo de este trabajo es analizar el concepto de responsabilidad en el ámbito del desempeño de las funciones públicas, entendidas en un sentido amplio que incluiría todas aquellas atribuidas a un sujeto –sea o no considerado autoridad– al servicio de intereses generales. Los análisis jurídicos en este ámbito suelen realizarse desde una perspectiva que podríamos considerar *ex post* de la responsabilidad: se preocupan por determinar cuándo un funcionario o un cargo público –en el ejercicio de sus competencias– puede ser sancionado, o cuándo puede exigírsele (a él o a la institución a la que pertenece) que se haga cargo de la indemnización o reparación de determinados daños. Encontramos así, por ejemplo, muchos trabajos sobre la responsabilidad patrimonial de la administración o de los funcionarios; o análisis sobre las peculiaridades de los delitos cometidos por los funcionarios, o sobre su régimen disciplinario. Sin embargo, en este trabajo pretendo poner también el foco de atención en lo que podemos considerar como una perspectiva *ex ante*: qué es lo que exige el correcto desempeño de una «responsabilidad» pública.

Como voy a intentar mostrar, para ello necesitamos completar la tradicional perspectiva deóntica de las responsabilidades (la que se ocupa de qué deberes tienen los servidores públicos), con una perspectiva valorativa (que se ocuparía por la caracterización del «buen» desempeño de las funciones públicas).

2. ALGUNAS DISTINCIONES CONCEPTUALES A PROPÓSITO DE LA RESPONSABILIDAD

Antes de centrarme en el ámbito del ejercicio de las funciones públicas, creo que es necesario analizar los diversos usos del término «responsabilidad» (y otros afines, como «responsable» o «responder»), con el fin de reflexionar sobre las conexiones que existen entre ellos. Para ilustrar estos diversos sentidos, Hart (1968, p. 211) utilizó la historieta de un capitán de barco borracho que pierde su embarcación en el mar; historieta que ha hecho cierta fortuna convirtiéndose en el punto de partida «clásico» del análisis de los conceptos de responsabilidad. Hart considera que pueden distinguirse cuatro sentidos del término «responsabilidad», a los que propone referirse con los siguientes rótulos clasificatorios: 1) *Responsabilidad-rol* (con el que haríamos referencia a los deberes propios de un rol, cargo o papel social: «el capitán era responsable de la seguridad de los pasajeros»); 2) *Responsabilidad-causal* (aquí ser responsable es equivalente a producir, dar lugar a resultados o generar consecuencias: «las responsables del naufragio fueron las excepcionales tormentas invernales»);

3) *Responsabilidad-liability* (normalmente traducida como «sancionabilidad», pero que también incluye los supuestos de responsabilidad indemnizatoria o resarcitoria: «se le imputó la responsabilidad por la pérdida de las vidas y los bienes») y 4) *Responsabilidad-capacidad* (que hace referencia a la posesión de una serie de capacidades: «los médicos consideraron que el capitán era responsable de sus actos»).

Todos estos sentidos están íntimamente ligados entre sí, pero suele considerarse que el tercero (la responsabilidad-*liability*) constituye de algún modo el sentido central o primario de «responsabilidad», dado que se considera que los otros pueden verse como presupuestos de los juicios de *responsabilidad-liability*. Esta primacía del concepto de *responsabilidad-liability* ha sido señalada expresamente –o asumida implícitamente– por la mayoría de autores que se han ocupado del concepto de responsabilidad en el ámbito jurídico⁵.

Por su parte Dworkin (2014, pp. 133 y ss.) recoge una distinción, muy semejante a la de Hart, entre cuatro tipos de responsabilidad a los que se refiere respectivamente como: responsabilidad causal, responsabilidad en el ejercicio de una función [*assignment responsibility*], responsabilidad *liability* y responsabilidad de juicio. Ahora bien, para Dworkin estos cuatro sentidos de responsabilidad pertenecerían a lo que considera como concepto «relacional» de responsabilidad (porque pondrían en conexión a determinados sujetos con ciertos eventos). Pero, a su vez, este concepto relacional (en sus cuatro modalidades) se contrapondría a un uso del término responsabilidad como virtud, con el que se haría referencia a una cualidad valorativa de los individuos (o de sus acciones). Éste sería el caso cuando decimos por ejemplo que Fulano es una persona muy responsable; o que Mengana actuó responsablemente en una ocasión determinada⁶. Como es sabido, Dworkin toma como punto de partida para el desarrollo de su filosofía político-moral precisamente la virtud de la responsabilidad (en un sentido ético), y considera que las diferentes propuestas sobre cómo diseñar un sistema jurídico de responsabilidad (sancionatoria o indemnizatoria) tienen necesariamente su base en una determinada concepción de lo que implica dicha virtud.

No pretendo ocuparme de los distintos conceptos de responsabilidad en abstracto, sino analizar algunos tipos de atribuciones de responsabilidad (a través de enunciados del tipo: «el sujeto X es responsable», «el sujeto X es responsable de Y», «el sujeto X actuó

⁵ Véase, por ejemplo, CANE (2002), GARCÍA AMADO (2012), LARRAÑAGA (2000), MOLINA FERNÁNDEZ (2000), SANZ ENCINAR (2000). Para un análisis de las opiniones en contra de este enfoque hartiano puede verse FIGUEROA RUBIO (2015, pp. 71 y ss.).

⁶ Aunque Hart no hace referencia expresamente a este sentido de responsabilidad, es posible encontrar ejemplos del mismo en su «historieta», cuando se dice que el capitán «se había comportado de manera bastante *irresponsable*» o que «no era una persona *responsable*».

responsablemente en el caso Y», etc.) que hacemos en el seno de las prácticas normativas, en particular en el caso del Derecho. Se trata de una práctica profundamente institucionalizada desde la cual se pueden formular juicios de atribución de responsabilidad con una triple función, que se correspondería con tres dimensiones del fenómeno jurídico: la dimensión constitutiva, la regulativa (o deóntica) y la valorativa. Nos encontraríamos, en primer lugar, con enunciados de responsabilidad estrechamente vinculados con la dimensión «constitutiva» (la determinación de que un cierto estado de cosas *cuenta como* algo en un determinado sistema); en segundo lugar, habría enunciados de responsabilidad que se vincularían predominantemente con la dimensión regulativa o deóntica (la atribución de deberes u otras posiciones jurídicas subjetivas); y por último también encontramos enunciados de responsabilidad que se conectan con la dimensión evaluativa (se trata de mostrar aprobación o reprobación respecto al sujeto o a su conducta). Obviamente estas dimensiones están estrechamente interrelacionadas y con un mismo juicio de responsabilidad podemos abarcarlas todas (y normalmente así sucede⁷). La distinción sigue siendo, sin embargo, relevante porque hay ocasiones en que las distintas dimensiones aparecen disociadas. Pues bien, creo que los distintos sentidos de responsabilidad señalados por Hart o Dworkin en sus análisis pueden ser agrupados atendiendo precisamente a con cuál de esas dimensiones normativas aparecen vinculados en mayor medida.

En el primer caso, el de las atribuciones de responsabilidad conectadas esencialmente con la dimensión constitutiva del Derecho, nos encontraríamos con los sentidos de *responsabilidad-capacidad* y *responsabilidad-causalidad*. En el primer caso, usamos el término «responsabilidad» para hacer referencia a la posesión (en general o en una ocasión determinada) de una serie de capacidades por parte del individuo que actúa; capacidades que son consideradas por la práctica normativa de referencia como condiciones necesarias y suficientes para que el individuo cuente como *agente* en general o en una ocasión determinada. La forma gramatical usual de estos enunciados de responsabilidad sería: «*El sujeto X es (en general o en una ocasión determinada) responsable de sus actos*»⁸. En el segundo sentido, el de la

⁷ Esto es especialmente llamativo en los supuestos de responsabilidad prospectiva, que son los que más me interesan en este trabajo y en los que veremos que, además de la dimensión deóntica o de atribución de un tipo especial de deberes (que es la que coloco en primer lugar), la dimensión institucional y la dimensión valorativa juegan un papel fundamental.

⁸ Este tipo de juicios de responsabilidad podría realizarse al margen de su relación con un contexto normativo o valorativo (yo podría decir que «Fulano no es responsable de sus actos» sin ponerlo en relación con ningún comportamiento de Fulano que pretenda ser evaluado a la luz de una práctica normativa), pero esto rara vez ocurre: los mismos suelen formar parte de los presupuestos de los juicios valorativos y/o normativos (y suelen ser considerados como presupuestos de ambos). Cfr. HART (1968, p. 227) y DWORKIN (2014, pp. 280, 301 y ss.).

responsabilidad como causalidad, nos encontramos con que aquí los enunciados de responsabilidad tendrían una forma gramatical del tipo «*La acción del sujeto X fue responsable del evento Y*»⁹ y se utilizarían para identificar lo que cuenta, a efectos de la práctica normativa, como causa de un determinado resultado. Son casos en los que la expresión «fue responsable» podría ser normalmente sustituida por «causó» o «produjo»¹⁰. Aunque este sentido de responsabilidad lo podemos usar también para referirnos a eventos naturales («las tormentas fueron las responsables del naufragio»), aquí nos interesa cuando atribuimos la responsabilidad a conductas realizadas por sujetos a los que consideramos agentes (es decir, responsables de sus actos). Conviene notar que, aunque lo que puede ser considerado como causa de un determinado resultado no es en sí el sujeto sino alguna de sus acciones (en un sentido amplio que puede incluir también las omisiones), con mucha frecuencia decimos «el sujeto X fue responsable de Y» para referirnos a que la causa de Y fue una de las acciones de X.

En segundo lugar, y por lo que se refiere a la dimensión regulativa o deóntica, nos encontramos con los enunciados de responsabilidad que se utilizan fundamentalmente para adscribir a un sujeto deberes u otras posiciones normativas en el marco de una determinada práctica normativa. La forma gramatical usual sería aquí: «*El sujeto X es responsable de Y*», de manera que la responsabilidad es aquí usada para relacionar a un determinado sujeto (X) con un estado de cosas (Y), pasado o futuro; y al mismo tiempo y, como consecuencia del establecimiento de dicha conexión, atribuir ciertas consecuencias normativas a dicha relación. Es precisamente al análisis de estos enunciados «deónticos» de responsabilidad a los que dedicaré el siguiente apartado. Como veremos entonces, aquí se incardinan tanto el sentido de *responsabilidad-liability* (en los que el estado de cosas Y del esquema se sitúa en el pasado), como el de *responsabilidad-rol* (cuando el estado de cosas Y se sitúa en el futuro).

Por último, nos encontramos con ocasiones en las que formulamos juicios de responsabilidad que se conectarían de manera prioritaria

⁹ De nuevo nos encontramos con que en los contextos normativos estos enunciados que imputan o atribuyen la causalidad a un sujeto suelen operar también como uno de los presupuestos de la *responsabilidad-liability*, confundándose con una cierta perspectiva de este sentido de responsabilidad.

¹⁰ Lo que hacemos en realidad es seleccionar como relevante una de las distintas circunstancias que forman parte del contexto causal y señalarla como «la que cuenta como responsable» de un suceso. Como señala Bayón (1989), los juicios que individualizan una determinada acción u omisión como «la» causa de la generación de un determinado efecto implican siempre juicios normativos implícitos. Estos juicios que imputan la causalidad a un determinado sujeto (o a una de sus acciones) aíslan, entre todas las condiciones necesarias y conjuntamente suficientes para la producción del resultado, aquella –positiva o negativa– que «marca la diferencia» respecto a las «condiciones normales» del contexto; y la identificación de esas «condiciones normales» que operan como trasfondo de los juicios de imputación incluye entre otras cosas expectativas deónticas.

con la dimensión valorativa de las prácticas normativas. La forma gramatical usada en este contexto suele ser: «*El sujeto X es una persona responsable (o irresponsable)*»; o «*El sujeto X actuó responsablemente (o irresponsablemente) en una determinada ocasión*». Se trata de enunciados que cumplen centralmente una función evaluativa o bien del carácter de un sujeto o bien de alguna de sus acciones. Decir que alguien actuó responsablemente en una determinada ocasión implica llevar a cabo un juicio valorativo positivo frente a dicha acción. Este juicio se ha de hacer a la luz de los valores de la práctica normativa en la que nos encontremos (podemos formular estos juicios desde un punto de vista ético, jurídico, político...). Cuando predicamos este concepto de responsabilidad del carácter de un individuo, estaríamos haciendo referencia a la responsabilidad como virtud (que también puede ser de distinta índole atendiendo al ámbito en el que la predicamos). Se trata de una virtud que suele vincularse con la idea de coherencia o integridad; una persona que actúa de forma íntegra (o responsable) sería aquella que deriva sus acciones y creencias del mismo grupo de valores esenciales (Villoria, 2012, p. 108). Y actuar «responsablemente» sería equivalente a actuar de forma coherente con esos valores, creencias y principios. En este sentido Dworkin sostiene que la epistemología de una persona responsable es una epistemología «interpretativa»: alguien es responsable en la medida en que sus diversas interpretaciones concretas alcanzan una integridad global, de manera que cada una de ellas respalda a las demás en una red de valor a la que presta adhesión (Dworkin, 2014, p. 132).

Podría considerarse (y así por ejemplo se haría desde una perspectiva como la kelseniana) que el estudio de este último concepto valorativo de responsabilidad no resulta relevante para el ámbito jurídico, considerando que el mismo sería exclusivo de la moral. Ahora bien, en mi opinión ello sería errado dado que todos los conceptos de responsabilidad se encuentran interrelacionados. En este sentido, por ejemplo, creo que el análisis de en qué consiste la virtud de la responsabilidad puede resultar útil, en primer lugar, para determinar cuáles son las capacidades que debemos exigir para considerar a alguien como «responsable de sus actos»¹¹. Y, en segundo lugar, también resulta

¹¹ En este sentido DWORKIN (2014, p. 280), por ejemplo, considera que debemos preguntarnos cuáles son los requisitos o capacidades que exigimos a una persona para considerar que su acción puede ser evaluada (elogiada o censurada). En este sentido señala dos tipos de capacidades necesarias para afirmar que alguien es responsable de sus actos: Las primeras exigen que las personas tengan alguna aptitud mínima para forjarse creencias verdaderas acerca del mundo, de los estados mentales de otra gente y de las consecuencias probables de lo que hacen; podríamos decir que este primer tipo de capacidades serían de naturaleza intelectual. Las segundas –a las que podríamos considerar «volitivas»– exigen que las personas tengan, en una medida normal, la aptitud de tomar decisiones que se ajusten a su personalidad normativa, es decir a sus deseos, preferencias, convicciones, apegos, lealtades y a la imagen que tienen de sí mismas.

necesario para abordar la cuestión de qué debería responder alguien y ante quién o qué es lo que implica tener una determinada responsabilidad-rol y cómo debe desempeñarse. Sobre esta última cuestión volveré al final del trabajo.

3. ENUNCIADOS DEÓNTICOS DE RESPONSABILIDAD

Me detendré ahora a analizar los enunciados de responsabilidad que cumplen fundamentalmente una función deóntica, en el sentido de que se usan para atribuir deberes o imputar consecuencias jurídicas. Como hemos dicho, la forma gramatical usual sería aquí: «*El sujeto X es responsable de Y*», de manera que dichos enunciados se utilizan para relacionar a un determinado sujeto (**X**) con un estado de cosas (**Y**), que puede estar referido o bien al pasado o bien al futuro; y al mismo tiempo y, como consecuencia del establecimiento de dicha conexión, atribuir consecuencias normativas a dicha relación.

Hace ya algunos años Ernesto Garzón Valdés (1996) distinguió dos posibles usos de los juicios de atribución de responsabilidad a los sujetos, cada uno de los cuales sería formulado desde una distinta perspectiva temporal respecto a los estados de cosas a valorar y a los que propuso llamar enunciados de responsabilidad personales «prospectivos» y «retrospectivos». Los primeros serían los que se refieren a un estado de cosas futuro y en ese sentido se formulan desde una perspectiva *ex ante*; mientras que los segundos se refieren a un estado de cosas pasado y en ese sentido se formulan desde una perspectiva *ex post* respecto a la producción de dicho estado de cosas. Ahora bien, hay una asimetría en el contenido que suele dársele a la «**Y**» en cada uno de ellos. En la responsabilidad prospectiva se trata de un fin u objetivo a perseguir, y en ese sentido representa necesariamente un estado de cosas valorado positivamente por el sistema normativo de referencia: «el profesor es el responsable del aprendizaje de los alumnos», «los padres son los responsables del bienestar de los hijos», «el capitán es el responsable de la seguridad de los pasajeros», etc. Mientras que en la responsabilidad retrospectiva, la **Y** representa un estado de cosas valorado negativamente por la práctica normativa de referencia y que normalmente se traduce en la producción de un daño o la lesión de un bien digno de protección según dicha práctica¹²: «el capi-

¹² Obviamente nada impediría atribuir responsabilidad retrospectiva por estados de cosas valorados positivamente (así, podríamos decir, por ejemplo: «La ONG «Proactiva Open Arms» es *responsable* de la salvación de cientos de refugiados»), pero rara vez lo hacemos. Quizás ello se deba a que –como veremos a continuación– en los casos de responsabilidad retrospectiva nos encontramos junto al aspecto valorativo del estado de cosas, también una reacción del sistema normativo frente a dicha valoración que, en el caso del Derecho, se suele traducir en la sancionabilidad o exigibilidad de cierta reparación. Por supuesto si consideramos que la reacción del siste-

tán es responsable del naufragio del barco» o «la empresa X es la responsable de la contaminación del río».

Si nos fijamos, los casos de los enunciados prospectivos, aquéllos en los que la «Y» hace referencia a un estado de cosas futuro que debe procurarse, coincidirían con el sentido de responsabilidad que Hart denominaba «*responsabilidad-rol*». Mientras que los casos de los enunciados retrospectivos, en los que la «Y» hace referencia a estados de cosas pasados, vendrían a coincidir con los supuestos a los que Hart se refería como «*responsabilidad-liability*». En lo que sigue, yo hablaré de responsabilidad prospectiva (o directiva) para el primer caso; y de responsabilidad retrospectiva (o reactiva) para el segundo. Conviene advertir, sin embargo, que la expresión responsabilidad «retrospectiva» puede sugerir (equivocadamente) que estos enunciados miran exclusivamente hacia el pasado y no tienen efectos hacia el futuro, cuando en realidad –y como veremos a continuación– también presentan una vertiente que se proyecta hacia el futuro (con la anudación de ciertas consecuencias jurídicas: la sancionabilidad o la obligación de indemnizar o reparar) y que podríamos considerar como reacción frente a la producción de ese estado de cosas que se dio en el pasado.

3.1 Responsabilidad retrospectiva (reactiva)

Detengámonos primero en los supuestos que he considerado como «responsabilidad retrospectiva», es decir, los casos en los que los enunciados del tipo «**El sujeto X es responsable de Y**» se utilizan para relacionar a un determinado sujeto con un estado de cosas pasado. Nos encontramos aquí ante un concepto que se utiliza para identificar o individualizar al sujeto al que se le van a atribuir ciertas consecuencias normativas que el sistema de referencia establece como reacción a la producción de un determinado estado de cosas. Así, por ejemplo, cuando decimos que «el capitán del barco es el responsable de la muerte de los tripulantes y pasajeros» o «Pedro es el responsable de que las flores se marchitaran», estamos identificando a quién sancionar y/o reclamar una reparación por la producción de esos estados de cosas.

Estos juicios de atribución de responsabilidad retrospectiva o «reactiva» son siempre relativos a una determinada práctica normativa (hablamos de responsabilidad jurídica, moral, política...). Dentro del Derecho es usual distinguir dos grandes sistemas de responsabilidad, el de la responsabilidad sancionatoria (cuyo caso paradigmático sería el de la responsabilidad penal) y el de la responsabilidad indemnizato-

ma también puede consistir en consecuencias positivas (reconocimiento, premios), nada impediría mantener este concepto retrospectivo de responsabilidad para los casos en que el estado de cosas producido sea valorado positivamente.

ria; ambos sistemas nosolo difieren en sus reglas de atribución, sino que responden a principios y valores distintos. Ahora bien, lo que tienen en común estos supuestos de responsabilidad es que surgen cuando nos encontramos ante estados de cosas que son valorados negativamente por el sistema normativo de referencia, bien porque se haya producido el incumplimiento de uno de los deberes que el sistema impone, o bien porque se trate de un estado de cosas considerado indeseable a la luz de los valores del propio sistema normativo (como la producción de un daño, o un riesgo). Este tipo de enunciados de responsabilidad retrospectiva cumplen una doble función: por un lado, implican una valoración negativa respecto al estado de cosas producido, **Y** (que a su vez puede incluir un reproche personal al sujeto **X**); y, por otro lado, con ellos se expresa también la reacción normativa ante la producción de dicho estado de cosas y en este sentido tienen como función crear una exigencia de respuesta por parte del considerado responsable, respuesta que puede ser la obligación de asumir una sanción y/o la obligación de reparar, compensar o absorber el daño o perjuicio producido. Estos dos aspectos de la relación de responsabilidad pueden verse, respectivamente, como la reprochabilidad y la exigibilidad (o reacción del sistema normativo) ante la producción de ese estado de cosas.

Ross se refería a esta misma idea de la doble función de la responsabilidad señalando que se trata de un concepto sistemático, o concepto *tû-tû* (Ross, 1975). Se trata de conceptos que son usados para referirnos a un nexo o vínculo que establece un sistema normativo entre un antecedente (que puede ser una pluralidad disyuntiva de hechos) y un consecuente (que puede ser una pluralidad acumulativa de consecuencias jurídicas). De modo que con el mismo rótulo («**X es responsable de Y**») nos podemos referir tanto al antecedente (lo que justifica dicha atribución: el «título» que justifica considerar a **X** como sujeto responsable de **Y**) como al consecuente (la imputación a **X** de una sanción prevista para **Y** y/o de ciertas obligaciones de resarcir o reparar los daños generados por **Y**). Desde este punto de vista, la *responsabilidad* operaría como una técnica de presentación, que sirve –y es necesaria– para fines sistemáticos.

Los requisitos que el Derecho suele establecer para llevar a cabo un juicio de responsabilidad (y que configurarían el antecedente de la relación de responsabilidad) serían, por un lado, requisitos que podemos considerar «objetivos»: que se haya producido **Y**, un estado de cosas indeseable según el sistema normativo de referencia (que como hemos dicho puede ser o bien la violación de un deber establecido en una norma de mandato, o bien la generación de un estado de cosas considerado lesivo según los valores del sistema normativo de referencia); y por otro lado requisitos «subjetivos» en el sentido de que afectan a la determinación del sujeto (**X**) al que se le va a atribuir la responsabilidad. Estos requisitos «subjetivos» dependen del tipo de consecuencias que se le vayan a asociar, pero la mayoría de regulacio-

nes suelen exigir (a veces de manera conjuntiva y a veces disyuntiva): ciertas condiciones mentales o psicológicas por parte del sujeto que actúa (es decir, la existencia de responsabilidad como capacidad); cierta conexión psicológica entre el sujeto **X** y la producción del estado de cosas **Y** (la intención); la existencia de una conexión causal entre la conducta del sujeto **X** y la producción del estado de cosas **Y** (es decir, la existencia de responsabilidad causal); o cierta situación especial del sujeto **X** que lo vincula con el resultado **Y** (como puede ser la existencia de una determinada responsabilidad prospectiva o responsabilidad-rol).

Hemos dicho que la expresión «ser responsable» se usa tanto para hacer referencia a los antecedentes de esta relación de responsabilidad y que vendrían a configurar el ámbito de la reprochabilidad, como también para referirse a las consecuencias que se vinculan a esa situación y que podríamos considerar como el ámbito de la «exigibilidad» (y que pueden ir desde la imposición de una sanción a la obligación de indemnizar o reparar los daños producidos). Normalmente consideramos que reprochabilidad y exigibilidad serían dos caras de la misma moneda (hacen referencia a dimensiones distintas del mismo fenómeno). Pero, aunque en los casos centrales de responsabilidad (la responsabilidad penal, o la responsabilidad civil subjetiva), no hay duda de que eso suele ser así, no está tan claro que ocurra lo mismo en los supuestos que llamamos de responsabilidad civil objetiva, en los que lo que parece ocurrir –al menos *prima facie*– es que se desvincula el aspecto de reprochabilidad y el de exigibilidad. Por eso algunos autores consideran que la atribución de responsabilidad en estos casos estaría injustificada. Se trataría de una extensión analógica del sentido propio de responsabilidad, en el que se identifica quién ha de hacerse cargo de la reparación de ciertos daños, pero consideran que no sería un auténtico supuesto de responsabilidad: estaríamos ante una obligación de reparar legalmente impuesta, pero que no respondería a la lógica del juicio de reproche dirigido a los individuos (que sería la lógica de la responsabilidad), sino a la cuestión de cuál es la forma legítima de distribuir el coste social de males que no son culpa de ningún sujeto particular¹³.

Esta cuestión nos lleva a adentrarnos en la justificación moral de los distintos sistemas de responsabilidad que regulan nuestros Derechos. Como señala Iglesias Villa (2003, p. 3), el esquema liberal (individualista) de responsabilidad se centra en la idea de que las personas son responsables por los resultados lesivos que producen sus actos intencionales, y aunque suelen admitirse algunas extensiones que permitirían justificar tanto la responsabilidad por negligencia como algunos supuestos de responsabilidad vicaria, dicho esquema seguiría ofreciendo restricciones a la posibilidad de realizar algunos juicios de reproche. Estas restricciones se darían en aquellos casos en los que no

¹³ Cfr. por ejemplo, SANZ ENCINAR, 2000, pp. 50 y ss.

haya conducta que haya contribuido –directa o indirectamente– a la producción de un daño, o no haya nexo psicológico (real o potencial) con el resultado lesivo. Más allá de esos casos (como ocurriría con la responsabilidad por las emociones, con la responsabilidad colectiva o con la responsabilidad objetiva), la perspectiva liberal-individualista clásica considera injustificado atribuir responsabilidad a un sujeto; pues ello implicaría –se dice– volver a la dinámica de las sociedades premodernas donde las personas pueden ser responsables por aquello que simplemente acontece o por los daños que provocan otros individuos en el ejercicio de su propia autonomía¹⁴.

3.2 Responsabilidad prospectiva (directiva)

Pasemos ahora a analizar los juicios prospectivos de responsabilidad. Como ya hemos señalado, en los contextos normativos también utilizamos el término responsabilidad para relacionar a un sujeto con un determinado fin u objetivo (un estado de cosas futuro), atribuyéndole deberes relacionados con la persecución de dicho fin. Éste sería el sentido de «*responsabilidad*» que usamos para hacer referencia a los que Hart considera como deberes propios de un «rol», en un sentido muy amplio que incluiría cualquier asignación de funciones que puede ser realizada de muy diversas maneras, desde las menos institucionalizadas (un mero acuerdo de reparto de tareas), hasta las más institucionalizadas (las asignadas siguiendo reglas formalizadas de atribución de competencias en el marco de un sistema jerárquico de toma de decisiones):

«Siempre que una persona ocupe un lugar o puesto determinado en una organización social, respecto del cual se le asignan deberes específicos para promover el bienestar o impulsar de manera específica las metas o propósitos de la organización, se puede decir con corrección que esta persona es *responsable* del cumplimiento de estos deberes o de hacer lo necesario para satisfacerlos. Tales deberes son responsabilidad de una persona» (Hart, 1968, p. 21).

¹⁴ Ahora bien, en este clásico esquema liberal individualista de responsabilidad se desatienden ciertos aspectos de la vida en común (bien sean relativos a grupos no organizados o bien relativos a nuestra pertenencia a instituciones como puede ser la universidad, o un club...) que parecen ser especialmente relevantes. Se trata –como señala Iglesias Villa (2003, p. 14)– de atender a lo que podemos causar en conjunto y no como individuos aislados; puede que una conducta observada individualmente no resulte relevante ni lesiva, pero su reiteración por un conjunto amplio de sujetos o su interacción con otras conductas puede provocar resultados lesivos o volver relevante la conducta individual. De este modo, se pueden llegar a justificar atribuciones de responsabilidad por nuestra participación en el mantenimiento de ciertas estructuras sociales, o de ciertas actitudes compartidas, etc.

Pero Hart llama la atención sobre el hecho de que no calificamos a todos los deberes que puede tener un sujeto como responsabilidades (si a un soldado se le ordena mantener limpio el campamento diríamos –dice Hart– que tiene esa «responsabilidad»; pero si se le manda que recoja un papel del suelo, simplemente diríamos que tiene el «deber» de hacerlo, pero no que tiene esa «responsabilidad») y apunta a que la clave de la distinción quizás se encuentre (aunque confiesa no estar muy seguro de ello) en que los deberes que son calificados como responsabilidades son de un tipo relativamente complejo y amplio, que requieren cuidado y atención a lo largo de un prolongado período de tiempo (frente a los deberes de corta duración o de tipo simple, relativos a hacer o no hacer algo en una ocasión particular).

Si nos fijamos, lo que caracterizaría a los deberes a los que nos referimos con este sentido de responsabilidad (al menos cuando se trata de funciones públicas que se integran en un marco institucional formalizado y jerarquizado) sería el hecho de que se definen por su conexión con la promoción de determinados fines o estados de cosas considerados valiosos, que sería lo que justificaría la exigencia de prestarles «cuidado y atención», y lo que provocaría tanto la «complejidad» como la mayor «duración» a la que haría referencia Hart. Y es precisamente esa vinculación con la promoción de ciertos fines la que determina las funciones (el *status* o rol) que el sujeto desempeña en el marco de la institución social de que se trate. Ocupar un determinado rol o cargo en el marco de una institución social compromete con la persecución de los fines que justifican su propia existencia y la búsqueda del bienestar o las metas o propósitos propios de la institución.

Por ello, estas responsabilidades exigen deliberación: es necesario «pensar sobre ellas y hacer serios esfuerzos para satisfacerlas» (Hart, 1968, 213). También Goodin (1995, p. 81 y ss.) remarca la idea de que para cumplir con estas responsabilidades siempre se requiere preocupación por parte del sujeto, y no basta con que el estado de cosas se produzca (si el mismo se produjera por azar, la responsabilidad se habría desatendido). Y eso es así porque las responsabilidades exigen la producción de ciertos estados de cosas, no acciones determinadas *a priori*. Se trata de situaciones que podríamos definir con el siguiente esquema «**X debe procurar que se produzca Y**». Ahora bien, lo más normal es que **Y** sea un estado de cosas que no esté completamente bajo el control de **X**¹⁵. Puede ocurrir que requiera la actuación de un agente distinto a **X**, es decir, distinto al que tiene la responsabilidad de que se produzca ese resultado. Así, por ejemplo, podemos decir que «los padres son los responsables de que sus hijos vayan a la escuela». Estas serían las llamadas por Goodin «responsabilidades de supervisión». También puede ocurrir que se atribuya a un sujeto la responsabilidad de

¹⁵ Cfr. GONZÁLEZ LAGIER (1997), quien distingue entre estados de cosas que están completamente bajo el control del destinatario de la norma y estados de cosas que lo están solo parcialmente.

que se produzca un estado de cosas que no sea directamente el resultado de la acción de nadie en particular, aunque sí la consecuencia de una combinación de factores, entre los cuales podemos encontrar acciones de sujetos y hechos naturales («el concejal de medio ambiente es el responsable de reducir la contaminación atmosférica»).

En este sentido, la atribución de responsabilidades prospectivas suele ir acompañada de una regulación de la conducta de una manera peculiar que consiste en no determinar de antemano la acción o acciones a realizar, sino en atribuir al destinatario (al sujeto responsable) el poder –y deber– de determinar la concreta acción a realizar para la persecución del fin o consecución del resultado a obtener¹⁶. Se trata por tanto de una regulación a través de un tipo específico de normas, a las que podemos considerar como «normas de fin» y que se contrapondrían a las «normas de acción»¹⁷. Mientras que estas últimas califican deónticamente una acción, las normas de fin obligan a perseguir o a maximizar un determinado fin¹⁸, delegando en el destinatario el poder discrecional o la «responsabilidad» de seleccionar el medio óptimo para ello (aquella medida que, a la luz de las circunstancias del caso concreto y atendiendo a las posibilidades fácticas y deónticas, maximiza el fin con el menor coste posible en términos de lesión de bienes y valores protegidos). Por supuesto, el sujeto al que se le atribuye la responsabilidad y el poder discrecional a ella ligado para determinar la concreta acción a realizar también se verá sometido a muchas otras normas que sí le impongan o prohíban acciones determinadas y, en ese sentido, limiten el ámbito de su discrecionalidad.

Es el sujeto al que se le atribuye la responsabilidad el que ha de decidir en cada ocasión, y a la luz de las circunstancias particulares de la misma, si debe actuar y cómo, tarea para la cual se le exige llevar a cabo una deliberación. Como dice Dworkin (2014, p. 353): «la responsabilidad de función debe incluir un poder de control: algún poder

¹⁶ Véase en este mismo sentido LARRAÑAGA (2001).

¹⁷ Tomo esta distinción de ATIENZA y RUIZ MANERO (1996). Dentro de las normas de fin estos autores distinguen entre dos categorías: las reglas de fin y las directrices, que sería la proyección de su distinción entre reglas y principios y aunque coincido con su caracterización de las directrices, no comparto la que realizan en esta obra respecto a las reglas de fin. Según esa caracterización, en el consecuente de una regla de fin nos encontraríamos la calificación deóntica de la «obtención de un estado de cosas» (ATIENZA y RUIZ MANERO, 1996, p. 7); mientras que en mi opinión sería más adecuado considerar que estas reglas obligarían a maximizar un fin. Sobre esta discrepancia puede verse LIFANTE VIDAL (2006, pp. 112 y ss.).

¹⁸ SUMMERS (1978) destaca las siguientes características de cómo funcionan las razones finalistas: son razones de carácter fáctico (dependen de una relación causal), están orientadas hacia el futuro y presentan un aspecto de gradualidad. Las dos primeras características implican que estas razones presuponen una relación causal que es en la que se basa la predicción. Ello puede hacernos considerar que, aunque en el futuro pueda no llegar a conseguirse el fin previsto, la razón tuviera fuerza en el momento de la toma de decisión: puede que nos encontremos ante una actuación correcta, pero que no dé el resultado previsible.

para seleccionar los actos que se llevarán a cabo en el ejercicio de la función prevista». Es al sujeto responsable al que le corresponde la determinación de la conducta debida, en eso consiste precisamente la discrecionalidad que implica el ejercicio de dichas responsabilidades. Pero eso no quiere decir que la conducta por la que el sujeto opte no pueda ser controlada¹⁹, ni que no pueda exigirse responsabilidad (ahora en sentido «retrospectivo») por su acción o inacción, más bien todo lo contrario: esta responsabilidad determina quién o quiénes (pues puede y suele haber responsabilidades compartidas²⁰) deben asumir ciertas funciones en el marco de una institución social y, por lo tanto, quiénes deberán hacerse cargo del fracaso, y en qué grado, si esas funciones no se realizan de manera adecuada. Podríamos decir entonces que son los distintos roles y funciones asignadas *ex ante* (la definición de las responsabilidades prospectivas) las que justificarían la exigencia de los distintos grados de responsabilidad retrospectiva (responsabilidad en el sentido de sancionabilidad).

Ahora bien, hay que tener en cuenta que la dinámica del cumplimiento de los deberes que implica una responsabilidad es distinta a la dinámica del cumplimiento de los deberes fijados por las normas de acción. En este último caso nos encontramos con una lógica binaria: si se ha realizado la acción debida se ha cumplido con el deber y en caso contrario se ha incumplido. Sin embargo, en el caso de los deberes vinculados a las responsabilidades la situación es distinta y opera más bien la lógica de la optimización²¹. Hay ocasiones en las que el objetivo a conseguir puede estar determinado (por ejemplo, alguien puede ser responsable de que un niño esté «bien alimentado»), de modo que –al menos en principio– admitirían un cumplimiento total (aunque hay que tener en cuenta que un cumplimiento que en abstracto puede ser completamente realizable, es posible que, en la práctica y a la luz de los recursos disponibles, solo pueda ser cumplido en cierto grado); sin embargo en la mayoría de las ocasiones nos encontraremos con objetivos que apuntan a un estado ideal que nunca puede ser completamente obtenido, sino solo por aproximación; de modo que los sujetos responsables no podrían desentenderse de su responsabilidad alegando haber cumplido completamente con ella. En estos casos el esquema de la norma no sería tanto «*X debe procurar que se produzca Y (un estado de cosas determinado)*», como «*X debe velar por Y (un fin valioso)*»²².

¹⁹ En LIFANTE VIDAL (2006) analicé las peculiaridades de la justificación de la adopción de una medida en el ejercicio de un poder discrecional, mostrando cómo dicha justificación puede ser jurídicamente controlada.

²⁰ Cfr. GOODIN (1995, pp. 100 y ss.).

²¹ Hablo de «optimización» en lugar de «maximización» pues no se trata solo de conseguir el máximo de un objetivo, sino de hacerlo afectando lo menos posible a otros bienes y valores protegidos por el sistema normativo de referencia.

²² GOODIN (1995, pp. 85-86) habla de «responsabilidades de objetivo fijo» para referirse a las primeras y de «responsabilidades de objetivo variable» [*receding-targets*] para las segundas.

Ejemplos de este segundo tipo serían la responsabilidad del concejal de medioambiente por la calidad atmosférica o la de los profesores por el aprendizaje de los alumnos. Estos fines no solo pueden lograrse en distintos grados, sino que una vez que se obtiene un determinado nivel de satisfacción de los mismos, la responsabilidad no se agota, sino que exige seguir avanzando en el logro del objetivo (podríamos decir que el objetivo a alcanzar se va desplazando). Para evaluar el grado de cumplimiento de una responsabilidad, habrá que tener en cuenta por tanto no solo el grado de cumplimiento del fin perseguido, sino también el punto de partida, los medios disponibles, etc.

4. LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO DE LAS RESPONSABILIDADES PÚBLICAS

Como ya he señalado, uno de los puntos centrales de este trabajo consiste en sostener que resulta inadecuado reducir el análisis del desempeño de las responsabilidades en general, y las relativas al ejercicio de funciones públicas en particular, a la cuestión de cuándo, según el sistema normativo, puede o debe sancionarse u obligar a indemnizar al sujeto que desempeña dicha responsabilidad. Creo que necesitamos reflexionar también sobre qué es lo que exige el buen desempeño de estas funciones públicas para poder así definir también su contrario: el incumplimiento en este ámbito. La atribución jurídica de responsabilidades retrospectivas (sanciones penales o disciplinarias, obligaciones de indemnizar...) a los servidores públicos es solo un instrumento para favorecer el buen desempeño de sus funciones, de modo que su diseño ha de estar dirigido al logro de dicho fin; fin que ha de poder definirse de manera independiente a la mera ausencia de sanciones o indemnizaciones (dicho de otro modo: el buen «servidor público» no es simplemente el que no da lugar a sanciones o indemnizaciones). Pero es que, además, la atribución de estas sanciones no es el único instrumento disponible y, aunque obviamente necesario, resulta insuficiente para lograr dicho fin²³. Necesitamos también diseños institucionales que favorezcan el cumplimiento adecuado de estas funciones, políticas que fortalezcan una cultura de la «responsabilidad», etc.

²³ GARCÍA VILLEGAS (2011) ha llevado a cabo un interesante análisis del fenómeno del incumplimiento del Derecho (en general), señalando diversos «tipos ideales» de mentalidades incumplidoras: los vivos, los rebeldes y los arrogantes (y los taimados y los déspotas que serían modalidades intermedias). Su análisis pone de manifiesto que la falta de eficacia de las sanciones es una de las deficiencias que estaría detrás de algunos de estos casos de incumplimiento (en particular en el caso de lo que considera como comportamiento de los vivos, que estarían movidos por intereses particulares y responderían por tanto a una racionalidad meramente estratégica de cálculo de costes/beneficios), pero no tanto para los otros.

Pues bien, pretendo ahora plantear algunas ideas sobre qué es lo que exigiría el «buen» desempeño de las responsabilidades atribuidas en el ejercicio de funciones públicas. Tal y como he intentado mostrar en el apartado anterior, al vincularse la regulación de las responsabilidades prospectivas a las normas de fin, lo que exige el ejercicio de una responsabilidad nunca podrá reducirse al mero cumplimiento de un catálogo cerrado de deberes predeterminados en reglas de acción. Pensemos, por ejemplo, en cómo regula la legislación española la responsabilidad en la tramitación administrativa:

«los titulares de las unidades administrativas [...] que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anomalía en la tramitación de procedimientos»²⁴.

No hay manera de traducir en abstracto y *a priori* este enunciado a un conjunto de acciones prohibidas y acciones obligatorias que agote el cumplimiento de la responsabilidad del gestor. Las medidas habrán de ser determinadas a la luz de las circunstancias de los concretos «obstáculos» que vayan apareciendo. Por supuesto esa norma se irá concretando en una serie de reglas que vayan estableciendo deberes específicos, pero eso no evitará que los «responsables del asunto» tengan que seguir prestando atención a las nuevas situaciones que se puedan plantear, y deliberar para encontrar la medida más adecuada para cumplir esos fines (ejercicio de los derechos de los interesados y respeto por los intereses legítimos) a la luz de los recursos disponibles.

De este modo, nos encontramos con que «incumplir» con lo que exige una responsabilidad puede ser, por tanto, algo distinto a incumplir un concreto deber de acción prefijado en una regla de acción²⁵. Las responsabilidades se atribuyen para conseguir ciertos fines considerados valiosos, y a su vez dichos fines han de ser perseguidos de la manera más coherente con los principios y valores subyacentes a la práctica normativa²⁶. Al mismo tiempo, ello muestra la insuficiencia de las respuestas que podemos considerar clásicas para la lucha contra el mal desempeño de las funciones públicas²⁷: el Derecho sancionatorio, penal o disciplinario (que solo podrá perseguir acciones claramente

²⁴ Artículo 20 de la Ley 39/2015, de Procedimiento administrativo común de las administraciones públicas.

²⁵ Cfr. en este mismo sentido JONAS (1995, pp. 167 y ss.).

²⁶ Sobre la distinción entre las reglas y los principios, véase ATIENZA Y RUIZ MANERO (1996). Una de las categorías que resulta interesante aquí es la de ilícitos atípicos (en particular la «desviación de poder»), que ATIENZA Y RUIZ MANERO (2000) definen precisamente como supuestos de conducta contraria no a reglas sino a principios.

²⁷ Cfr. ROLDÁN XOPA (2013).

prohibidas con anterioridad), o la redacción de catálogos de deberes muy pormenorizados (pensemos en lo que se ha traducido la «calidad» en la función docente: cumplimiento burocratizado de estándares).

Por supuesto hay muchas conductas «irresponsables» consistentes precisamente en incumplimientos de deberes de realizar una acción predeterminada en una regla, pero también hay casos que no encajarían en esta categoría: pensemos en todas las conductas que, sin violar ninguna regla de acción, pongan en peligro el bien o el fin que la responsabilidad atribuida obliga a perseguir. Así, por ejemplo, podemos considerar que incumplió con su responsabilidad el cónsul español en Boston que, tras el atentado durante el maratón de 2013, cerró la delegación «a la hora habitual»: dos horas después del atentado²⁸.

Como hemos visto, la atribución de responsabilidades vinculadas al ejercicio de funciones públicas suele conllevar la atribución de poderes discrecionales que requerirán deliberación por parte del sujeto responsable para determinar la medida a adoptar y que habrá de ser aquella que, a la luz de las circunstancias del caso, maximice los fines y valores a desarrollar. Es decir, entre las razones que han de operar para tomar la decisión nos encontramos con razones finalistas, de modo que hemos de tener en cuenta las peculiaridades con las que éstas operan. Siguiendo a Summers (1978), podemos decir que son razones de carácter fáctico (dependen de una relación causal), están orientadas hacia el futuro y presentan un aspecto de gradualidad. Las dos primeras características implican que estas razones presuponen una relación causal que es en la que se basa la predicción. Ello puede hacernos considerar que, aunque en el momento de la toma de decisión, una razón finalista podía tener efectivamente mucha fuerza a favor de una determinada actuación, es posible que finalmente resulte que dicha actuación no consiga de hecho dar lugar al fin previsto (o en la medida prevista): es decir, puede que nos encontremos ante una actuación que desde la perspectiva *ex ante* aparecía como adecuada, pero que (por hechos imprevisibles o circunstancias imposibles de conocer en el momento de actuar) no dé lugar al resultado previsible. En este sentido, a la hora de evaluar el cumplimiento de una responsabilidad podemos distinguir dos dimensiones: una objetiva, centrada en los resultados obtenidos; y otra subjetiva, centrada en el cumplimiento de los deberes por parte del sujeto y que dependerá de la calidad de la deliberación que le lleva a adoptar una concreta medida y que es la que justificará la realización de reproches personales al sujeto. Ahora me voy a centrar precisamente en esta segunda dimensión.

Antes hemos comentado que los juicios de atribución de responsabilidad en el ámbito de la práctica jurídica cumplían al mismo tiempo una función deóntica o regulativa (de atribución de deberes u otras posiciones jurídicas) y una función constitutiva (atribución de *status*

²⁸ http://internacional.elpais.com/internacional/2013/04/16/actualidad/1366117225_762812.html

en el marco de la institución). Pues bien, ahora se trata de recordar que también pueden cumplir una importante función evaluativa. Decir que alguien actuó responsablemente en una determinada ocasión implica llevar a cabo un juicio valorativo positivo frente a dicha acción, juicio que se realiza a la luz de los valores de la práctica normativa en la que nos encontremos. Solemos decir que una «persona responsable» es aquella que pone cuidado y atención en lo que hace, y que dicha atención ha de estar encaminada precisamente a preocuparse por las consecuencias de sus acciones, ha de procurar obtener las «mejores» consecuencias. Ahora bien, la preferencia de unas posibles consecuencias sobre otras (su consideración como mejores o peores) dependerá precisamente de los fines o valores que el sujeto responsable haya de perseguir en el caso en cuestión.

El desempeño adecuado de las responsabilidades públicas, aquellas encomendadas en el marco de una práctica normativa a ciertos sujetos para que procuren la consecución de objetivos en beneficio de intereses generales, exigirá que las acciones del sujeto resulten coherentes con los fines y valores que pretende desarrollar la institución en la que se incardina la concreta función objeto de responsabilidad. Se trata de actuaciones que han de gestionar no intereses propios del sujeto que actúa, sino intereses ajenos (en particular, intereses generales)²⁹, por lo que el concepto de representación puede resultar-nos aquí de utilidad: el deber del representante se define atendiendo precisamente a la maximización de los intereses de aquello que se representa y que puede ser no solo uno o varios individuos, sino también una institución, o intereses colectivos³⁰. En este sentido, los fines a perseguir y los valores por los que velar, le vienen –por así decir– impuestos al sujeto que ostenta la responsabilidad al que se le exigirá «lealtad» a los mismos.

5. CUATRO TIPOS DE INCUMPLIMIENTOS: CORRUPCIÓN, FORMALISMO, DESIDIA E INCOMPETENCIA

Pasemos ahora a analizar las distintas maneras en que alguien puede incumplir las responsabilidades públicas que tenga encomendadas. Hemos visto que el correcto desempeño de una responsabilidad exige prestar atención a los fines y valores por los que el sujeto ha de velar en el desempeño de su función, adoptando la medida más ade-

²⁹ Por supuesto también podemos encontrarnos con gestores de intereses ajenos pero privados; muchas de las cosas que aquí señalaré serán aplicables también a estos supuestos.

³⁰ En un trabajo anterior (LIFANTE VIDAL, 2009) me ocupé de caracterizar tres tipos de representación práctica: la representación individual, la colectiva y la institucional; y defendí que la relación representativa implica siempre la obligación de actuar «en interés de» los representados.

cuada para optimizar esos fines a la luz de las circunstancias del caso concreto. Pues bien, dependiendo de cuáles de esas exigencias se desatiendan, podemos distinguir varios tipos de incumplimiento de una responsabilidad³¹: 1) aquellos casos en los que el sujeto actúa persiguiendo fines distintos a aquéllos por los que ha de velar en el desempeño de su función pública (serían supuestos de «deslealtad» con los principios expresivos de los fines que han de regir su actuación); 2) aquellos casos en los que solo se persiguen algunos de esos fines, desentendiéndose del resto (serían supuestos de compartimentación o deficiente integridad o coherencia entre los diferentes principios por los que el sujeto ha de velar en su actuación); 3) aquellos casos en los que el sujeto no presta la debida atención a la determinación de la medida adecuada para la consecución de los fines por los que ha de velar (serían supuestos de desidia o falta de voluntad); y 4) aquellos casos en los que el sujeto selecciona, por incompetencia, medios inadecuados para la persecución de los fines encomendados. Obviamente esta tipología no pretende ser una clasificación exhaustiva ni excluyente, sino que la misma representaría algo así como «tipos ideales» de incumplimiento; en la práctica una misma actuación podrá –y posiblemente con frecuencia– ser subsumible al mismo tiempo en varias de estas categorías. Ahora bien, pese a ello creo que esta clasificación puede ayudarnos a pensar sobre los mecanismos de prevención de dichos incumplimientos, dado que cada uno de ellos estaría típicamente conectado con alguno de los grandes males de la actuación al servicio de los intereses públicos: la corrupción, el formalismo, la desidia y la incompetencia.

El primer supuesto sería aquel en el que el sujeto que ostenta la responsabilidad no actúa de acuerdo con los principios (fines o valores) a los que debe lealtad: la medida adoptada por el sujeto no persigue promover los fines y valores que han de guiar el ejercicio de su función. Recordemos que el servidor público no gestiona sus propios intereses, sino intereses públicos definidos normativamente, y es por éstos por los que ha de velar en su actuación. En este sentido incumpliría su responsabilidad quien no actuara guiado por la defensa de los intereses públicos, sino por sus propios intereses o por otros intereses particulares. La mayoría de casos que usualmente consideramos como «corrupción» se incardinarían en estos supuestos de deslealtad a los principios que han de regir la actuación del servidor público. No es fácil ofrecer una definición omnicomprendensiva para todo aquello que calificamos como corrupción, pero creo que la clave se encuentra precisamente en la sustitución de los intereses por los que un sujeto ha de

³¹ Esta clasificación está inspirada en los tres modos de actuar irresponsablemente señalados por DWORKIN (2014, pp. 135 y ss.): la falta de sinceridad o compromiso con los principios; la desconexión entre los principios abstractos aceptados y las acciones realizadas; y la esquizofrenia moral o compartimentación entre los distintos principios.

velar en función de su cargo por otros intereses particulares (sean propios o ajenos). El caso paradigmático de conducta corrupta de un servidor público sería el que utiliza su cargo para enriquecerse, o para favorecer a amigos o allegados. Aquí nos encontramos desde los casos considerados como «corrupción de alta intensidad», como el amaño de una contratación pública a cambio de una comisión para uno mismo o para su partido político (o para ambos); hasta los casos que suelen calificarse como «corrupción de baja intensidad», como el de un profesor que aprueba al hijo de un colega para mantener una cómoda relación laboral, o el del médico que receta una determinada marca de medicamentos no por sus cualidades sino por las ventajas que le ofrece el correspondiente visitador médico. Pero alguien podría también apartarse de los fines a los que ha de servir no por razones basadas en el interés (conseguir un beneficio indebido), sino por adhesión a otros principios distintos a los que el Derecho establece para su ámbito de actuación; de modo que sería su compromiso con esos principios o valores ajenos a los impuestos por el Derecho los que le llevarían a apartarse de la maximización de los fines que ha de perseguir en cumplimiento de su responsabilidad³². Estos casos quizás ya no los calificaríamos como «corrupción», pero serían igualmente supuestos de incumplimiento de una responsabilidad pública por deslealtad a los fines y valores que se han de perseguir.

El segundo supuesto de incumplimiento sería el de aquellos casos en los que solo se persiguen algunos de los diferentes fines por los que se ha de velar en el ejercicio de una función, desentendiéndose del resto; serían por tanto supuestos en los que se produce una compartimentación o deficiente integridad o coherencia entre los diferentes principios que han de regir la actuación del sujeto. Normalmente en el desempeño de cualquier función pública, el sujeto no solo ha de velar por un fin o valor determinado, sino por varios al mismo tiempo; de modo que este sujeto debe lealtad a distintos principios que pueden entrar en colisión entre sí. La actuación responsable implicará llevar a cabo la necesaria deliberación para determinar qué concepción o especificación de esos principios es la que resulta más coherente con el conjunto de los valores; por el contrario, la actuación irresponsable será la de quien no lleva a cabo esta tarea de integración de los distintos principios relevantes. Puede que el sujeto no lo intente en absoluto (por pura pereza) y opte por uno de ellos sin tomar el otro en cuenta; o que lo intente pero lo haga de manera deficiente porque no encuentre una concepción y especificación de esos principios que resulte cohe-

³² En este punto vuelvo a traer a colación el análisis del fenómeno del incumplimiento del Derecho de GARCÍA VILLEGAS (2011), donde se distinguen tres «tipos ideales» de mentalidades incumplidoras del Derecho: la viveza (el incumplimiento para maximizar el interés propio), la rebeldía (incumplimiento para defenderse de normas consideradas ilegítimas); y la arrogancia (incumplimiento por considerar que hay valores que prevalecen a los impuestos por las normas).

rente con todos ellos y que pueda aceptar, optando entonces por una «compartimentación» de la vigencia de esos principios sin encontrar una justificación para la misma. Para actuar responsablemente es necesario, por tanto, ser también diligente y perseverante (prestar aplicación, celo y esfuerzo). Creo que esta compartimentación sería la que está detrás de muchas de las actuaciones que consideraríamos ejemplos de conducta «formalista», en las que el sujeto se preocupa solo de uno de los principios que han de regir su actuación (la seguridad jurídica), olvidando los otros y no intentando buscar una concepción del mismo que lo haga compatible con los otros principios a los que también debe lealtad³³. Pensemos, por ejemplo, en un burócrata que se empeña en aplicar rigurosamente un procedimiento, diseñado a partir de unas determinadas situaciones típicas, a otras situaciones claramente distintas a aquéllas, sin llevar a cabo la necesaria adaptación. Otro caso paradigmático de conducta «burócrata» (en el sentido peyorativo del término³⁴) sería el de quien antepone las formalidades más nimias a la consecución de cualquier objetivo valioso del procedimiento. Por supuesto, los diseños institucionales resultan relevantes para potenciar o minimizar estas conductas; así, por ejemplo, cuando las competencias entre los distintos órganos están muy compartimentadas, se propicia que los funcionarios pierdan de vista el proceso en su conjunto y los fines al servicio de los cuales dichos procesos están diseñados.

El tercer tipo de incumplimiento se daría cuando el sujeto no presta la debida atención a la determinación de la medida adecuada para la consecución de los fines por los que ha de velar. Ya no se trata de los casos en que un sujeto presta atención a las consecuencias de sus acciones, pero lo hace a la luz de principios distintos a los que debe lealtad por su cargo o solo fijándose en alguno de ellos; sino de aquellos otros casos en los que el sujeto se despreocupa de su responsabilidad a la hora de definir cuál debería ser su actuación (aquella que optimiza los fines y valores por los que ha de velar), por desidia o cesión frente a influencias externas. En el marco de instituciones jerárquicamente estructuradas (en las que los distintos roles desempeñados definen de manera muy señalada relaciones de autoridad, coordinación o vigilancia entre distintos sujetos) es usual que se acaben

³³ También los supuestos que –desde el otro extremo– suelen calificarse como «activismo» pueden ser vistos como ejemplos de esta «compartimentación» de los principios (en este caso por dejar fuera de la ponderación al valor de la seguridad jurídica). En el texto me refiero fundamentalmente a las conductas formalistas porque, en el ámbito de los servidores públicos o funcionarios en general, éstas suelen ser un tipo de conductas «irresponsables» mucho más generalizadas.

³⁴ Muchos de estos casos se incardinarían en los supuestos de anomia que Merton caracterizaba como conducta ritualista, en los que se abandonan los objetivos y se respetan casi de manera compulsiva los medios institucionales (MERTON, 2002, pp. 229 y ss.). Por otro lado, algunas de estas conductas pueden ser difícilmente distinguibles de las conductas «acomodaticias» a las que a continuación haré referencia.

diseñando de manera informal procedimientos y códigos de conducta que conforman el tipo de acciones que un sujeto puede emprender, y que la actuación fuera de este contexto pueda implicar cierto coste para un sujeto³⁵ (no promoción, pérdida de prestigio, o simple incomodidad en la institución); de modo que estos factores motivan a los individuos a someterse, generando cierto grado de servilismo, cierta inercia acomodaticia que hace que el sujeto abandone su responsabilidad, es decir, que no actúe de acuerdo con lo que considera la mejor manera de desempeñar las funciones que tiene encomendadas a la luz de los principios y valores a los que debe adhesión, sino que opte por realizar (por acción u omisión) lo que en términos personales le va a resultar más cómodo. Pensemos en el funcionario que sospecha de la irregularidad de una contratación, pero que ante las posibles consecuencias lesivas que se derivarían de una posible actuación por su parte, y ante las dificultades de que una hipotética denuncia salga adelante, decidir mirar hacia otro lado³⁶; o el profesor de una universidad pública que decide no oponerse públicamente a un plan de estudios que considera nefasto. Estos supuestos de desidia, a los que podríamos llamar genéricamente «conductas acomodaticias», nos muestran que la actuación responsable no exige solo lealtad a los principios, sino también otras virtudes –como la valentía o la autonomía intelectual– para llevar a la práctica aquello que se cree justificado. Y, por supuesto, muestran también la gran relevancia que posee contar con diseños institucionales apropiados que no acaben generando desmotivación y desidia por parte de los servidores públicos³⁷.

Por último, nos encontramos con aquellos casos en los que el sujeto selecciona medios que resultan inadecuados para la persecución de los fines encomendados. Aunque un sujeto se preocupe efectivamente por los fines por los que ha de velar en el desempeño de su cargo, es posible que se equivoque en su opción y adopte una medida inadecuada para la persecución de dichos fines: la actuación a la que su deliberación le conduce no es la que objetivamente sirve mejor a los intereses por los que ha de velar. Se trata de un tipo de incumplimiento

³⁵ Cfr. IGLESIAS VILLA, 2003, p. 14.

³⁶ Así, p. ej., en un reciente libro, CARLES RAMIÓ (2016) sostiene que aunque la administración pública española sigue estando mayoritariamente al margen de la corrupción, la dimensión adquirida por la corrupción política se debe en gran parte a un endeble diseño institucional de la administración, que dificulta la tarea de control que los funcionarios deberían llevar a cabo sobre las actuaciones de los políticos.

³⁷ También GARCÍA VILLEGAS (2011, p. 175) hace referencia a que gran parte del comportamiento cumplidor (o incumplidor) se explica en términos de «*habitus*» (utilizando la terminología de Bourdieu). El sujeto incumplidor no siempre –señala este autor– responde a una racionalidad bien sea valorativa o instrumental. Hay que tener en cuenta que muchas veces operan otras normas (no jurídicas) a las que el sujeto se adhiere no necesariamente por interés o por convicción, sino por la acción de este «*habitus*» que tiene algo de irreflexivo y por lo tanto de abandono de lo que la responsabilidad exigiría: prestar atención a la situación y preocuparse por la consecución de los fines perseguidos.

debido a lo que podemos considerar como incompetencia del sujeto para desempeñar adecuadamente su función. En este sentido, hemos de ser conscientes de que para el óptimo desempeño de una función pública se requiere no solo lealtad a los fines institucionales y preocupación y celo en el desempeño del cargo, sino también poseer ciertas capacidades intelectuales y otras virtudes como la *phronesis* o sabiduría práctica, apertura de mente, etc.

Hemos visto que algunos casos de mal desempeño de una responsabilidad pública tienen que ver con que la actuación del sujeto no vela por aquellos intereses a los que ha de servir (sustituyéndolos por otros, u ocupándose solo de algunos de ellos), mientras que otros se explican por la desidia o falta de capacidad del sujeto para desempeñar adecuadamente sus funciones. Las estrategias para luchar contra cada uno de estos incumplimientos han de ser distintas. Por supuesto hace falta la atribución de responsabilidades retrospectivas (sanciones u obligaciones de indemnizar), quizás también distintas según los casos, pero junto a ello necesitamos diseños institucionales que dificulten estas conductas y promuevan en este ámbito público la realización de las conductas adecuadas. La mayoría de esfuerzos para conseguir un buen desempeño de las funciones públicas se dirigen a intentar que las actuaciones de los servidores públicos no estén motivadas por intereses espurios, minimizando los casos de corrupción. Muchas de las medidas que hoy se reclaman van precisamente en esa línea; se trata de prevenir posibles conflictos de intereses (a través del régimen de incompatibilidades, del control de «puertas giratorias», de una máxima publicidad de las actuaciones de las administraciones públicas...). Pero quizás necesitemos diseñar también estrategias que minimicen los otros tipos de comportamientos irresponsables (el formalismo, la desidia o la incompetencia) y, en este sentido, creo que un primer –aunque modesto– paso es precisamente sacarlas a la luz como tales conductas contrarias a lo que el Derecho exige, que no puede ser otra cosa que un desempeño «responsable» de las funciones públicas.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (1996): *Las piezas del Derecho*, Barcelona, Ariel.
- (2000) *Ilícitos atípicos*, Trotta, Madrid.
- BAYÓN, J. C. (1989): «Causalidad, consecuencialismo y dentologismo», en *Doxa*, 6, pp. 461-500.
- CANE, P. (2002): *Responsibility in Law and Morals*, Hart Publishing, Oxford.
- DWORKIN, R. (2014): *Justicia para erizos*, trad. H. Pons, Fondo de Cultura Económica, México.
- FIGUEROA RUBIO, S. J. (2015): *Adscribir y reaccionar. Una concepción interpersonal sobre responsabilidad*. Tesis doctoral. Universitat de Girona.

- GARCÍA AMADO, J. A. (2012): «Responsabilidad jurídica», en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 1, pp. 125-132.
- GARCÍA VILLEGAS, M. (2011): «Ineficacia del Derecho e incumplimiento de reglas en América Latina», en C. Rodríguez Garavito (coord.), *El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento del siglo XXI*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, pp. 161-184.
- GARZÓN VALDÉS, E. (1996): «El enunciado de responsabilidad», *Doxa*, 19, pp. 259-286.
- GONZÁLEZ LAGIER, D. (1997): «Cómo hacer cosas con acciones», en *Doxa*, 20, pp. 157-175.
- GOODIN, R. E. (1995). *Utilitarianism as a Public Philosophy*, Cambridge University Press.
- HART, H. L. A. (1968). *Punishment and Responsibility*, Clarendon Press, Oxford.
- IGLESIAS VILA, M. (2003). «Violencia ambiental, liberalismo y responsabilidad», *SELA Papers*, Paper 21: http://digitalcommons.law.yale.edu/ypls_sela/21
- JONAS, H. (1995). *El principio de responsabilidad*, trad. J. M. Fernández Retenaga, Herder, Barcelona.
- LARRAÑAGA, P. (2000): *El concepto de responsabilidad*, Fontamara, México.
- (2001): «Responsabilidad de rol y directrices», en *Doxa*, 24, pp. 559-579.
- LIFANTE VIDAL, I. (2006). «Poderes discrecionales», en A. García Figueroa (ed.), *Racionalidad y Derecho*, CEPC, Madrid, pp. 107-132.
- (2009): «Sobre el concepto de representación», en *Doxa*, 32, pp. 497-524.
- MERTON, R. K. (2002): *Teoría y estructura sociales*, trad. F. M. Torner y R. Borques, Fondo de Cultura Económica, México.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F. (2000): «Presupuestos de la responsabilidad jurídica», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Madrid*, 4: Pantaleón, F. (ed.), *La responsabilidad en el Derecho*, pp. 57-137.
- MUGUERZA, J. (1991): «Kant y el sueño de la razón», en C. Thiebaut (ed.), *La herencia ética de la Ilustración*, Crítica, Barcelona, pp. 9-36.
- RAMÍO, C. (2016): *La renovación de la función pública*, Catarata, Madrid.
- ROLDÁN XOPA, J. (2013): *La rendición de cuentas y responsabilidad por actividad discrecional y omisión*, CIDE, México.
- ROSS, A. (1975): *On Guilt, Responsibility and Punishment*, University of California Press, Berkeley.
- SANZ ENCINAR, A. (2000): «El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del Derecho», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Madrid*, 4: Pantaleón, F. (ed.), *La responsabilidad en el Derecho*, pp. 27-55.
- SUMMERS, R. (1978): «Two Types of Substantive Reasons: the Core of a Theory of Common-Law Justification», en *Cornell Law Review*, vol. 63, 5, pp. 707-778.
- VILLORIA, M. (2012): «Integridad», en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 1, pp. 107-113.
- WEBER, M. (1981). *El político y el científico*, trad. F. Rubio Llorente, Alianza Editorial, Madrid, 7.ª ed.

Fecha de recepción: 31/03/2016. Fecha de aceptación: 31/10/2016.

El concepto kantiano del derecho: una revisión krausista

*The kantian concept of law: a krausist review*¹

Por DELIA MANZANERO
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

RESUMEN

Una considerable nómina de autores krausistas combatieron el concepto formalista del Derecho de Kant, que consideraban deficiente, en tanto en cuanto se trataba de un derecho puramente exterior, sin contenido en sí. Estas revisiones krausistas tienen lugar durante un período en el que había predominado un cierto consenso positivista –a menudo acrítico– en el pensamiento jurídico, al menos en lo que se refiere a la jurisprudencia española y anglo-americana. A esta doctrina se opone el krausismo español con argumentos filosófico-jurídicos, sirviéndose de esta corriente como principal interlocutora, y utilizándola como contrapunto para exponer su propio concepto del Derecho, que se presenta desde una perspectiva más realista, sustantiva y objetiva que la ética kantiana, y que se encuentra en mayor sintonía con las concepciones actuales de la Ética y de la Filosofía del Derecho.

Palabras clave: *Kant, positivismo, coacción, krausismo, derecho.*

¹ Esta investigación se inscribe dentro de una Ayuda Juan de la Cierva - Formación Posdoctoral adscrita a la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid y financiada por el Ministerio de Economía y Competitividad (FPDI-2013-17242). Asimismo, esta investigación se realiza en el marco del proyecto de investigación de la Universidad Pontificia de Comillas: «Krause y el krausismo del sexenio democrático» (Proyecto de investigación I+D+i: HAR2016-79448-P, 2016-2019), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

ABSTRACT

A considerable list of Krausist authors fought the formalist notion of Kant's Law, which they considered poor, as long as it was purely outer law, without actual content of substantive ends. These Krausist reviews take place during a period in which, at least as far as Spanish and Anglo-American jurisprudence was concerned, an often uncritical positivist consensus predominated in jurisprudential thought. Spanish Krausism opposes with philosophical and legal arguments to this doctrine, using this stream as its main interlocutor, and using it as a counterpoint to expose its own concept of Law, which arises from a more realistic, substantive and objective perspective than Kantian ethics, and which is more in tune with current conceptions of Ethics and Philosophy of Law.

Key words: *Kant, Positivism, coercion, Krausism, law.*

SUMARIO: 1. LEGALIDAD Y MORALIDAD EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE KANT.—2. LA CRÍTICA AL CONCEPTO FORMALISTA KANTIANO DEL DERECHO: a) *La abstracción viciosa del formalismo kantiano vs la ciencia ética material del bien y de los bienes del krausismo.* b) *La manifestación abstracta de la voluntad versus el punto de partida krausista: la deducción general ética del derecho.* c) *Revisión de la supuesta heteronomía del derecho del formalismo individualista kantiano.*

SUMMARY: 1. LEGALITY AND MORALITY IN THE LEGAL PHILOSOPHY OF KANT.—2. CRITICISM OF THE KANTIAN FORMALIST CONCEPT OF LAW. a) *The vicious abstraction of Kantian formalism vs. ethical material science of good and goods of Krausism.* b) *The abstract expression of the will versus the krausist starting point: the general deduction ethics law.* c) *Review of the supposed heteronomy of law of Kant's individualistic formalism.*

1. LEGALIDAD Y MORALIDAD EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE KANT

Consideramos oportuno iniciar esta disertación sobre la filosofía práctica de Kant con la explicación de su concepto de derecho, por tratarse de una versión de la cuestión acerca de la relación entre Derecho y Moral que ha tenido mayor influencia, tanto desde el punto de vista de la historia del problema, cuanto por lo que respecta a la historia del uso del lenguaje; si bien, nuestro principal interés en traer a colación esta doctrina radica en que su filosofía práctica supone un

contrapunto de referencia a la doctrina de Krause, que puede ser de gran utilidad para exponer la postura de Francisco Giner y de otros eminentes krausistas españoles, como por ejemplo, en su definición del Derecho como un orden de condicionalidad donde ya se aprecian los primeros puntos de desencuentro entre la doctrina kantiana y la krausista:

«Ya Ahrens advierte que “Kant fue el primero que introdujo el término importante y preciso de la condición en la noción del Derecho, pero este término fue casi abandonado por sus sucesores, que no comprendieron su fecundidad, o que como los jurisconsultos no tenían en consideración más que el sentido estricto en que se toma la mayor parte de las veces en el derecho positivo. El mismo Kant, por otra parte, había hecho abstracción del orden de bien y de cultura y colocado el fin del derecho en la conservación de la libertad subjetiva. Es Krause quien, partiendo de la idea del orden divino, organizado con necesidad en la naturaleza y organizado libremente en el mundo moral y social, concibió el principio de condición en su sentido completo como el término característico para expresar las relaciones orgánicas de determinación, de acción e influencia recíprocas, en las que existe y se desenvuelve también todo en el mundo moral y social”» (Rivacoba, 1963: 59).

Kant distingue entre Legalidad (*Legalität*) y Moralidad (*Moralität*). Su diferencia radica en que, mientras que la legislación jurídica se dirige al comportamiento externo, por su parte, la legislación ética rige el comportamiento interno². De acuerdo con esta distinción entre un *forum externum* y un *forum internum*, Kant afirma que para el cumplimiento de los deberes jurídicos basta la «legalidad» del actuar, *obrar conforme al deber*, esto es, la obediencia externa del mandato aunque se disienta interiormente; mientras que el cumplimiento de los deberes de la virtud requiere la «moralidad» de la convicción, esto es, *obrar por estímulo del deber mismo* o, lo que es lo mismo, el respeto a la ley. Así lo expresa Kant en sus *Principios Metafísicos del Derecho*:

«La conformidad o la no conformidad pura y simple de una acción con la ley, sin tener en cuenta sus motivos, se llama *legalidad* o *ilegalidad*. Pero esta conformidad, en la cual la Idea del deber deducida de la ley es al mismo tiempo un móvil de acción, es la *moralidad* de la acción» (Kant, 1873: 25).

La tesis de la distinción del Derecho y la Moral que da predominio a la esfera de lo inmanente obtuvo una sólida fundamentación legal, que hoy en día conserva la validez y poder de convicción, sobre todo, la tesis de que el poder público no sólo está sujeto al derecho natural,

² Dicha relación entre Derecho y Moral en la filosofía práctica de Kant se sutiliza y atenúa en el artículo «*Aequitas*, la divinidad muda: en torno a la referencia equívoca de la virtud en la filosofía práctica kantiana» de Vázquez-Romero (2013: 97-111).

sino a sus propias leyes positivas (un claro antecedente del Estado de Derecho democrático), y la tesis de que el derecho positivo no debe tomar en consideración la acción moral, sino sólo aquellas que inmediatamente afecten al bien común. En efecto, esto es así, pues el Derecho en términos generales no tiene en cuenta la motivación; tan sólo se produce alguna referencia a la intencionalidad en los supuestos de incumplimiento de la norma, por ejemplo, en materia de Derecho Penal, donde sí se estiman los motivos y el grado de voluntariedad en la violación del Derecho para poder atemperar el grado de culpabilidad del delincuente. Pero esto es algo casi excepcional, porque cuando la norma es obedecida y cumplida, el Derecho se da por conforme con la pura legalidad exterior y no nos exige ningún tipo de adhesión interior a esa norma. Por lo tanto, puede afirmarse que la distinción kantiana sirvió de precedente a ciertos enfoques modernos sobre la relación entre Derecho y Moralidad, en particular, a la visión ilustrada de que el derecho positivo debe garantizar la libertad individual respecto a la intromisión del Estado y no debe interferir en la libertad de conciencia, lo cual constituyó una contribución muy significativa al desarrollo de las ideas democráticas y la afirmación del principio de la soberanía popular.

Según esta doctrina, la conducta interna (cuestiones de conciencia) estaría sometida exclusivamente al imperio de la Moral mientras que los comportamientos externos estarían regulados por el Derecho. La finalidad de dicha construcción doctrinal, tal y como exponen Kant y Fichte, fue delimitar el ámbito de actuación del poder político sustrayendo de la competencia del mismo las cuestiones de conciencia. Se ponía así un límite al absolutismo y se aseguraba la libertad de conciencia de los individuos. No podemos olvidar que Kant fue uno de los teóricos más significativos del Estado de Derecho y, sobre este trasfondo, debe ser entendida su respuesta acerca de la relación entre Derecho y Moral. Así lo presenta un distinguido jurista krausista, como fue Adolfo Posada, quien hace la siguiente valoración de este concepto del Derecho kantiano:

«El Estado, para Kant, viene a ser verdadera institución para el derecho. “Una ciudad (*civitas*) es la reunión de un número mayor o menor de hombres bajo leyes jurídicas”; se funda el Estado en la naturaleza racional del hombre, que exige en éste un *poder* respetado, individual, para determinarse libremente, sin límite alguno exterior, a no ser la exigencia que para lo mismo tienen los demás hombres. Con el objeto de garantir, por medio de una coacción posible, la *coexistencia* de las libertades individuales (el derecho), existe y se organiza el Estado dependientes el concepto y el fin del Estado, de la idea del derecho, y concebido éste como norma de la vida social exterior, que se hace eficaz por la fuerza encaminada a afirmar la coexistencia y armonía de las libertades individuales, el Estado se reduce a ser órgano de derecho con la misión de prestar las garantías necesarias que hagan posibles y mantengan la coexistencia armónica de aquellas libertades» (Posada, 1915: 140).

Es un gran mérito de Kant esta distinción entre Derecho y Moral, tal y como hace ver Adolfo Posada, pues con ella se consiguió sustraer del campo del derecho las cuestiones que afectan a la vida privada de los individuos y es justo reconocer que este logro haya pasado a la historia como *toda una conquista civilizatoria* (Atienza, 2007 y 2003: 91-92). Sin embargo, uno de los problemas que los krausistas plantean a la filosofía kantiana es que, en rigor, no puede hablarse propiamente de una moralidad de las acciones, sino más bien de legalidad (o no legalidad) de las acciones. El conformarse a la legalidad no produce necesariamente la moralidad; en efecto, el sujeto puede conformarse a la legalidad por temor a castigos que puedan sobrevenir si hay infracciones a la ley, o por la esperanza de recompensas si obedece la ley. En la filosofía práctica kantiana, parece que puede haber legalidad sin moralidad y, a la inversa, moralidad sin legalidad, lo cual lleva a considerar que la legalidad y moralidad son completamente independientes entre sí.

En ocasiones, Kant parece subrayar esta independencia al máximo, con el fin de poner de relieve la pureza de la ley moral de toda coacción o fuente externa. Así lo expresa Heinrich Ahrens, quien se refiere a esta doctrina kantiana como aquella en que la *moralidad* es definida como el «modo de obrar en que el hombre realiza el bien *pura y absolutamente por el bien mismo*». En esta cita, Ahrens atribuye el mérito a Kant de reconocer la incondicionalidad y pureza del principio moral, si bien, subraya que su concepción fue insuficiente al suponer que el verdadero fundamento de la moralidad era un «mero precepto de la conciencia, («imperativo categórico»), sin ulterior explicación posible» (Ahrens, 1878-1880: 35).

Quizá la objeción más certera que los krausistas hacen al empeño kantiano de desligar al máximo legalidad y moralidad, es que esa autonomía de la moral plantea graves problemas prácticos: esta independencia puede llevar a concebir, por un lado, un sujeto cuyas intenciones morales sean puras pero que constantemente rompa las normas de la legalidad y, por otro lado, otro sujeto cuya acción sea conforme a la legalidad pero sólo lo haga por temor al castigo o por conseguir una recompensa. Así es como Kant llegó a dar con fórmulas tan arriesgadas y próximas a Hobbes, como la que expresaba que el Derecho es una máquina de control tan válido para hombres como para diablos. A este problema de la doctrina kantiana es al que Giner dirigió una de sus más contundentes objeciones:

«El liberalismo moderno, último momento de la superstición legalista, había llevado al exceso su fe en la virtud de las garantías exteriores mecánicas. Ha querido prevenirlo todo, regularlo todo, no dejar nada al azar de lo arbitrario de los gobiernos, de los funcionarios, de los jueces, de los que antes se había sufrido tanto; y después que los códigos políticos, civiles, penales, procesales y tantos otros lo habían ordenado todo de un modo racional, que ligaba y compelia sólidamente a todo el mundo obligaciones pre-

cisas, ha reposado creyendo de esta suerte haber asegurado para siempre el imperio normal del derecho. Kant mismo, ¿no había desterrado del derecho el motivo, y no había así soñado una vida jurídica posible para un pueblo moralmente perverso? y descendiendo hasta antes de esas alturas, ¿no había sido impotente para abrir los ojos de los doctrinarios que salían del poder jactándose de no haber infringido nunca un solo precepto de la Carta!» (Giner, 1932a: 38).

Esta concepción, basada en atribuir al Estado un fin estrictamente jurídico, constituye un rasgo característico del mundo moderno: «La concepción elaborase a partir esencialmente de Grocio, bajo el influjo: 1.º, de la idea abstracta, formalista y material del derecho; 2.º, de la exaltación del individuo frente a los poderes políticos personales; 3.º, de la hipótesis del Estado de naturaleza, y 4.º, de la doctrina del pacto social. Un estudio del proceso de esta concepción encontrará antecedentes capitales en Rousseau, y desarrollos capitales en Kant» (Posada, 1915: 139-140). De ahí que se haya afirmado que los racionalistas ilustrados anticiparon, con sus modernos métodos y enfoques de la teoría del Estado, algunas innovaciones que se desarrollarían ampliamente en el siglo XIX, doctrina que, sin duda, será compartida y desarrollada de modo crítico por la filosofía jurídica krausista.

Sin embargo, es fácil ver que, a partir de esta doctrina kantiana, bastaron sólo un par de pasos para llegar al positivismo jurídico y, con ello, a la tesis positivista de la separación del Derecho y la Moral. Fue la Escuela racionalista de Derecho natural en el siglo XVIII la que, bajo la preocupación primordial de la defensa de la libertad religiosa, insistió en la necesidad de diferenciar, e incluso de separar, la órbita de lo jurídico y la órbita de lo moral. La Moral sería pues intangible para el Derecho y en ella se alojaría íntegra la libertad religiosa. Poco después sería cuando, desde presupuestos empiristas, se haría también un esfuerzo de separación del derecho de la moralidad con juristas como Jeremy Bentham y la «Escuela anglosajona Analítica de Jurisprudencia» fundada por el jurista inglés John Austin. Sin embargo, junto con la finalidad práctica de separar Derecho y Moral para delimitar sus ámbitos y garantizar la libertad de conciencia y, con ella, la libertad política, operó después la pretensión del positivismo –con el nuevo aliento positivista de Bentham y Austin– de insistir en la separación entre ambos órdenes normativos de un modo más tajante.

La derivación hacia un positivismo más radical tuvo pues como origen la doctrina kantiana de la separación del Derecho y la Moral. Pero aquí, el motivo no fue de signo práctico sino fundamentalmente teórico: respondió a la necesidad de distinguir, por razones metodológicas y científicas, el derecho que *es* y el derecho que *debe ser*, y de definir el derecho como un orden fundamentalmente coactivo, basado

en la emisión de órdenes respaldadas por amenazas que generalmente son cumplidas en casos de desobediencia.

«el objetivo de mi intento de determinar el área de la jurisprudencia es: distinguir el derecho positivo, materia propia de la jurisprudencia, de los diversos objetos con los que se relaciona por semejanza, y con los que se haya relacionado, cercana o remotamente, por un fuerte o delgada analogía: ahora voy a exponer los elementos esenciales de la *ley* o *norma* (tomadas con la más amplia significación que se le puede dar a la expresión *propriamente*). Toda *ley* o *norma* (tomadas con la más amplia significación que se le puede dar a la expresión *propriamente*) es un mandato. O, más bien, las *leyes* o *normas*, propiamente dichas, son una especie de mandatos» (Austin, 2008: 56)³.

El Derecho, tal y como es descrito por Austin, consiste en el cumplimiento externo de mandatos (aunque se disienta internamente), dándose así cumplida cuenta de esta visión del Derecho como un orden exclusivamente heterónomo, procedente de una voluntad exterior, diferente del sujeto al cual dicha norma obliga, de una autoridad investida de poder coactivo con capacidad para imponer sanciones por la fuerza al infractor de las normas, algo que ya estaba presente en Kant:

«el derecho –dice Kant– no tiene absolutamente por objeto más que lo que concierne a los actos exteriores, el derecho estricto, aquel en que no se mezcla nada propio de la moral, es el que no exige más que principios exteriores de determinación para el arbitrio; porque en este caso es puro y sin mezcla de precepto alguno moral. Solamente, pues, el derecho puramente exterior puede llamarse derecho *estricto*. Este derecho se funda, a la verdad, en la conciencia de la obligación de todos según la ley; pero, para determinar el arbitrio en consecuencia de esta obligación, el derecho estricto puro no puede ni debe referirse a esta conciencia como móvil; por el contrario, debe apoyarse en el principio de la posibilidad de una fuerza exterior conciliable con la libertad de todos según leyes generales. Así, pues, cuando se dice: Un acreedor tiene el derecho de exigir de su deudor el pago de su deuda, no se quiere decir que pueda persuadirle a que su propia razón le obligue a esta devolución, sino que el forzarle a esta devolución, fuerza que se extiende a todos, puede subsistir con la libertad general; por consiguiente, hasta con la del mismo deudor, según una ley general exterior. El derecho y la facultad de obligar son, pues, una misma cosa» (Kant, 1873: 45).

³ [Traducción propia del original]: «the *purpose* of my attempt to determine the province of jurisprudence: to distinguish positive law, the appropriate matter of jurisprudence, from the various objects to which it is related by resemblance, and to which it is related, nearly or remotely, by a strong or slender analogy: I shall now state the essentials of a *law* or *rule* (taken with the largest signification which can be given to the term *properly*). Every *law* or *rule* (taken with the largest signification which can be given to the term *properly*) is a *command*. Or, rather, laws or rules, properly so called, are a *species* of commands» (AUSTIN, 2008: 56).

De acuerdo con esta caracterización bastante habitual para referirse al carácter impositivo del Derecho como fuerza colectiva organizada para someter el individuo a la ley, es fácil deducir, según esta concepción, que la principal dimensión de la normatividad jurídica no puede ser otra que la propia coacción. Según la concepción kantiana del Derecho, éste aparece como un *aparato coactivo organizado* que puede hacerse cumplir, y cuya voluntad heterónoma *puede forzarse incluso físicamente*, sin merma alguna de su integridad. Veamos a continuación algunas objeciones que el *iusnaturalismo* krausista dirige a este orden puramente exterior y coactivo del Derecho⁴.

2. LA CRÍTICA AL CONCEPTO FORMALISTA KANTIANO DEL DERECHO

Francisco Giner de los Ríos, Leopoldo Alas (Clarín), Adolfo Posada, Heinrich Ahrens y una considerable nómina de autores krausistas, combatieron el concepto «formalista» del Derecho de Kant, que consideraban deficiente, en tanto en cuanto se trataba de un derecho puramente exterior, sin contenido en sí. Por «formalismo» los krausistas entendían esa corriente de pensamiento característica del Derecho moderno, referida principalmente a la naturaleza *formal* en la creación y elaboración de las leyes, y que viene a identificarse con lo que Weber denominó «racionalidad formal». Esa misma idea, expresada en la terminología de la teoría del Derecho contemporánea, significa que el Derecho moderno consiste esencialmente en reglas, de manera que en la mayoría de los casos en que intentamos aplicar el Derecho, los decisores (quienes aplican el Derecho) pueden prescindir de las circunstancias particulares de los casos, y pueden prescindir también de las razones para la decisión, que en principio serían de aplicación para decidir el caso, pero que, al no figurar en la regla abstracta preestablecida, el decisor formalista no necesita tomar en consideración. En otras palabras, esto significa que la aplicación de las normas puede hacerse sin que entren en juego los criterios morales y políticos del aplicador, a fin de que su tarea se convierta en una labor no sólo simplificada, sino relativamente previsible, lo cual constituye el objetivo del formalista.

Los krausistas están parcialmente de acuerdo con esta teoría, pues comparten la consideración de que las leyes sólo pueden ser consideradas como válidas si son elaboradas de acuerdo con ciertas formas o procedimientos; es decir, que las leyes deben tener una forma pública que permita a todos conocer las partes más importantes –si no todas–

⁴ Con el fin de aquilatar bien del tipo de *iusnaturalismo* de corte moderno e historicista en España que exhibe la obra de Giner, junto con otros de los más representativos exponentes del krausismo español *iusnaturalismo*, véase (MANZANERO, 2015b y 2016).

del Derecho. La importancia de las formas en el Derecho radica en que, aun siendo en ocasiones la tiranía de las formas algo terrible, fuera de las normas y los procedimientos nos podemos encontrar fácilmente en una perversión antiformalista de lo jurídico, que podría llegar a tener, en principio, cualquier contenido, aunque éste fuera inmoral. Es pues importante para los krausistas mantener ciertas formas o cierta formalidad en el Derecho, pues éstas vienen a ser parte de la misma idea de tener Derecho y constituyen el núcleo de las garantías del Estado de Derecho, ya que gracias a ellas se impide y limita el abuso de los gobernantes y los funcionarios públicos en el ejercicio del gobierno.

Sin embargo, dicen los krausistas, esta teoría formalista carece de solidez en la medida en que pretende que el sistema legal deje de lado la única realidad de las leyes e instituciones jurídicas, que para los krausistas se cifra en las razones para la acción, en los valores intrínsecos que están en juego en la acción humana y su desarrollo en las normas morales, así como su realidad ideal y los efectos que ésta tiene en determinadas comunidades. Frente a la tendencia de las corrientes formalistas de absolutizar los elementos formales del Derecho y de construir a partir de ahí una teoría –casi una ideología– que simplifique las operaciones de aplicación e interpretación del Derecho al esquematismo de la teoría de la subsunción, los krausistas ponen el énfasis en la importancia creciente de los principios y los valores jurídicos sustantivos en el Derecho.

Estas revisiones krausistas tienen lugar durante el período comprendido entre el segundo cuarto del siglo XIX hasta los albores del siglo XX (Cremades, 1969), un período en el que, se puede afirmar, había predominado un cierto consenso positivista –a menudo acrítico– en el pensamiento jurídico, al menos en lo que se refiere a la jurisprudencia española y anglo-americana, y al que el krausismo español se opone con argumentos filosófico-jurídicos, sirviéndose de esta corriente como principal interlocutora, y utilizándola como contrapunto para exponer su propio concepto del Derecho. Así pueden verse algunas de las críticas que Giner hacía en su artículo «La política antigua y la política nueva» al doctrinarismo formalista francés de corte centralista y estatista:

«Con todo lo cual coincidía la triste situación en que el doctrinarismo, al rayar 1848, dejaba las cosas públicas en el vecino reino, y la sería inquietud que, en medio de los trastornos comenzaba a despertar en otras naciones, precipitadas por la incultura, la impaciencia y la desconfianza a intentar un imposible suicidio, fundiendo su historia y genio propio en el mísero troquel de la política francesa. Había ésta abandonado la primera y más sana dirección del 89, dando al olvido su ensayo de aunar la libertad civil con la política, viniendo a parar al culto de las formas, y extenuándose en un sin fin de combinaciones mecánicas entre los diversos elementos, poderes e instituciones del Estado» (Giner, 1921: 65).

En este contexto se enmarcan las críticas de los iusnaturalistas contemporáneos dirigidas a la visión positivista que entiende el sistema jurídico como un sistema legal abstracto y que establece, como único requisito para que una norma tenga validez jurídica, que haya sido formalmente establecida, dejando así fuera de su consideración cuestiones que son esenciales para la estabilidad del establecimiento de las normas. Estas cuestiones fundamentales que los iusnaturalistas añaden, pueden resumirse en tres cuestiones: i) someter a discusión los propios fines del establecimiento de las leyes; ii) replantearse la legitimidad de los contenidos de determinadas leyes y c) reflexionar sobre los fines substantivos a los que debe tender el Derecho.

Lo que preconizan autores krausistas como Francisco Giner –y sigue siendo defendido por iusnaturalistas contemporáneos de la máxima relevancia en los debates actuales como J. Finnis (2001 y 2002)– es que si el positivismo adolece de todos estos primeros principios substantivos, que constituyen también razones básicas para la acción, esto apunta a que estamos ante una perspectiva manifiestamente deficiente –o sencillamente inoperativa– para responder a una de las cuestiones más fundamentales en la *Teoría del Derecho*, como es la de por qué obedecemos las leyes y por qué deberíamos hacerlo. Para responder a esta pregunta, debe haber siempre una indagación sobre la relación de la moralidad y la validez en la consideración del Derecho, porque esta dimensión moral es la que impone alguna clase de obligación sobre los sujetos. De lo contrario, aquella ley que entre en conflicto con la moralidad será objeto continuo de malestar, lo cual, a largo plazo, puede incluso llegar a comprometer la estabilidad social.

Con el fin de abordar adecuadamente esta cuestión, vamos a proceder a desglosar las complejidades teóricas desarrolladas en tres apartados que, actuando como frentes opuestos al liberalismo abstracto, constituyen los pilares fundamentales de esta revisión krausista de la teoría formalista kantiana.

a) **La abstracción viciosa del formalismo kantiano es la ciencia ética material del bien y de los bienes del krausismo**

Las modificaciones que los krausistas introducen en el esquema kantiano están orientadas a superar o revisar esa radical escisión entre Derecho y Moral que Kant propuso. Estos esfuerzos provenientes de los intentos hechos desde el iusnaturalismo krausista para suavizar y atenuar la teoría de la separación entre Derecho y Moral, suponen, como trataremos de exponer a continuación, una profunda revisión de la doctrina kantiana.

Las puntualizaciones y enmiendas que Giner, Ahrens, Posada y otros krausistas hacen a las distinciones que Kant establece entre Derecho y Moralidad poseen un incuestionable valor y utilidad, pues

son muestra de cómo supieron mantenerse alerta ante el imponente corpus kantiano y cómo, en efecto, se cuidaron en no aceptar sus doctrinas de manera acrítica por su supuesta obviedad e inmediatez, a fin de poder dar con un criterio más riguroso y apto –y, por qué no decirlo, más adecuado para la situación de España en ese contexto histórico–; un concepto que sin duda ayudara a consolidar la relación entre Derecho y Moral de modo decisivo. Muestra de la fertilidad en su reinterpretación de los principios kantianos, es que sus críticas al liberalismo doctrinario y al formalismo kantiano han dado lugar a una nueva versión críticamente reelaborada de esta cuestión en términos krausistas –desde una perspectiva más realista, sustantiva y objetiva que la ética kantiana, y quizá también más social–; una visión plural basada en una ética material del bien y de los bienes, que puede ser utilizada como plataforma o punto de partida para los análisis contemporáneos que tratan de ofrecer un análisis y síntesis de las conexiones y diferencias existentes entre Derecho y Moral.

Analícemos con detenimiento, estas modificaciones –o mejoras, si se nos permite llamarlas así– al formalismo kantiano, para apreciar mejor en qué sentido el krausismo se va forjando, con cada una de las críticas, construyéndose para sí, uno a uno, los principios fundamentales del concepto del Derecho krausista, los cuales, por un lado, cuentan con una apertura a planteamientos sociológicos y éticos y, por otro lado, se encuentran en mayor sintonía con las concepciones actuales de la Ética y de la Filosofía del Derecho.

b) **La manifestación abstracta de la voluntad versus el punto de partida krausista: la deducción general ética del Derecho**

Una de las críticas krausistas se dirige a las indeseables consecuencias del formalismo kantiano, en particular, la que representa una de sus más problemáticas manifestaciones: la subjetividad arbitraria y formal en que descansa, que hace imposible un discurso propiamente justificativo del Derecho.

A juicio de los krausistas, «este concepto del derecho debido a Kant, había de degenerar en formalismo subjetivo con Fichte y otros; pues desde que Kant había pretendido hallar la imposibilidad de llegar al principio de la *realidad* al *noúmeno*, en su lenguaje, había minado por su base y fundamento la libertad racional, que no es subjetiva, y con esto flaqueaba toda su construcción de filosofía práctica, el derecho lo mismo que la moral» (Clarín, 1878: 441). Clarín se hace eco aquí de la doctrina de Ahrens, al denunciar también este vacío resultante de una pura manifestación abstracta de la voluntad, que sustrae al Derecho su realidad social efectiva, y que da a parar en un orden formal y arbitrario:

«desviándolo [al sujeto] de todo fondo objetivo, físico o moral, como «esencia incognoscible de las cosas», distingue en la Ética

como partes totales la Ciencia del Derecho y la de la virtud. Apóyase al efecto en motivos puramente subjetivos y formales, y eleva, especialmente en la primera de estas doctrinas, sobre la base del subjetivismo y para el fin de una *libertad* exterior, vacía de todo fondo, el formalismo a su más alto grado» (Ahrens, 1878-1880: 99).

A *contrario sensu*, para evitar caer en tal abstracción formal carente de contenido, lo que plantean los krausistas es el enlace interno de la relación del Derecho con la Moral, es decir, de la vida de Derecho o el Estado con la vida de la Moral, la cual viene dada, en sus rasgos fundamentales, en la *deducción general ética* que del Derecho hacen los krausistas. Moralidad y Derecho son los dos modos de realizarse el bien, distintos en sí mismos, pero que se exigen y complementan mutuamente: de una parte, cumplen el bien objetivo y los particulares bienes de la vida cuyos fines constituyen su contenido; de otra, con los bienes subjetivos o morales. Puede verse la elucidación de estos conceptos en su *Enciclopedia Jurídica* donde Ahrens distingue este concepto de Ética del de moralidad y virtud: mientras que la Ética comprende al Derecho y a la Moral, la moralidad se limita a ser la doctrina de la virtud. Ambos fines, el jurídico y el moral, serían pues ramas de un tronco superior común, la Ética, la cual es entendida como la «ciencia del bien y de su realización en la vida» (Ahrens, 1878-1880: 51). La ciencia del Derecho es pues parte orgánica de la Ética y se halla en íntima relación con otras partes de ésta, como la doctrina general (material) de los bienes, así como con la formal de la Moralidad, mediante las cuales el Derecho llega a tener fondo, fin y fundamento reales.

De acuerdo con la concepción jurídica krausista, el Derecho y la Moral forman conjuntamente la Ética –pues el problema de ambos es el bien– y constituyen, a su vez, sus dos direcciones⁵. Por un lado, Giner determina la existencia de un *Derecho para la Moralidad*, que comprende las prestaciones externas que se necesitan para su cumplimiento, y, por otro lado, una *Moralidad para el Derecho*, que exige que esas prestaciones sean realizadas desinteresadamente, por motivo de su intrínseca bondad, merced a lo cual la justicia es una virtud (1926: 88). El Derecho y la Moral abrazan pues todos los actos que tengan alguna trascendencia para el fin racional y, si bien los krausistas reconocen el Derecho, como la Moralidad, con el carácter de relación formal, se encuentran claramente distanciados de la concepción kantiana –a la que Ahrens ha calificado en alguna ocasión de *abstrac-*

⁵ Tal y como indica Giner en su artículo «La Ciencia, como función social», entre los fines humanos determinados por la filosofía krausista, el jurídico y el moral son aquellos que presentan un carácter y función más social, aunque no son los únicos: «En nuestros días, cada uno de los principales fines humanos, aún aquellos más íntimos y en que la iniciativa del espíritu individual parece más poderosa, ha adquirido el valor de una función social, no sólo en su influjo, sino en el proceso mismo de su formación» (GINER, 1899: 26).

ción viciosa—, por faltar en ella la necesaria investigación de los fines en el Derecho que sí está presente en la filosofía jurídica krausista:

«Ahora, puesto que nunca un acto conscio y libre puede conce-derse prescindiendo totalmente de su fin, síguese ya que es una abstracción viciosa en toda ciencia práctica, en la Moral o en la Filosofía del Derecho, el prescindir del fin y elevar a principio la mera voluntad con libertad, como han hecho Kant y otros: a la verdad, con grave daño de la ciencia y la vida. Ha de atenderse, pues, no a una simple manifestación abstracta de voluntad, sino a la posibilidad del pleno cumplimiento de los fines que la moral autoriza» (Ahrens, 1878-1880: 44).

Para los krausistas, Derecho y Moral tienen un contenido, que sería el bien, «comprendiendo [éste] toda la vida y siendo para la vida» (Clarín, 1878: 491). En tal aseveración encuentran su mayor punto de distanciamiento respecto a la filosofía práctica kantiana, pues, según Ahrens, «*El defecto de Kant no está en que sea insuficiente la libertad que proclama, sino en que al dividirla bajo la influencia de la filosofía de entonces, de las divisiones abstractas y más determinadas de Tomasio y de la escuela de Wolf, le quita la libertad jurídica su esencia, su realidad, y efectivamente la hace formal, aún con referirse a la libertad racional y no a la arbitraria*» (1878-1880: 488).

De un lado, lo que hallamos en los Tratados de Derecho krausistas, es que la Moral, en sus exigencias formales, abraza al Derecho entero y puede actuar (y de hecho actúa) como catalizador y coadyuvante de la eficacia del Derecho, pues tal eficacia depende en gran medida, de su adecuación o conformidad con la Moral; en especial, con la Moral social vigente, pero no sólo. De este modo, la Moral funciona como garantía del Derecho. De otro lado, el Derecho, en relación con la Moral, puede potenciarla, protegiéndola, pero también puede rebajarla o debilitarla, al reprimir las conductas que la Moral prescribe. Según esto, la acción de la filosofía jurídica krausista sería contribuir y potenciar la Moralidad, e incluso, exponer el *recuerdo moral* que prescribe al ejercicio de todo Derecho su *deber* de estar penetrado por la Moralidad. El deber que el derecho positivo tiene de atenderse a los principios morales es expuesto magistralmente por Ahrens cuando afirma que tal deber «es sólo un recuerdo moral pero que pertenece también al derecho positivo, en cuanto el influjo de una convicción semejante, será siempre para él altamente beneficiosa» (1878-1880: 67).

He aquí la razón de la indisoluble y esencial relación de la vida del Derecho con la Moralidad que ya suscribía el que fue maestro de todos los krausistas y propalador de las ideas de Krause en España, Julián Sanz del Río, quien canaliza y difunde aspectos clave de la doctrina jurídica y social krauseana como los siguientes: «La vida del derecho y la vida de la virtud moral son, cada una propia en sí y respecto de la otra, un mundo de vida, y luego entran en parte una en otra, en cuanto el derecho contiene en sí como una esfera particular, el

derecho para la moralidad y la virtud, siendo también la vida moral de los seres finitos un hecho de vida sucesivo exterior pendiente de condiciones, condicional» (1882: 270). Esta deducción del concepto de Derecho sobre la base del concepto del bien pone de manifiesto, una vez más, el enlace interno del Derecho con la Moralidad, pues ambos órdenes normativos son constituidos por un mismo fondo común: la conciencia del sujeto. Así lo enuncia el propio Francisco Giner: «*La relación entre la Filosofía del Derecho y la Filosofía Moral o Ética nace de aplicarse igualmente los principios de ambas a la conducta propia de los seres dotados de conciencia*» (1926: 19). De esta afinidad entre la idea del *bien moral* y la idea del derecho, Ahrens deduce «la consecuencia trascendental de que ambos principios, en cuanto los ha de realizar una misma facultad del espíritu, la voluntad, poseen importantes determinaciones comunes y no pueden ser en sí mismos opuestos uno a otro» (1878-1880: 25).

Además, Derecho y Moral, como propiedades puramente formales que difieren de las propiedades sustanciales (v. gr., el pensamiento), están basadas en el puro modo peculiar de ser u obrar en la vida, no consisten, pues, «*en hacer ciertas cosas, sino en un cierto modo de hacerlas todas*», *mirando al bien* (Giner, 1926: 18). El *bien* mismo es un concepto formal; no expresa sino que es algo determinable conforme a la naturaleza de las cosas, como debe realmente ser producido. La bondad y utilidad de los hechos jurídicos reside en «que concuerden con la naturaleza del ser que los ejecuta, a cuya concordancia es a lo que denominamos *bien*. Todo derecho se funda, pues, en el bien» —dice Giner (1926: 47)— pero sólo la actividad que realiza la virtualidad natural de la esencia interna de las cosas cumple con el Derecho. Entre las definiciones del concepto de Derecho gineriano, se encuentran las siguientes expresiones seleccionadas por un estudioso de este periodo, que dan buena cuenta del carácter condicional del concepto de Derecho krausista:

«Los krausistas españoles Francisco Giner de los Ríos y su discípulo Alfredo Calderón conciben tempranamente el Derecho como [...] “el sistema de los actos o prestaciones con que ha de contribuir cada ser racional, en cuanto de él depende, a que su destino y el destino de todos se efectúe en el mundo”, “el organismo de las condiciones que, dependiendo de la actividad libre de cada ser racional, son menester para el fin esencial de la vida”, “aquel modo de obrar libre de que depende que el fin de la vida se cumpla”, o finalmente, y valiéndonos de una expresión más concisa, “la condicionalidad temporal y libre de la vida”» (RIVACOBÁ, 1963: 60-61).

En esto radica la fecunda definición krausista del concepto de Derecho basado en la condicionalidad, que no es un mero concepto abstracto, sino que se halla circunscrito al hombre, según la propia definición de Krause, como un sentimiento de relación común y recíproca que sirve de poderoso freno del egoísmo. El Derecho quiere

pues que todos los hombres den y reciban mutuamente. En esto radica el Derecho, en una forma social donde se procura a cada ser racional toda condición para el cumplimiento de su destino individual y total.

Se trata de una concepción del Derecho que atiende al conjunto de las condiciones exigibles y recíprocas entre los hombres, de acuerdo con la totalidad de los fines humanos, y que tiene a la misma *condicionalidad humana* como fin último. Así lo expone Leopoldo Alas en el discurso leído en los ejercicios para la obtención del grado de doctor en Derecho titulado «El derecho y la moralidad», que fue, de modo significativo, dedicado a su maestro Giner, del quien se reconocía eterno discípulo⁶:

«pero eso que pensamos [...] como ley de la actividad tiene por fundamento del ser el desenvolvimiento de la actividad para un fin, que no está puesto a lo último, como la meta de una carrera, aunque así lo piensen algunos, influidos por el significado de la palabra fin, sino que es, en suma, lo mejor y más oportuno de lo que puede ser en cada momento el objeto de cuya actividad se trata. La potencialidad de cada objeto al hacerse efectiva en cada momento, conforme a lo exigido para aquel caso, como lo más adecuado y pertinente, decimos que se realiza, y siendo en tales condiciones, que es su bien lo que se realiza. ¿Diremos que es de derecho toda actividad? De ningún modo, y sólo pensamos como tal la adecuada a este concepto del bien; es decir, a la realización de la virtualidad natural del objeto, según racionalmente se exigiera en cada caso» (Clarín, 1878: 329-330).

Es interesante el guiño que aquí hace Clarín a la idea del «fin final» de la ética formal kantiana al que se refiere como «el fin que no necesita ningún otro como condición de su posibilidad», y que él contrapone a la concepción teleológica del krausismo, para la cual, el fin humano no puede constituir una meta arbitraria determinada por una voluntad abstracta. La falta de esta consideración de los fines en el Derecho kantiano es lo que llevó a Heinrich Ahrens a afirmar que: «De aquí nace la conexión entre la naturaleza y el fin de una cosa y se comprende que el método jurídico [...] haya hecho hasta hoy tan cortos progresos, a causa de no habersele desenvuelto y aclarado en vista del fin» (1878-1880: 29-30).

De acuerdo con esta doctrina de los fines krausista, cuya importancia radica en actuar como principio, en torno al cual, se ordenan todas las relaciones de la vida mutuamente condicionales: es el fin humano el que en ellas se informa, y el que se haya diversificado en varias especies particulares de fines. Todo Derecho se refiere, pues, en últi-

⁶ «Al señor don Francisco Giner de los Ríos. Me preguntaba Vd. si no debía hacer mayores servicios a algún otro profesor, para dedicarle este trabajo. Mucho debo a muchos; pero a sus escrúpulos contesto aprovechándome de la licencia que me otorga de honrar con su nombre estas páginas. Su sincero amigo y reconocido discípulo. El autor» (CLARÍN, 1878: 260).

mo término a uno de los varios fines fundados en la naturaleza humana y ello explica que, según el método jurídico krausista, el Derecho necesite, para su progreso, considerar esta teleología jurídica en su grado y justa medida.

c) Revisión de la supuesta heteronomía del Derecho del formalismo individualista kantiano

Otra de las objeciones krausistas a la filosofía kantiana es su definición del Derecho como un orden puramente exterior, sin contenido en sí. Desde el momento en que Kant considera el Derecho como libertad exterior, el concepto de justicia queda concebido desde el aspecto puramente conmutativo de igualdad niveladora, fundado sobre una proporción aritmética, según la cual, la libertad es vista como un freno puramente exterior impuesto a las voluntades divergentes por una voluntad superior, que suele ser la del Estado. Éste sería el encargado de realizar esta función de aplicar su fuerza, casi de modo mecánico, para equilibrar las libertades individuales, una respecto de la otra.

La aplicación de este principio kantiano de una libertad negativa implica el reconocimiento de la coacción como elemento definitorio y esencial del Derecho, el cual se construye como un sistema capaz de conservar la armonía de las libertades exteriores de los diferentes individuos. En suma, esta coacción no sería sino el límite que a la libertad de cada cual se impone para que no perjudique la armonía general de la libertad exterior, del derecho de todos, descartándose por lo tanto cualquier referencia a una ética material, pues –como señalara expresivamente Fernando de los Ríos– Kant define el Estado de un modo negativo, no por la moralidad positiva que se comparte o a la que se aspira, sino por la moralidad de que carecemos:

«El Estado, pues, no nace, para estos pensadores porque haya de cumplir una misión esencial y positiva a lo humano, sino porque es preciso un orden inhibitorio que paralice las acciones dañosas que intentemos realizar, o las castigue una vez cumplidas. ¿Es otra la razón que determina en Kant el advenimiento del Derecho público? Se trata para él, simplemente, de asegurar lo mío y lo tuyo, que ya tenemos en el estado de naturaleza; de aquí que el Derecho público o civil, como le llama él con exactitud, a nuestro juicio, no tenga un contenido jurídico propio; su razón de ser es amparar, vigilar para que no se haga; es, pues, el Estado policía, como gráficamente ha sido designado, y al Derecho, que de él se ocupa, se la llama adjetivo. Su necesidad no se funda en lo que hace, sino en lo que evita hacer; no por la moralidad que tengamos, sino por aquella de que carecemos, surge el Estado; es un recuerdo perenne de nuestra imperfección» (Ríos, 1916: 184-185).

En conexión con lo anterior, los krausistas hacen ver que la distinción tajante que Kant quiere establecer al dividir las acciones en internas o externas, carece de fundamento. Así lo asegura Francisco Giner en su artículo «Sobre lo moral y lo jurídico» publicado en el *BILE* y editado de manera simultánea como uno de los comentarios que Giner hizo al tomo II de la *Enciclopedia Jurídica* de Ahrens:

«En general –afirma Giner–, sobre este punto de la significación del interior y ético [*sic*] en el derecho, reinan dos corrientes: a) la kantiana, que divorcia, más o menos absolutamente, lo ético de lo jurídico; b) la que como Hegel, Stahl, Taparelli, Trendelenburg, etc., aspira a concertar ambos principios. Pero una y otra tendencia tienen de común el considerar *interno* y *externo* como respectivamente equivalentes a *moral* y *jurídico*, y al proclamar que todo derecho es coercible y social; la divergencia estriba en querer, los unos, que ambos órdenes se separen; los otros, que se mezclan e identifiquen, más o menos íntimamente. Mientras subsista esta base común (a que Ahrens se inclina aquí), el concierto entre ambas tendencias es imposible, o por mejor decir, es imposible otro concierto que el que esa unidad común supone» (Giner, 1878: 175).

La razón de ello es que, si bien todos podemos claramente identificar que hay actos que, en efecto, no trascienden al exterior, que no se manifiestan externamente, y que pueden ser denominados como actos internos exclusivamente (por ejemplo, los actos de pensamiento, intención, etc.). Sin embargo, no podemos decir, en el mismo sentido, que haya actos puramente externos, porque todo acto humano posee una vertiente interior, una zona de intencionalidad, de reflexión,... en definitiva, el acto interior está siempre muy presente.

Para los krausistas, la libertad es entendida como poder y forma de nuestra voluntad para realizar el Derecho. Consecuentemente, un concepto de libertad exterior vendría a ser contradictorio con esta formulación, pues «para que existiera esa libertad exterior, sería preciso –asevera Clarín– que nosotros fuésemos, en cierto modo, exteriores a nosotros mismos» (1878: 429). Por esta razón, en el Derecho distinguen los krausistas, por un lado, un aspecto objetivo, por tratarse de una regla, una norma, y, por otro lado, un aspecto subjetivo, por constituir una actividad voluntaria determinada por dicha regla, de modo tal que el reconocimiento de la regla del Derecho por la voluntad del sujeto jurídico es imprescindible para su cumplimiento:

«Todo el orden del Derecho se refiere para su cumplimiento a la libre voluntad de la persona [...] La obligación jurídica nunca nace, por tanto, propiamente de la voluntad, sino del orden objetivo del derecho. Pero este orden, para ser efectuado, necesita ser reconocido previamente por el sujeto que resuelve en su vista atemperar sus actos a las prescripciones del mismo. En esto consisten las que pueden denominarse de una manera general *declaraciones de voluntad*, de las cuales es un caso particular el reconocimiento de la regla de Derecho» (Calderón, 1886: 252-253).

No es, por lo dicho, la distinción de la libertad jurídica de la libertad moral, la de ser aquella un orden exterior que se impone desde fuera y sobre los súbditos; un concepto tal de autoridad no podría tener lugar en esta concepción krausista del Derecho en la que «autoridad y súbdito, con ser fundamental, no implica diferencia de sujetos, sino de concepto y situación, correspondiendo a cada persona, al par, ambas funciones en relación inversa», tal y como explicase Navarro Moncayo en su artículo sobre la «Función del legislador en la vida del derecho, según la doctrina de D. Francisco Giner de los Ríos» (1920: 281). Y esto es así, no sólo porque, como acabamos de mostrar, el Derecho en la filosofía jurídica krausista tiene su fundamento y origen en la voluntad y conciencia del sujeto jurídico, sino porque la moral también atiende, como el Derecho, al exterior, tal y como se pone de manifiesto en el Derecho penal y en las teorías correccionalistas propuestas por Dorado Montero, que comulgan claramente con el ideario gineriano⁷.

Asentado tal principio, se hacía necesario un replanteamiento de la cuestión, como hiciera notar Clarín, «Pues ahora, si no está la distinción entre la moralidad del derecho en el carácter de exterioridad o interioridad de la libertad y de sus actos, debemos buscar esa distinción en algo interior de esa esfera de la libertad racional que a uno y otro concepto corresponde» (1878: 440-441). Por esta misma razón que apuntaban los krausistas en su momento, «se propone diferenciar hoy en día, con una nueva terminología bastante aceptada, entre actos interiorizados (es decir, que no se exteriorizan) y actos exteriorizados», una expresión que vendría a sustituir a la de «actos exteriores», y que mejora los problemas que tenía esa expresión original, puesto que al hablar de actos «exteriorizados», no estamos negando que exista una dimensión interna en ellos (Díaz, 1976: 19). De este modo, si aplicamos estos dos nuevos conceptos de actos interiorizados y actos exteriorizados a la fórmula original kantiana, el resultado quedaría del siguiente modo: el Derecho se referiría solamente a los actos exteriorizados pero sólo, en tanto en cuanto, se exteriorizan, aunque apreciando y valorando debidamente su carga interna cuando sea necesario. Por su parte, la Moral, en cambio, intervendría tanto en los actos interiorizados como en los exteriorizados.

Dada la común referencia de la Moral y el Derecho a los actos exteriorizables –pues como se ha indicado, en los actos exteriorizables hay siempre la participación de un acto interno–, junto con el rol que la Moralidad desempeña en los actos interiorizados, en la

⁷ Véase al respecto los artículos de Dorado Montero publicados en el *BILE* sobre «Balance Penal de España en el siglo XIX» (1901), «Socialismo y justicia social» (1916) y «Educación correccional» (1915). Así como los enjundiosos estudios de Ramos Pascua sobre el «El positivismo jurídico en España; D. Pedro Dorado Montero» (1995) y su obra sobre *La ética interna del Derecho* (2007).

que naturalmente juega un papel determinante, no es difícil llegar a la conclusión krausista de que las esferas del Derecho y la Moral no están meramente yuxtapuestas sino que, como acabamos de ver, están trabadas e imbricadas esencialmente entre sí. Esta relación de imbricación determina la existencia, real o potencial, de un complejo de funciones recíprocas entre Derecho y Moral, que se oponen a la doctrina kantiana, en un doble respecto: por un lado, no puede decirse que la Moral sea sólo algo personal, entendido como individual y subjetivo, pues la Ética es «también» social y se interesa por los fines temporales, sociales e inmediatos del hombre. Y, a su vez, el Derecho no se limita a regular ese orden meramente externo, sino que toma asimismo bajo su control y orientación, acciones que difícilmente podrían dissociarse de los que se han llamado como fines últimos o morales, y que son los más personales y fundamentales para el hombre.

En otras palabras, en la filosofía krausista se pone de manifiesto cómo, tanto los fines de la Moral como los del Derecho –sean éstos personales o sociales–, se entrecruzan en muchas maneras y por qué resulta, por tanto, inoperativa y poco realista la distinción kantiana entre los actos internos y externos.

Si se aplicara esta perspectiva a la distinción kantiana entre Derecho y Moral, se lograría disminuir considerablemente la distancia entre la ética formal kantiana con éticas más tradicionales como la del iusnaturalismo, que no desconocen el momento de la conciencia, como norma próxima de la Moralidad, pero que –a diferencia de Kant– asientan siempre aquella conciencia en una norma última, objetiva, de la Moralidad; por ejemplo, en el dictado de la ley natural, fundamentalmente, que sería accesible a la conciencia, y que se encuentra presente en autores iusnaturalistas que representan lo mejor de nuestra tradición filosófica española, como los filósofos y juristas de la Escuela de Salamanca, y, por supuesto, la filosofía jurídica del krausismo español, hasta llegar al siglo xx con autores como Gustav Radbruch y John Finnis, cuyas teorías ayudan a escapar del rígido formalismo kantiano.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ LÁZARO, P. F. (ed. lit.), UREÑA, Enrique M. (ed. lit.), *La actualidad del krausismo en su contexto europeo*, Madrid, Editorial Parteluz, Fundación Duques de Soria, Universidad Pontificia Comillas, Colección LKM, 16, 1999, 352 pp.
- ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, Barcelona, Editorial Ariel, 2003.
- *Ideologías jurídicas y cuestión social: los orígenes de los derechos sociales en España*, Granada, Comares, 2007.

- AUSTIN, J., «A Positivist Conception of Law», en: Feinberg, J. & Coleman, J. (eds.), *Philosophy of Law*, 8th edition, Belmont, USA, Thomson Higher Education, 2008.
- AHRENS, H., *Enciclopedia Jurídica o Exposición orgánica de la ciencia del derecho y del estado*, versión directa del Alemán, con notas críticas y un estudio sobre la vida y obras del autor por Francisco Giner, Gumersindo de Azcárate y Augusto G. Linares, 3 tomos, Madrid, Victoriano Suárez, 1878-1880.
- CALDERÓN ARANA, A., «El contrato y el Derecho», *BILE (Boletín de la Institución Libre de Enseñanza)*, X, tomo II, 1886, pp. 252-254, 264-267.
- (CLARÍN), GARCÍA-ALAS y UREÑA, L., «El derecho y la moralidad», *Revista Europea*, t. XII, n.º 240, 29 septiembre 1878, pp. 260-267, 292-297, 326-330, 360-364, 399-403, 427-443, 461-466, 487-495, 532-527.
- DÍAZ, E., *La filosofía social del krausismo español* (última ed., Debate, Madrid, 1989), Madrid, Editorial Cuadernos para el diálogo, 1973, 279 pp.
- *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus Ediciones, 1976, 451 pp.
- DORADO MONTERO, P. «Balance Penal de España en el siglo XIX», *BILE*, XXV, tomo I, 1901, pp. 22-25.
- «Educación correccional», *BILE*, XXIX, tomo II, 1905, pp. 257-264.
- «Socialismo y justicia social», *BILE*, XL, tomo II, 1916, pp. 342-346, 374-379.
- FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Edited by H. L. A. Hart, Oxford, Clarendon Law Series, 2001.
- «Natural Law: The Classical Tradition», en: Coleman, Juleman & Shapiro, Scott, (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, New York, Oxford University Press, 2002.
- GIL CREMADES, J. J., *El reformismo español. Krausismo, escuela histórica, neotomismo*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1969, 395 pp.
- «El pensamiento jurídico español del siglo XIX: Francisco Giner de los Ríos», en: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez, El pensamiento jurídico español del siglo XIX*, Granada, n.º 11, fascículo 2.º, 1971, pp. 31-59.
- *Krausistas y liberales*, Madrid, Seminarios y Ediciones, 1975, 319 pp.
- GINER DE LOS RÍOS, F., «Sobre lo moral y lo jurídico», *BILE*, II, tomo II, 1878, p. 175.
- «La Ciencia, como función social», *BILE*, XXIII, tomo I, 1899, pp. 26-32, 55-64.
- «La política antigua y la política nueva» (obra escrita entre 1868-1872 y publicada en *Revista de España*, 1869, t. 10, n.º 38, pp. 192-197), citamos por la reimpresión en: *Estudios jurídicos y políticos*, OO. CC., t. V., Madrid, Imprenta de Julio Cosano, 1921.
- *Resumen de Filosofía del Derecho, por Francisco Giner, profesor en la Universidad de Madrid y en la «Institución libre de Enseñanza», y Alfredo Calderón, doctor en Derecho*, Madrid, OO. CC., Tomo I, t. XIII, 1926, 323 pp.
- «Acerca de la función de la ley», *BILE*, LVI, tomo I, 1932, pp. 33-41.
- KANT, I., *Principios Metafísicos del Derecho*, traducción de G. Lizarraga, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1873, 251 pp.
- LAPORTA, F., *Adolfo Posada: Política y Sociología en la crisis del Liberalismo español*, Madrid, Editorial Cuadernos para el Diálogo, Edicusa, 1974.

- MANZANERO, D., «El fundamento democrático de la soberanía en Francisco Giner, según el Corpus Mysticum de Francisco Suárez», *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, n.º 53, 2015a, pp. 571-592. DOI: 10.3989/isegoria.2015.053.06
- «La Epiqueya en la obra de Francisco Giner: una vía intermedia entre iusnaturalismo e historicismo», *Revista de Hispanismo Filosófico*, Fondo de Cultura Económica vol. 20, 2015b, pp. 47-62.
- «Francisco Giner y Adolfo Posada, precursores de la Sociedad de Naciones», *Pensamiento. Revista de investigación e información filosófica*, n.º 265, vol. 71, 2015c, pp. 53-71. DOI: pen.v70.i265.y2015.003
- *El legado jurídico y social de Giner*, Madrid, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Colección LKM, 2016.
- NAVARRO MONCAYO, M. M., «Función del legislador en la vida del derecho, según la doctrina de D. Francisco Giner de los Ríos», *BILE*, XLIV, tomo II, 1920, pp. 229-233, 316-318.
- POSADA, A., «El fin del Estado», *BILE*, XXXIX, tomo I, 1915, pp. 138-145.
- RAMOS PASCUA, J. A., «El positivismo jurídico en España; D. Pedro Dorado Montero», *Anuario de Filosofía del Derecho XII*, 1995, pp. 503-546.
- *La ética interna del Derecho. Democracia, Derechos Humanos y principios de justicia*, Bilbao, Editorial Desclée de Brouwer, 2007, 176 pp.
- RECASÉNS SICHES, L., *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo xx*, México, Editorial Porrúa, 1.ª ed., primer tomo, 1963.
- *Iusnaturalismos actuales comparados*, Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1970.
- RÍOS URRUTI, F., *La Filosofía del Derecho en Don Francisco Giner y su relación con el pensamiento contemporáneo*, por Fernando de los Ríos Urruti, profesor de Derecho político en la Universidad de Granada, Madrid, Biblioteca Corona, 1916, 229 pp.
- RIVACOBBA Y RIVACOBBA, M., *Krausismo y Derecho*, Santa Fé, Argentina, Librería y Editorial Castellví, 1963.
- SANZ DEL RÍO, J., «El Derecho y el Estado, según Krause», *BILE*, VI, tomo II, 1882, pp. 197-198, 209-211, 269-270.
- VÁZQUEZ-ROMERO, J. M., *Francisco Giner de los Ríos. Actualidad de un pensador krausista*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones de Historia, 2009, 309 pp.
- «*Aequitas*, la divinidad muda: en torno a la referencia equívoca de la virtud en la filosofía práctica kantiana», en: *Bajo Palabra. Revista de Filosofía*, II Época, N.º 8, 2013, pp. 97-111.
- VÁZQUEZ-ROMERO, J. M.; MANZANERO, D., «El krausismo español: derecho, educación y política», en: *Pensamiento político en la España contemporánea*, M. Menéndez Alzamora, A. Robles Egea (Eds.), Madrid, Trotta, Colección Estructuras y Procesos, Serie Ciencias Sociales, 2013, pp. 163-198.

Fecha de recepción: 31/03/2016. Fecha de aceptación: 31/10/2016.



La crítica de Hans Kelsen a las concepciones metafísicas de la justicia¹

Hans Kelsen's criticism of metaphysical conceptions of justice

Por JOSÉ ANTONIO SENDÍN
Universidad de Salamanca

RESUMEN

Como positivista y relativista en una doble vertiente ética y epistemológica, Hans Kelsen se enfrentó a cualquier tentativa de determinar el significado de la justicia por cauces tanto racionales como metafísicos. Su adhesión a una epistemología relativista-crítica, según la cual los objetos «en sí» son inaccesibles al entendimiento humano, le impulsó a tratar de desbaratar el enfoque metafísico de las doctrinas que él denomina «absolutistas». Con ese objetivo polemiza sobre todo con Platón, en cuya doctrina de las ideas, y en su especulación sobre la idea del bien, ve el arquetipo del absolutismo moral. Pero también criticó los principios de justicia que se contienen en las Sagradas Escrituras, señalando algunas contradicciones entre el Antiguo y el Nuevo Testamento, y entre las enseñanzas de Jesús y las de San Pablo.

Palabras clave: *Kelsen, justicia, metafísica, metaética, relativismo, absolutismo, Weltanschauung, Platón, Sagradas Escrituras.*

¹ Para realizar este trabajo he contado con la financiación de una beca concedida por la Fundación Miguel Casado San José, a cuyos patronos quiero manifestar mi agradecimiento. Asimismo, agradezco a Miguel Ángel Rodilla y Juan Manuel Pérez Bermejo, del Área de Filosofía del Derecho de la Universidad de Salamanca, la colaboración prestada.

ABSTRACT

In ethical and epistemic standards, Hans Kelsen was both a positivist and a relativist. From this intellectual framework, Kelsen challenged any attempt to determine the meaning of justice through either rational or metaphysical paths.

As a defender of a critical and relativistic epistemology –for which any an-sich object is inaccessible to human understanding–, he argued against the metaphysical approach of some conceptions of justice he named «absolutist» conceptions. In his view, the Platonic doctrines of the good and the ideas are both clear examples of an «absolutist» conception. However, he also criticized the ideas on justice scattered throughout the Holy Scriptures. He also seized the chance to unveil some contradictions between Old and New Testament and the teachings of Jesus & St. Paul.

Key words: Kelsen, justice, metaphysics, metaethics, relativism, absolutism, Weltanschauung, Plato, Holy Scriptures.

SUMARIO. 1. LA POSICIÓN FILOSÓFICO-MORAL RELATIVISTA DE KELSEN.–2. TEORÍAS RACIONALISTAS VS. TEORÍAS METAFÍSICAS.–3. LAS NORMAS DE JUSTICIA METAFÍSICAS. 3.1 *La justicia en la doctrina platónica de las ideas.* 3.2 *La justicia en las sagradas escrituras.*–4. CONSIDERACIÓN FINAL.–5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

SUMMARY. 1. KELSEN'S MORAL AND PHILOSOPHICAL RELATIVISM.–2. RATIONALISTIC VS. METAPHYSICAL THEORIES.–3. METAPHYSICAL NORMS OF JUSTICE. 3.1 The concept of justice in the Platonic doctrine of ideas. 3.2 The concept of justice in the Holy Scriptures.–4. FINAL CONSIDERATION.–5. BIBLIOGRAPHY.

1. LA POSICIÓN FILOSÓFICO-MORAL RELATIVISTA DE KELSEN

En este trabajo pretendo examinar la argumentación de Kelsen contra ciertas concepciones de la justicia que tratan de responder al interrogante sobre el contenido del derecho justo recurriendo a principios o –según sus palabras– «normas» de justicia que apelan a la metafísica. Ésta es una cuestión de gran interés dentro de la teoría kelseniana de la justicia, la cual se caracteriza, además de por la defensa de una posición relativista y escéptica en materia moral, por una dimensión crítica que examina los intentos de determinar el significado de lo justo con intención de desacreditarlos. Según Kelsen, tanto da

que esa investigación esté conducida por la razón, como que remita a la esfera metafísica en busca de respuestas: desde su escepticismo ético una justicia «absoluta» es incognoscible, pues los juicios sobre lo justo y lo injusto son relativos a cada sujeto. En consecuencia, la única justicia cuyo contenido se puede conocer es una justicia relativa.

Como es sabido, en materia filosófico-moral el relativismo de Kelsen se puede caracterizar como un escepticismo ético que se pronuncia negativamente sobre la posibilidad de justificar intersubjetivamente juicios de valor morales –dicho en términos kelsenianos, de conocer racionalmente el contenido de la justicia–. Kelsen llega a esta posición *metaética* a raíz de plantearse ciertas cuestiones de índole epistemológica, en particular si el entendimiento humano es capaz de conocer objetos que sobrepasan los límites de la percepción sensorial. Y obviamente, su respuesta es negativa.

Para Kelsen, una metaética que respondiera afirmativamente a la pregunta de si se pueden justificar intersubjetivamente juicios de valor morales, estaría admitiendo que existen valores absolutos y una justicia absoluta. Esa justicia sólo puede emanar de una autoridad trascendente, cuya razón o voluntad determina el contenido de lo bueno y lo justo. Optar por esta vía –que Kelsen denomina «absolutismo ético»– implicaría tomar la senda de la metafísica y la religión². En cambio, la negación de este supuesto, es decir, la tesis de que sólo son accesibles al conocimiento valores relativos, implica asimilar la epistemología propia de lo que él llama una «filosofía positivista crítica»³. Obviamente, si la mente humana fuera capaz de conocer valores absolutos, no habría lugar para el relativismo. Por esta razón, para él hay una conexión esencial entre la filosofía moral y la teoría del conocimiento⁴, dando lugar a un doble antagonismo, por un lado, entre el absolutismo y el relativismo éticos, y, por otro, entre el absolutismo y el relativismo filosóficos (o epistemológicos). Y finalmente, para complicar más las cosas, añade a los ya señalados un tercer antagonismo entre absolutismo y relativismo, que se produce en el ámbito de las

² KELSEN, H., *Esencia y valor de la democracia*, trad. J. L. Requejo Pagés, KRK Ediciones, Oviedo, 2006, p. 223; «Staatsform und Weltanschauung», en *Die Wiener Rechts-theoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, 2. Band, Europa Verlag, Wien, 1968, p. 1938; «Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics», en *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles, 1957, p. 199; «What is Justice?», en *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles, 1957, pp. 10-11; «Das Problem der Gerechtigkeit», en *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, Franz Deuticke, Wien, 1960, p. 403.

³ KELSEN, H., *Esencia y valor de la democracia*, cit., pp. 223-224; «Staatsform und Weltanschauung», cit., p. 1938; «Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics», cit., p. 199.

⁴ KELSEN, H., «Staatsform und Weltanschauung», cit., p. 1924; «Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics», cit., p. 198.

ideas políticas⁵, induciendo una actitud favorable, bien a la autocracia (absolutismo político), bien a la democracia (relativismo político).

Según Kelsen, la dualidad de enfoques absolutistas y relativistas en cuestiones morales, políticas y epistemológicas se imbrica, en un nivel más profundo, en una oposición entre dos estructuras vitales y de pensamiento que, siguiendo a Wilhelm Dilthey (1833-1911), denomina concepciones del mundo (*Weltanschauungen*) y de la vida (*Lebensanschauungen*)⁶. Esas concepciones opuestas revelan que existe una raíz común, una estructura psíquica y una actitud compartida entre las concepciones ético-políticas y las convicciones filosóficas⁷. Ahora bien, Kelsen pone mucho cuidado en subrayar la flexibilidad de esa correspondencia, pues no siempre un punto de vista ético o político encuentra en un autor determinado el adecuado correlato epistemológico. La experiencia demuestra que esa afinidad no se repite en todos los casos, pues el espíritu humano es propenso a caer en contradicciones, y pueden darse formas de pensar que son una excepción a la pauta general trazada por una determinada *Weltanschauung*⁸.

Seguramente Kelsen conoció el escrito de Dilthey *Die Typen der Weltanschauung und ihre Ausbildung in der Metaphysischen Systemen*⁹ (1911). La influencia diltheyana ya se percibe en un trabajo temprano: «Politische Weltanschauung und Erziehung»¹⁰ (1913), donde Kelsen subraya el carácter relativo de las convicciones políticas y religiosas¹¹, y señala que hay una estrecha conexión entre las concepciones del mundo y las concepciones de la vida. Opina que toda *Weltanschauung* –que él define como la relación entre una persona y el universo (*das Verhältnis zum Universum*)– radica, ante todo, en la peculiaridad de un carácter, y se coordina con una concepción de la vida o *Lebensanschauung*¹². Sin embargo, en ese escrito todavía no se

⁵ KELSEN, H., *Esencia y valor de la democracia*, cit., p. 224; «Staatsform und Weltanschauung», cit., p. 1938; «Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics», cit., p. 198.

⁶ KELSEN, H., *Esencia y valor de la democracia*, cit., p. 224; «Staatsform und Weltanschauung», cit., p. 1938.

⁷ KELSEN, H., «Staatsform und Weltanschauung», cit., p. 1925.

⁸ *Idem*.

⁹ Berlin, Reichl, 1911. Hay traducción española: «Los tipos de concepción del mundo y su desarrollo en los sistemas metafísicos», en *Teoría de las concepciones del mundo*, trad. E. Ímaz, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1954, pp. 109-146.

¹⁰ *Annalen für soziale Politik und Gesetzgebung*, 2. Band, 1913, pp. 1-26. Cito por la ed. de *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, 2. Band, Europa Verlag, Wien, 1968, pp. 1501-1524.

¹¹ KELSEN, H., «Politische Weltanschauung und Erziehung», cit., p. 1516.

¹² *Ibidem*, pp. 1507-1508. Kelsen detecta una correspondencia, por un lado, entre una *Weltanschauung* individualista y enemiga del Estado y una *Lebensanschauung* egoísta, caracterizada por una negación y enemistad hacia el «tú», y, por otro, entre una *Weltanschauung* universalista o colectivista y una *Lebensanschauung* altruista cuyos rasgos de identidad son la aceptación del «tú» y la tendencia a establecer formaciones sociales. Lo expresa de la manera siguiente: «Si el universalismo sólo se

establece una oposición entre una *Weltanschauung* absolutista y otra relativista.

Kelsen no retomó el desarrollo de su teoría de las concepciones del mundo hasta la segunda edición de *Vom Wesen und Wert der Demokratie*¹³ (1929) y *Staatsform und Weltanschauung*¹⁴ (1933), donde se preocupa, entre otras cuestiones, por la justificación de la democracia desde el relativismo. De ahí su interés en presentar una oposición entre dos concepciones del mundo que se caracterizan por una posición epistemológica –bien absolutista y metafísica, bien relativista y crítica– y una tendencia política, hacia la defensa de la autocracia en el primer caso y de la democracia en el segundo. Pero fue en «Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics»¹⁵ donde esa correspondencia se examinó más ampliamente. Aquí se observa, más que en ningún otro lugar, el interés de Kelsen en investigar las bases filosóficas y epistemológicas del absolutismo y el relativismo, que ahora, por fin, se conectan no sólo con una orientación política, sino también con una concepción filosófico-moral y, más concretamente, con un punto de vista metaético.

Enfocando la cuestión desde la teoría del conocimiento, el absolutismo filosófico se caracteriza por la adopción de un punto de vista metafísico según el cual existen las cosas «en sí», como realidades absolutas e independientes del conocimiento humano¹⁶. Se piensa que el conocimiento aspira a reflejar los objetos «en sí», que trascienden la experiencia¹⁷. Pasando a la esfera moral, este enfoque se caracteriza por la idea de que el valor es inmanente a la realidad, y de que los juicios de valor morales tienen la misma objetividad que los enunciados que describen cualquier acontecer¹⁸. Ahora bien, para Kelsen los juicios de valor presuponen normas, las cuales son para él el sentido

adecua a una constitución del alma cuya conciencia metafísica del «yo» está acentuada de forma relativamente débil, de modo que la relación del «yo» y del mundo, del «yo» y de la sociedad y del «yo» y el Estado no aparece como una oposición, sino como una unidad armónica más elevada, de manera que el universalista dice respecto del Estado y la sociedad lo que dice el sabio indio respecto de todo lo vivo y lo muerto de la naturaleza: *Tat wam asi*, «esto eres tú», es decir, que se siente a sí mismo sólo como parte integrante o miembro orgánico del Estado, de la sociedad y del mundo, entonces esa *Weltanschauung* tiene que acoplarse automáticamente a un altruismo como *Lebensanschauung*».

¹³ J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1929. Cito por la trad. española: *Esencia y valor de la democracia*, cit.

¹⁴ J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1933. Cito por la ed. de *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, 2. Band, cit.

¹⁵ *American Political Science Review*, vol. 42 (1948), pp. 906-914. Cito por la ed. de *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays*, cit.

¹⁶ Kelsen, H., «Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics», cit., p. 198.

¹⁷ *Ibidem*, p. 199.

¹⁸ *Idem*.

de actos de voluntad. Nada de extraño tiene, pues, que sostenga que, en relación con los juicios morales, esa objetividad sólo se puede alcanzar remitiéndolos a una autoridad trascendente que personificaría lo absoluto, es decir, el Dios creador del universo, omnipotente, omnisciente y absolutamente justo. A su juicio, éste ha sido el recurso habitual de la doctrina iusnaturalista, y la razón por la cual desde esa doctrina se atribuye a los preceptos de derecho natural una validez absoluta.

En contraste, la *Weltanschauung* relativista se caracteriza por una epistemología empirista, según la cual el ámbito de la realidad cognoscible está férreamente determinado por los límites que marca la experiencia¹⁹. Cualquier supuesta «realidad» que pretenda situarse más allá de esas lindes es incognoscible. En consecuencia, lo absoluto (la cosa «en sí») se excluye como objeto posible de conocimiento.

Al hacer traslación de la epistemología relativista al contexto filosófico-moral, resulta que los valores morales absolutos y la justicia absoluta, como objetos que trascienden la experiencia, son incognoscibles. Kelsen subraya el carácter irracional del ideal de la justicia absoluta. Opina que sólo son accesibles al entendimiento humano los valores relativos y la justicia relativa, que es expresión de lo que cada individuo, subjetivamente, entiende que es justo.

A partir de aquí Kelsen presenta su relativismo ético enfrentándolo a un conjunto de doctrinas absolutistas. A grandes rasgos, el absolutismo ético se puede definir como una posición filosófico-moral que defiende una concepción absoluta de la justicia y cree que se pueden justificar valores morales absolutos. Aunque él piensa que el ideal de justicia absoluta es una ilusión, tiene que admitir que es una ilusión cargada de fuerza, pues los seres humanos han sido incapaces de sobreponerse a la necesidad de emprender la búsqueda de esa justicia e intentar descubrir su contenido²⁰. En cambio, aunque desde el relativismo no se niega que exista «la» justicia absoluta –pues ello implicaría afirmar una verdad metafísica–, se piensa que, si existiera, no se podría conocer su significado, porque la razón humana sólo puede conocer valores relativos: el conocimiento de la justicia absoluta le está vedado. Por eso Kelsen, desde su relativismo, desarrolla una argumentación dirigida a desbaratar cualquier intento de determinar el contenido de la justicia en clave absolutista. Con ese objetivo, protagoniza una interesante polémica contra dos tipos de teorías de la justicia a las que se enfrenta sin tregua.

¹⁹ *Ibidem*, p. 198.

²⁰ KELSEN, H., «Die platonische Gerechtigkeit», en *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, 1. Band, Europa Verlag, Wien, 1968, p. 380; «What is Justice?», cit., p. 10; «Das Problem der Gerechtigkeit», cit., p. 441.

2. TEORÍAS RACIONALISTAS VS. TEORÍAS METAFÍSICAS

Kelsen subraya que ninguna concepción filosófico-moral ha logrado desentrañar el contenido de la justicia. A su juicio, tanto da que la respuesta se busque mediante una investigación racional o mediante una aproximación desde la metafísica o la teología: todos los intentos de determinar cuál es el contenido de la justicia han fracasado.

Ahora bien, la distinción de dos posibles vías para dar respuesta a la cuestión de la justicia da pie a Kelsen para distinguir dos tipos de teorías: las teorías racionalistas y las teorías metafísicas. Esta distinción aparece por primera vez en «The Metamorphoses of the Idea of Justice»²¹. Kelsen explica que las teorías racionalistas han dado lugar a fórmulas de justicia vacías de contenido, es decir, principios tautológicos que no permiten concretar contenidos de justicia material²². En cambio, las teorías metafísicas han de rechazarse por su inoperancia desde el punto de vista científico-racional, pues dejan la solución del problema en manos de una autoridad sobrehumana²³. Esta crítica se amplió en la conferencia «What is Justice?»²⁴ (1952), que Kelsen pronunció en su despedida como profesor en activo de la Universidad de Berkeley, y en «Justice et Droit naturel»²⁵ (1959), que contiene su análisis más completo sobre la justicia, y fue añadida un año después, como apéndice, a la segunda edición alemana de la *Reine Rechtslehre*, bajo el título «Das Problem der Gerechtigkeit»²⁶. En ella hay una extensa crítica a los dos tipos de teorías de la justicia señalados.

Aunque la distinción entre las teorías racionalistas y las teorías metafísicas es recurrente, en «The Metamorphoses of the Idea of Justice» y «What is Justice?» Kelsen apenas explica cuáles son los criterios para clasificar los principios –o «normas», si utilizamos su terminología– de justicia como racionales o metafísicos. Sobre las normas de justicia racionales, en «The Metamorphoses of the Idea of Justice» se limita a señalar que tratan de descubrir el contenido de la justicia de forma científica o cuasi-científica²⁷, apelando a principios comprensibles para la razón, mientras que las normas metafísicas parten de la idea de que la justicia es una cualidad o función de un ser sobrehuma-

²¹ *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in Honour of Roscoe Pound*, Oxford University Press, Oxford, 1947, pp. 390-418.

²² *Ibidem*, pp. 402 y ss.

²³ *Ibidem*, pp. 412 y ss.

²⁴ Se publicó un año después en alemán: *Was ist Gerechtigkeit?*, F. Deuticke, Wien, 1953. Cito por la ed. inglesa de *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays*, cit.

²⁵ *Annales de Philosophie Politique, III: Le droit naturel*, trad. E. Mazingue, Presses Universitaires de France, Paris, 1959, pp. 1-123.

²⁶ En *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, cit.

²⁷ KELSEN, H., «The Metamorphoses of the Idea of Justice», cit., p. 399.

no –de Dios– y de que, en consecuencia, su contenido no es accesible a la mente humana²⁸.

En «What is Justice?» tampoco se aprecia un esfuerzo por caracterizar ambas teorías. En cambio, Kelsen sí explica las razones por las que, a su modo de ver, al tratar de buscar una justificación de la propia conducta, el ser humano prefiere, en general, las soluciones metafísicas a las racionales. Como relativista, Kelsen piensa que la razón humana sólo puede ofrecer, a lo sumo, una respuesta relativa y condicionada a la pregunta sobre el contenido de la justicia: una conducta sólo se puede justificar como medio para alcanzar un fin²⁹. La perspectiva de una mera justificación relativa de la conducta puede ser suficiente para algunos, pero desalentará a otros muchos, que puede que no se den por satisfechos con una respuesta condicionada. Estos necesitan creer que hay una justicia absoluta y, en definitiva, reglas que permiten justificar la conducta de forma incondicionada y no sujeta a discusión. Esta necesidad de una respuesta absoluta a los problemas de justicia debe de ser muy fuerte, pues ha predominado históricamente. Prueba de ello es que se ha tratado de satisfacer la necesidad de justificar la conducta individual apelando a la religión o la metafísica, trasladando la solución del problema a la esfera trascendente. Es así como la justicia se convierte en una cualidad divina, inaccesible al conocimiento humano.

Es en «Das Problem der Gerechtigkeit» donde Kelsen por fin nos da la clave para diferenciar ambos tipos de normas de justicia. Sobre las normas metafísicas apenas tiene algo que añadir a lo dicho previamente. Son metafísicas en un doble sentido: por su origen, pues proceden de una instancia trascendente, y por su contenido, que es inasequible a la razón humana. El valor de justicia que está implícito en ellas es absoluto, lo que significa que excluyen la posibilidad de afirmar otros principios de justicia³⁰. En cambio, las normas de justicia del tipo racional se caracterizan porque (1) no presuponen la creencia en instancias trascendentes; (2) han sido establecidas por actos humanos pertenecientes al mundo de la experiencia; y (3) son susceptibles de comprensión racional³¹.

Por último, en «What is Justice?» y en «Das Problem der Gerechtigkeit» el catálogo de las normas racionales examinadas es muy amplio³² si se compara con el de las normas metafísicas, a las que

²⁸ *Ibidem*, p. 412.

²⁹ KELSEN, H., «What is Justice?», cit., p. 10.

³⁰ KELSEN, H., «Das Problem der Gerechtigkeit?», cit., p. 366.

³¹ *Idem*.

³² Para Kelsen, el arquetipo de las normas de justicia racionales es el «*suum cuique tribuere*», aunque analiza otras muchas, entre las que se encuentran la regla de oro («no hagas a los demás lo que no quieras que los demás te hagan a ti»), el imperativo categórico kantiano, la doctrina aristotélica del «*mesotes*» o el término medio, las distintas modalidades de la justicia entendida como igualdad, los principios de justicia del capitalismo y el comunismo o el principio «haz el bien y evita el mal», como

apenas se dedican unas pocas páginas. Este dato es desorientador, pues puede dar la impresión de que Kelsen está más interesado en criticar los principios racionales, cuando en realidad ocurre justo al revés. Si junto a las obras mencionadas no se examinan otros escritos, como «Die platonische Gerechtigkeit»³³ (1933) o «The Idea of Justice in the Holy Scriptures»³⁴ (1953), es difícil percatarse de la importancia que tiene para él la crítica a las normas metafísicas. Lamentablemente, la mayor parte del, por lo demás, escaso número de estudiosos de esta materia ha incurrido en ese error³⁵, y no han tenido en cuenta que el primer propósito de Kelsen siempre fue desbaratar cualquier pretensión de definir la esencia de la justicia a partir de un enfoque metafísico. Prueba de ello es la extraordinaria –casi ciclópea– amplitud de su trabajo más importante sobre la justicia platónica: *Die Illusion der Gerechtigkeit. Eine kritische Untersuchung der Sozialphilosophie Platons*³⁶, que se publicó póstumamente en 1985.

3. LAS NORMAS DE JUSTICIA METAFÍSICAS

Como he señalado, las concepciones metafísicas de la justicia se caracterizan por la creencia de que la verdadera justicia se realiza en algún lugar trascendente y de que es una cualidad o función de un ser sobrenatural. Justamente en razón de su procedencia, la respuesta que ofrecen a la pregunta sobre el contenido de la justicia es inaccesible al

primer precepto de la ley natural en el pensamiento de Santo Tomás de Aquino. En la argumentación de Kelsen se percibe la huella que dejó en él el opúsculo de PERELMAN, Ch., *De la Justice*, Office de Publicité, Bruxelles, 1945. Este autor examina varias fórmulas de justicia con la pretensión de identificar un substrato común a todas ellas, a fin de obtener una definición general de la justicia. En «Das Problem der Gerechtigkeit» Kelsen trató de emular el análisis de Perelman, pero sin renunciar a su tipología de las normas de justicia y examinando principios y fórmulas dispares, que en algún caso es dudoso que se puedan considerar genuinos principios de justicia. De ahí que el resultado de su investigación fuera más abigarrado que el obtenido por su colega.

³³ *Kant-Studien*, 38, 1933, pp. 91-117. Cito por la ed. de *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, 1. Band, cit.

³⁴ *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 22 (1952/1953), pp. 1-63. Cito por la ed. de *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles, 1957, pp. 25-81, 378-380.

³⁵ Tal es el caso de SOARES DE MOURA COSTA MATOS, A., *Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen*, Del Rey, Belo Horizonte, 2005; QUINTANA BRAVO, F., «El problema de la justicia en Kelsen», *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Chile, Valparaíso, 1974, pp. 93-139; ERRÁZURIZ MACKENNA, C. J., *La Teoría pura del derecho de Hans Kelsen. Visión crítica*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1986; y NOGUEIRA DIAS, G., «Was ist Gerechtigkeit? Facetten der Gerechtigkeit im Rechtspositivismus Hans Kelsens», *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 57/1, Springer Verlag, Wien, 2002, pp. 63-88.

³⁶ Manz, Wien, 1985.

entendimiento humano. El significado de la justicia es un misterio o, en el mejor de los casos, un conocimiento que se revela sólo a unos pocos.

Por otro lado, en contraste con la gran variedad de fórmulas racionales analizadas, al ocuparse de las metafísicas Kelsen sólo examina dos: la concepción platónica de la justicia, que se fundamenta en la doctrina de las ideas –y sobre todo en la idea del bien– y la justicia basada en el principio del amor, tal como enseña Jesús en el Evangelio. Al comienzo de *Die Illusion der Gerechtigkeit* Kelsen explica que tanto Jesús de Nazaret como Platón trataron de dar respuesta al problema de la justicia, «aquél más con su vida que con su doctrina, éste más con su doctrina que con su vida»³⁷.

Con *Die Illusion der Gerechtigkeit* Kelsen puso fin a sus investigaciones sobre la filosofía platónica, que había iniciado en 1933 con «Die Platonische Gerechtigkeit» y «Die platonische Liebe»³⁸. Los resultados obtenidos en esos trabajos fueron definitivos, y se repiten en obras posteriores sin que Kelsen modifique su posición. Y con respecto al principio de justicia enunciado por Jesús, en «What is Justice?» y «Das Problem der Gerechtigkeit», Kelsen reitera las conclusiones a las que llegó en otro ambicioso escrito: «The Idea of Justice in the Holy Scriptures».

La opinión de Kelsen sobre las normas de justicia metafísicas es la que cabría esperar de alguien que siempre se autodefinió como agnóstico en materia de religión y escéptico en lo que concierne a la moral y la justicia: esas normas sólo pueden ser aceptadas por quienes asuman como propio el enfoque metafísico, es decir, por quienes comparan la creencia de que, junto al mundo que nos rodea y que nos es accesible a través de los sentidos, hay un mundo trascendente hacia el que se desplaza la resolución del problema de la justicia. En ese sentido, lo justo es lo que Dios determina como tal, o lo que se puede inferir de la contemplación, reservada a unos pocos, de ciertas esencias trascendentes mediante una suerte de gracia.

Obviamente, esta parte de la crítica de Kelsen apenas es rebatible. Lo más que se puede hacer es valorar si en su examen se aproxima con rigor a los diálogos de Platón y a los textos bíblicos. Pero esto es competencia de especialistas³⁹. Como veremos, en el fondo del asunto late la misma oposición de concepciones del mundo a la que antes me he referido. Según Kelsen, quienes comparten la *Weltanschauung* del relativismo filosófico rechazarán la existencia de «realidades» metafí-

³⁷ KELSEN, H., *Die Illusion der Gerechtigkeit*, cit., p. 1.

³⁸ *Imago*, 19. Band, 1933, pp. 34-98 y 225-255.

³⁹ PECHRIGGL, A., «Wie undogmatisch ist Kelsens Platon? Drei Annäherungen an *Die Illusion der Gerechtigkeit*», *Griechische Philosophie im Spiegel Hans Kelsen, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts*, 28. Band, Manz, Wien, 2006, p. 35, señala que en *Die Illusion der Gerechtigkeit* Kelsen se apoya en un gran conocimiento de la filosofía y la historia antiguas, a pesar de lo cual su aproximación al pensamiento platónico es a veces inconsistente y presenta algunas lagunas conceptuales.

sicas localizables más allá de la realidad del mundo empírico, mientras que quienes contemplan el mundo desde la perspectiva de una *Weltanschauung* absolutista, buscarán la solución a los problemas de justicia en una esfera trascendente. Al final parece que todo se reduce a la disyuntiva de compartir ciertas creencias o no hacerlo, de tener fe en una metafísica religiosa o no tenerla y, en definitiva, de afirmar que existe un más allá o de rechazarlo. Así pues, la discusión sobre la justicia que Kelsen mantiene con sus adversarios metafísicos –sobre todo con Platón, pero también con Jesús o San Pablo– está condenada a convertirse en un diálogo de sordos. No parece que por esta vía se pueda solucionar el problema de fondo. La pregunta sobre el contenido de la justicia continúa sin respuesta.

3.1 La justicia en la doctrina platónica de las ideas

Como positivista y relativista en una doble vertiente ética y epistemológica, Kelsen defendió la necesidad de detener los intentos de propagación o «contaminación» metafísica en el terreno jurídico. Por eso no es de extrañar que, al buscar un adversario al que enfrentar su visión de la justicia, apuntara al pensador metafísico por excelencia: Platón, cuya filosofía experimentó un resurgimiento en el periodo de Entreguerras. Sin dejar de admirar la profundidad del pensamiento platónico y la calidad literaria de sus diálogos, Kelsen examina críticamente las investigaciones sobre la justicia del filósofo griego –y en general su doctrina de las ideas– desde la década de 1930. Es muy significativo que su primer trabajo sobre la justicia –«Die Platonische Gerechtigkeit»–, y también el último –*Die Illusion der Gerechtigkeit*–, tuvieran como objeto a Platón.

Este genuino interés se debió sin duda a que Platón representaba el arquetipo de lo que Kelsen denominó «una concepción absolutista de la filosofía y la ética». En sus trabajos queda patente su simpatía por el relativismo de la sofística, y, en cierto modo, más de dos mil años después, Kelsen contribuyó a reavivar la apasionada discusión entre Platón y los sofistas, afirmando, frente al absolutismo ético de aquél, su propia concepción relativista de la justicia, y frente a la visión platónica del Estado ideal, como un estado autocrático gobernado por el «Rey filósofo», un Estado democrático edificado sobre el principio de la tolerancia⁴⁰.

Que Kelsen estuviera especialmente interesado en la teoría platónica de la justicia, no le impidió desarrollar al mismo tiempo un estudio de amplio espectro sobre Platón. De hecho, en su opinión la teoría de la justicia de Platón es inseparable de su metafísica dualista, que desdobra la realidad en dos planos o mundos comunicados: por un

⁴⁰ KELSEN, H., *Esencia y valor de la democracia*, cit., pp. 224 y ss.; «Staatsform und Weltanschauung», cit., pp. 1940-1941; «What is Justice?», cit., pp. 22 y ss.

lado, está el mundo empírico o de las cosas perceptibles en su realidad espacio-temporal por los sentidos⁴¹; por otro, está el mundo de las ideas, inaccesible a la experiencia sensorial. Según Platón, los objetos que existen en este mundo no son más que una apariencia engañosa y un reflejo de su verdadero ser, de las cosas «en sí», que no se localizan en este mundo empírico, sino que hay que buscarlas en el mundo trascendente de las ideas, que es ajeno al espacio y el tiempo⁴². Las ideas platónicas son entidades abstractas que determinan la verdadera esencia de las cosas. Por eso, para Platón el mundo de las ideas es el mundo del *verdadero ser*, mientras que el mundo empírico, donde todos los objetos son simples reproducciones imperfectas, es el mundo del *no-ser*. Ahora bien, para Kelsen, lo que caracteriza a esta metafísica es que tiene un significado ético. Lo verdadero –es decir, las ideas– se identifica con lo bueno, mientras que lo aparente representa lo malo. De ahí que el mundo empírico sea el lugar donde se aloja el mal, mientras que la idea de bien –hacia la cual conduce Platón su investigación sobre la justicia– hay que buscarla en el mundo de las ideas⁴³.

La división de la realidad en dos planos determina el papel que Platón atribuye a la filosofía. Dado que las cosas del mundo sensible son mera apariencia, el único objeto posible de conocimiento son las ideas trascendentes⁴⁴. Según Platón ese conocimiento es el objetivo de la filosofía, de la *verdadera* filosofía, que se enseñaba en su Academia, frente a los errores de las doctrinas sofistas⁴⁵. En un momento histórico caracterizado por un pensamiento precientífico, Platón se presenta como un sabio comprometido con el conocimiento. Sin embargo, para Kelsen la metafísica platónica, con su doctrina de las ideas, tenía un propósito oculto: justificar un sistema de dominación rígidamente autoritario y antidemocrático.

Kelsen pretende demostrar que la mentalidad de Platón no es la de quien persigue desinteresadamente el noble fin del conocimiento, sino la de quien busca alcanzar un objetivo político al servicio del cual erige un constructo doctrinal que sirve como base de legitimación. Así pues, Platón se muestra ante todo como un político o un ideólogo. Es

⁴¹ KELSEN, H., «Die Platonische Gerechtigkeit», cit., p. 351; *Die Illusion der Gerechtigkeit*, cit., p. 2.

⁴² KELSEN, H., «Die Platonische Gerechtigkeit», cit., p. 351; *Die Illusion der Gerechtigkeit*, cit., p. 1.

⁴³ KELSEN, H., «Die Platonische Gerechtigkeit», cit., p. 354; *Die Illusion der Gerechtigkeit*, cit., pp. 2 y ss.

⁴⁴ KELSEN, H., «Die Platonische Gerechtigkeit», cit., p. 351; *Die Illusion der Gerechtigkeit*, cit., p. 2, señala que para Platón no es posible obtener un conocimiento –o *episteme*– de las cosas de este mundo, que sólo son susceptibles de opinión o *doxa*.

⁴⁵ KELSEN, H., «Die Platonische Gerechtigkeit», cit., pp. 361-362. Siguiendo a HOWALD, E., *Die platonische Akademie und die moderne Universitas Litterarum; eine akademische Rede*, Füssli, Zurich, 1921, p. 15, Kelsen describe la Academia platónica no como una escuela de intelectuales y sabios, sino como un conventículo organizado según el modelo de las comunidades pitagóricas. La Academia cumplía una función preparatoria para el ejercicio de la política.

también un dramaturgo, que utiliza la escritura dialogada para obtener un efecto moralizante⁴⁶. Poco importa que lo que dicen sus personajes sea inexacto, con tal de obtener el efecto deseado. Además, una ventaja adicional de la escritura dialogada es que evita atribuir directamente a Platón cualquiera de las doctrinas que se discuten, de forma que la responsabilidad de las distintas tomas de posición se diluye al poder ser imputadas a los personajes del diálogo y no a Platón mismo. De hecho, de sus escritos no se desprende ninguna doctrina que se pueda considerar específicamente platónica⁴⁷. Kelsen insiste en que esta actitud es opuesta a la que se le supone a alguien interesado en el conocimiento, y pone de relieve el carácter acientífico del método platónico⁴⁸.

Para Kelsen, una prueba de que Platón es, ante todo, un ideólogo, es su doctrina sobre la «mentira noble» a la que según él ha de recurrir todo gobernante. Él justifica la utilización de la mentira para asegurar una relación de dominación y fundamentar la creencia, necesaria para garantizar la armonía de la organización estatal, de que a unos les corresponde gobernar y a otros obedecer, y de que los hombres que gobiernan son los mejores y más capacitados para desempeñar ese menester⁴⁹. La mentira que propone Platón en *La República* consiste en un mito fundacional que, en su opinión, convendría difundir en la *polis*. De acuerdo con ese mito las almas de los hombres son moldeadas con diversos tipos de metales, y un dios moldeador añade oro a las almas de los que están capacitados para gobernar, plata a las de los guardianes y hierro y bronce a las de los trabajadores y artesanos⁵⁰. Las almas de los primeros son las más valiosas, y por eso son ellos quienes tienen que gobernar a los demás. Kelsen entiende que el interés de Platón no es tanto que gobiernen los mejores, como que los gobernados así lo crean⁵¹ y piensen que la jerarquía existente y la atribución de las distintas funciones sociales son determinadas por la voluntad divina⁵². Poco importa que ese mito sea verdad o no. Lo que

⁴⁶ KELSEN, H., «Die Platonische Gerechtigkeit», cit., p. 364.

⁴⁷ En general, Platón suele utilizar la figura de Sócrates o los personajes misteriosos del Extranjero y el Ateniense para exponer sus propios puntos de vista.

⁴⁸ KELSEN, H., «Die Platonische Gerechtigkeit», cit., p. 362; *Die Illusion der Gerechtigkeit*, cit., p. 145, explica que, a raíz de sus viajes a Siracusa, Platón se emancipó del pseudo-racionalismo socrático. La influencia de la mística órfico-pitagórica se observa en el *Gorgias* y el *Menón*, donde Platón se presenta como el adversario de los sofistas racionalistas, que eran contrarios a la religión y la metafísica, y que en opinión de Kelsen representaban el punto de vista de la ciencia especializada. Parece que, en ese sentido, Kelsen se considera continuador del enfoque de la sofística. *Vid. Die Illusion der Gerechtigkeit*, cit., p. 135.

⁴⁹ KELSEN, H., «Die Platonische Gerechtigkeit», cit., p. 365; *Die Illusion der Gerechtigkeit*, cit., pp. 180 y ss.

⁵⁰ *Vid. La República*, 415 a.

⁵¹ KELSEN, H., *Die Illusion der Gerechtigkeit*, cit., p. 181.

⁵² *Ibidem*, p. 182.

interesa es que ésta y otras mentiras sean útiles para el Estado⁵³, o mejor dicho, para ciertas pretensiones de dominación del Estado. Para Kelsen, esta doctrina demuestra que Platón es un ideólogo dispuesto a subordinar la verdad a su interés en asegurar el gobierno de los filósofos en el Estado ideal.

Vale la pena explicar, aunque sea *grosso modo*, en qué consiste la metafísica de Platón y traer a colación sus intereses políticos dirigidos a gobernar el Estado, porque, como asegura Kelsen, su filosofía de la justicia se orienta precisamente a la consecución del objetivo de la dominación. Kelsen explica que la justicia fue desde el comienzo la principal preocupación de Platón. En su juventud viajó a Siracusa, donde tomó contacto con los misterios órficos y la filosofía esotérica de los pitagóricos, que influyeron decisivamente en el diseño de su concepción de la justicia. Los pitagóricos entendían la justicia en el sentido de una retribución que se recibe tras la muerte, en el más allá. El alma es el objeto de esa retribución, que consiste en devolver bien por bien y mal por mal: el mal se retribuye con castigos ultraterrenos que se ejecutan sobre las almas de quienes fueron malhechores en su vida terrena, mientras que quienes hicieron el bien son retribuidos con recompensas.

Platón hace suya la doctrina pitagórica de que la justicia se sustancia mediante una retribución ultraterrena. Explica su visión en el *Gorgias*⁵⁴, que dedica a discutir sobre la justicia. De este diálogo se

⁵³ *Idem*; «Die Platonische Gerechtigkeit», cit., p. 365.

⁵⁴ En el *Gorgias*, Platón interpreta el castigo como la medicina de las injusticias cometidas. Pone en boca de Sócrates que «en efecto, en cierto modo, el castigo moderará a los hombres, los hace más justos y viene a ser como la medicina de la maldad». Vid. «Gorgias», 478 d, en *Diálogos II*, trad. J. Calonge Ruiz, Gredos, Madrid, 1983, p. 73. El castigo no se contempla como un mal, sino como un bien que mejora a quienes lo reciben. Esta idea se repite después en el relato que, en forma de mito, hace Sócrates de la retribución en el más allá, donde insiste en que el castigo que reciben las almas de los impíos sirve de advertencia para los demás: «Es propio de todo el que sufre un castigo, si se le castiga justamente, hacerse mejor, y así sacar provecho, o servir a los demás de ejemplo para que, al verle otros sufrir el castigo, tengan miedo y se mejoren». Sócrates distingue además, dependiendo de la gravedad de las injusticias cometidas, dos tipos de hombres: los que tienen cura y los que son incurables, pues han cometido los delitos más graves: «Los que sacan provecho de sufrir un castigo impuesto por los dioses o por los hombres son los que han cometido delitos que admiten curación; a pesar de ello, este provecho no lo alcanzan más que por medio de sufrimientos y dolores, [...] porque de otro modo no es posible curarse de la injusticia. Los que han cometido los más graves delitos y, a causa de ellos, se han hecho ya incurables son los que sirven de ejemplo a los demás; ellos mismos ya no sacan ninguna ventaja, puesto que son incurables, pero sí la sacan los que les ven padecer para siempre los mayores y más dolorosos suplicios a causa de sus culpas, colgados, por así decirlo, como ejemplo, allí en la prisión del Hades, donde son espectáculo y advertencia para los culpables que, sucesivamente, van llegando». Para Kelsen, atribuir a los castigos una doble función correctora y motivadora implica incorporar elementos de una doctrina racionalista de la pena, como la que defendió el sofista Protágoras. Estas ideas se repiten en las *Leyes*, donde, como señala Kelsen (*Die Illusion der Gerechtigkeit*, cit., p. 230), Platón repite casi literalmente las doctrinas de Protágoras. Un

desprende que la teoría de la justicia de Platón no se puede desligar de su doctrina sobre el alma, pues justamente el alma es el objeto de la retribución⁵⁵. Esto implica asumir varias cosas: que el alma existe con

ejemplo es el pasaje en el que el Ateniense habla del castigo que se debería aplicar a los ladrones de templos: «El que fuere atrapado robando templos, cuando se trate de un esclavo o un extranjero, una vez marcado [...] en su rostro y en sus manos y azotado [...], sea expulsado desnudo fuera de los límites de la ciudad, pues en caso de cumplir esta pena quizás se haría mejor, templando su ánimo. Ningún castigo impuesto de acuerdo con la ley sucede para mal, sino que, en general, produce una de dos, o mejora o hace menos miserable al que paga su pena». *Vid. Leyes (Libros VII-XII)*, 854 d, trad. F. Lisi, Gredos, Madrid, 2008, pp. 128-129.

⁵⁵ En *Die Illusion der Gerechtigkeit* Kelsen explica los cambios que atraviesa la doctrina platónica del alma. Si en el *Gorgias* Platón aseguraba que el alma es el objeto de una retribución que se ejecuta en el más allá, en el *Menón* complementa esta doctrina al afirmar que, para que el alma sea retribuida, hay que admitir dos cosas: por un lado, que el alma existe después de disolverse su comunión con el cuerpo, y, por otro, que tuvo también una existencia previa, donde aprendió todo lo que sabe sobre la justicia. Platón asume la doctrina órfico-pitagórica de la transmigración del alma, que es una pieza esencial para explicar cómo se alcanza el conocimiento de la justicia en vida, una vez que el alma se ha acoplado con el cuerpo. Según Platón, ese conocimiento se obtiene a través de una reminiscencia: «El alma, pues, siendo inmortal y habiendo nacido muchas veces, y visto efectivamente todas las cosas, tanto las de aquí como las del Hades, no hay nada que no haya aprendido; de modo que no hay que asombrarse si es posible que recuerde no sólo la virtud, sino el resto de las cosas que, por cierto, antes también conocía». Por tanto, el conocimiento en vida consiste en rememorar todo lo que el alma contempló por sí misma antes de nacer: «Estando, pues, la naturaleza toda emparentada consigo misma, y habiendo el alma aprendido todo, nada impide que quien recuerde una sola cosa –eso que los hombres llaman aprender– encuentre él mismo todas las demás [...] Pues, en efecto, el buscar y el aprender no son otra cosa, en suma, que una reminiscencia». *Vid. «Menón»*, 84 c-d, en *Diálogos II*, trad. F. J. Olivieri, Gredos, Madrid, 1983, p. 302. La doctrina sobre el alma del *Gorgias* y el *Menón* se sintetiza en el *Fedón*, que versa justamente sobre el alma. Kelsen explica que en esos diálogos el alma se caracteriza como inmortal, inmutable e incorruptible. El alma no se puede transformar ni corromper, pues no puede participar de la maldad: es absolutamente buena (*Die Illusion der Gerechtigkeit*, cit., pp. 257-258). Además, según Platón también es indivisible. En *La República*, la doctrina platónica del alma experimenta algunos cambios. Por un lado, para que el alma pueda ser objeto de retribución mediante castigos en el más allá, es necesario incorporar de algún modo el mal a su esencia. Por eso Platón divide ahora el alma en tres partes: una parte reflexiva, una parte colérica y una parte ávida. En esta última es donde reside el mal que justifica los castigos en aquellos casos en los que la parte reflexiva y la parte colérica, que actúan en la misma dirección, sean incapaces de imponerse a la parte ávida, que ansía sobre todo el placer. Este esquema tripartito se reproduce en el *Fedro*, donde el alma se presenta alegóricamente como un carro alado, conducido por un auriga –que representa la parte reflexiva del alma– y tirado por dos caballos, uno bueno y noble, que se corresponde con la parte colérica, y otro malo e indómito, que simboliza la parte ávida (*vid. ibidem*, p. 283). Kelsen explica que tanto en *La República* como en el *Fedro* el esquema tripartito termina reduciéndose a uno bipartito, en el que se distingue una parte buena, formada por la parte reflexiva y la parte colérica, y una mala, que es la parte ávida. Por último, Kelsen señala que el mismo fenómeno, pero a la inversa, se observa en el *Timeo*, donde Platón presenta la última versión de su doctrina del alma. Ahora sostiene que los dioses introducen en el cuerpo humano dos almas: una divina e inmortal, que está en la cabeza, y otra humana y mortal, situada en el tórax. Pero al final Platón descompone el alma mortal en dos partes: una parte mejor, que se aloja en la parte superior del

independencia del cuerpo, que se separa de éste tras la muerte y, finalmente, que viaja a un lugar ultraterreno (el Hades) para recibir la retribución que le corresponde.

Esta concepción escatológica de la justicia como retribución en el más allá deja abiertos algunos interrogantes. Para Platón, todo hombre se compone de un cuerpo mortal y un alma inmortal. El cuerpo pertenece al mundo físico, y como tal encarna lo malo que hay en el hombre. En cambio, el alma no pertenece a este mundo, sino que es una esencia trascendente –de la misma naturaleza de las ideas– que está en comunión temporal con el cuerpo. Por eso el alma representa lo bueno que hay en los hombres. La cuestión es: si el alma es lo bueno y el cuerpo lo malo, ¿cómo puede entonces el alma recibir castigos por el mal cometido en vida, si ella se compone de la misma esencia del bien? Platón resuelve esta contradicción afirmando que los crímenes e injusticias que se cometen en vida dejan estigmas en el alma⁵⁶, que por eso tiene que ser escarmentada.

En el *Gorgias* Platón se limita a decirnos que tras la muerte del cuerpo, el alma inmortal es retribuida por el bien y el mal que se han hecho en vida, pero no explica en qué consisten el bien y el mal, sino que más bien lo presupone. Y, por otro lado, puesto que la justicia se ejecuta en el más allá en forma de retribución, mientras no se resuelva la cuestión de qué es el bien y qué el mal, la respuesta a la pregunta por el significado de la justicia sigue en el aire. Aunque el resultado del *Gorgias* fue insatisfactorio, este diálogo sirvió como punto de arranque de una investigación más ambiciosa sobre la idea del bien que Platón desarrolló en *La República*.

En *La República*, Platón sigue fiel a la idea de que la esencia de la justicia es la retribución que se ejecuta sobre el alma en el más allá. Sin embargo, Kelsen subraya que en el libro II se aprecia un cambio en el enfoque del problema: dejando al margen, de momento, la retribución ultraterrena, Platón trata ahora de explicar en qué consiste la justicia que se practica en la comunidad política⁵⁷. Esto le lleva a modificar su visión del alma y a ponerla en conexión con su visión del Estado ideal.

Como es sabido, para Platón el alma humana se compone de tres partes: una parte reflexiva, que aprehende la verdadera esencia de las cosas, una parte ávida que busca el goce de los placeres y la satisfacción de los apetitos y una parte colérica en la que reside el coraje. Según él, cuando la parte reflexiva y la parte ávida entran en conflicto,

tórax y alberga el coraje y la ira, y otra peor, que está en el vientre, cuyo deseo se vuelve hacia la comida y la bebida (*vid. ibidem*, pp. 298-299). En cualquier caso, como ahora explicaré, para Kelsen lo característico de esta doctrina es que tiene un significado ético.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 228.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 234.

la parte colérica suele aliarse con la parte reflexiva⁵⁸. De aquí resulta que el esquema tripartito se convierte en un esquema bipartito en el que se diferencia una parte buena o sensata del alma (formada por la parte reflexiva y la parte colérica), que impone la mesura y la templanza, y una parte mala o insensata (la parte ávida), que busca la satisfacción de los apetitos. Lo bueno y saludable es que la parte sensata se imponga a la parte insensata, pues eso significa que la razón impera sobre las pasiones. Para Kelsen, esta explicación demuestra que la doctrina platónica del alma apenas tiene que ver con la psicología y el análisis de los fenómenos anímicos. Como instrumento de una especulación sobre el bien y el mal, tiene que ver con la ética⁵⁹, pues el principio según el cual la razón debe dominar sobre las pasiones y la mejor parte del alma tiene que reinar sobre la peor, es justamente un principio ético.

Platón traslada la concepción tripartita del alma al Estado ideal, que también se divide en tres clases o castas. Ante todo, están los gobernantes. Dado que deben buscar el bien del Estado, en ellos ha de dominar la parte reflexiva del alma. Ahora bien, como sólo los filósofos están en condiciones de alcanzar el conocimiento de las ideas, y en particular el conocimiento del bien, el gobierno del Estado debe recaer en sus manos. En cambio, la parte ávida del alma es dominante en la clase del pueblo trabajador, que sólo persigue el goce y el lucro y no puede conocer el bien ni puede obrar con bondad a menos que se le guíe. Por último, la clase de los guardianes tiene la misión de mantener el orden y de garantizar la seguridad de los gobernantes. En ellos prevalece la parte colérica del alma. Kelsen explica que el conflicto que tenía lugar en el alma entre la parte reflexiva y la parte ávida, se reproduce en el Estado ideal entre los gobernantes y la clase trabajadora. Y al igual que allí la parte colérica había de aliarse con la parte reflexiva, también en el Estado ideal los guardianes han de ponerse del lado de los gobernantes para someter al pueblo trabajador. De esta manera, al igual que sucedía en el alma, también en el Estado ideal el esquema tripartito inicial termina reduciéndose a un esquema bipartito: hay una clase dominante que está formada por los gobernantes –que son la elite del Estado– y los guardianes, y una clase dominada que se identifica con el pueblo trabajador⁶⁰. Platón no oculta su recelo hacia la masa del pueblo, pero no puede dejar de considerarla una parte necesaria del Estado, pues mantiene a la clase dominante con su traba-

⁵⁸ Dice Platón: «Y en muchas ocasiones hemos advertido que, cuando los deseos violentan a un hombre contra su raciocinio, se insulta a sí mismo y se enardece contra lo que, dentro de sí mismo, hace violencia, de modo que, como en una lucha entre dos facciones, la fogosidad se convierte en el aliado de la razón de ese hombre. No creo en cambio [...] que la fogosidad haga causa común con los deseos actuando contra lo que la razón decide.» Vid. *La República*, 440 a-b. Cito por la trad. de C. Eggers Lan, Gredos, Madrid, 1986, p. 234.

⁵⁹ KELSEN, H., *Die Illusion der Gerechtigkeit*, cit., p. 273.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 276.

jo⁶¹. En su opinión, si los filósofos gobiernan al pueblo con el apoyo de los guardianes, esa constitución estatal es justa. Por tanto –concluye Kelsen–, Platón admite, al menos provisionalmente, que en el Estado ideal lo justo es que cada uno cumpla su tarea: los filósofos gobernar, los guardianes mantener el orden y el pueblo trabajar. De este modo la teoría platónica del alma consagra un principio de división del trabajo⁶².

Ahora bien, el propio Platón es consciente de que con esto no ha aclarado nada sobre el contenido de la justicia. Kelsen señala que la constitución armónica del Estado, organizada según el principio de división del trabajo, no se identifica con la justicia⁶³, sino que, como Platón tiene que admitir, sólo es el camino para llegar hasta ella. Ese camino sólo puede andarse gracias a la filosofía. Por tanto, el Estado platónico y la filosofía platónica son la vía para alcanzar el conocimiento de la justicia⁶⁴.

Platón prosigue con su análisis y llega al punto donde, según Kelsen, se pone de manifiesto la singularidad de su método: justo cuando parece que ha llegado a una solución, abandona la posición ganada y señala que hay que seguir investigando⁶⁵. En un momento dado identifica lo justo con lo racional. Asegura que actúa justamente quien se deja guiar por la razón. Pero con esto lo que hace es intercambiar un concepto de difícil definición por otro que presenta la misma dificultad. Platón no explica qué es lo racional, sino que más bien lo presupone como algo obvio⁶⁶. Esta solución también es abandonada, lo cual le lleva finalmente a identificar la idea de justicia con la idea del bien. A partir de ese momento la investigación sobre la justicia se convierte en una investigación sobre la idea del bien. Kelsen menciona cierto pasaje de *La República* en el que, ante la pregunta de Adimanto sobre la esencia del bien, Sócrates declara que él no es un sabio y que no está en posesión de ese conocimiento⁶⁷. Sólo asegura que el bien es lo supremo, aunque reconoce que no puede decir más por el momento. Kelsen señala que ésta es una cuestión que Platón no resolvió nunca,

⁶¹ Vid. *ibidem*, pp. 277 y 339.

⁶² *Ibidem*, pp. 209 y 345 y ss. Kelsen afirma que Platón presenta el principio de división del trabajo como si formara parte de una especie de derecho natural, de tal manera que cada uno ha de hacer aquello para lo que está capacitado *por naturaleza*. Además, Platón está convencido de que la gran masa de los hombres está destinada a trabajar y no a gobernar. Kelsen ve en estas ideas la expresión de una ideología conservadora del derecho natural. Vid. *ibidem*, p. 349.

⁶³ *Ibidem*, p. 337; «Die Platonische Gerechtigkeit», cit., p. 372; «The Metamorphoses of the Idea of Justice», cit., p. 414.

⁶⁴ KELSEN, H., *Die Illusion der Gerechtigkeit*, cit., p. 344.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 345; «Die Platonische Gerechtigkeit», cit., p. 373; «The Metamorphoses of the Idea of Justice», cit., pp. 414-415; «What is Justice?», cit., p. 11; «Das Problem der Gerechtigkeit» cit., p.399.

⁶⁶ KELSEN, H., *Die Illusion der Gerechtigkeit*, cit., p. 352.

⁶⁷ Vid. *La República*, 506 d-e.

ni en *La República* ni en ningún otro diálogo⁶⁸. Nunca respondió a la pregunta de Adimanto.

Sin embargo, Platón no dejó de buscar respuestas a esa difícil cuestión. El paso siguiente fue aplicar el método socrático de la dialéctica en un nuevo intento de dar solución al problema. Define la dialéctica como el «método de aprehender en cada caso, sistemáticamente y sobre todo, lo que es cada cosa»⁶⁹, pero no desvela cómo conduce al conocimiento del bien. Sólo asegura que no hay otro camino para alcanzar esa meta, y que la esencia del bien –que no es definida en ningún momento– sólo se puede conocer a través de la dialéctica. Kelsen desacredita este nuevo recurso platónico. Señala que la dialéctica no es otra cosa que el método socrático del análisis conceptual, que Platón presenta en *El Sofista*⁷⁰. Esta técnica se ejercita en el curso de un debate y consiste en interrogar al interlocutor y responder a sus preguntas planteándole preguntas adicionales, hasta que, finalmente, alcance el conocimiento a través de sus propias conclusiones. Según Kelsen, lo que realmente se consigue con este método es conducir al interlocutor *ad absurdum*, enredándolo en sus propias contradicciones. Platón tiene que admitir que la pretensión de determinar la esencia del bien mediante la dialéctica, separándolo conceptualmente de todo lo demás, está condenada al fracaso, pues la idea del bien se sitúa más allá de la esfera en la que se mueve la dialéctica⁷¹. Por su naturaleza, la idea del bien es trascendente, y por tanto no se puede conocer racionalmente, ni a través de la dialéctica ni mediante cualesquiera otros procedimientos racionales.

La incognoscibilidad de la idea del bien por los cauces de la razón no supuso un freno a las aspiraciones de Platón. Kelsen señala que en la *Carta VII*, hacia el final de su vida, Platón argumenta que, aunque el conocimiento sobre el bien y el mal no se puede obtener aplicando procedimientos dialécticos, es accesible mediante una aprehensión intuitiva. Sin embargo, advierte que no todos los hombres tienen capa-

⁶⁸ KELSEN, H., «Die Platonische Gerechtigkeit», cit., p. 375; *Die Illusion der Gerechtigkeit*, cit., p. 356; *The Metamorphoses of the Idea of Justice*, cit., p. 416.

⁶⁹ *La República*, 533, cit., p. 365.

⁷⁰ Según Platón, quienes emplean el método dialéctico «van interrogando acerca de aquellas cosas de las que alguien cree decir algo cuando no se dice nada; después refutan las opiniones de aquéllos, lo que es fácil, dado que están errados, y reuniéndolas en sus razonamientos, las colocan unas junto a otras, y una vez colocadas, demuestran que son contradictorias entre sí comparadas con las cosas mismas». *Vid. El Sofista*, 230 b, trad. A. Tovar (ed. bilingüe), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970, pp. 27-28.

⁷¹ En una conversación con Glaucón que tiene lugar en *La República* Sócrates replica: «Y así dirás que a las cosas cognoscibles les viene del Bien no sólo el ser conocidas sino también de él les llega el existir y la esencia, aunque el Bien no sea esencia, sino algo que se eleva más allá de la esencia en cuanto a dignidad y a potencia». *Vid. La República*, 509 b, cit., p. 334.

cidad para realizar el aprendizaje requerido⁷². Aunque no conduce al conocimiento del bien, la dialéctica prepara para alcanzar ese conocimiento, al que finalmente se llega mediante un acto de iluminación repentina, esto es, mediante una suerte de vivencia mística. Kelsen califica esa experiencia como «religiosa» e «interna», pues es ajena a los sentidos externos y, por así decirlo, se «revela» a unos pocos individuos, como si fuera una gracia divina⁷³.

Además, para Platón el rasgo que define la experiencia pseudo-mística en la que consiste el conocimiento de la idea del bien es su *inefabilidad*. El contenido de esa experiencia, es decir, el bien que se vislumbra, no se deja expresar con palabras ni se puede transmitir a los demás⁷⁴. Platón no responde —en realidad no puede hacerlo— a la pregunta sobre la esencia del bien. Sólo asegura que el bien existe y es trascendente, pero no puede aclarar su significado. Así pues, lo que es el bien, su esencia, es un secreto compartido por unos pocos sabios, que sólo pueden acceder a él cuando el pensamiento se desprende de todo lo sensible⁷⁵.

La incognoscibilidad del bien por medios racionales, lejos de ser un contratiempo para Platón, le brindó una posibilidad de justificar el gobierno de los filósofos en el Estado ideal —un gobierno que se les atribuye por su capacidad para conocer el bien— que nunca habría

⁷² KELSEN, H., *Die Illusion der Gerechtigkeit*, cit., p. 363. Platón asegura que «aquellos que no sean naturalmente inclinados ni afines a la justicia y a todas las demás virtudes —aunque en otros aspectos tengan facilidad para conocer y recordarse— así como los que poseyendo afinidad natural carezcan de capacidad intelectual y de memoria, no conocerán jamás, ni unos ni otros, la verdad sobre la virtud y el vicio en la medida en que se puede conocer». Vid. «Carta VII», 344 a, trad. M. Toranzo (ed. bilingüe), en *Las Cartas*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970, pp. 91-92.

⁷³ KELSEN, H., «Die Platonische Gerechtigkeit», cit., p. 376; *Die Illusion der Gerechtigkeit*, cit., p. 364; «The Metamorphoses of the Idea of Justice», cit., p. 417; «What is Justice?», cit., p. 12; «Das Problem der Gerechtigkeit» cit., p. 399. Platón opina sobre quienes aseguran que conocen el bien: «Es imposible, en mi opinión, que ellos tengan ningún conocimiento sólido de la materia. Desde luego una obra mía referente a estas cuestiones ni existe ni existirá jamás; no se puede, en efecto, reducirlas a expresión, como sucede con otras ramas del saber, sino que como resultado de una prolongada intimidad con el problema mismo y de la convivencia con él, *de repente, cual si brotara de una centella, se hace la luz en el alma y ya se alimenta por sí misma*». Vid. «Carta VII», 341 c-d, cit., p. 87. *Cursivas mías*.

⁷⁴ KELSEN, H., «Die Platonische Gerechtigkeit», cit., p. 377; *Die Illusion der Gerechtigkeit*, cit., p. 364; «The Metamorphoses of the Idea of Justice», cit., p. 417; «What is Justice?», cit., p. 12; «Das Problem der Gerechtigkeit» cit., p. 399. Platón se lamenta por la inefabilidad de la idea del bien: «Desde luego de una cosa estoy seguro: la exposición de estas materias por escrito o de palabra nadie podría hacerla mejor que yo; pero sé que los defectos de mi exposición a nadie causarían mayor disgusto que a mí [...] *Si yo creyera que eran susceptibles de ser expresadas satisfactoriamente por el lenguaje escrito u oral con destino a las masas ¿a qué empresa más noble habría podido dedicar mi vida que a escribir algo que representaría un máximo servicio para la humanidad y a sacar a luz para el universal conocimiento la naturaleza de las cosas?*» Vid. «Carta VII», 341 d, cit., pp. 87-88. *Cursivas mías*.

⁷⁵ KELSEN, H., «Die Platonische Gerechtigkeit», cit., p. 376; *Die Illusion der Gerechtigkeit*, cit., pp. 364-365; «The Metamorphoses of the Idea of Justice», cit., p. 417.

podido facilitarle la dialéctica. La inefabilidad del bien permite a los gobernantes filósofos adoptar las decisiones que estimen oportunas sin dar razón de las mismas. La única razón digna de considerar es el bien que ellos han contemplado, y puesto que lo que es el bien no se puede explicar a los demás ni puede ser compartido, los gobernados –que carecen de ese conocimiento– no pueden objetar los mandatos de los gobernantes y sólo les queda obedecer⁷⁶.

El contenido de esta doctrina y el *pathos* político subyacente conducen a Kelsen a rechazar que Platón sea realmente un místico. Es verdad que Platón piensa que lo que hay en el mundo de los sentidos es malo, y que los objetos que observamos en él son una imagen defectuosa de su esencia verdadera, que se localiza en el mundo de las ideas. Ciertamente, esta visión tan negativa del mundo terrenal puede inducir a un deseo de evadirse de él. Sin embargo, ésta no es la meta que persigue Platón. Según Kelsen, su filosofía tiene un marcado carácter social⁷⁷, y la doctrina de las ideas manifiesta una clara orientación política: Platón persigue legitimar un régimen político autoritario y la dominación del Estado por una elite de filósofos, y no la evasión de la realidad. El *pathos* platónico se opone radicalmente, por sus deseos latentes de poder y de dominio, al *pathos* característico de un verdadero místico, que no tiene esas ambiciones. De ahí que Kelsen considere la «mística» platónica como la expresión más completa del irracionalismo y como un elemento de justificación de una política antidemocrática que desprecia al pueblo y atribuye el gobierno absoluto del Estado al Rey filósofo –que es la metáfora del mismo Platón⁷⁸– por su capacidad para contemplar la esencia misteriosa e inefable del bien⁷⁹. Por esta razón, para Kelsen el pensamiento platónico representa como ningún otro la ideología de la autocracia.

⁷⁶ KELSEN, H., «The Metamorphoses of the Idea of Justice», cit., p. 416.

⁷⁷ KELSEN, H., «Die Platonische Gerechtigkeit», cit., p. 378; *Die Illusion der Gerechtigkeit*, cit., p. 367.

⁷⁸ Si la función de gobernar le corresponde a quienes pueden contemplar el bien, nadie está mejor preparado para ese menester que el mismo Platón, tal como se desprende del pasaje antes citado (nota 74): «Desde luego de una cosa estoy seguro: *la exposición de estas materias por escrito o de palabra nadie podría hacerla mejor que yo*; pero sé que los defectos de mi exposición a nadie causarían mayor disgusto que a mí» (cursivas mías). Si Platón es quien mejor puede explicar en qué consiste el bien, aun cuando es inefable, es sin duda porque piensa que él ha aprendido más del bien que cualquier otro. En consecuencia, aunque no lo diga expresamente parece claro que, en su opinión, él es quien está más y mejor preparado para gobernar en el Estado ideal.

⁷⁹ POPPER, K. *La sociedad abierta y sus enemigos*, 4.ª reimp., trad. E. Loedel, Paidós, Barcelona, 1991, pp. 140 y ss., nos ofrece una explicación de la doctrina del Rey filósofo acorde con la interpretación de Kelsen. Para formar parte de la selecta clase de los «gobernantes», Platón exigía a los aspirantes seguir un rígido plan educativo cuya meta era preparar el alma, mediante el entrenamiento en el uso de la dialéctica, para contemplar el bien. *Vid.*, sobre la educación de los filósofos, JAEGER, W., *Paideia: los ideales de la cultura griega*, 11.ª reimp., trad. J. Xirau y W. Roces, Fondo de Cultura Económica, México-Madrid-Buenos Aires, 1990, pp. 677 y ss. y 715 y ss.

3.2. La justicia en las Sagradas Escrituras

Kelsen pone fin a su crítica de las normas de justicia metafísicas examinando y contrastando dos visiones opuestas de la justicia que aparecen en los textos bíblicos, en el Antiguo y en el Nuevo Testamento. Desde el comienzo, KELSEN insiste en el carácter absoluto, a la vez que misterioso, de la justicia divina, y señala que para el cristianismo la justicia es una cualidad que sólo cabe atribuir a Dios⁸⁰. Es, por tanto, absoluta, eterna e inmodificable. Además, al ser un atributo divino y al tener un carácter trascendente, es imposible determinar su significado. De ahí que a los calificativos señalados haya que añadir los de incognoscible, inexplicable e inefable. Desde el mismo inicio de «The Idea of Justice in the Holy Scriptures», Kelsen adelanta que el contenido de la justicia divina es un misterio de la fe⁸¹.

Una dificultad adicional, no menos importante, para determinar el significado de la justicia de Dios, es que la revelación de las Escrituras es contradictoria⁸². En «The Idea of Justice in the Holy Scriptures» KELSEN pretende poner al descubierto algunas de sus contradicciones. Con ese objetivo, desarrolla su exposición a tres niveles:

(i) En primer lugar se ocupa de las incongruencias entre los ideales de justicia del Antiguo y el Nuevo Testamento, es decir, entre la ley de Moisés y la justicia de Jesús.

(ii) Algunas inconsistencias que se pueden detectar en la doctrina de Jesús.

(iii) Ciertas diferencias entre las enseñanzas de Jesús y las de San Pablo.

(i) Según Kelsen, al comparar los dos ideales de justicia que están presentes en el Antiguo y el Nuevo Testamento, salta a la vista que se sustentan sobre sendas visiones, en cierto sentido opuestas, de la divinidad. Yahvé, el Dios del Antiguo Testamento, es vengativo y justiciero, pues castiga severamente a quienes incumplen su voluntad, que es también su ley. Nadie está a salvo de su ira: el diluvio universal, las plagas de Egipto o la destrucción a Sodoma y Gomorra son ejemplos de su venganza⁸³. Otro rasgo de Yahvé es su intervencionismo en el destino del pueblo de Israel y de sus patriarcas. Sus intervenciones revelan un carácter caprichoso, como lo demuestra la forma como puso a prueba la fidelidad de Abraham y Job⁸⁴.

⁸⁰ KELSEN, H., «The Idea of Justice in the Holy Scriptures», cit., p. 25.

⁸¹ *Ibidem*, p. 26.

⁸² *Ibidem*, p. 29.

⁸³ *Ibidem*, p. 41. En *Deuteronomio* 32, 43, se da testimonio de la venganza de Dios: «Porque él (Dios) vengará la sangre de sus siervos, tomará venganza de sus adversarios, dará su pago a quienes le aborrecen y purificará el suelo de su pueblo».

⁸⁴ Job se somete con resignación a las pruebas que le pone Dios: «Desnudo salí del seno materno y desnudo volveré a él. Yahvé me lo ha dado y Yahvé me lo ha quitado. Bendito sea el nombre de Yahvé». *Vid. Job* 1, 21.

En consonancia con la mentalidad vengativa de Yahvé, la justicia del Antiguo Testamento puede definirse como una venganza retributiva. Según Kelsen, el principio de justicia del Antiguo Testamento es el *ius talionis*, que ordena devolver bien por bien y mal por mal, aunque se pone el acento en esto último, es decir, en el castigo por el mal cometido, y no tanto en las posibles recompensas⁸⁵. Esto no quiere decir que en el Antiguo Testamento no haya espacio también para otros principios que prescriben dar a los demás un trato diferente del castigo, e incluso diametralmente opuesto al mismo. Un ejemplo es la prescripción de amar a nuestros semejantes y de perdonar a quienes nos hacen algún mal. Pero Kelsen observa que esto sólo se admite esporádicamente, pues en el Antiguo Testamento domina la justicia basada en la ley del talión⁸⁶.

En cambio, en el Nuevo Testamento la justicia del amor desplaza a la justicia de la retribución. A diferencia de Yahvé, el Dios del Nuevo Testamento no es justiciero, sino un juez recto y justo, y también un padre. Además, evita los actos de venganza y toma cierta distancia de los asuntos de su pueblo. Es también mucho menos intervencionista: de los Evangelios se desprende que su intervención se limita a enviar a su Hijo entre los hombres. Finalmente, es reconocido como juez supremo en el Juicio Final, pero entre tanto cede todo el protagonismo a Jesús, el tan esperado Mesías redentor.

Kelsen recuerda que en el Sermón de la Montaña⁸⁷ Jesús predica una nueva justicia que es superior a la «antigua» –basada en la ley del talión– y que está llamada a sustituirla⁸⁸. Él enseña que el amor ha de ocupar el lugar de la retribución, lo cual es un cambio revolucionario. Frente a la prescripción de la doctrina tradicional de retribuir mal por mal, Jesús propone devolver bien por mal. Además, el amor que él predica no debe dirigirse únicamente a los que nos aman o desean nuestro bien, sino también a los que no nos aman, e incluso a nuestros enemigos y a los que nos desean algún mal⁸⁹.

Así pues, la justicia que Jesús manda realizar en este mundo consiste en aplicar el principio del amor en las relaciones con el prójimo, sin hacer distinciones. Pero por otro lado, Jesús señala que hay otra justicia que aguarda tras la muerte y que es competencia de Dios. Kel-

⁸⁵ KELSEN, H., «The Idea of Justice in the Holy Scriptures», cit., p. 42.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 44.

⁸⁷ *Vid. Mateo 5*, 1 y ss.

⁸⁸ KELSEN, H., «The Idea of Justice in the Holy Scriptures», cit., p. 46.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 45; «What is Justice?», cit., p. 12; «Das Problem der Gerechtigkeit», cit., p. 400. «Habéis oído que se dijo: *Amarás a tu prójimo* y odiarás a tu enemigo. Pues yo os digo: amad a vuestros enemigos y rogad por los que os persigan, para que seáis hijos de vuestro Padre celestial, que hace salir su sol sobre malos y buenos, y llover sobre justos e injustos. Porque si amáis a los que os aman, ¿qué recompensa vais a tener? ¿No hacen eso mismo también los publicanos? Y si no saludáis más que a vuestros hermanos, ¿qué hacéis de particular? ¿No hacen eso mismo también los gentiles? Vosotros, pues, sed perfectos como es perfecto vuestro Padre celestial». *Vid. Mateo 5*, 43-48.

sen subraya que según su sentido original, el elemento que define esa justicia ultraterrena no es —a diferencia de lo que sucedía en los pitagóricos y en Platón— la inmortalidad del alma, sino la resurrección del cuerpo⁹⁰. La resurrección de los muertos —que en su opinión es una forma más de representar la retribución en el más allá— es el elemento esencial de la creencia judeo-cristiana en el Juicio Final, al que se someterá toda la humanidad⁹¹. Sin embargo, esta creencia se modificó después: el deseo de una justicia divina condujo a introducir la idea de

⁹⁰ KELSEN, H., «The Idea of Justice in the Holy Scriptures», cit., p. 57.

⁹¹ *Ibidem*, p. 59. De la Biblia no se puede deducir de forma inequívoca, como Kelsen se apresura a afirmar, que la resurrección de los muertos es retributiva, en el sentido de una recompensa ultraterrena de la que se benefician quienes han sido justos en vida. Según la interpretación actualmente más extendida entre los cristianos, la resurrección, que precede al Juicio Final, es un destino que aguarda a la humanidad entera. Por definición, este pensamiento eliminaría de la resurrección todo sentido retributivo. Según la escatología judeo-cristiana, la retribución ultraterrena es resultado del Juicio Final, en el que los hombres resucitarán para ser juzgados. Sin embargo, en la Biblia este extremo no está del todo claro, pues algunos libros se contradicen, tanto en el Antiguo como en el Nuevo Testamento. Por ejemplo, de *2 Macabeos* 7, 14, se desprende que no todos resucitarán: «Es preferible morir a manos de hombres con la esperanza que Dios otorga de ser resucitados de nuevo por él; para ti, en cambio, no habrá resurrección a la vida». Lo mismo se deduce de *Daniel* 12, 2: «Muchos que descansan en el polvo de la tierra se despertarán, unos para la vida eterna, otros para vergüenza y horror eternos». En estos pasajes la resurrección se puede interpretar como una recompensa y una retribución. Pero en otros se pierde ese sentido retributivo, como en *Isaías* 66, 16: «Pues con fuego Yahvé va a juzgar, con su espada a toda carne, y serán muchas las víctimas de Yahvé». Así pues, todos resucitarán para ser juzgados. Esta visión es la que domina, salvo por algún matiz, en el Nuevo Testamento. Refiriéndose al Juicio Final, *Mateo* 25, 32, señala que «Serán congregadas delante de él (Dios) todas las naciones, y él separará los unos de los otros, como el pastor separa las ovejas de los cabritos». El pasaje de *Juan* 5, 28-29 es revelador: «No os extrañéis de esto: llega la hora en la que todos los que estén en los sepulcros oirán su voz (del Hijo del hombre) y saldrán los que hayan hecho el bien para una resurrección de vida, y los que hayan hecho el mal, para una resurrección de juicio». No hay duda de que todos resucitarán y de que Jesús, que es representado como juez en el Juicio Final, es quien decide el destino que le aguarda a cada uno. Pues bien, esto es lo realmente retributivo, y no la resurrección como tal, que prácticamente no es otra cosa que la llamada a juicio. Parece, pues, que Kelsen se equivoca al hablar de la resurrección en términos de retribución. Pero todavía cabe hacer un matiz que nos llega del propio Juan, en su visión del *Apocalipsis*. De aquí se deduce que, aunque la humanidad entera resucitará, unos, en razón de su virtud, lo harán antes que los demás: «Seguí mirando, y había un Cordero, que estaba en pie sobre el monte Sión, y con él ciento cuarenta y cuatro mil, que llevaban escrito en la frente el nombre del Cordero y el nombre de su Padre [...] Éstos son los que no se mancharon con mujeres, pues son vírgenes. Éstos siguen al Cordero a dondequiera que vaya, y han sido rescatados de entre los hombres como *primicias* para Dios y para el Cordero, y en su boca no se encontró mentira: no tienen tacha». *Vid. Apocalipsis* 14, 1 y 4-5. Según este relato, la resurrección se desarrollará en dos momentos: primero resucitarán los hombres castos y puros y luego el resto de la humanidad. Ésta es una forma de recompensar a los primeros, que además gozan del privilegio de acompañar al Cordero. Se trata, pues, de una forma de retribución que precede a la que es decretada en el Juicio. Pero aun así la resurrección es un destino ineludible para toda la humanidad, y por tanto, aun con matices y en contra de lo que Kelsen piensa, no tiene por sí misma carácter retributivo.

una retribución que seguiría inmediatamente a la muerte, es decir, en el intervalo entre ésta y la resurrección⁹².

A diferencia de la retribución que sigue al Juicio Final, la retribución que sigue a la muerte es provisional. Kelsen se refiere al estadio final de la retribución, tras el Juicio Final, como un «estado trascendental de bienaventuranza»⁹³, cuyo presupuesto es la creencia en la inmortalidad del alma. A su juicio, esta creencia se terminó asentando en la teología judeo-cristiana por influencia de la filosofía griega, reemplazando la creencia tradicional en la resurrección del cuerpo⁹⁴.

El estado de bienaventuranza del que habla Kelsen, que significa el ingreso en el Reino de Dios, es la recompensa que reciben quienes fueron justos en vida. A estos les aguarda la dicha celestial, mientras que los que fueron injustos sólo pueden esperar desdicha y sufrimiento eternos. Además, Jesús asocia el comportamiento justo en vida a la infelicidad terrenal, y, a la inversa, enseña que a menudo los hombres injustos son quienes gozan de felicidad en este mundo. Éste es el principio según el cual en la vida ultraterrena «muchos primeros serán últimos y los últimos, primeros»⁹⁵, es decir, el principio de reversión de lo terrenal. Ahora bien, este principio no casa bien con el amor al prójimo, sino que se basa en el rencor hacia quienes disfrutaron de la felicidad en vida. Por

⁹² KELSEN, H., «The Idea of Justice in the Holy Scriptures», cit., p. 62. El ascenso al Reino de Dios es la retribución ultraterrena que según la creencia cristiana está reservada a los justos. Para los injustos una forma de retribución es el Seol, que según el Antiguo Testamento era la región de los muertos, la morada de las almas olvidadas antes de la venida del Mesías al mundo. El Seol se encontraba en algún lugar bajo tierra. *Job* 10, 21-22, habla de él como una tierra de tinieblas, «donde la claridad parece sombra». Hay referencias en los *Salmos*. El *Salmo* 18, 5-6, dice: «Las olas de la muerte me envolvían, me espantaban los torrentes destructores, los lazos del Seol me rodeaban, me aguardaban los cepos de la muerte». Y el *Salmo* 49, 15-16: «Como ovejas son llevados al Seol, los pastorea la Muerte, van derechos a la tumba. Su imagen se desvanece. El Seol es su mansión. Pero Dios rescatará mi vida, me cobrará de las garras del Seol». Kelsen habla del Seol como un lugar donde se practica la retribución y que se divide en el *Seno de Abraham*, a donde van los justos, y la *Gehena*, a donde van los injustos (*ibidem*, p. 61). Curiosamente, en sus referencias al Seol y, en general, en «The Idea of Justice in the Holy Scriptures», Kelsen cita el *Libro de Enoc*, que en las iglesias cristianas sólo es aceptado por la Iglesia ortodoxa etíope. También se excluye del *Tanaj* hebreo. Los únicos judíos que aceptan este libro son los Beta Israel o judíos etíopes, que lo incluyen en su versión del *Tanaj*. Por eso resulta extraño Kelsen le conceda tanta atención.

⁹³ *Idem*.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 63. Más adelante (*ibidem*, p. 79), Kelsen sostiene que la fe en la inmortalidad del alma tiene un carácter conservador, que alimenta la creencia de que quienes han hecho el mal en vida serán castigados tras la muerte. En cambio, la fe en la resurrección del cuerpo, como un elemento esencial de la creencia de que el Reino de Dios se realiza en este mundo, es propia de una tendencia revolucionaria. Sin embargo, no especifica más.

⁹⁵ *Marcos* 10, 31.

tanto, representa la justicia del resentimiento, y no la justicia del amor⁹⁶.

(ii) Hasta aquí la explicación de Kelsen sobre la concepción de la justicia de Jesús y su oposición a la ley del talión. A su juicio, las enseñanzas que se pueden extraer de los Evangelios son contradictorias. Como se ha visto, el fundamento del principio de reversión de lo terrenal no es el amor al prójimo, sino el rencor o el resentimiento. Pero hay más ejemplos. Según Kelsen, incluso cuando Jesús enseña el principio del amor, no llega a emanciparse del todo del principio de retribución. A veces él mismo aplica este principio cuando habla del Juicio Final⁹⁷, anunciando «días de venganza»⁹⁸ que vendrán al final de los tiempos. La creencia en el Juicio Final como apoteosis de la justicia de la retribución conecta con la imagen del Dios vengativo del Antiguo Testamento, pero es incompatible con la justicia del amor y las enseñanzas del Sermón de la Montaña. Kelsen señala que ha habido algunos intentos de mitigar esas contradicciones, pero en su opinión no han dado resultado⁹⁹, y no han podido eliminar el hecho de que en los Evangelios coexisten dos ideas contradictorias de la justicia.

⁹⁶ KELSEN, H., «The Idea of Justice in the Holy Scriptures», cit., p. 64; «Das Problem der Gerechtigkeit», cit., p. 387.

⁹⁷ «Por todo aquel que se declare por mí ante los hombres, yo también me declararé por él ante mi Padre que está en los cielos; pero a quien me niegue ante los hombres, le negaré yo también ante mi Padre que está en los cielos». *Vid. Mateo* 10, 32-33. Kelsen cita también a *Mateo* 7, 12: «Por tanto, todo cuanto queráis que os hagan los hombres, hacédselo también vosotros a ellos; porque ésta es la Ley de los Profetas». Ésta es la formulación bíblica, en sentido positivo, de la regla de oro, que se refiere al bien que debemos hacer a los demás. Esta retribución no juega ningún papel cuando de lo que se trata es de devolver un mal por otro, y por tanto no guarda relación con la venganza de Dios ni con la justicia basada en la ley del talión.

⁹⁸ *Lucas* 21, 22: «[...] porque estos son días de venganza en los que se cumplirá todo cuanto está escrito». En *Lucas* 17, 26 y ss., Jesús describe los hechos que acompañarán a su parusía o segunda venida al mundo, al final de los tiempos: «Como sucedió en los días de Noé, así será también en los días del Hijo del hombre. Comían, bebían, tomaban mujer o marido, hasta el día en que entró Noé en el arca; vino el diluvio y los hizo perecer a todos. Lo mismo sucedió en los días de Lot [...]; pero el día que salió Lot de Sodoma, llovió fuego y azufre del cielo que los hizo perecer a todos. Así sucederá el día en que el Hijo del hombre se manifieste». «Quien intente guardar su vida, la perderá; y quien la pierda, la conservará». «Yo os lo digo: aquella noche estarán dos en el mismo lecho: al uno tomarán y al otro le dejarán; habrá dos mujeres moliendo juntas: a una la tomarán y a la otra la dejarán». Puede leerse un relato similar en *Mateo* 17, 21 y ss.

⁹⁹ KELSEN, H., «The Idea of Justice in the Holy Scriptures», cit., p. 72. Kelsen se refiere al método que consiste en diferenciar entre las enseñanzas auténticas y las enseñanzas falsas de Jesús a partir de un análisis histórico-crítico de las fuentes. Por ejemplo, advierte que se ha intentado presentar el pasaje de *Mateo* 25, 31, donde Jesús aparece como juez en el Juicio Final, como una construcción del evangelista. *Vid.* GLASSON, T. F., *The Second Advent: The Origin of the New Testament Doctrine*, The Epworth Press, London, 1945, pp. 127 y ss. y 130. En cualquier caso, para Kelsen la utilización de este método es compatible con la concepción del Nuevo Testamento como una revelación divina.

(iii) Finalmente, Kelsen explica que en el Nuevo Testamento hay contradicciones entre las enseñanzas de Jesús y las de San Pablo. En relación con la justicia, allí donde Jesús sustituía la justicia de la retribución por la justicia del amor, San Pablo busca la forma de hacer que ambas sean compatibles, y enseña que es necesario diferenciar la justicia basada en la ley, que es la justicia de Moisés¹⁰⁰, y la justicia del amor, que es la que enseña Jesús y emana de Dios¹⁰¹. Según Kelsen, en las epístolas paulinas coexisten las referencias a la venganza y la ira de Dios con otras a su amor¹⁰². Al igual que Jesús, San Pablo ordena «no devolver mal por mal» y no tomar venganza, al tiempo que añade que hay que dejar la venganza a Dios»¹⁰³.

Kelsen se da cuenta de que San Pablo conoce la contradicción que existe entre el principio de retribución y el principio del amor. Sin embargo, para él esta contradicción sólo se da en el conocimiento humano, pues para la insondable sabiduría de Dios no hay tal contradicción¹⁰⁴. Esto pone de relieve el carácter misterioso de la concepción paulina de la justicia, que por momentos se asemeja a la concepción platónica. Para San Pablo la justicia divina es un secreto inescrutable para los hombres, pues «la sabiduría de este mundo es necedad ante Dios»¹⁰⁵ y «el Señor conoce cuán vanos son los pensamientos de los sabios»¹⁰⁶. Estas afirmaciones se repiten en la *Carta a los Romanos*, donde se explica que la justicia de Dios es una justicia universal que opera a través de la fe, lo que significa que se ofrece como gracia o amor a los creyentes, pero es inaccesible para quienes

¹⁰⁰ «En efecto, Moisés escribe acerca de la justicia que nace de la ley: *Quien la cumplirá, vivirá por ella*». Vid. *Romanos* 10, 5.

¹⁰¹ En *Filipenses* 3, 9, San Pablo enfrenta la justicia que viene de la ley y «la que viene por la fe en Cristo, la justicia que viene de Dios, apoyada en la fe».

¹⁰² KELSEN, H., «The Idea of Justice in the Holy Scriptures», cit., p. 76. Vid. *Romanos* 1, 18: «[...] la ira de Dios se revela desde el cielo contra toda impiedad e injusticia de los hombres que aprisionan la verdad en la injusticia»; *Romanos* 2, 5: «Por la dureza y la impenitencia de tu corazón vas atesorando contra ti ira para el día de la ira y de la revelación del justo juicio de Dios»; y *1 Tesalonicenses* 4, 6: «Que nadie falte a su hermano ni se aproveche de él en este punto, pues el Señor se vengará».

¹⁰³ KELSEN, H., «The Idea of Justice in the Holy Scriptures», cit., p. 77. En *Romanos* 12, 17-19, San Pablo enseña cómo debe ser nuestro comportamiento con los demás: «Sin devolver a nadie mal por mal; procurando el bien ante todos los hombres; en lo posible, y en cuanto de vosotros dependa, en paz con todos los hombres; no tomando la justicia por cuenta vuestra, queridos míos, dejad lugar a la ira, pues dice la Escritura: *Mía es la venganza, yo daré el pago merecido*, dice el Señor».

¹⁰⁴ KELSEN, H., «The Idea of Justice in the Holy Scriptures», cit., p. 79.

¹⁰⁵ *1 Corintios* 3, 19. Vid. *idem*; «What is Justice?», cit., p. 13; «Das Problem der Gerechtigkeit», cit., p. 400.

¹⁰⁶ *1 Corintios* 3, 20. En *1 Corintios* 2, 6 y ss., San Pablo asegura que sólo aquellos a los que él llama «perfectos», que son creyentes que han alcanzado el pleno desarrollo de la vida y pensamiento cristianos, pueden llegar a conocer esa sabiduría misteriosa, que no es de este mundo.

no aceptan a Cristo¹⁰⁷. Aquí San Pablo pone en conexión la justicia de Dios con el amor de Dios, pero advierte que él no puede explicar en qué consiste ese amor, y sólo puede asegurar que es diferente del sentimiento que los hombres denominan como tal¹⁰⁸. Kelsen piensa que igual que para Platón el conocimiento de la idea del bien sólo era accesible a unos pocos que la aprehendían como una gracia, y que aun para estos era inefable, también San Pablo tiene que admitir que el conocimiento del amor de Dios en que consiste la justicia divina es inalcanzable, y que ese amor pervive como un secreto inaccesible a la razón humana. En consecuencia, el amor de Dios, y por ende la justicia divina, es un misterio, uno de los muchos que alberga la fe¹⁰⁹.

4. CONSIDERACIÓN FINAL

Esta argumentación de Kelsen deja una sensación de cierta ambivalencia. Por un lado, su aproximación al pensamiento platónico demuestra que tiene un conocimiento muy amplio de la materia, mientras que, por otro, su análisis de los textos bíblicos es más fragmentario, y se observan ciertas lagunas.

Ciertamente, aunque no se puede afirmar que en su polémica con Platón Kelsen se encontrara solo, su posición era minoritaria en la discusión que tuvo lugar en el contexto académico centroeuropeo de Entreguerras¹¹⁰. En 1933, cuando Kelsen publicó «Die platonische Gerechtigkeit» y «Die platonische Liebe», el totalitarismo estaba en auge en toda Europa. Los partidarios de la democracia eran minoría, y su punto de vista se había vuelto impopular. Después de que ese mismo año el Partido Nacionalsocialista ganara las elecciones en Alemania, se dismanteló la Constitución de Weimar y se consolidó un régimen totalitario que promovió la persecución de toda forma de oposición política. En ese contexto de proliferación de doctrinas antidemocráticas, tiene lugar un renacer del interés por la filosofía de Pla-

¹⁰⁷ En *Romanos* 1, 17, San Pablo sostiene que «el justo vivirá por la fe», y más adelante (*Romanos* 3, 28) que «el hombre se hace justo por la fe». Y en *Gálatas* 5, 5: «En cuanto a nosotros por el Espíritu y la fe esperamos la justicia anhelada».

¹⁰⁸ KELSEN, H., «What is Justice?», cit. p. 12; «Das Problem der Gerechtigkeit», cit., p. 400.

¹⁰⁹ KELSEN, H., «The Idea of Justice in the Holy Scriptures», cit., p. 81; «What is Justice?», cit. p. 13; «Das Problem der Gerechtigkeit», cit., p. 401.

¹¹⁰ Kelsen pone en guardia frente a la interpretación de Platón más extendida en su tiempo, que según él «tiene un carácter extremadamente acrítico, incluso apologético. Ésta se identifica con su metafísica, o al menos omite separar claramente su punto de vista histórico-dogmático del punto de vista dogmático en relación con la doctrina de Platón». Vid. *Die Illusion der Gerechtigkeit*, cit., p. 449 (nota 666).

tón, cuyo diseño del Estado ideal podía contemplarse como modelo de organización de los estados totalitarios¹¹¹.

En este punto el análisis de Kelsen avanza a contracorriente de la tendencia que siguieron la mayoría de los estudiosos de su tiempo. Al examinar otros aspectos de la filosofía platónica distintos de su filosofía moral y política, esos autores seguían la línea tradicional de la interpretación cristiana, que se centraba en el análisis conceptual de las ideas de lo bueno, lo bello y lo verdadero¹¹². En cambio, movido por su afán innovador y su espíritu crítico, Kelsen presentó bajo una nueva óptica cuestiones que hasta ese momento se consideraban secundarias. Quizás el mejor ejemplo es su estudio sobre el amor platónico –«Die platonische Liebe»–, que para algunos expertos es especialmente valiente y avanzado¹¹³. El objeto de la investigación se afronta aquí sin subterfugios, y Kelsen no tiene reparos al describir el *eros* platónico –como se deduce principalmente de *El Simposio*– como un *eros* homosexual y pederasta¹¹⁴. Además de por su enfoque innovador, el valor de la investigación de Kelsen reside en el análisis sin complejos de una cuestión que en aquél momento estaba cargada de consecuencias: el desapego de Platón por la masa del pueblo y su rechazo de la democracia, que para él era una forma de gobierno propia de sociedades decadentes¹¹⁵. También es novedosa la interpretación de la mística platónica como un elemento que, al combinarse con la dialéctica racional –que prepara al alma para la visión del bien–, cumple una función de legitimación mistagógica y religiosa del gobierno de los reyes filósofos¹¹⁶.

¹¹¹ Vid. KELSEN, H., «Los fundamentos de la democracia», en *Escritos sobre la democracia y el socialismo* (selección y presentación de Juan Ruiz Manero), 1.ª ed., Debate, Madrid, 1988, p. 264. Según Kelsen, «Los ideólogos totalitarios siempre han hecho referencia [...] al absolutismo filosófico de Platón y han reconocido en el Estado platónico el modelo de sus proyectos políticos». También POPPER, K., *La sociedad abierta y sus enemigos*, cit., pp. 93-94, advierte sobre la identidad que existe, en lo fundamental, entre el programa político de Platón y el programa del totalitarismo.

¹¹² Vid. PECHRIGGL, A., «Wie undogmatisch ist Kelsens Platon?», cit., p. 35.

¹¹³ *Ibidem*, p. 33.

¹¹⁴ KELSEN estudia el *eros* platónico en el libro I de *Die Illusion der Gerechtigkeit*, que también titula «Die platonische Liebe» y supera en amplitud al trabajo original de 1933.

¹¹⁵ No es extraño que en *The Open Society and its Enemies*, Popper considerara a Platón un enemigo encarnizado de la sociedad democrática y de su sistema de libertades. Siguiendo a Popper, ADOMEIT, K., «Platon und Kelsen über Wesen und Wert der Demokratie», *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen. Rechtstheorie*, Beiheft 4, Duncker & Humblot, Berlin, 1982, pp. 293-294, advierte sobre el escaso atractivo del sistema político que propone Platón, dada la falta de libertades. En un entorno social semejante, sólo el Rey filósofo puede ser feliz y ver satisfechas sus aspiraciones.

¹¹⁶ PECHRIGGL, A., «Wie undogmatisch ist Kelsens Platon?», cit., p. 45, asegura que Kelsen sigue a Jaeger cuando defiende que Platón persigue una legitimación religiosa del Estado. Es verdad que en el libro IV de *Paideia*, cit., p. 1011, Jaeger advierte que la idea del bien, tal como se desprende de la *Carta VII*, es un *arrhêton*: una verdad esencial e inefable que se aprende a través de una contemplación directa y de

Puede decirse que los trabajos de comienzos de los años treinta prácticamente convirtieron a Kelsen –por su precocidad al expresar ideas que pronto se convirtieron en lugares comunes– en el pionero de una nueva interpretación de la filosofía platónica que después tuvo continuidad, por ejemplo, en el libro de Popper *The Open Society and its Enemies* (1945). Esos trabajos fueron los prolegómenos de la ambiciosa investigación *Die Illusion der Gerechtigkeit*, que Kelsen elaboró durante años y que el Hans Kelsen-Institut publicó en 1985, no sin que antes Kurt Ringhofer y Robert Walter realizaran un importante trabajo de ordenación y sistematización del material heredado de Kelsen¹¹⁷. Fue así como se dio a conocer una obra que algunos han calificado como grandiosa¹¹⁸, y un compendio impresionante de toda la filosofía platónica.

En cambio, la impresión que deja el examen de los principios de justicia que están contenidos en las Sagradas Escrituras no es tan positiva. Llaman la atención que Kelsen conceda una extraordinaria importancia a las contradicciones que encierran los textos bíblicos. Él pretende utilizar el hecho de que en la Biblia figuran dos concepciones de

forma misteriosa e inexplicable, es decir, lo que para Kelsen es un aprendizaje pseudo-místico. Jaeger explicaba que «ya el *Simposio*, en términos análogos, pintaba el ascenso del alma a la contemplación de lo eternamente bello como una mistagogía», y se remite al libro III de *Paideia*, cit., pp. 583 y ss., para explicar cómo se llega a conocer lo bello. Sin embargo, no parece probable que, como asegura Pechriggl, Kelsen se inspirara en Jaeger al afirmar que el conocimiento del bien se alcanza por vías místicas y que la «mística» platónica persigue una justificación religiosa del Estado. En *Die Illusion der Gerechtigkeit*, Kelsen cita una edición de *Paideia* de 1944, que muy probablemente es la traducción inglesa. Jaeger sólo publicó en Alemania los libros I y II, que aparecieron en 1933. Los libros III y IV se editaron en otros idiomas antes que en alemán. En español, por ejemplo, el libro III se publicó en 1944, y el IV un año después. Kelsen pudo apoyarse en Jaeger para reforzar sus tesis en *Die Illusion der Gerechtigkeit*, pero su concepción sobre la mística platónica y las acusaciones dirigidas a Platón de utilizar ese instrumento para legitimar su Estado autoritario fueron expuestas en «Die platonische Gerechtigkeit» (1933), es decir, el mismo año en que aparecieron los dos primeros libros de *Paideia*. En consecuencia, parece poco probable que Kelsen siguiera los pasos de Jaeger.

¹¹⁷ En este caso hablar de una «herencia» no es una metáfora, pues el texto original mecanografiado y con anotaciones de *Die Illusion der Gerechtigkeit* formaba parte del extenso legado documental que Kelsen dejó a su amigo R. A. Métall. Ringhofer y Walter advierten que, desde el comienzo, Kelsen había pensado *Die Illusion der Gerechtigkeit* como una obra muy ambiciosa. Él tan sólo había dispuesto las tres partes en que se subdivide: el amor platónico, la verdad platónica y la justicia platónica, mientras que la ordenación y división en capítulos y epígrafes, y el título que estos recibieron en función de la materia tratada en el texto, fue trabajo de los editores. Vid. Kelsen, H., *Die Illusion der Gerechtigkeit*, cit., p. IV.

¹¹⁸ PECHRIGGL, A., «Wie undogmatisch ist Kelsens Platon?», cit., p. 32. Esta autora también advierte sobre ciertas inconsistencias y lagunas de concepto, aunque no especifica cuáles son. Por último, señala que cuando el trabajo finalmente se publicó ya se podía considerar anticuado. Esto puede ser cierto, pero hay que recordar que, a falta de un desarrollo más amplio, las conclusiones expuestas en 1933 ya eran definitivas. Por consiguiente, el hecho de que *Die Illusion der Gerechtigkeit* apareciera en fechas tardías no resta valor y originalidad a la investigación de Kelsen.

la justicia contrapuestas como un argumento que, unido al carácter metafísico de ambas, permite desacreditarlas. Sin embargo, esas incongruencias se explican si se tiene en cuenta que la Biblia alberga libros muy diferentes, escritos a lo largo de un periodo de mil años, aproximadamente entre el 900 a. C. y el 100 d. C. Además, estos libros dan cuenta de dos tradiciones –la judía y la que surge de la nueva fe cristiana– que, desde el momento en que Jesús comenzó a predicar sus enseñanzas, tomaron caminos separados. En realidad, lo sorprendente es la relativa coherencia que, a pesar de todo, las Sagradas Escrituras logran mantener. A ello contribuyó, sin duda, la fijación del canon bíblico en el Concilio de Hipona del año 393, que dejó fuera de la ordenación bíblica textos cuyo contenido podría contradecir el de los libros admitidos.

Si el objetivo de las Sagradas Escrituras hubiera sido desarrollar una teoría de la justicia, aun tratándose de una doctrina metafísica, sus contradicciones habrían supuesto un defecto que, tenido en cuenta, permitiría rechazarlas por su incongruencia. Pero la Biblia es un libro religioso y, como tal, está a salvo de esos reproches, más aún cuando, como asegura San Pablo, la justicia de Dios no se puede conocer a través de la razón, sino que es un misterio accesible sólo a través de la gracia. Y lo mismo puede decirse de las doctrinas de Jesús. Las contradicciones que Kelsen trata de poner al descubierto para demostrar que la postura de Jesús sobre la justicia del amor no es del todo clara –pues a veces él mismo se expresa en términos de una justicia retributiva–, son irrelevantes. Es indudable que Jesús no busca teorizar sobre la justicia, sino mostrar el camino hacia la bienaventuranza que aguarda en el mundo futuro. Sus doctrinas son religiosas, y por eso no deberían ser abordadas con argumentos filosóficos.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADOMEIT, K., «Platon und Kelsen über Wesen und Wert der Demokratie», *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen. Rechtstheorie*, Beiheft 4, Duncker & Humblot, Berlin, 1982, pp. 293-308.
- DILTHEY, W., «Los tipos de concepción del mundo y su desarrollo en los sistemas metafísicos», en *Teoría de las concepciones del mundo*, trad. E. Ímaz, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1954, pp. 109-146.
- ERRÁZURIZ MACKENNA, C. J., *La Teoría pura del derecho de Hans Kelsen. Visión crítica*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1986.
- GLASSON, T. F., *The Second Advent: The Origin of the New Testament Doctrine*, The Epworth Press, London, 1945.
- HOWALD, E., *Die platonische Akademie und die moderne Universitas Litterarum; eine akademische Rede*, Füssli, Zurich, 1921.
- JAEGER, W., *Paideia: los ideales de la cultura griega*, 11.ª reimp., trad. J. Xirau y W. Roces, Fondo de Cultura Económica, México-Madrid-Buenos Aires, 1990.

- KELSEN, H., «Die Platonische Liebe», *Imago*, 19. Band, 1933, pp. 34-98 y 225-255.
- «The Metamorphoses of the Idea of Justice», *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in Honour of Roscoe Pound*, Oxford University Press, Oxford, 1947, pp. 390-418.
- «What is Justice?», en *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles, 1957, pp. 1-24, 376-378.
- «The Idea of Justice in the Holy Scriptures», en *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles, 1957, pp. 25-81, 378-380.
- «Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics», en *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles, 1957, pp. 198-208, 388.
- «Justice et Droit naturel», *Annales de Philosophie Politique, III: Le droit naturel*, trad. E. Mazingue, Presses Universitaires de France, Paris, 1959, pp. 1-123.
- «Das Problem der Gerechtigkeit», en *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, Franz Deuticke, Wien, 1960, pp. 355-444.
- «Die platonische Gerechtigkeit», en *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, 1. Band, Europa Verlag, Wien, 1968, pp. 351-380.
- «Politische Weltanschauung und Erziehung», en *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, 2. Band, Europa Verlag, Wien, 1968, pp. 1501-1524.
- «Staatsform und Weltanschauung», en *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, 2. Band, Europa Verlag, Wien, 1968, pp. 1923-1942.
- *Die Illusion der Gerechtigkeit. Eine kritische Untersuchung der Sozialphilosophie Platons*, Manz, Wien, 1985.
- «Los fundamentos de la democracia», en *Escritos sobre la democracia y el socialismo* (selección y presentación de Juan Ruiz Manero), 1.^a ed., Debate, Madrid, 1988, pp. 207-344.
- *Esencia y valor de la democracia*, trad. J. L. Requejo Pagés, KRK Ediciones, Oviedo, 2006.
- NOGUEIRA DIAS, G., «Was ist Gerechtigkeit? Facetten der Gerechtigkeit im Rechtspositivismus Hans Kelsens», *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 57/1, Springer Verlag, Wien, 2002, pp. 63-88.
- PECHRIGGL, A., «Wie undogmatisch ist Kelsens Platon? Drei Annäherungen an *Die Illusion der Gerechtigkeit*», *Griechische Philosophie im Spiegel Hans Kelsen, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts*, 28. Band, Manz, Wien, 2006, pp. 31-49.
- PERELMAN, CH., *De la Justice*, Office de Publicité, Bruxelles, 1945.
- PLATÓN, «Gorgias», en *Diálogos II*, trad. J. Calonge Ruiz, Gredos, Madrid, 1983, pp. 7-145.
- «Menón», en *Diálogos II*, trad. F. J. Olivieri, Gredos, Madrid, 1983, pp. 273-337.
- *La República*, trad. C. Eggers Lan, Gredos, Madrid, 1986.
- *El Sofista*, trad. A. Tovar (ed. bilingüe), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970.

- PLATÓN, *Leyes (Libros VII-XII)*, trad. F. Lisi, Gredos, Madrid, 2008.
- «Carta VII», trad. M. Toranzo (ed. bilingüe), en *Las Cartas*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970, pp. 60-104.
- POPPER, K. *La sociedad abierta y sus enemigos*, 4.^a reimp., trad. E. Loedel, Paidós, Barcelona, 1991.
- QUINTANA BRAVO, F., «El problema de la justicia en Kelsen», *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Chile, Valparaíso, 1974, pp. 93-139.
- SOARES DE MOURA COSTA MATOS, A., *Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen*, Del Rey, Belo Horizonte, 2005.

Fecha de recepción: 31/03/2016. Fecha de aceptación: 31/10/2016.



El carácter marcadamente psicológico
de la aproximación durkheimiana al estudio
de los fenómenos sociales

*The markedly psychological nature of the durkheimian
approach to the study of social phenomena*

Por FERNANDO TAPIA ALBERDI
Universidad del País Vasco

RESUMEN

En este artículo se muestra que uno de los rasgos distintivos de la aproximación durkheimiana al estudio de los fenómenos sociales -probablemente el más desconocido, y, por ello, más obviado-, es su carácter marcadamente psicológico. Lo que antecede significa que los planteamientos de Émile Durkheim en torno al objeto y a la metodología de la sociología, o dicho de otra manera, su visión de los fenómenos sociales, y su concepción de los modos de conocer tales fenómenos, derivan de la concepción de la naturaleza y el funcionamiento de la mente humana que se contiene en su «doctrina de la dualidad constitucional del ser humano». La centralidad de esta doctrina en el interior del sistema de pensamiento del autor alsaciano es tal, que la legitimidad de las propuestas durkheimianas en relación al objeto y al método de la sociología se deriva de la misma.

Palabras clave: *estudios sociológicos durkheimianos, representaciones colectivas, objeto de estudio sociológico, metodología durkheimiana, psico-sociología.*

ABSTRACT

One of the distinctive features of the durkheimian approach to the study of social phenomena -that probably remains the most unknown and, for that reason, the most ignored one- is his markedly psychological character, as it is shown in this paper. The foregoing means that Émile Durkheim's proposals on the object and the method of sociology or, in other words, his view of social phenomena and his understanding of the ways of knowing this kind of phenomena, are a consequence of the understanding of the nature and the functioning of the human mind which is contained in his «doctrine of the constitutional duality of human nature». The centrality of this doctrine inside the Alsatian author's system of thought is such that the legitimacy of the durkheimian proposals on the object and the method of sociology come from that very one.

Key words: durkheimian sociological studies, collective representations, object of sociological inquiry, durkheimian methodology, psychosociology.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.-2. DURKHEIM Y LA PSICOLOGÍA DE SU TIEMPO.-3. LA NATURALEZA PSÍQUICA DEL OBJETO DE LA SOCIOLOGÍA.-4. LA RELACIÓN ENTRE LAS CONCIENCIAS INDIVIDUALES Y LA CONCIENCIA COLECTIVA. LAS REPRESENTACIONES INCONSCIENTES.-5. EL LUGAR DE LA PSICOLOGÍA EN EL PENSAMIENTO SOCIOLÓGICO DURKHEIMIANO. EL PROBLEMA DE LA EXPLICACIÓN EN SOCIOLOGÍA.-6. SOCIOLOGÍA DURKHEIMIANA Y DUALISMO CONSTITUCIONAL DEL SER HUMANO.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.-2. DURKHEIM AND THE PSYCHOLOGY OF HIS TIME.-3. THE PSYCHIC NATURE OF THE OBJECT OF SOCIOLOGY.-4. THE RELATION BETWEEN INDIVIDUAL CONSCIENCES AND COLLECTIVE CONCIENCE. THE UNCONSCIOUS REPRESENTATIONS.-5. THE POSITION OF PSYCHOLOGY INSIDE THE DURKHEIMIAN SOCIOLOGICAL THOUGHT. THE PROBLEM OF EXPLANATION IN SOCIOLOGY.-6. DURKHEIMIAN SOCIOLOGY AND CONSTITUTIONAL DUALITY OF HUMAN BEING.

1. INTRODUCCIÓN

El rasgo más desconocido e ignorado de la aproximación al estudio de los fenómenos sociales de Émile Durkheim es su destacado carácter psicológico. No deja de ser sorprendente que tal característica haya sido pasada por alto por sus contemporáneos y por la posteridad, ya que, en mi opinión, la evidencia muestra que los planteamientos durkheimianos en torno al objeto y a la metodología de la sociología derivan precisamente de la concepción de la naturaleza y el funciona-

miento de la mente humana que se contiene en su «doctrina de la dualidad constitucional del ser humano». En efecto, es a partir de esta peculiar concepción de la psique que Durkheim desarrolla una novedosa teoría de las representaciones colectivas que implica, al mismo tiempo, una reelaboración del modelo de causalidad contenido en su obra temprana. Partiendo de una teoría psicológica que explica el origen de los estados de conciencia individuales mediante la idea de la síntesis o fusión de elementos primarios, el autor alsaciano desarrolla su teoría de las representaciones colectivas, o dicho de otra manera, su teoría de la mentalidad de grupo que viene acompañada de la idea del inconsciente social. Así, el proyecto socio-psicológico de Durkheim, se basa en una psicología de los estados mentales del individuo según la que las representaciones mentales o las ideas de éste están totalmente determinadas por la acción de la colectividad. Según su teoría, la mayor parte de los contenidos de la conciencia humana, es decir la mayoría de las representaciones que la pueblan, tanto las de tipo normativo –las reglas e ideales morales, las costumbres, el Derecho–, como las de tipo cognitivo –las llamadas categorías–, tienen origen y función social. Siendo así lo que antecede, la sociología durkheimiana, que inevitablemente deviene en psico-sociología, o sociología de los fenómenos mentales, es la única disciplina científica que está en condiciones de explicar la naturaleza de la psique humana, y la de los contenidos que allí se encuentran.

En lo que sigue, muestro que, a pesar de que desde el mismo momento en que publica *Las reglas del método sociológico*, la concepción durkheimiana es atacada, entre otras cosas, por dejar de lado el elemento mental de la sociología, o, en otras palabras, por construir la sociología al margen de la psicología, esta crítica –y la polémica subsiguiente– carece de fundamentos. Para ello, en primer lugar, y para comprender los términos de la polémica contextualizándolos en su época, presento evidencias que demuestran el gran interés del autor alsaciano por integrar la psicología en su sistema de pensamiento en los albores de su itinerario intelectual. A continuación, y tras exponer sumariamente la teoría durkheimiana de las representaciones colectivas, sostengo que la polémica a la que se ha hecho referencia no es sino el resultado de un malentendido que debe ser aclarado. En relación a lo que antecede, muestro que sus propuestas en torno al objeto y al método de la sociología descansan sobre una teoría acerca de la naturaleza y el funcionamiento de la psique humana: su –poco conocida– concepción de «la dualidad constitucional de la naturaleza humana».

2. DURKHEIM Y LA PSICOLOGÍA DE SU TIEMPO

Es indudable el interés que, a lo largo de todo su itinerario intelectual –y, especialmente, en sus comienzos–, mostró Durkheim por los

avances de la psicología de su tiempo y, paralelamente, por integrar la psicología en su sistema de pensamiento. En efecto, si se atiende al programa del curso de filosofía que imparte en el Liceo de Sens al comienzo de su carrera como profesor (1884), ya se puede observar que, siguiendo la tradición cousiniana¹, no sólo asigna un lugar preferente a la psicología, ubicándola al comienzo del programa mismo, sino que además le dedica más de una treintena de lecciones (Durkheim, 2002g, I: 26-180). En relación a la perspectiva que adopta al desarrollar los contenidos del curso, hay que tener presente que a lo largo de las lecciones del mismo todavía no se encuentra atisbo alguno de reflexión sociológica ni, consiguientemente, de realismo social. No obstante, el uso temprano de algunos conceptos que continuará utilizando en su obra sociológica –y psicológica– posterior indica el importante lugar que la reflexión psicológica ha ocupado siempre en el interior del complejo sistema de pensamiento durkheimiano. Los temas que desarrolla en las lecciones sobre la psicología son diversos: la conciencia, la razón, las facultades de la concepción (la imaginación, la memoria, la asociación de ideas), el sueño, la ensoñación, la locura, etc. En lo que respecta a la misión de la psicología, Durkheim señala que es «describir los estados de conciencia y reducirlos a un número determinado de tipos generales» (Durkheim, 2002g, I: 29). Esta es una tarea crucial, el corolario de la reflexión filosófica, puede afirmarse, teniendo en cuenta que, en este mismo curso, el alsaciano define la filosofía como «la ciencia de los estados de conciencia y de sus condiciones» (Durkheim, 2002g, I: 11). Estos estados de conciencia reflejan las distintas facultades del alma humana como son: a) la facultad de actuar u obrar o la actividad; b) la facultad de sentir placer y dolor, o la sensibilidad; y, en fin, c) la facultad de conocer y de tener ideas, o la inteligencia (Durkheim, 2002g, I: 36-7). La noción de *estados de conciencia* incluye, así, conceptos (como los de tiempo, espacio y causalidad), las inclinaciones, las pasiones, las emociones y las representaciones de todo tipo, tanto normativas como cognitivas. Como señalo *infra* en este mismo artículo, el objeto de estudio de la nueva disciplina que, años más tarde, se encuentra en proceso de fundación y que Durkheim denomina sociopsicología –o psicología social–, son, precisamente, los «estados de la conciencia colectiva» o, como se ocupará de insistir más tarde, las «representaciones colectivas»².

¹ Como señala Marcel Fournier, Durkheim «está cerca de la tradición del «gran» Cousin, de quien sólo se separa prudentemente apoyándose del modelo de las ciencias físicas» (FOURNIER, 2007: 62).

² Aunque, entre los estudiosos de la obra de Durkheim, hay quien afirma que éste comienza a utilizar el concepto de «representación colectiva» cuando escribe *El suicidio*, alrededor de 1897 (LUKES, 1985: 6), este concepto ya está presente en trabajos anteriores como *La división del trabajo social* (vid.: 2002b, I: 81, 157, 158, 180 y 181; y 2002b, II: 100, 110 y 112; trad.: 1987: 95, 202, 204, 234, 235, 410, 424

Tras impartir el curso de Sens al que se ha hecho referencia, el joven Durkheim solicita una liberación de docencia para el curso universitario 1885-1886, y, cuando la obtiene, se traslada París. Es precisamente, en este periodo en el que emerge en Francia una «*psychologie nouvelle*» de carácter experimental, que «lee a Charcot³ y va a escuchar a Théodule Ribot a la Sorbona» y, en fin, «descubre la psicofisiología» (Fournier, 2007: 92). Puede afirmarse, pues, que en aquel momento en el que la reflexión filosófica bascula hacia la psicología, el joven profesor alsaciano no permanece –ni mucho menos– ajeno a ese movimiento. En este sentido –y como simple anécdota que atestigua su estrecha relación con la psicología de su tiempo–, merece señalar que, cuando parte a Alemania en enero de 1886, porta una carta de recomendación de Théodule Ribot⁴ dirigida a Wundt, recordado, entre otras cosas, por ser el creador del primer laboratorio de psicología experimental moderno (Fournier, 2007: 94).

Cabe destacar, por lo demás, que durante el mes de agosto de 1889 se celebra en París el primer Congreso internacional de psicología que preside Jean-Martin Charcot y que reúne a los más conocidos investigadores y estudiosos franceses (como Alfred Espinas, Théodule Ribot, Hippolyte Taine, Charles Richet, Pierre Janet y Valentin Magnan, etc), y a las más importantes figuras internacionales del ámbito de las ciencias humanas del momento (como Wilhem Wundt, William James, Alexander Bain, Cesare Lombroso, Enrico Morselli, etc). Entre los temas objeto de discusión destacan la hipnosis, las alucinaciones, el sonambulismo, el sueño, el espiritismo y, en general, todos aquellos «hechos extraordinarios» que fascinan a los psicólogos positivistas franceses de la época⁵. Pues bien, entre los asistentes a dicho congreso, destacan especialmente unos entonces desconocidos Gabriel Tarde, Émile Durkheim y Sigmund Freud. Teniendo en cuenta lo que antecede, no sorprende que, unos años más tarde, en el momento en el que termina de redactar sus artículos sobre «*Las reglas del método sociológico*», que se publican a partir de marzo de 1894, Durkheim imparta cursos de sociología y de psicología paralelamente⁶.

En fin, en una carta que por aquellas fechas envía a su sobrino Marcel Mauss, Durkheim se refiere brevemente a la relación entre la

y 428) y *Las reglas del método sociológico* (vid.: 2002c: 19, 26 y 62; trad.: 1988: 58, 73 y 163).

³ Jean Martin Charcot (1825-1893) es, junto a Hippolyte Bernheim, uno de los pioneros de esta psicología nueva o renovada; es, asimismo, el fundador de la neurología moderna. Sobre Charcot, vid.: FOURNIER, 2007: 92-3.

⁴ El «*normalien*» y agregado de filosofía Théodule Ribot (1839-1916) fue profesor de psicología experimental en la Sorbona, y su figura es recordada, entre otras cosas, por ser uno de los primeros que adopta la idea del inconsciente (sobre Ribot, vid.: FOURNIER, 2007: 73-4).

⁵ Sobre esta cuestión, vid.: MUCCHIELLI, 1998: 196 y FOURNIER, 2007: 92-4.

⁶ Puede consultarse una relación completa de los cursos universitarios impartidos por Durkheim, tanto en Burdeos como en París, en: LUKES, 1985: 617-620.

sociología y la psicología de forma harto significativa en los términos que siguen: «la sociología es un precioso instrumento para filosofar e, incluso, para hacer una psicología. Estoy a punto de relevar a filósofos y psicólogos» (Durkheim, 1998: 36). Así, esta cita muestra a las claras que concibe a la sociología como indisolublemente vinculada a la filosofía y a la psicología, desde el momento en que la nueva disciplina sociológica puede ofrecer soluciones a los problemas que se han planteado desde las otras disciplinas.

3. LA NATURALEZA PSÍQUICA DEL OBJETO DE LA SOCIOLOGÍA

«Cuando este libro apareció por primera vez dio origen a discusiones bastante acaloradas. [...] Nos acusaron de realismo y de ontologismo, siendo así que en muchas ocasiones habíamos declarado que la conciencia, tanto individual como social, no era para nosotros nada substancial, sino sólo un conjunto más o menos sistematizado de fenómenos *sui generis*. Nos acusaron de eliminar el elemento mental de la sociología, siendo así que habíamos afirmado expresamente, y lo habíamos repetido de todas las formas posibles, que la vida social estaba hecha por entero de representaciones» (Durkheim, 2002c: 9; trad.: 1988: 35).

Este pasaje del prefacio de la segunda edición de *Las reglas del método sociológico* (1901) es enormemente significativo, pues, además de contener la síntesis de la respuesta durkheimiana a las críticas que se dirigen a sus propuestas sociológicas contenidas -sobre todo pero no exclusivamente- en la obra citada, refleja nítidamente cuál es la postura del autor alsaciano en torno a la naturaleza del objeto de la sociología, de los fenómenos sociales. Frente a los virulentos reproches de sus críticos, que le acusan de realismo y de ontologismo, es decir de reificar o hipostasiar la sociedad, dejando de lado el contenido de las conciencias individuales, construyendo una sociología que no tiene nada que ver con la psicología, Durkheim responde que ha afirmado en repetidas ocasiones la naturaleza psíquica o mental de la sociedad, lo cual le ha conducido a subrayar el carácter psicológico de la nueva aproximación sociológica que inaugura con sus estudios. En efecto, frente a sus críticos, afirma tajante que la vida social está hecha por entero de representaciones, subrayando de esta manera la naturaleza psicológica de los fenómenos sociales⁷. Estos fenómenos

⁷ Ya en uno de sus primeros escritos, la recensión del libro de SCHÄFFLE *Bau und Leben des sozialen Körpers: Erster Band*, se refiere a la nueva ciencia que está inaugurando como la «psicología social», disciplina que, en su opinión debe ocuparse del análisis de «la vida psicológica de la sociedad» (DURKHEIM, 1975, I: 364-5). Incluso en su tesis doctoral francesa sobre *La división del trabajo social*, insiste en la natura-

tienen las mismas características que los demás hechos psíquicos, es decir, son estados de la conciencia; y se diferencian de ellos solamente por su origen, es decir porque derivan de causas sociales, de las que la psicología individual no puede dar cuenta. Evidentemente, en cuanto hechos sociales, las representaciones colectivas vienen caracterizadas, por la exterioridad, la coerción (Durkheim, 2002c: 18-23; trad.: 1988: 57-68) y la superioridad (Durkheim, 2002c: 69; trad.: 1988: 180). En lo que se refiere a esta última característica, Durkheim la desarrolla a partir de la idea de la posición jerárquica superior de las representaciones colectivas. Según su concepción, las representaciones colectivas se sitúan en el nivel más alto de los fenómenos psíquicos; o, lo que es lo mismo, son el producto final del proceso representacional: primero surgen las representaciones de la conciencia individual a partir de elementos más simples; luego, las combinaciones de diversas representaciones individuales originan las representaciones colectivas; y, en fin, aparece el tipo más elevado de todas las representaciones, que surge de las combinaciones de los elementos primarios de la conciencia social, es decir, nuevas representaciones colectivas. Estas últimas son «más elevadas», ya que son expresión de lo que denomina «hiper-espiritualidad» de la vida social» (Durkheim, 2002e: 22; trad.: 2000: 58).

No obstante lo anterior, las características de exterioridad, coerción y superioridad deben entenderse en relación a otra característica de las representaciones colectivas como es la «interioridad». En efecto, Durkheim señala –y en no pocas ocasiones– que las representaciones colectivas, como las individuales, existen sólo en las conciencias individuales. Así, a pesar de subrayar la nota de la exterioridad de los hechos sociales, el autor alsaciano afirma, de forma aparentemente contradictoria, que las representaciones colectivas son fenómenos psíquicos –es decir, internos o internalizados–, pues, en sus palabras, «es de toda evidencia que que nada hay en la vida social que no se encuentre en las conciencias individuales; sólo que todo lo que se encuentra en estas últimas procede de la sociedad» (Durkheim, 2002b, II: 102; trad.: 1987: 413)⁸.

leza psíquica de los fenómenos colectivos, y afirma que constituyen el objeto de estudio de una nueva ciencia positiva de carácter sociológico que denomina socio-psicología (vid.: DURKHEIM, 2002b, II: 101; trad.: 1987: 411-2).

⁸ Además, confirma lo anterior en *Las reglas del método sociológico*, donde podemos leer que un hecho social «es un estado del grupo que se repite en los individuos» (DURKHEIM, 2002c: 21; trad. 1988: 64).; y en *El suicidio* propone que «los estados colectivos existen en el grupo de la naturaleza de que se derivan antes de afectar al individuo como tal y de organizar en él, bajo una nueva forma, una existencia puramente interior» (DURKHEIM, 2002d, III: 27; trad. 1992: 352). En fin, el fragmento del artículo «Representaciones individuales y representaciones colectivas», que reproducimos a continuación, muestra a las claras la posición de Durkheim sobre este particular: «es ese conjunto [el conjunto de los individuos asociados] el que piensa, siente, quiere; aunque no puede querer, sentir u obrar sino por medio de las conciencias particulares» (DURKHEIM, 2002e: 18; trad.: 2000: 50).

Lo que antecede pone de manifiesto que, si bien es cierto que, en lo que respecta a las características de los fenómenos sociales –sobre todo, la exterioridad–, los modos de expresión durkheimianos adolecen de una importante ambigüedad de la que él era consciente sólo a medias, y a la que, en gran medida, se deben los reproches de sus críticos, según los que su «realismo social» implica le existencia de una mente de grupo, una conciencia colectiva distinta de la de sus miembros considerados conjuntamente, también lo es que, a lo largo de su carrera, Durkheim subrayó en repetidas ocasiones que los hechos sociales, al mismo tiempo, son internos a los individuos⁹.

En *Las reglas del método sociológico* Durkheim incurre en la ambigüedad que se observa también en *La división del trabajo social* en lo que se refiere al uso del término «exterioridad» en relación a la caracterización de los hechos sociales, aunque al mismo tiempo, al afirmar que los hechos sociales «consisten en representaciones y acciones» (Durkheim, 2002c: 19; trad.: 1988: 58), sin duda, subraya la naturaleza mental de los mismos. Es por ello que, en su opinión, la sociología no puede definirse al margen o contra la psicología, sino que constituye su complemento indispensable.

4. LA RELACIÓN ENTRE LAS CONCIENCIAS INDIVIDUALES Y LA CONCIENCIA COLECTIVA. LAS REPRESENTACIONES INCONSCIENTES

Las afirmaciones durkheimianas sobre la existencia de una conciencia colectiva distinta de las conciencias individuales, exterior a ellas, pero que, a su vez, sólo existe en la mente de los individuos hacen necesario explicar teóricamente tanto la inmanencia de las representaciones colectivas, como su naturaleza distintiva, su carácter de fenómenos *sui generis*. Dicho de otra manera, es preciso reconstruir teóricamente el proceso mediante el que las conciencias individuales entran en contacto con la conciencia colectiva. Esta es la cuestión de la que me ocupo a continuación.

Con la orientación apuntada en los trabajos anteriores que se han citado *supra*, en su conocidísimo libro titulado *El suicidio* y en el ensayo titulado «Representaciones individuales y representaciones colectivas», Durkheim emprende la tarea de determinar las leyes de la ideación colectiva. En la primera de las obras, en la que solamente esboza su teoría, tras afirmar que «la vida social [...] está hecha esen-

⁹ Como advierte Lukes, hubiera sido más preciso decir que los hechos sociales son, a la vez, externos e internos –o, mejor, internalizados por– en lo que respecta a un miembro del grupo; y que son sólo externos respecto al conjunto de los individuos que conforman el grupo en la medida en que les han sido culturalmente transmitidos por generaciones anteriores (LUKES, 1985: 11-2).

cialmente de representaciones», no ve inconveniente «en que se diga de la sociología que es una psicología [...]», pero, eso sí, «siempre que se tenga cuidado de añadir que la psicología social tiene sus propias leyes, que no son las de la psicología individual» (Durkheim, 2002d, III: 22; trad.: 1992: 341-2). En el ensayo «Representaciones individuales y representaciones colectivas», en el que desarrolla la teoría antedicha, insiste en la idea de la naturaleza psíquica de los fenómenos sociales y va más allá, llegando a afirmar, incluso, que «la psicología colectiva es la sociología en su totalidad» (Durkheim, 2002e: 22, n. 1; trad.: 2000: 57, n. 17). Es precisamente la diferente naturaleza del objeto de estudio de estas disciplinas, es decir, la sociología y la psicología, la que exige, según Durkheim, la adopción de unas reglas metodológicas adaptadas a cada una de ellas. Como se desprende de la lectura de la reseña del ensayo citada publicada por Celestin Bouglé en *l'Année sociologique*, este último –y, por supuesto, el resto de los colaboradores de Durkheim– se adhieren y defienden la teoría durkheimiana. Según señala, de la obra de este último valora especialmente el «naturalismo sociológico» que «no excluye toda la psicología de la sociología», sino que implica la constitución de «una psicología especial, propiamente colectiva». En consecuencia, en opinión de Bouglé, no puede decirse que la perspectiva durkheimiana sea «materialista», sino que, por el contrario, es evidente que es «hiper-espíritualista» (Bouglé, 1899: 155).

Retomando la exposición del análisis durkheimiano, en lo que respecta a las representaciones de la conciencia individual, es decir, los hechos psíquicos objeto de la investigación de la psicología individual, son realidades *sui generis* relativamente autónomas, que tienen características distintivas específicas y que pueden afectarse o influenciarse mutuamente y combinarse de acuerdo a sus propias leyes. La postura de Durkheim puede resumirse en las ideas siguientes: 1) los elementos o componentes primarios de los estados de conciencia individual, las sensaciones, están vinculadas directa y necesariamente a estados de las células cerebrales; 2) una vez que existen, las sensaciones se combinan de una forma que ya no es posible explicar solamente desde el punto de vista de la fisiología cerebral, y 3) de las combinaciones resultan las imágenes, las cuales, al combinarse, conforman conceptos; y este proceso no termina necesariamente en este punto.

Por su parte, lo que caracteriza a las representaciones colectivas es precisamente que son colectivas, tanto en lo que respecta a su sustrato u origen, como en lo que respecta a su referencia u objeto y, evidentemente, en que son compartidas por los miembros de una sociedad o grupo. Así, como señala Lukes, Durkheim propone que las representaciones colectivas «son socialmente generadas y que [además] se refieren a [...] la sociedad»¹⁰. Durkheim subraya además que, aunque compartan

¹⁰ El sociólogo británico observa que esta dualidad es muy acusada en su sociología de la religión y en su sociología de la moral (LUKES, 1985: 7). Además de ésta,

determinadas características con las representaciones individuales, es necesario insistir sobre lo que denomina la «independencia relativa» de las representaciones colectivas (Durkheim, 2002e: 17; trad.: 2000: 49), que implica a su vez la independencia de las ciencias que explican cada uno de los fenómenos referidos (Durkheim, 2002e: 4; trad.: 2000: 28).

La explicación del origen o de las causas de las representaciones individuales, es decir, la psicología individual, sirve a Durkheim de punto de partida para presentar su concepción sobre el origen y la naturaleza de las representaciones colectivas o, dicho de otro modo, su teoría de la mentalidad del grupo que se basa en la idea del inconsciente social, y que exponemos a continuación. Según el pensador alsaciano, del mismo modo que las representaciones individuales (o estados de conciencia individual), aunque íntimamente vinculadas al «sustrato» que las origina -es decir, a las células cerebrales-, son realidades *sui generis* que no pueden explicarse del todo sólo por medio de estas últimas, las representaciones colectivas que surgen del «sustrato» que constituye la asociación de los individuos, son hechos *sui generis* que tampoco pueden explicarse atendiendo solamente a las características de los individuos que se asocian. Según señala, tal propuesta supone «afirmar del reino social» lo mismo que se afirma «a propósito del reino psíquico»; a saber: que el todo es mayor que la suma de las partes (Durkheim, 2002e: 16-7; trad.: 2000: 48.). Así pues, el sistema que origina la asociación de los individuos -el cual, como dice en *Las reglas del método sociológico*, varía «en función del número y la naturaleza de las partes elementales de que está compuesta la sociedad, la manera en que están distribuidas, el grado de coalescencia que han alcanzado, la distribución de la población sobre la superficie del territorio, el número y la naturaleza de las vías de comunicación o la forma de las viviendas» (Durkheim, 2002c: 22; trad.: 1988a: 66)- constituye la causa u origen primero de las representaciones colectivas. No obstante, las representaciones que surgen de la interacción de las mentes individuales del sustrato primero, se convierten «en realidades parcialmente autónomas» que, al combinarse, producen nuevas representaciones más genuinamente sociales (Durkheim, 2002e: 20; trad. 2000: 55).

Tras exponer la analogía durkheimiana sobre el origen y la naturaleza de las representaciones que «pueblan» la mente humana, hay que destacar que, sin lugar a dudas, los procesos mentales individuales en sí mismos no le interesan demasiado. De hecho, Durkheim considera que la vida mental del individuo deriva, sobre todo, del ambiente o del medio social en cuyo interior se encuentra. Lo anterior se evidencia con claridad en las páginas de *La división del trabajo social* en las que afirma que «los hechos sociales no son el simple desenvolvimiento de

Lukes alude otra ambigüedad del concepto de representación colectiva que consiste en que, tal como Durkheim lo usa, se refiere tanto al modo de pensar, concebir o sentir, como a aquello que es pensado, concebido o percibido (*ibid.*, pp. 6-7).

los hechos psíquicos, sino que los segundos, en gran parte, son sólo la prolongación de los primeros dentro de las conciencias»; de hecho, «todo lo que se encuentra en estas últimas, procede de la sociedad». En relación a lo anterior, afirma que «la mayoría de nuestros estados de conciencia no se habrían producido entre los seres aislados, y se habrían producido de forma muy diferente entre seres agrupados de otra manera» (Durkheim, 2002b, II: 101; trad.: 1987: 412-3). También se evidencia a lo largo de las páginas de *Las reglas del método sociológico* que dedica a la definición y a la explicación de los hechos sociales, en las que la posición durkheimiana se resume en la idea según la que «la sociología no es el corolario de la psicología», sino que, por el contrario, la psicología es el corolario de la sociología (Durkheim, 2002c: 61; trad.: 1988: 158). En la misma línea, en la lección inaugural del curso «Pedagogía y sociología» que imparte en la Sorbona en el curso académico 1902-1903, refiriéndose a la distinción entre conciencia individual y conciencia colectiva, afirma que «en cada uno de nosotros existen dos seres que, aunque sólo pueden ser distinguidos mediante la abstracción, no por ello dejan de ser distintos» (Durkheim, 1903b: 46), y minimiza la importancia de los estados de conciencia individual subrayando que incluso las conductas y actitudes más íntimas de los individuos, como por ejemplo, las que tienen que ver con las relaciones con el propio cuerpo se regulan socialmente (Durkheim, 1903b: 46). En su opinión, el contenido de la mente humana es casi exclusivamente de origen social y, en consecuencia, los estados de la conciencia individual son muy escasos o, incluso, inexistentes. Por lo demás, la sociedad no sólo aporta el contenido de la mente individual, sino que, además, moldea la misma. Lo que antecede puede explicarse en lenguaje psicológico diciendo que las categorías intelectuales –como las de tiempo, espacio y causalidad– no son inherentes a la mente humana, sino que, igual que las creencias religiosas, las costumbres, la moral y el Derecho, son dados al individuo por la sociedad en la que se encuentra. Esta es una idea que ocupa un lugar prominente en algunos trabajos durkheimianos, como por ejemplo, el artículo titulado «Algunas formas primitivas de clasificación» (1903a), en el que propone la tesis según la que, en primer lugar, las formas de clasificación de la mente individual, es decir, las categorías, derivan directamente de las formas de organización de la sociedad, de la organización social; y, en segundo lugar, el carácter jerárquico de los sistemas de clasificación refleja la jerarquía de los grupos sociales de los que derivan (Durkheim, 1969: 455-61). En *Las formas elementales de la vida religiosa*, expresa la misma tesis cuando afirma que «los hombres han podido agrupar las cosas porque ellos mismos estaban ya agrupados, pues, para clasificarlas, se han limitado a hacerles sitio en los grupos que ellos habían formado entre sí. [...] La unidad de esos primeros sistemas lógicos se limita a reproducir la unidad de la sociedad» (Durkheim, 2002f, II: 53; trad.: 1993: 247-8).

No puedo concluir esta sección sin hacer referencia a una cuestión a la que Durkheim debe hacer frente en su intento de desarrollar teóricamente el proceso mediante el que las conciencias individuales entran en contacto con la nebulosa de representaciones colectivas que integran la conciencia colectiva: la cuestión de las «representaciones inconscientes»¹¹. De hecho, como señala Karsenti, «la elucidación de la noción de representación inconsciente constituye una etapa crucial en la demostración de Durkheim», en tanto «constituye el modelo de construcción de las representaciones colectivas en lo que se refiere a cómo éstas se adscriben y son captadas en el terreno del psiquismo individual» (Karsenti, 1995: 306). O dicho de otra manera, el inconsciente «es el modo psíquico según el cual existen realmente las representaciones colectivas en las conciencias individuales» (Karsenti, 1995: 306-7).

Es en su artículo «Representaciones individuales y representaciones colectivas» en el que, por vez primera, Durkheim aborda directamente la cuestión de las representaciones inconscientes pronunciándose, como sociólogo, sobre una cuestión que cae dentro del ámbito de la reflexión psicológica¹². En el mismo admite sin ambages la existencia de representaciones inconscientes que define como «estados psíquicos sin conciencia» (Durkheim, 2002e: 14; trad.: 2000: 44), lo cual le aleja de la teoría de inspiración neocriticista desarrollada por Octave Hamelin, quien une indisolublemente el acto representativo al estado de una conciencia. En esta última teoría, en la medida en que la conciencia es concebida como «síntesis del yo y del no-yo», del sujeto y del objeto, se rechaza por principio toda argumentación psicológica que plantee la existencia de un pensamiento inconsciente o de un inconsciente propiamente dicho¹³. La posición durkheimiana contra-

¹¹ En relación a esta cuestión, como señala Mucchielli, «durante los años 1890-1900 se conoce en Francia el apogeo del éxito, tanto científico como lego, de las investigaciones sobre la hipnosis, la sugestión, la doble personalidad, en definitiva, de todo aquello que Pierre Janet en su tesis denomina «fenómenos inconscientes»». Durante esos años una idea compartida por innumerable autores es aquella según la cual «el psiquismo está compuesto de varias dimensiones y que existe una dimensión oculta, invisible, e inconsciente que, sin embargo, es más determinante que la reflexión consciente» (MUCCHIELLI, 1998: 197). Durkheim, quien pertenece a la misma promoción de la *École normale* que el conocido psicólogo Pierre Janet, conocía a la perfección el tipo de investigaciones al que me he referido; y, «como Tarde, como todo el mundo en la época, está convencido de su importancia» (*ibid.*).

¹² En *El suicidio*, obra anterior en la que rechaza que los fines y motivos individuales estén dotados de eficacia causal real, Durkheim sólo alude a la cuestión de las representaciones inconscientes indirectamente de pasada (*vid.*: DURKHEIM, 2002h, III: 12; trad.: 1992: 323-4).

¹³ Según Hamelin, «la conciencia es el acto, inherente a todo pensamiento, de plantear un objeto a un sujeto. Por tanto, la reflexión no es el acto de mostrarse a sí mismo un pensamiento que, en un principio, es inconsciente; consiste en reactivar la representación y, con ella, la conciencia de la que forma parte, con el objetivo de considerar mejor, ya sea el papel del objeto o el del sujeto, en lo que respecta a la representación de la que se trata» (HAMELIN, 1907: 333-4; citado en: KARSENTI, 1995: 307).

ria a este planteamiento se refleja nítidamente en este significativo párrafo de la obra que acabo de citar:

«Es cierto que el mundo interior aún sigue en gran parte inexplorado, que en él todos los días se hacen descubrimientos, que quedan otros muchos por hacer y que, por consiguiente, no basta un poco de atención para conocerlo. Se responde en vano que estas representaciones, que pasan por inconscientes, son solamente advertidas de una manera incompleta y confusa. Ya que esta confusión no puede deberse sino a una causa: es que no advertimos todo lo que estas representaciones encierran; es que en ellas se encuentran elementos reales y activos que, por consiguiente, no son hechos puramente físicos y que, no obstante, no son conocidos por el sentido íntimo. La conciencia oscura de que hablamos no es sino una inconsciencia parcial; lo que equivale a reconocer que los límites de la conciencia no son los de la actividad psíquica» (Durkheim, 2002e: 15; trad.: 2000: 46-7).

En estas líneas el autor alsaciano rechaza la postura de aquellos que, impropriamente, todavía se refieren a la «*conciencia oscura*» y que, así, se ciñen a una concepción incoherente del inconsciente, lo cual refleja que en sus teorías «no se ha producido la disociación de la conciencia y sus representaciones» (Karsenti, 1995: 307). Esta disociación teórica que Durkheim propugna implica, lógicamente, que la actividad psíquica representativa desborda los límites de la conciencia; o, dicho de otra manera, que, propiamente hablando, las representaciones colectivas se traducen, desde un punto de vista subjetivo, en representaciones inconscientes. Sin embargo, aceptando lo anterior, en una nota a pié de página, Durkheim se refiere a una dificultad teórica con que se topa una vez efectuada la disociación entre actividad representativa y conciencia:

«En el fondo la noción de una representación inconsciente y la de una conciencia sin yo que aprehende son equivalentes. Pues cuando decimos que un hecho psíquico es inconsciente, entendemos solamente que no es aprehendido. Toda la cuestión está en saber qué expresión es preferible emplear. Desde el punto de vista de la imaginación, una y otra tienen el mismo inconveniente. No nos es más fácil imaginar una representación sin sujeto que se represente, que una representación sin conciencia» (Durkheim, 2002e: 15-6, n. 2; trad.: 2000: 47, n. 12).

Como se desprende de estas líneas, esta dificultad que hace recular a Durkheim de su posición inicial, consiste en que las representaciones inconscientes no dejan de ser representaciones, lo que debe implicar, en su opinión, la existencia de alguna entidad, algún ser sujeto de la representación, es decir, que se represente efectivamente un objeto; o, lo que es lo mismo, que se lo represente conscientemente, aunque aceptar su existencia signifique volver a incurrir en una contradicción teórica en relación a la noción que trata de dilucidar, en la medida en

que se introduce otro *yo* consciente. Parece por tanto, que Durkheim presenta de forma implícita dos opciones: la primera, que rechaza, consiste en abandonar las nociones de representación y/o conciencia colectiva; y, la segunda, incurrir en una contradicción teórica recurriendo al concepto de conciencia colectiva. En efecto, a pesar de las críticas que suscita, el autor alsaciano escoge la noción de «conciencia colectiva» como una solución inevitable. La conciencia colectiva representa el polo psíquico fundamental en relación al psiquismo del individuo ya que «sólo ella está en condiciones de proporcionar un soporte subjetivo a las representaciones individuales inconscientes» (Karsenti, 1995: 309). Durkheim concibe, así, el inconsciente como «la huella individual de otra conciencia que, en el interior del psiquismo humano, la redobla y tiende a determinar su propia actividad» (Karsenti, 1995: 309). La teoría durkheimiana se adhiere, así, a la teoría del «subconsciente» de Pierre Janet que, por su parte, es rechazada por los defensores del psicoanálisis freudiano (Karsenti, 1995: 309-10). En «Representaciones individuales y representaciones colectivas» se refiere expresamente a la tesis que Pierre Janet presenta en su obra *L'automatisme psychologique* (1889) y según la cual un pensamiento puede persistir y seguir actuando fuera del ámbito de la conciencia personal debido a que el psiquismo humano comprende ciertos «elementos activos» que constituyen un orden autónomo de la realidad liberado de la influencia del *yo* individual. La representación inconsciente es conciencia, pero conciencia sin *yo*; la conciencia colectiva que, como sabemos, es trascendente respecto a las conciencias particulares se refleja en su interior en forma de un dispositivo psicológico normativo destinado a influirlas mediante un proceso y en una dirección que pasan desapercibidos a los individuos.

En fin, termino esta sección señalando que esta concepción del inconsciente a la que Durkheim se adhiere –con las vacilaciones que se han señalado– es radicalmente modificada por algunos durkheimianos tras la muerte del primero. Como se ha mostrado, el autor alsaciano considera que los fenómenos inconscientes deben concebirse como reflejos o señales individualizadas de la trascendencia de lo social, que indican que la influencia de los factores sociales pasa desapercibida a los sujetos particulares. Pues bien, tras la muerte del maestro, destacados durkheimianos como Halbwachs, Blondel y Mauss, reelaboran el dispositivo conceptual durkheimiano rechazando el concepto de conciencia colectiva¹⁴ –en sintonía con los planteamientos freudianos– e incidiendo en la idea de que «la sociología es incontestablemente, en lo que se refiere a una de sus partes esenciales, auténticamente psicológica, aunque en un sentido que la psicología individual no está en condiciones de concebir» (Karsenti, 1995: 298).

¹⁴ Sobre la ruptura en la conceptualización durkheimiana, *vid.*: KARSENTI, 1995: 310-18.

5. EL LUGAR DE LA PSICOLOGÍA EN EL PENSAMIENTO SOCIOLÓGICO DURKHEIMIANO, EL PROBLEMA DE LA DE EXPLICACIÓN EN SOCIOLOGÍA

Teniendo en cuenta todo lo que antecede, llama la atención que la crítica más extendida al pensamiento durkheimiano sea precisamente aquella a la que hacía referencia *supra*, consistente en reprochar al alsaciano haber eliminado el elemento mental de la sociología, o como ha expresado un sociólogo francés, «hacer de la sociología una ciencia en cierto modo deshumanizada a la que no le interesa el contenido de las conciencias individuales; que no tiene nada que ver con la psicología» (Mucchielli, 1998: 174). Y llama la atención porque, según lo que he expuesto, no se puede sostener que la sociología que Durkheim defiende en *Las reglas del método sociológico* y que desarrolla posteriormente en numerosos escritos, signifique el rechazo de toda aproximación psicológica. A mi juicio, es indudable que los que han criticado a Durkheim por haber dejado de lado la psicología han incurrido en un error consistente en confundir los planteamientos durkheimianos en torno al objeto y al método de la sociología: el autor alsaciano no se aparta del método psicológico y adopta el sociológico porque se desinteresa de la conciencia de los individuos; por el contrario, esas conciencias son el objeto mismo de su investigación, el objetivo final de la explicación sociológica. Sin embargo, debido a que parte del principio de que el contenido de estas conciencias viene fundamentalmente determinado –y uniformizado en cierto modo– por la socialización que llevan a cabo las instituciones, estas últimas constituyen el primer objeto de estudio de la sociología y, consiguientemente, define su método en relación con éstas. En este sentido, hay quién ha afirmado, acertadamente en mi opinión, que la obra de Durkheim posterior a *Las reglas del método sociológico* puede considerarse precisamente un estudio sistemático del contenido de la mente humana, es decir, de las representaciones colectivas: «su sociología del conocimiento estudia el origen social, la referencia social y las funciones sociales del pensamiento cognitivo; su sociología de la religión estudia lo mismo en lo que respecta a las creencias religiosas; y la sociología de la moral que proyectó habría hecho otro tanto con las creencias e ideales morales» (Lukes, 1985: 6).

Habiendo tratado en las páginas precedentes la cuestión de la naturaleza del objeto de la sociología en el pensamiento de Durkheim, me ocupo a continuación de las propuestas durkheimianas en torno a la cuestión metodológica del tipo de explicación requerido en sociología que, como se verá, implican rechazar lo que denomina «*explicaciones psicológicas y finalistas*». El problema que está en la base de las concepciones contrapuestas sobre el tipo de explicación requerido en sociología que defienden, por una parte, Durkheim y, por otra, los autores y escuelas de pensamiento con los que rivaliza, se puede resu-

mir mediante los interrogantes siguientes: ¿cual es el origen y la fuente del cambio de la vida social? ¿Se debe el cambio en la vida social y, por tanto, se puede explicar atendiendo a la acción del individuo innovador, a su constitución orgánico-física o a determinadas disposiciones o estados de conciencia individual? O, por el contrario, ¿el origen y la fuente del cambio social se encuentran fuera del individuo? El planteamiento durkheimiano de la cuestión puede resumirse de la siguiente manera: si, tal y como sostienen erróneamente las doctrinas psicológicas o finalistas, la mente individual, el individuo, es el que provoca la aparición y la desaparición o transformación de los fenómenos sociales, en lo que hace al tipo de explicación requerida conforme a criterios científicos, la sociología deviene una mera prolongación de la psicología individual. En efecto, en tanto en cuanto esta última disciplina puede explicar la mente individual que ha generado el cambio, es por ello mismo la única competente para explicar asimismo cualquier fenómeno social y la sociología carecerá de toda especificidad (Durkheim, 2002c: 59; trad.: 1988: 155). Por el contrario, si la fuente de la que emanan los fenómenos sociales y que provoca el cambio social no es la conciencia del individuo, sino algún tipo de factores o fenómenos sociales exteriores a éste, entonces los ámbitos de la psicología y de la sociología son distintos. En consecuencia, podrá afirmarse que existe también un tipo distintivo de explicación que es distintivo de cada una de esas disciplinas. De este modo, Durkheim distingue la sociología de la psicología por el tipo de explicación o *explananda* que es característico de cada una de ellas: hechos sociales (estados de la conciencia colectiva, representaciones colectivas) en el caso de la sociología, y hechos de psicología individual (estados de la conciencia individual, representaciones individuales) en el de la psicología. A la hora de explicitar su postura metodológica, parte del principio de que «entre la psicología y la sociología hay la misma solución de continuidad que entre la biología y las ciencias fisicoquímicas», por lo que, «todas las veces que se explique directamente un fenómeno social por un fenómeno psíquico se puede tener la seguridad de que la explicación es falsa» (Durkheim, 2002c: 62; trad.: 1988: 161).

A partir de su concepción de la psique humana que expresa mediante su teoría de la dualidad constitucional del ser humano, Durkheim desarrolla la novedosa teoría de las representaciones colectivas a la que me he referido en la sección precedente, la cual implica, al mismo tiempo, una reelaboración del modelo de causalidad contenido en *Las reglas del método sociológico*. El proyecto sociológico de Durkheim parte de una psicología de los estados mentales del individuo («los hechos sociales son representaciones») que los concibe como totalmente determinados por la acción de la colectividad. Las representaciones que conforman la «mente del grupo», al ser síntesis de representaciones de diferentes mentes individuales, son «exteriores» a la conciencia individual. Debido a su origen fuera

de la conciencia individual y su «superioridad», estas representaciones o estados de la conciencia colectiva están dotadas de un «poder de coerción» que implica que se imponen al individuo. Las representaciones colectivas devienen «internas», es decir, son internalizadas por los individuos en los diferentes procesos de socialización en que participan. De hecho, en opinión de Durkheim, la mayoría de (por no decir todos) los estados de conciencia del individuo son socialmente generados, con lo que la parte puramente individual de la mente humana queda reducida a un mínimo de sensación, instinto e impulso. De este planteamiento se deriva que el individuo no puede ser un factor generador de la realidad social sino que, en todo caso, es al revés: la sociedad es la que determina al individuo. El individuo «es lo que es porque ha nacido en el interior de una sociedad determinada que lo ha socializado de una manera también determinada». Dicho de otra manera, es un producto de la sociedad que recibe de la sociedad, casi sin percatarse, la mayor parte de su personalidad. Además, es la sociedad quien le brinda la posibilidad de ser un ser civilizado, con lo que se le aparece como depositaria de la autoridad y «esa autoridad es fundamentalmente moral» (Rodríguez Zúñiga, 1978: 22). Y de lo anterior se deriva, asimismo, que la sociología –que es básicamente una psicología social o una psicosociología– deba separarse completamente de la psicología individual (y de la biología) en lo que respecta a la explicación de los fenómenos que estudia. Ello implica la necesidad de adoptar –en el ámbito del estudio de la sociedad– el principio metodológico fundamental de la «independencia de la explicación» y que implica explicar los hechos sociales sociológicamente. Como afirma en *Las reglas del método sociológico*, por ejemplo, si se explican psicológicamente se incurre en un grave error al «asignar como condiciones determinantes de los fenómenos sociales ciertos estados psíquicos relativamente definidos y especiales, pero que de hecho son producidos por los propios fenómenos sociales» (Durkheim, 2002c: 63; trad.: 1988: 64).

Es en este marco que el modelo de causalidad durkheimiano se muestra con toda nitidez como una reformulación del modelo de causalidad psíquica dominante en las ciencias humanas de finales del siglo XIX y que se basaba en la idea del inconsciente. En la teoría de la acción inconsciente de la sociedad de Durkheim, los fenómenos inconscientes son, precisamente, los reflejos o las señales individualizadas de la trascendencia de lo social, que indican que la influencia de los factores sociales pasa desapercibida a los sujetos particulares. Este aspecto central de su pensamiento, fundamento último de su concepción de la causalidad, de la explicación en sociología, salvo alguna excepción, es obviado por los manuales de sociología y las monografías sobre el pensamiento durkheimiano. Uno de los pocos autores que lo ha tomado en consideración, el sociólogo e historiador Laurent Mucchielli, explica las razones del desconocimiento general de este

importante aspecto del pensamiento social durkheimiano en un pasaje de su obra *La découverte du social*, en el que afirma lo siguiente:

«Debido a que consideran este aspecto de la teoría de Durkheim anticuado e incomprensible, los sociólogos contemporáneos razonan como si fuera posible separar el grano de la cizaña, valorizar los razonamientos estadísticos de Durkheim y disimular el armazón intelectual y, en particular, el modelo de causalidad global en cuyo seno se construyen esos mismos razonamientos» (Mucchielli, 1998: 196).

En fin, el objeto de la presente exposición no es otro que el de contribuir a sacar a la luz uno de los aspectos que constituyen el armazón intelectual, quizás el más importante, sobre el que se asienta el complejo sistema de pensamiento durkheimiano.

6. SOCIOLOGÍA DURKHEIMIANA Y DUALISMO CONSTITUCIONAL DEL SER HUMANO

Basándome en todo lo que antecede, me atrevo a afirmar que sin un conocimiento de la psicología durkheimiana –tanto individual, como social– difícilmente puede entenderse adecuadamente la totalidad del pensamiento y la obra de Durkheim; y, además, su psicología social es prácticamente ininteligible si no se atiende al mismo tiempo a su concepción de la psique humana. Dicho de otra manera, para llegar a entender el pensamiento sociológico durkheimiano y, en especial, sus planteamientos sobre el objeto y el método de la sociología, es preciso analizarlos en relación a su concepción de la naturaleza y el funcionamiento de la mente humana que expresa mediante su teoría de la «dualidad constitucional de la naturaleza humana».

En el breve artículo sobre el «El dualismo de la naturaleza humana y sus condiciones sociales» Durkheim comienza afirmando de esta manera que su tratamiento es ineludible por parte de la sociología:

«Aunque la sociología se defina como la ciencia de las sociedades, en realidad no puede tratar los grupos humanos que son el objeto inmediato de su investigación sin considerar finalmente al individuo, elemento último del que se componen tales grupos. Pues la sociedad no puede constituirse que a condición de penetrar en las conciencias individuales y de moldearlas «a su imagen y semejanza»» (Durkheim, 1970: 314).

Tras años de investigaciones en el ámbito de los fenómenos sociales, constata que «en todas partes él [el ser humano] se ha concebido a sí mismo como formado por dos seres radicalmente heterogéneos: el cuerpo, por un lado, y el alma, por el otro» (Durkheim, 1970: 315); y señala que «una creencia tan universal y permanente no podría ser una

simple ilusión». En efecto, «para que en todas las civilizaciones conocidas el hombre se haya sentido doble, es preciso que haya en él alguna cosa que haya originado esta convicción» (Durkheim, 1970: 316).

Tras haber defendido a lo largo de su vida la independencia de la sociología con respecto a la psicología tanto en lo que respecta a sus respectivos objetos y metodologías, Durkheim considera que la sociología «apoyándose siempre en la psicología, de la que no puede prescindir, aporta a esta última, como justa contrapartida, una contribución que iguala y supera en importancia los servicios que aquélla [la sociología] había recibido» (Durkheim, 1970: 315). Esta contribución a la que hace referencia es, precisamente, su concepción del individuo o, en otras palabras, su teoría del «*homo duplex*». Tal es la importancia de esta teoría, que la legitimidad de las propuestas de la sociología durkheimiana en relación al objeto y al método se deriva de la misma; o, dicho de otra manera, dado que «nuestros estados mentales, incluso los más elementales, tienen origen social» (Durkheim, 1970: 314) es posible afirmar que es la sociología la única disciplina que está en condiciones de explicar la naturaleza de la psique humana. En relación a lo que antecede, y rechazando la metodología de la psicología introspectiva, afirma que «sólo mediante el análisis histórico puede darse cuenta de qué está hecho el hombre, pues se ha formado a lo largo de la historia» (Durkheim, 1970: 315).

Como acostumbra, tras rechazar la teorías anteriores que tratan la cuestión¹⁵, Durkheim formula su teoría en los términos siguientes: el análisis de la psique humana revela que «el hombre se siente doble porque es realmente doble» (Durkheim, 1970: 330). En efecto, pueblan su psique dos tipos de estados de conciencia «que se distinguen entre ellos por sus orígenes, su naturaleza y los fines a los que se orientan»: por un lado, están las representaciones individuales y, por otro, las representaciones colectivas. Pero los estados de conciencia referidos no sólo son distintos por sus orígenes y sus propiedades, sino que además son antagónicos ya que «se contradicen y se niegan mutuamente» (Durkheim, 1970: 318)¹⁶. Es en relación a esta idea que

¹⁵ Rechaza, en primer lugar, las soluciones de los monismos empiristas e idealista (vid.: *ibid.*, pp. 321-4); en segundo lugar, rechaza la explicación ontológica de Platón (*ibid.*, pp. 322-4-5), y, en tercer lugar, la propuesta kantiana (*ibid.*, pp. 325-6).

¹⁶ Durkheim ofrece una serie de ejemplos de esa doble existencia del ser humano y, en un párrafo enormemente significativo los interpreta como sigue: «es entre las sensaciones y los apetitos sensibles, por un lado, y la vida intelectual y moral, por el otro, que se producen los conflictos [...]. Ahora bien, es evidente que las pasiones y tendencias egoístas derivan de nuestra constitución individual, mientras que nuestra actividad racional, tanto teórica como práctica, depende estrictamente de causas sociales. También hemos tenido la ocasión de constatar que las reglas de la moral son normas elaboradas por la sociedad [...]. Por otro lado, hemos intentado mostrar que los conceptos, materia de todo pensamiento lógico, eran originalmente representaciones colectivas [...]. Incluso hemos encontrado motivos para pensar que nuestros conceptos más fundamentales y relevantes que llamamos categorías se han creado a partir del modelo de las cosas sociales» (*ibid.*, pp. 330-1).

Durkheim afirma el principio de la preponderancia de las representaciones colectivas en el interior de la mente humana. En efecto, como se ha señalado *supra*, en su opinión, es una realidad incontestable que, conforme se avanza en la historia, puede constatarse que la mayor parte de las representaciones que pueblan la mente humana tienen origen social y no individual; es decir, son representaciones colectivas. La autonomía relativa de las representaciones colectivas, de los ideales sociales, implica en el pensamiento de Durkheim que los ideales, una vez creados, dan lugar a nuevos ideales en un proceso que ya no se detendrá jamás (Durkheim, 1970: 332). Como indica Rodríguez Zúñiga, tal proceso de creación y recreación de ideales colectivos «conoce periodos de crisis, es decir, de cambio acelerado y estabilización siempre relativa». Ciertamente, es posible distinguir «momentos de efervescencia social en los que todo actúa contra lo establecido y momentos en que parece que lo objetivo es sólo perfeccionar lo dado: en los primeros, la intensidad con que las representaciones colectivas crean es muy alta; en los segundos, surgen complejos rituales y cultos cuya función es permitir recordar a los miembros de la comunidad aquellos momentos en que la creatividad colectiva fue máxima» (Rodríguez Zúñiga, 1978: 459).

La referencia durkheimiana al «carácter doloroso de este dualismo», el reconocimiento de la tensión que resulta del hecho que «la sociedad tiene naturaleza propia y, en consecuencia, exigencias completamente diferentes de aquellas que se derivan de nuestra naturaleza individual» (Durkheim, 1970: 331), implica una concepción del ser humano según la que este último precisa que la sociedad desarrolle su acción civilizadora – o, lo que es lo mismo, integradora y reguladora –, dado que esta última es, de este modo, la única capaz de contener los deseos y las pasiones que tienen origen en su naturaleza individual, de combatir el «mal del infinito»¹⁷. En otras palabras, la receta de la felicidad humana es bien simple: «ante todo es preciso que las pasiones sean limitadas» (Durkheim, 2002d, II: 101; trad.: 1992: 264-5). Como ha señalado magistralmente Rodríguez Zúñiga, «Durkheim sostiene, por una parte, que la civilización sólo es posible a partir de la socialización del individuo», ya que «el individuo no socializado es un ente preso de su angustia e incapaz de ir más allá de su particularidad». En este sentido, el autor alsaciano «no ignora que la civilización es siempre represión»; pero, «por otra parte, esa represión es el camino de la Humanidad», dicho de otra manera, «represión es liberación» (Rodríguez Zúñiga, 1978: 46-7). Lo que antecede se refleja en este fragmento del escrito que recoge

¹⁷ Como señala en *El suicidio*, Durkheim rechaza enérgicamente determinadas filosofías que están muy de moda a finales del siglo XIX y que propugnan justo lo contrario, «la pasión del infinito», y «celebran los beneficios de la inestabilidad», convirtiendo en artículo de fe que «está en la naturaleza del hombre ser un eterno descontento» (DURKHEIM, 2002d, II: 109; trad.: 1992: 276).

el curso sobre el socialismo que Durkheim impartió en Burdeos el curso académico 1895/96:

«Lo que se precisa para que el orden social reine es que la mayoría de los hombres se contente con su suerte; pero lo que hace falta para que esto ocurra no es que tengan más o menos, sino que estén convencidos de que no tienen derecho a tener más. Y para esto, es absolutamente preciso que haya una autoridad, cuya superioridad sea reconocida, que dicte el derecho. Pues un individuo abandonado a las pulsiones de sus necesidades nunca admitirá haber llegado al límite extremo de sus derechos. Si no siente por encima de sí una fuerza que respete y que lo frene, que le diga con autoridad que ha alcanzado la recompensa debida, es inevitable que reclame como si le fuera debido todo lo que sus necesidades exijan y, como en la hipótesis esas necesidades carecen de freno, sus exigencias son necesariamente ilimitadas. Para que sea de otra manera, es menester que exista un poder moral cuya autoridad reconozca y que le diga: «no debes ir más lejos»» (Durkheim, 2002a: 133-4; trad.: 1982a: 284).

En fin, en lo que se refiere a las grandes obras de Durkheim, en *La división del trabajo social* la dualidad de la naturaleza humana se refleja en la oposición aparentemente radical entre los estados de la conciencia individual y los estados de la conciencia colectiva¹⁸; en *Las reglas del método sociológico* en la oposición entre hechos individuales y hechos sociales¹⁹; en *El suicidio*, en la oposición entre representaciones individuales y representaciones colectivas²⁰; y, en fin, en

¹⁸ Tras definir la conciencia colectiva o común como «el conjunto de las creencias y de los sentimientos comunes al término medio de los miembros de una misma sociedad [que] constituye un sistema determinado que tiene su vida propia» (DURKHEIM, 2002b, I: 81; trad.: 1987: 94), precisa que «se trata de cosa muy diferente a las conciencias particulares, aún cuando no se produzca más que en los individuos» (*ibid.*, p. 81; trad.: p. 95). En lo que respecta a las relaciones entre la conciencia individual y la conciencia colectiva, en su opinión, en las sociedades industrializadas caracterizadas por la solidaridad orgánica la conciencia colectiva se va contrayendo a medida que la conciencia personal de cada uno va acrecentándose. No obstante, «no quiere esto decir que la conciencia común se halle amenazada de desaparecer totalmente»; sino «que consiste, cada vez más, en maneras de pensar y de sentir muy generales e indeterminadas que dejan sitio libre a una multitud creciente de disidencias individuales» (*ibid.*, p. 159; trad.: 205).

¹⁹ Los hechos sociales, el objeto de la sociología, se definen en contraposición a los hechos psíquicos que tienen «por substrato al individuo», los cuales «no tienen existencia más que en la conciencia individual y por élla» (DURKHEIM, 2002c: 19; trad.: 1988: 58-9). Pero, no lo olvidemos, ambos tipos de hechos son de naturaleza psíquica; ambos coexisten, digámoslo así, en la mente humana; y sólo se diferencian por su origen (*ibid.*).

²⁰ En *El suicidio* Durkheim esboza una teoría de las representaciones colectivas que, posteriormente, desarrolla en el ensayo titulado «Representaciones individuales y representaciones colectivas». Su concepción «implica que las tendencias, así como los pensamientos colectivos, son de otra naturaleza que las tendencias y los pensamientos individuales; que los primeros tienen caracteres que no poseen los segundos» (DURKHEIM, 2002d, III: 21; trad.: 1992: 339-40). No obstante, añade que «al separar

Las formas elementales de la vida religiosa, en la oposición entre lo «sagrado» y lo «profano»²¹.

Tras todo lo expuesto hasta ahora, se entenderá que en este artículo haya propuesto rechazar enérgicamente las acusaciones en el sentido de que el positivismo durkheimiano deja de lado la psicología y al individuo y que, por el contrario, coincide con Lévi-Strauss en que Durkheim y sus colaboradores «insistieron siempre en la naturaleza psíquica o mental de los fenómenos sociales» (Lévi-Strauss, 1970, II: 5). Es más, considero que puede afirmarse que el proyecto sociológico durkheimiano es esencialmente psicológico. Dicho de otra manera, coincido en la apreciación del norteamericano Gehlke en que «Durkheim es el sociólogo psicológico por excelencia» en la medida en que «para él todos los fenómenos de la vida social del ser humano son psíquicos» (Gehlke, 1915: 79). En efecto, a diferencia de Comte, en cuyo sistema la psicología no tiene cabida, Durkheim –y, por ende, sus colaboradores–, en tanto en cuanto subraya el aspecto mental de los fenómenos sociales, concibe la sociología como una especie muy particular de psicología; pero una psicología que nada tiene que ver con la psicofisiología individual de su época.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BORLANDI, M. y MUCCHIELI, L. (dirs.) (1950) *La sociologie et sa méthode. Les Règles de Durkheim, un siècle après*. Paris, Éditions L'Harmattan.
- BOUGLÉ, C. (1899) «Reseña de «Representaciones individuales y Representaciones colectivas», *L'année sociologique*, pp. 152-5.
- (1935) *Bilan de la sociologie française contemporaine*, Paris: Alkan.
- DURKHEIM, É. (1903a) «De quelques formes primitives de classification: contribution à l'étude des représentations collectives», *Année sociologique* 6, pp. 1-72. Reproducido en: 1969, pp. 395-461.
- (1903b) «Pédagogie et sociologie», *Revue de métaphysique et de morale* 11, pp. 37-54. Lección inaugural del curso sobre «L'Education Morale» del curso 1902-1903. Reproducido en: 1975, vol. I, pp. 261-263.
- (1969) *Journal sociologique*, Paris: Presses Universitaires de France. Introducción y notas de J. Duvignaud. Selección de artículos, notas y reseñas publicados en *l'Année sociologique*.

así la vida social de la vida individual» no pretende decir «que no tenga nada de psíquica». Por el contrario, «es evidente que está hecha esencialmente de representaciones» (*ibid.*, p. 22; trad.: p. 341).

²¹ La tesis durkheimiana principal contenida en *Las formas elementales de la vida religiosa* consiste en afirmar que las cosas sagradas son ideales colectivos que se encarnan en objetos materiales, y explica su carácter sagrado de la siguiente manera: «[las cosas sagradas] no son otra cosa que fuerzas colectivas hipostasiadas, o sea, fuerzas morales; están compuestas por las ideas y los sentimientos que despierta en nosotros el espectáculo de la sociedad, y no por sensaciones provenientes del mundo físico» (DURKHEIM, 2002f, III: 33; trad.: 1993: 513-4).

- (1970) *La Science sociale et l'action*, Paris: Presses Universitaires de France. Introducción y presentación de J.-C. Filloux. Colección de artículos de Durkheim.
 - (1975) *Textes*, 3 vols., Paris: Minuit.
 - (1982) *El socialismo*, Madrid: Editora Nacional. Traducción de: 2002a.
 - (1987) *La división del trabajo social*, Madrid: Akal. Traducción de: 2002b.
 - (1988) *Las reglas del método sociológico y otros escritos sobre filosofía de las ciencias sociales*, Madrid: Alianza Editorial. Traducción de: 2002c.
 - (1992) *El suicidio*, Madrid: Akal. Traducción al castellano de: 2002h.
 - (1993) *Las formas elementales de la vida religiosa*, Madrid: Alianza Editorial. Traducción al castellano de: 2002l.
 - (1998) *Lettres a Marcel Mauss*, Paris: Presses Universitaires de France.
 - (2000) *Sociología y Filosofía*, Madrid: Miño y Dávila eds.
 - (2002a) *Le Socialisme* [en línea], Québec: edición electrónica realizada por Jean-Marie Tremblay (formato: .pdf). Recuperado de: http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim_emile/le_socialisme/le_socialisme.pdf [Consulta: 15 de octubre de 2016]. Traducción al castellano en: 1982.
 - (2002b) *De la Division du Travail Social* [en línea], Québec: edición electrónica realizada por Jean-Marie Tremblay (2 archivos .pdf). Recuperado de: http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim_emile/division_du_travail/division_travail.html [Consulta: 15 de octubre de 2016]. Traducción al castellano en: 1987.
 - (2002c) *Les Règles de la méthode sociologique* [en línea], Québec: edición electrónica realizada por Jean-Marie Tremblay (formato: .pdf). Recuperado de: http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim_emile/regles_methode/durkheim_regles_methode.pdf [Consulta: 15 de octubre de 2016]. Traducción al castellano en: 1988.
 - (2002d) *Le suicide* [en línea], Québec: edición electrónica realizada por Jean-Marie Tremblay (3 archivos en formato .pdf). Recuperado de: http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim_emile/suicide/suicide.html [Consulta: 15 de octubre de 2016]. Reproducción de: 1897a. Traducción al castellano en: 1992.
 - (2002e) «Représentations individuelles et représentations collectives» [en línea], Québec: edición electrónica realizada por Jean-Marie Tremblay, (formato.pdf). Recuperado de: http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim_emile/Socio_et_philo/ch_1_representations/representations.pdf [Consulta: 15 de octubre de 2016]. Reproducción de: 1898d. Traducción al castellano en: 2000, pp. 26-58.
 - (2002f) *Les formes elementaires de la vie religieuse* [en línea], Québec: edición electrónica realizada por Jean-Marie Tremblay, (3 archivos en formato.pdf). Recuperado de: http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim_emile/formes_vie_religieuse/formes_vie_religieuse.html [Consulta: 15 de octubre de 2016]. Reproducción de: 1912. Traducción al castellano en: 1993.
 - (2002g) *Cours de philosophie fait au Lycée de Sens* [en línea], Québec: edición electrónica realizada por D. Banda y Jean-Marie Tremblay (2 archivos en formato.pdf). Recuperado de: http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim_emile/cours_philo_lycee_sens_1884/cours_philo_lycee_sens.html [Consulta: 15 de octubre de 2016].
- FOURNIER, M. (2007) *Emile Durkheim (1858-1917)*, Paris: Fayard.

- GEHLKE, Ch. E. (1915) *Émile Durkheim's contributions to sociological theory*, New York: el autor.
- GURVITCH, G. y MOORE, W. E. (dirs) (1970) *Sociología del siglo xx* (2 tomos), Barcelona: El Ateneo.
- KARSENTI, B. (1995) «De Durkheim à Mauss. La spécificité psychologique de la sociologie», en M. Borlandi y L. Mucchielli (dirs.) (1995), pp. 297-319.
- LÉVY-STRAUSS, C. (1970) «La sociología francesa», en G. Gurvitch y W. E. Moore (dirs.) (1970), tomo 2, pp. 1-31.
- LUKES, S. (1985) *Émile Durkheim: His Life and Work: A Historical and Critical Study*. Stanford: Stanford University Press (1.^a ed. en 1973, London: Allen Lane The Penguin Press).
- MUCCHIELLI, L. (1998) *La découverte du social. Naissance de la sociologie en France*. Paris: Ed. La découverte.
- RODRÍGUEZ ZÚÑIGA, L. (1978) *Para una lectura crítica de Durkheim*, Madrid: Akal editor.

Fecha de recepción: 31/03/2016. Fecha de aceptación: 31/10/2016.

La artimaña del erizo. Pequeña glosa poética
al método de una gran filosofía del derecho*

*The hedgehog's trick. minor poetic commentary
on a great legal philosophy*

Por JESÚS VEGA
Universidad de Alicante

RESUMEN

Este trabajo es un comentario metodológico a la filosofía jurídica de Ronald Dworkin. Se sirve para su argumento de la célebre distinción de Isaiah Berlin, adoptada por el propio Dworkin, entre pensadores «zorros» y «erizos». Ésta es interpretada como una distinción centralmente significativa para el ámbito de la filosofía práctica, que contrasta dos concepciones muy distintas –la instrumental y la valorativa– de la racionalidad práctica. Se intenta mostrar a partir de ahí que Dworkin funda su propia concepción de «erizo» en torno a la tesis de la unidad del valor haciendo uso de un argumento trascendental sobre la razón práctica: esta sería su gran «artimaña».

Palabras clave: *Dworkin, metodología, filosofía del Derecho, argumento trascendental, Berlin, zorros, erizos, positivismo jurídico, escepticismo, relativismo, dogmatismo*

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación «Desarrollo de una concepción argumentativa del Derecho» (DER2013-42472-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Quiero agradecer a mis compañeros del Área de Filosofía del Derecho de Alicante por el seminario dedicado a la discusión de una versión previa del texto.

ABSTRACT

This paper is a methodological commentary on Dworkin's legal philosophy. The author makes use of the famous distinction made by Isaiah Berlin, and adopted by Dworkin himself, between «foxes» and «hedgehogs» as two opposed types of thinkers. This is interpreted as a pivotal distinction within the specific field of practical philosophy, insofar as it contrasts two very different conceptions of practical reason: the instrumental and the evaluative. The paper seeks to show how Dworkin, taking the latter as a starting point, bases his own «hedgehog» conception on the unity of value by using a transcendental argument about practical reason –his great «trick».

Key words: *Dworkin, legal philosophy's methodology, transcendental argument, Berlin, foxes, hedgehogs, legal positivism, skepticism, relativism, dogmatism*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN 1. De zorros y erizos.–2. El zorro.–3. El erizo.–4. La artimaña.–5. Fábula final (con moraleja metodológica para iusfilósofos).–BIBLIOGRAFÍA

SUMMARY: INTRODUCTION.–1. On foxes and hedgehogs.–2. The fox.–3. The hedgehog.–4. The trick.–5. Final fable (with a methodological moral for legal philosophers).–BIBLIOGRAPHY

Un fragmento, al igual que una pequeña obra de arte, debe estar completamente separado del entorno y acabado en sí mismo, como un erizo (F. Schlegel, Athenäum Fragmente, 206)

INTRODUCCIÓN

El erizo del que hablamos es, naturalmente, R. Dworkin, de cuya filosofía del Derecho estas líneas pretenden ser sólo una reflexión muy general o de conjunto hecha, por así decir, «al margen». En particular, se trata aquí de comentar, en clave problemática y más bien informal, un rasgo de la metodología seguida por esa filosofía del Derecho, de su manera de ejercitar el análisis filosófico: el «género literario» en el que estas líneas se autoubican es, pues, el de la «metafilosofía» o, como la llamó Ferrater Mora, «perifilosofía», que como se sabe no deja de ser un componente sustantivo de su propio lenguaje-objeto. Digo que es un comentario en clave problemática porque, sin cuestionar el fondo de las tesis dworkinianas más sustanciales –vaya por delante que no sólo las secundo sin ambages, sino que las

creo inatacables—, lo que trataré de hacer es explorar aquellos presupuestos del método filosófico exhibido en su formulación y fundamentación que conducen a convertirlas, precisamente, en tesis inatacables. Y en clave informal, porque aparte de no tener carácter «sistemático» —no está planteado como digo desde ningún conjunto de premisas alternativas consideradas «superiores»—, el comentario responde a una estructura casi «rapsódica» que tira más que nada del hilo metafórico de esa «filosofía de erizo» propugnada por nuestro autor (y de ahí lo de «poética»). El propósito de fondo es mostrar —más que demostrar— de qué modo una filosofía que sostiene que las tesis metateóricas no son independientes de las tesis teóricas, y hace de esto una línea central de crítica contra las teorías rivales, vuelve irrefutables sus propias tesis teóricas a base de adoptar una muy precisa posición metateórica: esa es la «artimaña» de la que trataremos.

1. De zorros y erizos

Como es sabido, Dworkin tituló *Justicia para erizos* el último libro publicado por él en vida. Convertía así en lema esa exitosa metáfora que Isaiah Berlin había acuñado en un célebre ensayo de 1953 que desde entonces (para sorpresa e incluso hartazgo suyo, como enseguida se verá) devino frecuentadísimo *topos*¹. Berlin a su vez hacía suyo un críptico fragmento atribuido al poeta Arquíloco de Paros, uno de los más importantes líricos griegos de la antigüedad, que floreció a mediados del s. VII a. C.: «El zorro sabe muchas cosas, pero el erizo sabe una gran cosa». El fragmento consta de sólo siete palabras (*poll' oid' alopex, all' ekhinos hen mega*), que pasaron directamente al latín (*multa novit vulpes, verum echinus unum magnum*), palabras cuyo sentido, principalmente reproducido en forma de fábula, sigue siendo objeto disputado de interpretación. Berlin quiso aprovechar el aforismo para ilustrar un criterio que permitiría —«figuradamente»— diferenciar entre dos grandes clases de pensadores y escritores, e incluso dos tipos humanos en general:

«Pues hay un gran abismo entre quienes, por un lado, lo relacionan todo con una única visión central, un sistema más o menos congruente o integrado, en función del cual comprenden, piensan y sienten —un único principio universal, organizador, que por sí solo da significado a cuanto son y dicen—, y por otro, quienes persiguen muchos fines distintos, a menudo inconexos y hasta contradictorios, ligados, si acaso, por alguna razón *de facto*, alguna causa psicológica o fisiológica, sin intervención de ningún principio moral ni estético. Estos últimos llevan vidas, realizan acciones y sostienen ideas centrífugas más que centrípetas; su pensamiento está desperdigado, es difuso, ocupa muchos planos a la vez, aprehende el meollo de una vasta variedad de experiencias y objetos según sus particularidades, sin

¹ BERLIN (1953); DWORKIN (2011), (2001a) y (2001b); (2006: Ch. 4).

pretender integrarlos ni no integrarlos, consciente o inconscientemente, en una única visión interna, inmutable y globalizadora. Visión que, a veces, es contradictoria, incompleta y hasta fanática»².

Los «erizos» serían los primeros y entre ellos Berlin clasifica, «en distinta medida», a filósofos como Platón, Pascal, Hegel o Nietzsche y a escritores como Dante, Lucrecio, Dostoievski y Proust. Los «zorros» forman la segunda categoría, a la que pertenecerían Aristóteles, Montaigne, Erasmo, Goethe, Shakespeare, Molière o Joyce.

La clasificación resulta, en efecto, bastante figurada y no deja de recordar a aquellas que, según Borges, arrojaba el lenguaje analítico de John Wilkins, al menos en lo tocante a los filósofos. Baste pensar en que convierte al paladín del relativismo filosófico y la *Umwertung aller Werte* o «subversión de todos los valores» –Nietzsche– en «erizo» sistematizador y universalista, y al iniciador de la escolástica occidental por antonomasia –Aristóteles– en «zorro» disperso e inconexo. Es obvio que, interpretada como una clasificación filosófica, carece de rigor (lo que tal vez explica su gran fortuna). En efecto: la clasificación entre filosofías de zorros y de erizos ¿desde qué filosofía estaría formulada: la de un zorro o la de un erizo? Cualquier respuesta –como en el caso del famoso cretense– desbarata de inmediato la aparente nitidez de la dicotomía, que enseguida se manifiesta como no exhaustiva ni excluyente y se ve multiplicada «desde dentro» en una multitud de diferentes dicotomías a su vez cruzadas y opuestas entre sí en virtud de terceros criterios. Dicotomías clásicas tales como monismo y pluralismo, dogmatismo y escepticismo, racionalismo y empirismo, intelectualismo y pragmatismo, holismo y particularismo, sistematismo y eclecticismo, etc. El carácter indeterminado y controvertible de la clasificación es consecuencia directa de su propio formato dicotómico o binario, que por sí mismo, como sabemos, es muchas veces síntoma más de un protoconcepto o metáfora que de una verdadera conceptualización bien formada. El propio Berlin es, por lo demás, muy consciente de ello: «Por supuesto, como todas las clasificaciones supersimplificadas de este tipo, la dicotomía resulta, si se la fuerza, artificial, escolástica y en último término absurda». Afirma, sin embargo, que «encarna algún grado de verdad, ofreciendo un punto de vista desde el cual mirar y comparar, un punto de partida para la genuina investigación»³. Es decir, sería una suerte de distinción heurística. Sin embargo, creo que tampoco esto es

² Cito por la trad. esp. (pp. 39-40).

³ BERLIN (1953: 2). Luego atenuó notablemente las pretensiones de la distinción e incluso se mostró un poco harto de las derivaciones a que dio lugar: ella «no tenía pretensión de ser una categorización profunda, psicológica o metafísica, de los hombres, y menos aún una dicotomía. No me retracto de ella –me pareció útil para discutir sobre Tolstoi– pero no es más que un símil y no estaba pensada como una tipología sería. Tampoco, por supuesto, creo que todos los hombres sean o zorros o erizos y que no puedan ser ninguna de las dos cosas o ambas; debo confesar que todo esto me parece que ha sido sacado gratuitamente de su juicio» (BERLIN, 2013: 306).

completamente cierto. Berlin no nos está proponiendo un punto de partida, sino en realidad un punto de llegada. La suya es más bien una distinción *retórica*, de contenido y propósito fundamentalmente *práctico*. Esto es de suma importancia para todo lo que aquí se dirá.

A. Su carácter retórico se muestra, en primer lugar, en que es una distinción esencialmente *entimemática*: como queda dicho, su sentido depende por entero de criterios que no están expresados en ella sino que son externos, criterios que pone quien la emplea o la escucha en cada caso y que dan significado a la atribución particular de la condición de «zorro» o «erizo» a un filósofo o una filosofía. No extraña, así, que el sentido de estas atribuciones varíe de caso a caso en función del filósofo o filosofía que la usa: son éstos quienes suministran los criterios relevantes. Así, por ejemplo, Lukes (2006) considera que no es una distinción (eso sería propio de erizos) sino que habría que desdoblarla en al menos cuatro clases de zorros y erizos. Pero el propio Berlin conduce todo su ensayo, dedicado a Tolstoi, con la idea directriz de que éste sería inclasificable bajo esa dicotomía (como refleja el tono trágico de su gran *Guerra y paz*, creía ser un erizo siendo «por naturaleza» un zorro). Y no sólo un mismo pensador puede pertenecer a ambas clases sino también pasar de una a otra categoría (con esfuerzo, eso sí)⁴. Por supuesto, parecidas oscilaciones se observan en la catalogación (y autocatalogación) de Berlin como zorro o erizo⁵. Ambas categorías, en fin, se pulverizan hasta queda casi reducidas a simple manifestación de preferencias personales, absueltas de paso en muchos casos de mayor justificación doctrinal. Lo importante es cómo se use⁶.

⁴ Eso es lo que le sucedió, según HACKER (1996: 98), a Wittgenstein quien era «por naturaleza un erizo, pero después de 1929 se transformó, con un gran esfuerzo intelectual e imaginativo, en un zorro típico».

⁵ M. IGNATIEFF (1998: 203) afirmó que Berlin era «un zorro que anhelaba ser un erizo». Berlin negaba esto: «Nunca he deseado tal cosa. Nunca. ¿Por qué cree eso? Soy un zorro que está bastante satisfecho de ser un zorro» (*Appendix* a la segunda ed.). En carta a H. P. Simon de 1971 señalaba: «Creo que Ud. cree que yo prefiero los zorros a los erizos, pero esto no es así [...] Puedo tener mas simpatía personal por los zorros; puedo pensar que son políticamente más ilustrados, tolerantes y humanos; pero esto no implica que sean de otro modo más valiosos, si es que tales comparaciones entre incommensurables tienen algún sentido» (*ibid.*). En 1980, en un intercambio epistolar al respecto en *The New York Review of Books* («The Hedgehog and the Fox Continued», 9 de octubre, *ibid.*) afirma: «Menos aún tuve la intención de concluir que los zorros fueran superiores a los erizos; esta no era (ni es) mi opinión. No hago ningún juicio de valor al respecto». Podremos ver que esto está lejos de ser cierto.

⁶ A ello no es ajeno tampoco el contexto lúdico en que originalmente Berlin tomó conocimiento de la frase de Arquíloco: «Fue una broma, ¿sabes? Nunca me la tomé en serio», le confiesa a Ignatieff. Berlin cuenta haber escuchado la frase por primera vez en los años 30 de un profesor de Oxford con quien jugaba a clasificar a la gente en zorros y erizos. Fue luego, emprendido el trabajo sobre Tolstoi, «como vino a mi mente, puramente como un *jeu d'esprit*», al comprender de repente que «él era un buen caso de ambos» (Entrevista con Ignatieff, *Appendix*, cit.). Para él era tan sólo «una percha de la cual colgar mis propias reflexiones» sobre la psicología de Tolstoi («The Hedgehog and the Fox Continued», cit.). Según Bryan Magee, a Berlin «le

B. En segundo lugar, resulta claro que la distinción, con todas sus oscilaciones, es usada y toma su sentido propio en contextos estrictamente *prácticos*. Los dualismos y valoraciones que connota van referidos de modo específico al ámbito de la filosofía práctica: no a la ontología o la epistemología, sino a la moral y la política. Tanto el monismo y el pluralismo como el resto de tesis o intuiciones filosóficas que la distinción evoca convergen además más en el plano de la «filosofía mundana» que en los métodos de la «filosofía académica», como si Berlin diera por bueno aquella sugerencia de Fichte según la cual el tipo de filosofía que uno hace es reflejo del tipo de persona que uno es. Nos habla así de los hombres que «comprenden, piensan y sienten», del modo como «llevan vidas, realizan acciones y sostienen ideas». El territorio de la división entre zorros y erizos es el de la sabiduría práctica. Su designio es menos clasificar las maneras de filosofar o los métodos de la filosofía en abstracto que vincularlos a concepciones prácticas del mundo. En este sentido, no se aparta un ápice de la tradición aforística y fabulística a la que el propio dicho de Arquíloco pertenece; más que utilizarla como metáfora metodológica, Berlin viene a reproducirla literalmente como lo que es: un lema práctico.

C. De ahí que, en tercer lugar, su función primordial sea la de operar como instrumento de *persuasión*. Precisamente Aristóteles consideraba a las fábulas figuras retóricas específicas en cuanto *logoi*, es decir, discursos que, siendo narraciones inventadas o ficticias, míticas, poseen, con todo, una estructura racional (*Rhet.*, II, 20, 1393 a 27 y ss.). La fábula pertenece sobre todo a la tradición oral, con gran éxito y difusión popular, al margen de los géneros literarios canónicos (hasta su rehabilitación en el Romanticismo). Se remonta en la antigüedad griega a Hesíodo (s. VIII a. C.) –y al propio Arquíloco⁷–, antes de personificarse para la posteridad en la figura emblemática de Esopo (s. VI a. C.) a quien se atribuyen todas las fábulas griegas que en realidad tienen un origen anónimo y ancestral⁸. Aristóteles analiza la fábula como un tipo de «ejemplo» o *paradeigma*, el paralelo retórico de la inducción o *epagoge* y uno de los dos géneros de argumentación retórica junto con el entimema. A su través se busca la persuasión (*pistis*) utilizando la semejanza (la analogía de relaciones) para ilustrar una cierta regla práctica o principio moral (una «moraleja») que es su conclusión (casi siempre añadida al relato con posterioridad) a propósito de una situación dada. A diferencia de los apólogos latinos (Quintilia-

encantaba categorizar a los individuos con el espíritu de un juego festivo [...]. Casi siempre se trataba de dos categorías y sólo dos: la cuestión era, digamos, si eras conservador o radical; o si eras erizo o zorro; o si eras un obispo o un corredor de apuestas. El era inagotablemente fértil en sus distinciones “de dos tipos”. Eso dio origen a un chiste contra él: “El mundo se divide en dos tipos de gente: los que piensan que el mundo se divide en dos tipos de gente y los que no”» (*Appendix*, cit.).

⁷ El halcón y el ruiseñor (*Trabajos y días*, 202); Arquíloco (el zorro y el mono, frs. 185-187; el águila y el zorro, frs. 172-181).

⁸ Cfr. GARCÍA GUAL (1977); Esopo, *Fábulas* (1993).

no), las fábulas se transmiten en verso e incorporan con mucha frecuencia (más de dos tercios de las fábulas antiguas las convierten en los personajes principales) a figuras animales. A diferencia de las alegorías fantásticas este «microcosmos bestial» aparece humanizado, pues sus criaturas están dotadas en efecto de *logos* y se acomodan a un medio social realista en el que su actuación se conforma según ciertas normas que por un lado excluyen lo prodigioso y por otro incluyen una determinada escala valorativa (García Gual, 1977). Los animales funcionan a modo de «operadores lógicos» en la estructura del relato (como han analizado Lévi-Strauss y otros antropólogos) simbolizando una cierta estrategia práctica, un estereotipo de conducta, una virtud o vicio. Así, el león es el animal que encarna la fuerza, el lobo es feroz, manso el cordero, la serpiente perversa, el águila traicionera, etc. La fábula plantea un *conflicto* o situación de partida entre dos personajes, a partir del cual éstos actúan desplegando diferentes cursos de acción (se representa un *pragma*, dice Aristóteles, observando que la acción es aquí un elemento fundamental, a diferencia del proverbio), uno de los cuales supone éxito o fracaso en la «lucha por la vida», extrayéndose a partir de ello una evaluación acerca del mismo y una conclusión o máxima general de conducta. La fábula es un discurso fundamentalmente parénético o exhortativo, que persigue transmitir una enseñanza moralizante. Pues bien, ¿cuál sería la enseñanza de la contraposición zorro-erizo, si la interpretásemos a esta luz? ¿Cuál es el conflicto o situación «dramática» en juego? ¿Quién resulta «victorioso»? ¿Quién posee la sabiduría práctica «superior»?

Evidentemente, el zorro es por antonomasia el operador simbólico de la astucia, de la inteligencia pragmática o *metis* (cuya encarnación humana era Ulises, el *polymetis*) (Détienne/Vernant, 1988: 31 y ss.). Es el personaje que aparece en mayor número de fábulas antiguas, versátil y sinuoso, representante de un artero pragmatismo que le permite triunfar sobre el más fuerte (simboliza así la crítica social de los ideales de la ética aristocrática hecha por las nuevas clases comerciantes) y en general sacar provecho o encontrar una salida, mediante toda clase de ingeniosos ardidés, a los diversos trances en que se halla. El zorro es lo que los antropólogos llaman el *trickster*, el que emplea «trucos» o tretas, incluyendo la doblez y la mentira (como se ve en el episodio del cuervo) o la falsa racionalización (el de las uvas). Se asocia a las artes de la caza y la pesca, donde interviene el acecho, la sagacidad y el engaño (*dolos*). Y también, por supuesto, al arte sofístico⁹. El «prestigio del zorro» es fundamentalmente el prestigio del éxito estratégico (García Gual, 1970), de la estricta racionalidad

⁹ Platón en la *República* (II, 365c), discutiendo sobre la justicia, describe así la posición del sofista: «He de trazar a mi derredor una fachada exterior que forje una ilusión de virtud, y arrastrar tras de mí al astuto y sutil zorro del sapientísimo Arquíloco»; en 423e opone a ello «la única “cosa grande”»: esto es, la educación (1988: 116 y 207).

medios-fines (aquello que Aristóteles llamaba *deinotes* o habilidad práctica y Kant *Geschicklichkeit*). Aunque también es verdad que no siempre la figura del zorro aparece asociada a tal «bondad» secamente «instrumental» o «técnica» (von Wright), a la pura eficacia pragmática. También actúa en ocasiones como un agente *moralmente* superior: victorioso en su prudencia o *phronesis* y no sólo en su sagacidad. Así nos lo presenta de hecho Aristóteles en la única fábula que cita a modo de ejemplo en la *Retórica*, donde aparecen precisamente un zorro y un erizo, correspondiendo en ella la sabiduría superior al primero: la regla práctica que se invoca es en este caso la de preferir el mal menor o no convertir lo mejor en enemigo de lo bueno¹⁰ (tan próxima, por otra parte, a la propia regla aristotélica de la «segunda navegación» en la búsqueda del justo medio)¹¹. Sin embargo, no es esta la clase de superioridad del zorro de la que Berlin va a pretender persuadirnos.

2. El zorro

No es cierto lo que Berlin dice sobre que su distinción entre zorros y erizos está formulada al margen de todo juicio de valor. Hay una clara preferencia por el zorro que excluye cualquier asomo de neutralidad por su parte y tras la cual se esconde una ostensible toma de partido por el tipo de racionalidad práctica que esta figura representa, cuya superioridad Berlin va a elevar a un plano general metodológico-filosófico. Es esta una racionalidad práctica fundamentalmente estratégica, como hemos visto, que se contrapone a lo que con Weber podemos llamar la «racionalidad con arreglo a valores» (*Wertrationalität*), que sería la encarnada en cambio por el erizo. Es este el verdadero dualismo filosófico que, proyectado sobre la distinción de Arquíloco, confiere su sentido profundo a la interpretación berliniana.

En efecto, Berlin es un teórico liberal que conocidamente propugna el pluralismo valorativo y el conflictualismo práctico, lo que le lleva a rechazar por principio todo género tanto de *monismo* como de *armonismo* en materia moral y política. Lo que él cataloga, en consecuencia, bajo la etiqueta de «erizo» es aquel tipo de pensador que pretende reducir la radical y multiforme pluralidad de la esfera práctica a

¹⁰ «Esopo, defendiendo en Samos a un demagogo, a quien se juzgaba de pena capital, dijo: una zorra que vadeaba un río fue arrastrada a un barranco y, como no podía salir, estaba mucho tiempo ahí y en apuro, y muchas garrapatas se habían adherido a su piel; un erizo que andaba por allí, cuando la vio le pregunto compadecido si quería que le arrancara las garrapatas, mas ella contestó que no y, como le preguntara por qué, dijo: «Porque éstas ya están cebadas de mí y sacan poca sangre, pero si me quitas éstas, vendrán otras, hambrientas, y me chuparán la sangre que me queda. Así, pues, dijo, ¡oh samios!, éste hombre ya no os hará más daño, porque es rico; si lo matáis, vendrán otros, pobres, que os gastarán el resto y os robarán» (*Retórica*, II, 20, 1393b24-1394a1, pp. 138-9).

¹¹ *Ética nicómáquea*, II, 1109b1.

cualesquiera esquemas de unidad o uniformidad. Estos unitaristas (*unitarians*) pueden serlo por diversa estirpe:¹²

a) Bien, de un lado, porque se trate de monistas metodológicos que creen aplicable a las ciencias sociales (es decir, las ciencias relativas a las prácticas humanas) el modelo de las ciencias naturales. Sería el caso de erizos como Comte o Marx, en su búsqueda de «leyes objetivas» que gobiernen la evolución de la historia, una idea tan importante para entender cabalmente las contradicciones de Tolstoi (Berlin, 1953: 16); aquí los zorros serían, en cambio, Vico, Herder y los hermenéuticos, con su énfasis en el carácter idiográfico o particularista de la historia y la cultura (y de su método propio de conocimiento: el *Verstehen*)¹³.

b) Bien, de otro lado, porque se trate de «filósofos» universalistas y racionalistas: los pensadores de la Ilustración (Hume, Locke, Voltaire, Rousseau) y, antes, del racionalismo escolástico del que nace la que llama «tradición central del pensamiento occidental» (la *philosophia perennis*). Una tradición en la que germinaría, como inevitable consecuencia de ese *uniformitarian despotism* según el cual «los verdaderos y únicos fines que todos los hombres persiguen en todas las épocas –en el arte, en el pensamiento, en la moral, en las costumbres –determinan las vidas de los Estados y los individuos de un mismo modo [...] y son intemporales y universales», una convicción igualmente equivocada: la «vieja creencia perenne en la posibilidad de alcanzar una armonía última» (Berlin, 2013: 47, 54, 17).

Esta idea, el monismo de los valores, es para Berlin simplemente una «falacia»: la falacia de que «es en principio posible descubrir un patrón armonioso en el cual todos los valores están reconciliados, y que es hacia este objetivo único a lo que debemos tender; que podemos sacar a la luz algún principio central unitario que dé forma a esta visión, un principio que, una vez hallado, gobernará nuestras vidas» (1969: iv). La práctica humana (política, moral, cultural) no se deja reconducir a semejante unidad perfectamente ordenada y concorde en la cual «todos los valores positivos en que los hombres han creído tienen que ser, en último término, compatibles y tal vez incluso implicarse entre sí» (Berlin, 1969: 167). Por el contrario: el conflicto, la incompatibilidad y la elección dramática entre valores presiden todas y cada una de las manifestaciones de la praxis humana¹⁴.

¹² Sigo aquí a LUKES (2006, 108 y ss.).

¹³ BERLIN, 2013: 29 y ss., 54 y ss., 226, *passim*.

¹⁴ «La noción de un todo perfecto, la solución definitiva, en la que todas las cosas buenas coexisten, me parece ser no meramente inalcanzable –esto es una perogrullada– sino conceptualmente incoherente; no sé lo que se está mentando con una armonía de este tipo. Algunos de entre los Supremos Bienes no pueden convivir juntos. Eso es una verdad conceptual. Estamos condenados a elegir, y cada elección puede entrañar una pérdida irreparable» (BERLIN, 2013: 14).

El pluralismo de los valores defendido por Berlin está, pues, más próximo a una posición de carácter conflictualista, que acentúa la incompatibilidad, incomparabilidad o incluso inconmensurabilidad entre las diversas tablas de valores existentes (cfr. Berlin-Williams, 1994), que a una posición relativista conducente a disolver por completo su objetividad. En tal sentido, los pensadores que recurrentemente invoca como exponentes de ésta –Hamann, Maquiavelo, Mill– son filósofos críticos del racionalismo monista de raíz ilustrada pero no escépticos. Tampoco Berlin es afín en absoluto a un pensamiento «post-nietzscheano» o «posmoderno» (al estilo de Feyerabend, Rorty, Geertz o Lyotard). Por el contrario, rechaza expresamente el relativismo y el subjetivismo de los valores (Berlin, 2000: 11 y ss.; 2002a: 152 y ss.). En lo que incide es en el carácter «dilemático», «trágico» o, diríamos, «dialéctico» (si el adjetivo no estuviera cargado él mismo –para Berlin– de una pesada significación monista) de las «elecciones que afrontamos entre fines igualmente últimos y pretensiones igualmente absolutas, la realización de algunas de las cuales tiene que envolver inevitablemente el sacrificio de otras», pues «los fines de los hombres son múltiples, y no todos ellos son compatibles en principio unos con otros», lo que supone que «la posibilidad del conflicto –y de la tragedia– nunca puede ser completamente eliminada de la vida humana, tanto personal como social» (Berlin, 1969: 168 y ss.). Esa sería la sabiduría profunda del zorro.

La toma de partido berliniana por el zorro no deja de ser, pues, racionalista. Sólo que apuesta por una versión que podemos llamar «débil» o «fragmentaria» de la razón práctica. Es esta una racionalidad confinada a la topografía o fenomenología del conflicto práctico, tal como internamente aparece a sus participantes: es decir, como una pluralidad de estrategias enfrentadas entre sí; en otras palabras, lo que los antiguos escépticos llamaban *diaphonia ton doxon*, la disonancia o divergencia de las opiniones. En este cuadro todas las elecciones prácticas son estratégicas, no valorativas. De ahí el simbolismo de la figura del zorro, que fabrica sus artimañas a la medida de cada situación concreta. Las estrategias del zorro son siempre múltiples (las «muchas cosas» que él sabe) porque sencillamente el conflicto es él mismo ineludible, se reproduce de modo incesante en la vida práctica de los hombres, es constitutivo de ésta («aquello que nos hace humanos») (Berlin, 1969: 167, 171). «Lo que es indudable es que los valores pueden chocar... Estas colisiones del valor son la esencia de lo que ellos son y de lo que nosotros somos» (2013: 14). El zorro se limita, pues, a constatar, esquivar o aprovechar en beneficio propio el conflicto de los valores. Éstos no son más que la cara interna (si no la máscara) de las estrategias en esa su permanente competición. No hay *un* valor o sistema de valores *total*, superador, un valor último que convierta en instrumentales a todos los demás. A lo sumo hay estrategias «victoriosas» en nombre de los valores, pero estrategias al fin; no implican una victoria *del valor* sino de éstas. Y en esa medida suponen más bien

«pérdida» (absoluta o relativa) del valor: es decir, composición, negociación, ajuste disarmónico y/o trágico entre los valores en juego. Ningún valor se convierte en superior por sí mismo. La moraleja es que no hay moraleja.

Pero este planteamiento esencialmente conflictualista que Berlin eleva a la categoría de método para el conjunto de la filosofía práctica bajo el lema de «pluralismo de los valores» tiene aún otra implicación importante. Desde su perspectiva el método del pensador-erizo –el monismo– queda reducido él mismo al plano estratégico: no es sino una artimaña más, entre las diversas disponibles, para gestionar el conflicto e igual de inevitable que éste. Ahora bien –y aquí viene el elemento de persuasión– para Berlin es una estrategia especialmente peligrosa. No sólo la superioridad de la «gran idea única» del erizo es aparente y su método conceptualmente falaz: además tiene consecuencias prácticas indeseables. Los erizos son «grandes genios y muy importantes pensadores», pero la traducción de sus «grandes ideas» en la práctica puede volverse sencillamente nefasta:

«Ningún poeta más grande que Dante, ningún filósofo más importante que Platón, ningún novelista más profundo que Dostoiévski; ahora bien, me parecen por supuesto haber sido erizos y aunque creo que fueron unitaristas fanáticos (*fanatical unitarians*) –y que esto puede conducir a consecuencias desastrosas en la vida social, personal y política– tal vez este sea el precio que haya que pagar por formas del genio que pueden ser más profundas que cualesquiera otras»¹⁵.

Precaverse de las «grandes ideas»: este sería el mensaje de fondo de Berlin, su «gran idea», que según algunos le convertiría a él mismo en erizo¹⁶. En realidad, es más ajustado ver aquí un corolario de su tesis conflictualista y fragmentarista de la razón práctica. Dado que la batalla ideológica y axiológica intrínseca a la praxis humana sólo puede librarse desde alguna de sus partes o fragmentos internos, no desde el todo, dado que no hay máxima o valor alguno que permita conmensurar armoniosamente «desde arriba» el conjunto de esas plurales partes en su enfrentamiento recíproco, dado que no hay una razón práctica (valorativa o moral) *superior* a la razón estratégica, el único peligro realmente serio a conjurar es el encarnado por quien crea estar en posesión de tal superioridad y se muestre dispuesto a llevarla estratégicamente a la práctica. Es decir: el fundamentalismo y el fanatismo. Pues la creencia en algún valor único y último –el monismo-armonismo– es «más que ninguna otra, la creencia responsable del sacrificio de los individuos en el altar de los grandes ideales

¹⁵ BERLIN, Carta a H. P. Simon de 1971 (2013: 93, *Appendix*).

¹⁶ «Él tuvo, sin embargo, una gran idea propia –su propio erizo personal– y ésta (de manera también apropiada) era paradójica: cuidarse de las grandes ideas, especialmente cuando caen en manos de los líderes políticos» (TALBOTT, 2004: xiii).

históricos: la justicia o el progreso o la felicidad de las generaciones futuras, o la sagrada misión o emancipación de una nación o raza o clase, o incluso la libertad misma, que demanda la inmolación de los individuos por la libertad de la sociedad» (Berlin, 1969: 167). La crítica de la exacerbación fanática, de la ceguera emanada de la inmensa luz de los valores morales y políticos, sería el mensaje pragmático último que encierra la sabiduría pluralista-práctica del zorro. Un mensaje cuya superioridad sería, sin embargo, finalmente *moral*...

3. El erizo

También Dworkin hace de la imagen del erizo un lema metódico para la filosofía práctica llevándola al título de su libro más ambicioso, un extraordinario trabajo de síntesis y madurez que corona toda su obra. El libro de Dworkin no anuncia *una* versión filosófica de la idea de justicia sino que reivindica la única perspectiva metodológica desde la cual tal idea podría tener sentido pensada como un *valor*. Esta es, en efecto, la «gran cosa» que el erizo sabría, y sólo él:

«Este libro defiende una vieja tesis filosófica de envergadura: la unidad del valor. El zorro sabe muchas cosas, pero el erizo sabe una gran cosa. El valor es una gran cosa. La verdad acerca de vivir bien y ser bueno y acerca de lo bello no sólo es coherente sino que está mutuamente interconectada: lo que creemos acerca de cualquiera de estas cosas ha de poder confrontar, en último término, cualquier argumento que estemos convencidos en relación con las demás»¹⁷.

La tesis del «holismo del valor» es una tesis filosófica «vieja y de envergadura» que hoy, sin embargo, resulta impopular y desacreditada como ingenua o vana «charlatanería», incluso «peligrosa» (como Berlin advierte). Desacreditada por los filósofos-zorros, claro, que «han llevado la voz cantante», nos dice Dworkin, en la filosofía práctica de las últimas décadas, «especialmente en la tradición angloamericana», negando de distintas maneras la objetividad y la independencia del valor y, por supuesto, su unidad. Tendencia que también en el campo al parecer fragmentado y particular de la filosofía del Derecho han replicado los partidarios del positivismo jurídico, convertidos también en zorros parapetados en apariencia tras el pluralismo pero frecuentemente, en realidad, tras el escepticismo y el relativismo axiológicos. Tan sólo una teoría que permita (re)integrar el Derecho con la ética y la moral (incluida aquí la política) permitirá recuperar para este ámbito la tesis de la unidad del valor. Y con ello restaurará simultáneamente el valor mismo. Pues no se trata sólo de una tesis «filosófica» sobre una idea «filosófica» –digamos, en el plano del método– sino una tesis ella misma práctica. El valor es fundamento único de la filosofía prác-

¹⁷ DWORKIN (2011: 1).

tica sólo porque lo es también de la entera vida práctica (incluso del conocimiento y la ciencia en tanto tienen que ver con el valor de la verdad). La idea de la integridad holista de los valores es un «credo» que «propone un modo de vida», un «vivir bien» que involucra «creencia» y «convicción», una fe: «la fe del erizo en que todos los valores verdaderos forman una red interconectada» (Dworkin, 2011: 1; cfr. 120-1, 419).

De este modo, análogamente a la idea platónica del Bien (pero también al aristotélico *eu zen* o vivir bien), la integración propuesta por Dworkin aúna en sí todos los valores: lo bueno, lo correcto, lo bello y lo verdadero. Aunque a primera vista pudiera parecer un dominio restringido, relativamente autonomizado y neutral, dada su especial configuración técnico-institucional, el Derecho ya no puede verse como tal bajo la irradiación del valor. En cuanto espacio de intersección de la ética y de la moral (y también del conocimiento científico), vuelve a reaparecer sometido al imperio de la *justicia* como idea suprema. Una idea eminentemente práctica, de fundamento ético-político, que compromete la responsabilidad no sólo de los artífices del Derecho sino también de todos y cada uno de nosotros en cuanto individuos y en cuanto ciudadanos. El certificado de defunción del iuspositivismo –pero también del iusnaturalismo, por cuanto comparte una similar visión fragmentaria o «dual» del Derecho– queda debidamente extendido si la filosofía del Derecho sólo resulta posible como una «rama» de la filosofía ética y moral, así como el Derecho mismo y su práctica constituye una arborescencia de la moralidad política (Dworkin, 2011: 400 y ss.).

El poderoso y elegante planteamiento dworkiniano puede ser discutido, y lo ha sido profusamente, en muchos puntos y desde muchos ángulos. Lo que aquí pretendo no es cuestionar su tesis filosófica de fondo ni ninguna de las complejas y diversas argumentaciones en que se despliega. Me interesa tan sólo sacar a la luz el estatus metodológico de esa tesis filosófica en cuanto tal y la estructura de su formulación frente a las tesis rivales. Bajo esa «elegancia de erizo» que exhibe (por seguir con referencias literarias populares) cabe detectar bastantes más artimañas filosóficas «zorrunas» de lo que el uso de la metáfora permite aparentar. Así como vimos que el zorro Berlin concluía sus reflexiones con cierta sabiduría «moral» erinácea, comprobaremos ahora que el erizo Dworkin no renuncia en absoluto a recurrir a estrategias vulpinas cuando se trata de mostrarse superior. Al menos si hablamos del uso de «trampas» filosóficas, no está en absoluto claro que el erizo suponga un contramodelo respecto al zorro.

Hemos de retomar, pues, para captar adecuadamente la fuerza simbólica del erizo, aquel sentido del fragmento de Arquíloco que Berlin sólo insinuaba pero que está, sin embargo, en el centro de su origen como proverbio (y también en el fondo de la propia lectura berliniana del *dictum*). El zorro representa la pluralidad y polivalencia estratégica, la capacidad para desplegar múltiples artimañas

orientadas al triunfo pragmático. Pero no está solo en esto. También la *unicidad* asociada al erizo posee un significado primariamente instrumental-pragmático: la «única gran cosa» que éste sabe es precisamente una artimaña o «truco» que se muestra *estratégicamente* superior a todos los del zorro. El proverbio viene a significar entonces que el inteligente y taimado zorro ha encontrado quien le supere en su propio terreno, demostrando inferiores sus muchas habilidades. «El zorro conoce muchos ardides; el erizo, sólo uno pero más eficaz». Como vimos, era justamente tal tipo de eficacia contra lo que nos prevenía Berlin.¹⁸

El erizo, de hecho, se vinculaba en la tradición fabulística griega a la *techne*. Su forma de defenderse formando una bola de púas era vista como un arte técnico comparable a las maniobras sagaces del zorro o las envoltentes del pulpo (Détienne/Vernant, 1988: 51 y ss.). El poema-proverbio de Arquíloco reflejaría, ya en su origen, una batalla de estrategias en la que el erizo llevaba las de ganar. Así, se discute por los filólogos si el verso está escrito en primera persona: el autor, que era un poeta-soldado, estaría refiriéndose a sus propias máximas pragmáticas de vida orientadas a la supervivencia personal, declarando su férrea adhesión, por ejemplo, a un principio tan mecánico e instrumental como el de la venganza¹⁹. Incluso recientemente ha sido interpretado en el contexto estratégico de la conquista amorosa: el resistente erizo sería una mujer (el término *ekhinós* tiene connotaciones sexuales) que para el zorro-Arquíloco, pese a todas sus argucias, resulta inconquistable (Correa, 2001: 91). Hay cierto consenso, por otra parte, en que el fragmento fue copiado del *Margites*²⁰, un antiguo poema satírico donde se criticaba la épica homérica y cuyo personaje principal, que da título a la obra, se convirtió en personaje cómico tradicional ridiculizado precisamente por su carencia de un saber práctico único y cierto. Platón decía de Margites que «sabía muchas cosas, pero todas las sabía mal»²¹. El proverbio supone, así pues, una inversión de la valoración tradicional de la inteligencia múltiple y variable del zorro, de su *polymathía*, aquella cualidad que le había llevado a convertirse en modelo del éxito práctico (de la racionalidad medios-fines) y que ahora se ve derrotada (no por una racionalidad

¹⁸ En una carta a E. Wilson de 1951 decía: «Apuesto a que [el proverbio] no significa sino que si bien el zorro tiene muchos trucos [*tricks*], el erizo cuenta con uno que vale por todos ellos y que no puede ser derrotado» (cfr. *Appendix to the Second Edition*, p. 91). La versión, muy libre, de G. Davenport (1964: 64) remarca con claridad este elemento estratégico: «Fox knows / Eleventythree / Tricks and still / Gets caught: / Hedgehog knows / One but it / Always Works».

¹⁹ «Una sola cosa conozco, y es grande: a quien mal me hace responder con terribles males» (Fragmento 126).

²⁰ Cfr. RODRÍGUEZ ADRADOS (1981: 201). C. M. Bowra (1940) considera en cambio que Arquíloco es el autor de la fábula. Fundamento, prioridad, trascendental. vetigüas

²¹ *Alcibíades segundo*, 147b.

moral heroica o altruista sino) por otra argucia práctica o *metis* superior, la del erizo. La singularidad del verso de Arquíloco –y que sea aún motivo de disputa entre los intérpretes– estriba justamente en que la batalla entre «los más hábiles» (*panourgotaton*)²² se resuelve a favor del erizo.

Con ese mismo sentido pasó el proverbio a la tradición latina. En el s. XVI Erasmo de Rotterdam lo recoge en sus *Adagia* (1500)²³. La astucia del erizo estriba en la exclusiva táctica de la persistencia. El zorro imagina en cada ocasión, dice Erasmo, una nueva estratagema para librarse del acecho de los cazadores, pero aun así termina siendo capturado (*vulpes multijugis dolis se tuetur adversus venatores et tamen haud raro capitur*). El erizo, en cambio, asediado por éstos, utiliza un solo expediente que obtiene mayor eficacia que todos los del zorro juntos (*unica astutia plus efficere, quam alios diversis technis*). Se enroca formando una bola, con su pequeña cabeza y sus pequeños pies, para proteger su punto débil (el blando vientre) envolviéndolo completamente con una carcasa de espinas. Esto hace imposible cualquier ataque mortal: el cazador puede empujar, patear, hacer rodar esa hirsuta bola de pinchos cuanto quiera, pero no podrá morderla (*ut nulla ex parte morsu, preñdi queat*) salvo a costa de dolorosísimas e inútiles heridas. Tendrá que resignarse a abandonar finalmente al erizo, el cual alejado el peligro simplemente se desenrollará y reanudará su lento caminar como si nada. También cita Erasmo la fábula del zorro y el gato (hecha famosa posteriormente por La Fontaine), cuya moraleja es que resulta más ventajoso tener un solo consejo verdadero y eficaz que muchos engaños y consejos fútiles (*modo id sit verum et efficax, quam plures dolos consiliaque frivola*)²⁴. No sólo la multiplicidad de estrategias dista de ser siempre buena, sino que en el momento decisivo una estrategia única es mejor.

Volvamos a Dworkin. La adopción para sí del *motto* del erizo es en su caso, aparte de metafóricamente pregnante, sin duda muy exacta. Se trata desde luego de un filósofo persistente y resistente que se ha caracterizado por repetir con tenacidad una y la misma estrategia. Así al menos puede ser juzgada su batalla de varias décadas contra el positivismo jurídico, cuyos representantes, también sin duda, son filósofos-zorros (Hart y sus continuadores). Si éstos son rápidos y merodeadores, y describen infinitos círculos «girando

²² Así los llama Ion de Chíos citando el texto de Arquíloco (CORREA, 2001: 81-2).

²³ Cfr. ERASMO DE ROTTERDAM, *Adagia*, §418 (2013: 448 y ss.).

²⁴ En esa fábula (LA FONTAINE, Lib. I, 2), la zorra le dice al gato: «Pretendes ser muy sagaz, y no sabes tanto como yo. Tengo un saco lleno de estratagemas y ardidés». Respuesta: «Pues yo no llevo en mis alforjas más que una; pero vale por mil». Cuando llega la jauría, el gato se encarama rápidamente al árbol más cercano («Busca en tu saco, busca en tus astutas mientes una salida segura; yo ya la tengo»), mientras el zorro da mil vueltas para acabar finalmente despedazado por los perros. Moraleja: mejor disponer de un solo recurso si es bueno.

sobre su cola» para amagar y ver por dónde atacar, toda la respuesta del erizo ha consistido en el «cierre» coriáceo de su carcasa de espinas. Aparentemente lento y torpe, el monocromático erizo (que no capta colores sino mejor siluetas y figuras) raramente muerde y no basa su respuesta en la agresividad de las dentelladas (que tampoco descarta) sino en repetir, monocorde, su gran estrategia defensiva, su argumento básico: una misma idea central constantemente reiterada. Como Kelsen, Dworkin ha escrito todas las veces el mismo libro: su monotema no es reiterar el holismo monista del *deber-ser* normativo del Derecho sino el de su *valor*. Esta manera de proceder, por supuesto, no deja de exasperar a menudo a sus críticos (basta ver lo visceral de algunas reacciones). Pero finalmente termina derrotándolos volviendo contra ellos sus propias maniobras de ataque, que devienen inservibles. El erizo unge las púas con su propia orina y, si el fétido aroma de ésta (léase: el halo del valor) no ha espantado antes al atacante (lo que no es infrecuente en el caso de Dworkin), cualquier tentativa de hacer mella en él estará condenada en el mejor de los casos a ser inidónea y, en el peor, autodestructiva: quien, como la serpiente, pretenda envolver al erizo para asfixiarlo encontrará la muerte. Incluso si finalmente llega a ser atrapado, el erizo triunfa. La espuma de su orina debilita las púas hasta el borde del desprendimiento y éstas pierden entonces toda utilidad (los cazadores humanos buscan servirse de ellas como cepillo para cardar lana), de tal modo que incluso después de muerto puede sonreír el erizo demostrando el «gran pequeño bastardo» (Gould, 2011: 4) que esta criatura puede llegar a ser²⁵. Esta postrera victoria del erizo nos la narra también Erasmo indirectamente (remite a Plinio y otras fuentes antiguas), pero estimándola «estrictamente atinente al significado del proverbio». Y en efecto, en cierto modo la imagen puede muy bien servir para metaforizar el paisaje después de la batalla filosófica entre Dworkin y el positivismo jurídico. La estrategia de Dworkin ha resultado póstumamente exitosa en la medida en que la reflexión sobre el Derecho ha tenido que reformar su perspectiva y su agenda como consecuencia de la posición de centralidad en que aquél colocó el problema metodológico del valor: el problema de su unidad, su objetividad y la naturaleza de los *desacuerdos* que genera²⁶. En este sentido, la filosofía jurídica posterior a Dworkin ha tenido que hacerse dworkiniana *volens nolens*. Parfraseando lo que Marx dijo de Hegel, Dworkin no es «erizo muerto». Ahora bien: para calibrar en sus justos términos esa victoria del erizo tenemos que describir adecuadamente cuál es la estrategia en cuestión, qué es lo que la vuelve infalible e impenetrable. Ya es hora de que vayamos a ello.

²⁵ La conducta de ungimiento del erizo sigue siendo un misterio para los investigadores, discutiéndose si obedece a fines adaptativos defensivos o reproductivos.

²⁶ Cfr., p. ej., LEITER (2001), (2003); DICKSON (2001); WALDRON (2013).

4. La artimaña

El filósofo-zorro (el auténtico, no el picoteador superficial que a veces pasa por tal) explota el prestigio –epistemológico, ontológico, moral– del pluralismo: multiplica el todo de lo real en sus infinitas partes, explora los varios métodos disponibles, marca las diferencias y discontinuidades, exhibe la proliferación de concepciones prácticas del mundo y la contradicción entre ellas... Hace todo ello adoptando múltiples estrategias: la crítica, el análisis, la negación, la división, la separación y hasta el desmembramiento, metodologías que producen inevitables efectos disgregadores y conducen a mostrar la fragmentación, la complejidad y el desorden, la dispersión, la multiplicidad, la irreductibilidad a un solo principio. El método del filósofo-erizo, en cambio, consiste en invocar la unidad, reconciliar la identidad por encima de las diferencias, apelar a la clausura y superación de las contradicciones. Es esta, sin duda, una metodología parasitaria o dependiente de la anterior: se trata de recomponer lo previamente fragmentado, de reducir a unidad lo que se ofrece disperso, de simplificar la complejidad, de ordenar lo caótico. Por supuesto, también el análisis presupone una síntesis previa, la pluralidad de partes una totalidad unitaria, la integridad una disgregación, etc. Ambos momentos van siempre unidos y son correlativos. En realidad constituyen, como ha explicado con maestría Gustavo Bueno, dos sentidos (*progressus* y *regressus*) de un mismo proceso o *continuum* racional²⁷. Y aquí reside de algún modo la clave –creo– para entender la especificidad del método filosófico dworkiniano. Ese doble movimiento tiene que ser continuo y al mismo tiempo partir de *algún* punto y detenerse en *algún* punto. Es tal momento último en que desembocan uno u otro movimiento el que permite calificar a ambas metodologías filosóficas en el sentido iluminado por nuestra metáfora. Pues bien, ese último momento metodológico (o primero, si es visto como «fundacional») llega en el caso de Dworkin bastante más lejos que una apelación ordinaria («monista») a la unidad o integridad. Lo que hace nuestro autor es dar un «paso atrás» para situarse en un plano reflexivo superior sobre el curso de estos dos métodos y mostrar que en *ambos* está presente de modo *necesario* la unidad o integridad en cuestión (en nuestro caso: la unidad e integridad del valor). Su estrategia envuelve así una «artimaña», una cierta «trampa» filosófica, que la revela efectivamente superior e invencible: ésta consiste en criticar y fundar el método filosófico *desde el método mismo*. Una artimaña que en absoluto es inédita en la historia de la filosofía. Está empleada ya por el primero y más eminente de los filósofos-erizo –Platón– y se repite en todos y cada uno de los episodios más decisivos o *fundacionales* de esa historia: aquellos en los que el método filosófico trata de autofun-

²⁷ Cfr. BUENO (1970), (1999).

damentarse partiendo de sus propias condiciones de posibilidad²⁸. Me refiero, naturalmente, a aquel recurso de fundamentación que desde Kant conocemos como «argumento trascendental».

Se ha dicho que las tesis de Dworkin sobre la unidad del valor son tautológicas o circulares. Algunos incluso afirman (temerariamente, en mi opinión) que son triviales. Lo cierto es que, desde el punto de vista del «método» de su fundamentación filosófica, descansan sobre una argumentación de carácter *trascendental*. Dworkin afirmó que «no podemos salir fuera de la moralidad para juzgarla desde algún tribunal arquimédico externo como tampoco podemos salir fuera de la razón misma para someterla a prueba desde arriba» (1996: 128). Pues bien, debió añadir: «salvo que ese autotest sea precisamente trascendental». Este es el fondo de la «gran única idea» dworkiniana que alienta tras su persistente vindicación metódica de la unidad o integridad. Una gran «artimaña» que, lejos de ser tautológica, involucra un tipo de circularidad que resulta por su propia naturaleza inatacable. Dworkin le extraerá rendimientos sumamente efectivos en el campo de la filosofía práctica, «envolviendo» a sus contrincantes y revirtiendo contra ellos sus propios argumentos. Los resultados, como vamos a ver, son letales.

El zorro Berlin afirmaba que el monismo valorativo encerraba simultáneamente una falacia conceptual (el armonismo) y un riesgo práctico (el fanatismo). Sólo una posición pluralista práctica y valorativa permitiría superar ambos problemas. La fragmentación de la razón práctica conduce a reconocer la inevitabilidad de la disarmonía y el conflicto trágico entre valores y al mismo tiempo salva la posibilidad de la crítica del dogmatismo. El erizo Dworkin replica que la falacia está en aceptar esta falsa oposición. La tesis de la unidad del valor no tiene por qué excluir el conflicto ni tampoco por qué incluir el dogmatismo (2006: 107 y ss.). En cambio, ese pluralismo sí que corre el riesgo autodestructivo de incurrir en una falacia insuperable –el irracionalismo valorativo– si la crítica deriva en hipercrítica escéptica y relativista. La crítica sólo es verdaderamente racional si recompone la unidad de la razón práctica a partir de su fragmentación. En este sentido Dworkin restaura la necesidad de la metodología de la *totalización crítica* que es consustancial al punto de vista filosófico-trascendental (Bueno, 1970: 98ss, 141 y ss.). Esta totalización que está a la base de la metodología de la unidad del valor tiene alcance trascendental porque afecta *también* a la tesis pluralista-conflictualista, a la posición que reivindica la fragmentación de la razón práctica, incluso al escepticismo que deduce de aquí la ausencia de objetividad o la relatividad del valor. Todo fragmento es en sí un todo completo – como magníficamente expresa la cita de Schlegel que encabeza estas

²⁸ Cfr. PEÑA (2011: 369 y ss.). Ese expediente de autofundamentación circular aparecería, antes de Kant, en la teoría de las ideas de Platón, en la doctrina de la *ousía* aristotélica, del *cogito* cartesiano, etc.

páginas—, un «fractal» en el que necesariamente se reproduce esa misma totalidad que trata de ser fragmentada o anulada, esto es: la unidad del valor. Toda perspectiva sobre el valor es *interna* al valor, aunque se piense a sí misma externa. Este es el argumento trascendental que Dworkin va a volver contra los argumentos del pluralismo valorativo.

Lo anterior comporta adoptar una concepción «robusta» —efectivamente «coriácea»— de la razón práctica. Una concepción que es de stirpe tan antigua como el proverbio mismo de Arquíloco y cuya esencia Aristóteles (quien la aprendió de Platón para legarla a la posteridad) expresó más o menos así: hay una sola forma de hacer el bien²⁹. Lo esencial de esta concepción es que en ella los valores (o virtudes) figuran como los verdaderos *fundamentos* de la razón práctica. Los valores son componentes trascendentales de la práctica misma: de los fines y las normas que la estructuran internamente. La escolástica medieval llamaba al *verum, bonum, pulchrum* precisamente *transcendentalia*, propiedades de lo real que se dan como necesarias en su relación con la razón, tanto en la acción como en el conocimiento, y siempre bajo la consideración de totalidad (*unum*). Valores supremos (la dignidad, la libertad, la igualdad) son también aquellos que fundamentan el *deber*, el imperativo categórico de la razón práctica de Kant que, en la época moderna, codifica formalmente lo correcto (en sustitución del antiguo *bonum*), y cuya materialidad tratará de recuperar después, ya no por la razón sino por la intuición, la *Wertphilosophie* y la «ética material de los valores» de Scheler. Sólo cuando la vieja *prudentia*, la razón práctica valorativa, quede relegada al ámbito estratégico de las relaciones medio-fin, de las consideraciones «utilitarias» y «consecuencialistas», los valores quedarán aparentemente segregados de la racionalidad práctica instrumental, fragmentándose ésta en mil dominios y multiplicándose en mil conflictos, lo que inevitablemente aboca al pluralismo y al conflictualismo valorativos. Este es el terreno en que el zorro se agazapa y se hace fuerte presto al ataque. La réplica del erizo, enrocándose en su «coraza trascendental» será, sin embargo, contundente e invulnerable.

Los valores son *también* el fundamento de la racionalidad instrumental: ésta no es —no *puede* ser— independiente del valor. El valor no se reduce a la condición de simple faceta o disfraz de la racionalidad estratégica. Más bien las estrategias existen *porque* existen los valores. La supuesta segregabilidad de éstos es una apariencia. Toda «opción» práctica —todo fin y toda norma— supone la elección entre valores (y contravalores). Estos están antes y después de cualquier decisión. La racionalidad en términos de valores «envuelve» por completo a la racionalidad teleológica y deontológica. La razón práctica

²⁹ «Los hombres sólo son buenos de una manera, malos de muchas» (*Ética nicomáquea*, II, 1106b35).

consiste en articular y componer, a través de la acción, fines y reglas en función de parámetros valorativos. Los valores no son externos a la práctica sino internos y constitutivos de ésta. Negar esto, como de diversas maneras hace el zorro, conduce a autocontradicción pragmática por cuanto supone la negación de la propia razón práctica y con ello de *cualquier* versión suya (incluida la estratégica o instrumental) y de *cualquier* tesis formulada desde o sobre ella. Así:

A. El *pluralista* cree que la fragmentación y multiplicación («empírica») de los valores (de las infinitas modulaciones que implica su distribución en el dominio de la praxis humana) imposibilita por completo cualquier «método» práctico de recomposición de su unidad. Sólo restaría la negociación y la transacción ante el conflicto entre los mismos, la tolerancia de la convivencia inevitable entre desacuerdos igualmente «legítimos» racionalmente irreprochables (*faultless*) o la adopción de estrategias prudenciales para lograr o evitar la imposición práctica absolutista de cualquiera de ellos, como sostenía Berlin. De ahí el *caveat* de éste contra los filósofos-erizo de un solo libro (*hominem unius libri timeo*), de una sola idea o un solo valor. Sin embargo, este punto de vista cree incompatibles dos cosas que en realidad no lo son: la pluralidad en la *determinación* de los contenidos de los valores –pluralidad que depende en efecto de su distribución en agentes, planes, fines, etc.– y la unidad entre los valores mismos o clases de valores (su composibilidad objetiva) que hace racionalmente concebible tal pluralidad. Si el compromiso entre valores diversos e irreductibles es la única alternativa «estratégica», si ésta es «trágica» al suponer necesariamente «sacrificio», «pérdida» o «daño», entonces sigue usándose un vocabulario valorativo y no estratégico: sigue calificándose la razón instrumental desde la axiológica y no a la inversa. Incluso si existieran límites internos de la razón práctica («fracasos» de ésta, casos «trágicos» de imposible conmensuración) sería *racional* reconocerlos: un conocimiento *negativo* (la conciencia de que hay límites, como se ve en la *docta ignorantia* o el *noúmeno* kantiano) no equivale a la negación del conocimiento. En rigor, la idea de que puedan darse desacuerdos «profundos» o «últimos» («todas las cosas consideradas») que sean entre sí igualmente «legítimos», además de comportar una calificación axiológica, valorativa, presupone una metodología «unitarista» o totalizadora de la razón práctica. Lo único que hace en realidad es mostrar de qué modo esta unidad o totalización *deja de satisfacer* unos u otros valores. Como tales desacuerdos «radicales» o «absolutos» –que comprometerían la idea misma de una «razón práctica» axiológicamente orientada– quedan, pues, desactivados. A lo que se apunta no es a su naturaleza irracional sino a la lógica esencialmente conflictiva de su racionalidad. Así, los proverbiales epítetos que hemos visto predicarse del zorro («artero», «sinuoso», «escurridizo», «engañoso», «doble»...) sólo metaforizan que su inteligencia práctica, la eficacia

de su racionalidad instrumental, supone sacrificio puntual de valores morales, asumiéndolos *holistamente* como tales en esa misma clave moral: implica una toma de partido acerca de qué concretos valores sacrifica y en qué medida y a cambio de qué *otros*. Por eso, en realidad, el zorro Berlin nos hablaba sobre la pluralidad conflictiva de los valores argumentando finalmente desde *un* valor de cuya objetividad y preeminencia última no dudaba (Berlin, 2002b). Llegaba así como resultado a aquello que su pluralismo metódico comenzaba por cuestionar.

B. El *escéptico*, en cambio, dogmatiza menos la pluralidad de los valores que su discordancia y contradicción. En su juego práctico, éstos entran necesariamente en conflicto: valores distintos compiten respecto de un mismo sujeto u ocasión (dilemas, casos trágicos...) y los mismos valores compiten respecto de situaciones y sujetos distintos (antinomias, paranomias, conflictos entre principios...). Cabe evocar aquí otra famosa parábola filosófica con erizos: la que usó Schopenhauer –quien tenía mucho de viejo zorro– para simbolizar con tintes pesimistas la imposible armonización de la convivencia humana. En ella los erizos, buscando el calor mutuo, se apiñan entre sí pero con ello no consiguen más que pincharse unos a otros constantemente teniendo que alejarse de nuevo³⁰. La incompatibilidad exhibida por los valores lleva al escéptico a negarles toda independencia y objetividad. Quedan convertidos así en idénticos a las apreciaciones o preferencias de los individuos (subjetivismo), en una nebulosa semimítica o ideológica reconducible a causas sociales (convencionalismo) o biológico-evolutivas (naturalismo): en cualquier caso una apariencia no veraz sino falaz, porque no existiría criterio alguno de objetividad por encima del hecho de ese conflicto permanente entre valores y contravalores –en un plano, de nuevo, «estratégico»–, una vez desechado por metafísico el postulado dogmático de la existencia de «hechos morales» objetivos e independientes del sujeto. La respuesta a ello es que la objetividad del valor es una condición de posibilidad de la propia razón práctica (incluida su dimensión estratégica). Los valores son componentes internos *funcionales* de la racionalidad práctica. Se producen y reproducen como contenidos objetivos en la *continuidad* misma de las prácticas humanas. Su entidad objetiva no es «sustancial», como si fueran «cosas» u objetos metafísicos, sino trascendental: la idealidad de los valores (su pertenencia al «mundo 3» y su carácter *a priori*) no es independiente de la recurrencia práctica (*a posteriori*) de ciertos cursos de acción, fines, reglas, etc. frente a otros alternativos. En general, hablar de valores es precisamente abordar lo real *desde* las prácticas humanas, como producto o constructo suyo que porta ciertos *bienes* objetivados (cosa que ya habían dicho el Kant de la

³⁰ SCHOPENHAUER, A., *Parerga y Paralipómena II*, XXXIII, § 396 [2014: 665].

primera *Crítica* y el Marx de las *Tesis sobre Feuerbach*). El sujeto que forma el «argumento» de esas relaciones funcionales constantes que son los valores no es un individuo psicológico ni social ni natural sino un ego práctico trascendental en el que ya han sido «totalizados» los otros: como *personas* (si hablamos de valores éticos y morales) o como sujetos cognoscentes (si hablamos de valores epistémicos). De este modo los valores son producidos por los sujetos y al mismo tiempo son bienes objetivos que los constituyen como tales y los trascienden a lo largo del curso racional inmanente de sus prácticas morales y cognitivas. Lo que Dworkin llama «realismo interno» consiste precisamente en sacar a la luz la pretensión de objetividad o corrección que es característica de lo que llama la «visión ordinaria» (*ordinary view*), es decir, el punto de vista interno de las prácticas humanas (Dworkin, 2011: 7 y ss., 23 y ss., 53 y ss.). Es este un argumento trascendental que replica estrictamente la remisión aristotélica al *phrónimos* como fundamento de la prudencia o la remisión kantiana al *faktum* de la razón práctica o «voluntad buena» como fundamento del imperativo. El punto de vista interno tiene primacía lógica no sólo empírica sino también trascendentalmente (pues es donde converge toda evidencia o falta de ella). No es posible fundamentar «desde fuera» la objetividad de la moral, sino sólo desde el interior de la práctica moral en la que las convicciones y creencias se muestran con un «valor facial» (*face value*) propio (Dworkin, 1996: 92, *passim*). La pretensión objetivista de éste posee «la última palabra», pero no *dogmáticamente* (apelando a valores últimos «verdaderos») sino a un tipo de verdad cuya validez general presupone precisamente la metodología de la crítica basada en el mejor argumento (Nagel, 2000: 115-137). El ejercicio continuo de esa crítica es lo que llamamos «razón práctica» (que es la razón sin más). Las contradicciones internas en que los valores se muestran bajo la perspectiva de la racionalidad instrumental (no sólo su conflicto, sino también su falibilidad: la *akrasia*, el error, etc.) se demuestran aparentes bajo la perspectiva *evaluativa* de la racionalidad que preside aquel método crítico. De modo que tampoco el escepticismo que de cualquier modo pretenda socavar el objetivismo moral puede ser «externo». Esta es necesariamente una pretensión interna a la práctica moral, que debe formularse en sus mismos términos objetivos y, por tanto, resulta inconsistente.

C. El *relativista*, combinando elementos del pluralismo y del escepticismo, termina impugnando la comparabilidad o conmensurabilidad entre los valores. Del mismo modo que los erizos de Schopenhauer, que tras andar «de acá para allá» pinchándose mutuamente encontraron una «distancia mediana en la que pudieran resistir mejor», los sistemas de valores serían mónadas independientes condenadas a mantenerse incomunicadas entre sí. Sólo cabría la ironía del «pragmatismo crítico» (Rorty) que constata este hecho y busca esa «distancia intermedia» apropiada entre lealtades y tradiciones. Pero este pragma-

tismo en lugar de crítico es hipercrítico y, como suele decirse, viene a «arrojar el bebé con el agua sucia»: resulta de nuevo deletéreo de los presupuestos de la razón práctica y, con ello, autofrustrante. Pues la racionalidad en términos de valores no admite semejante distribución inconexa de dogmatismos locales incomunicados entre sí, no puede quedar replegada al interior de cada sistema moral (como tampoco de cada individuo). Las fricciones y conflictos entre sistemas de valores plurales y diversos no destruyen su conmensurabilidad sino que, por el contrario, la exigen. Más aún: ésta es necesaria precisamente porque son los valores los que dirigen la prosecución de nuestras prácticas, las cuales precisan acompañarse siempre de justificaciones racionales de carácter holista y universalista (también para la obtención de cualquier consenso pragmático local). El supuesto punto de vista externo –«irónico» o «arquimédico»– que supone la equivalencia o *isostheneia* de todos los valores no es tal (a lo sumo forma parte él mismo de una tabla de valores interna a un sistema dado). Si todos los valores estuvieran desconectados de todos no habría posibilidad de conflicto entre ellos. Pero la razón práctica es «esencialmente controversial». Presupone justamente la incompatibilidad constante entre los distintos valores –entre los proyectos y cursos de acción que éstos justifican–, y consiste en su *interpretación*. Esta interpretación (que no es sino el término con que la llamada filosofía hermenéutica alemana rebautizó la vieja prudencia aristotélica, es decir: la razón práctica fundada sobre el valor) procede desde *concepciones* divergentes de las mismas prácticas que tienen que ser traducidas unas en términos de otras y quedan comprometidas con una metodología de tipo objetivista en relación con los valores, es decir, una metodología basada en la idea de corrección o *verdad* respecto a cuál de ellas ofrece la *mejor* reconstrucción de esas prácticas. De modo que la diversidad y el conflicto entre concepciones y esferas del valor no interrumpen ni paralizan (como cree el relativista) el curso continuo de la racionalidad práctica. Muy al contrario, son su motor. La razón práctica *aflora* en el conflicto práctico, alrededor de las divergencias y anomalías generadas por la confluencia de valores heterogéneos, y su designio es tratar de reducirlas a unidad y coherencia mostrando que esos valores siguen siendo pese a todo *unos y los mismos*. Es decir: valores respecto de los que cabe argumentar en términos *objetivos* y *universales*, por más que no sean lógicamente *conexos* (pues generan particiones) y se nos ofrezcan siempre *prima facie* vinculados contingente y disarmonicamente a contextos prácticos particulares. Que sea una cultura particular la que predica valores universalistas no implica que éstos también sean particulares. La confusión de ambos planos (el pre-interpretativo o empírico y el propiamente interpretativo o *justificativo*) es el error cometido por el relativista. Este error, como ya mostró Aristóteles en su refutación de las antilogías sofísticas³¹, comporta sen-

³¹ *Metafísica*, IV, 1005b35-1011b23, 1061b34-1063b34.

cillamente violar el principio de no contradicción: que dos predicaciones opuestas (incluyendo aquí los juicios de valor) no puedan ser a la vez verdaderas significa que *necesariamente* en el universo de discurso relevante tiene que haber enunciados verdaderos y enunciados falsos. No todos los juicios prácticos pueden tener el mismo valor en cuanto a su verdad o corrección, ni por supuesto pueden ser todos falsos (MacKie). Pero la autocontradicción que entraña negar esto, además de *lógico*, tiene un evidente e inevitable alcance *pragmático* (lo que no es poco problema para teorías escépticas que hacen suyo este nombre) cuando se comprende que la razón práctica no sólo es constatación del conflicto, sino también empeño constante de resolución o desbloqueo del mismo por cuanto es la razón que *dirige* efectivamente la acción. El silogismo práctico, decía Aristóteles, tiene por conclusión un curso de acción: partiendo de un conflicto, busca además darle salida. La racionalidad valorativa arranca de la estratégica, donde se manifiesta en forma controversial, pero también vuelve a ella para desbloquear y recomponer su curso. La acción, la práctica, es así, en su fluir continuo, el terreno común en que convergen las diferentes concepciones del valor, proyectando sobre él sus distintos *principia media* y sus concretas propuestas normativas y fórmulas instrumentales. Es aquí donde se producen los juicios comparativos de valor, los balances y ponderaciones, las «ganancias» y «pérdidas» de valor, la «segunda navegación», las soluciones racionales por «solapamiento de consensos», la «razonabilidad» y «proporcionalidad», los «equilibrios reflexivos» y los «acuerdos incompletamente teorizados». La «contestabilidad» de la razón práctica no mina su determinación, la posibilidad de que posean un significado objetivo, sino que, al contrario, marca el método para la atribución de juicios de valor en que consiste (Waldron, 1994: 527 y ss.). Las visiones rivales no solamente se excluyen entre sí: también se dan apoyo mutuo en la medida en que no puede existir absoluta intraducibilidad racional entre ellas (*contraria sunt circa eadem*). Hasta los pesimistas y decepcionados erizos de Schopenhauer llegaron a ello («la necesidad de calentarse mutuamente no se satisface por completo, pero a cambio no se siente el pinchazo de las púas»). La inevitabilidad de *actuar* en unas direcciones mejores que otras y, por tanto, de hacerlo *justificadamente* sería el definitivo «argumento ontológico» (aquello que Wittgenstein llamaba la «roca dura» latente bajo toda regla práctica³²) contra cualquier género de relativismo práctico: *eppur si muove*. La imposición victoriosa de unos u otros valores se dirime finalmente en ese mismo terreno en el que el relativista «pragmático» o «crítico» pretende instalarse, pero lo hace en términos de *legitimación* o *validez*, tornando así autodestructiva su pretensión («metaética») de suspender el juicio al respecto sobre la base de un supuesto carácter incomparable o incommensurable de los valores.

³² *Investigaciones filosóficas*, § 217.

D. Por último, el *dogmático* se sitúa en el polo opuesto. Si el escéptico, como decía Spinoza, suspende el juicio porque «ve que no percibe adecuadamente la cosa»³³, el dogmático en cambio la percibe demasiado bien, tanto que ofusca la racionalidad práctica atrincherándose en una sola concepción del valor en la que cree poder hallar toda la verdad. El escéptico confunde la incertidumbre de la razón práctica con su indeterminación, el dogmático la sustituye por la completa certeza o máxima determinación. Frente al *tutti-fruti* de los zorros, el dogmático ofrece un menú de plato único, por así decirlo. De ahí que aquéllos crean a éste un erizo y lo conviertan en blanco de todos sus ataques (equivocando la conclusión). Sin embargo, es también un zorro, como bien supo ver Berlin. Así como el erizo no tiene por qué representar siempre el tiránico monismo, el zorro no siempre es un relativista escéptico. El dogmatismo se basa en una concepción *metafísica* del valor: la concepción realista ingenua de los valores como «esencias» objetivas intemporales (esos «electrones morales» o *morons* que por algo Dworkin llama así). Como las anteriores, se trata de una posición en el fondo irracionalista, porque su invocación del valor también niega los atributos metodológicos de la razón práctica (su unidad, objetividad y verdad), ahora para mayor gloria de una sola visión comprensiva. El dogmatismo supone la supresión de la racionalidad práctica por bloqueo. Su estrategia es blindar como incontrovertible e infalible una cierta concepción particular valorativa promoviendo un género de monismo y armonismo no menos ingenuo. Concibe la unidad de la razón práctica en términos reduccionistas, como si todos los valores estuvieran conectados de un solo modo o pudieran reducirse de modo absoluto a un solo sistema de principios³⁴. La coherencia o integridad asume así la forma del fanatismo o fundamentalismo. La pretensión de objetividad o verdad es sustituida por algún género de «intuición», «revelación» o «captación evidente» exentas de argumentación intersubjetiva, y por la imposición de interpretaciones ortodoxas o canónicas («dogmáticas»). Su visión de la unidad del valor más que un cierre racional supone un «cerrojo». Y la idea de verdad práctica de aquí resultante es por ello enteramente acrítica. Al excluir la posibilidad del error, el dogmatismo olvida que una concepción valorativa no demuestra su verdad «directamente» en la práctica, sino midiéndose en ésta con otras concepciones antagonistas. La verdad de los conceptos prácticos, en la medida en que explici-

³³ *Ética*, II, Prop. 49, escolio.

³⁴ El dogmatismo tendría su paralelo epistemológico en la metodología del reduccionismo científico. La tesis de la unidad del método científico a menudo se acompaña de la tesis de la reducción naturalista de las ciencias humanas. Un caso claro es la noción de «consiliencia» del sociobiólogo E. O. Wilson (1998). El divertidísimo y muy sugerente libro de Stephen J. Gould que ya hemos citado (2011: 3, 69 y ss. 261 y ss., *passim*) utiliza la metáfora de Berlin para criticar este reduccionismo y propone en su lugar «hibridar» las estrategias intelectuales de zorros y erizos como el modo más adecuado de entender la conexión entre ciencias y humanidades.

tan valores, se abre paso a través de la toma de posición respecto de fundamentaciones opuestas o alternativas de los mismos: no sólo en lo que se dice sino también en lo que se rechaza (por eso es *esencialmente* controvertida). No cualquier concepción valorativa incompatible con la propia deja a ésta intacta, ni siquiera las compatibles con ella. Es así como la controversia tiene sentido objetivo, generalizable, y no meramente un anclaje subjetivo o convencional-empírico. El método objetivista implícito en la racionalidad práctica (que Dworkin denomina *responsabilidad*) implica, por tanto, la posibilidad permanente de rectificación o corrección de unas interpretaciones desde otras, la posibilidad del cambio en la comprensión de las prácticas, la revisión del significado del estado actual de las mismas respecto de sus estados pretéritos a lo largo de su curso continuo. Toda interpretación se basa en la hipótesis metodológica de comprender una práctica dada *mejor* que cualquier otra interpretación (incluyendo la del autor) ofreciendo nuevas recreaciones de los valores en cuestión. Pero esta superioridad sólo puede mostrarse en el intercambio mismo de argumentos y la continuación del debate. De modo que la «creencia», la «convicción» y la «fe» del verdadero erizo no protegen ni eximen de la crítica, sino que exponen a ella: tienen un carácter crítico-racional. Todo esto no es más que otra manera de referirse a lo que Aristóteles llamaba «dialéctica»: la síntesis esclarecida de *legomena* u opiniones establecidas que se presentan en conflicto. El valor va unido a la dialéctica de concepciones encontradas, a la rectificación de contravalores, a la actividad constante de orientar las prácticas en un sentido o en otro apartándose del error «como hacen quienes enderezan las vigas torcidas», metáfora también aristotélica³⁵ que Kant convirtió en el «fuste torcido de la humanidad» del cual «nada puede forjarse que sea del todo recto»³⁶. La gran contradicción del dogmatismo, naturalmente, se manifiesta en la propia arena de la práctica moral y política en donde, lejos de ser ingenuo, resulta eficazmente artero en sus formas de eliminación de la controversia, que no son sólo «doctrinales» o «filosóficas». De ahí su gran peligro cuando se hace con los medios institucionales apropiados o alcanza el poder. Su minimización es por eso «la precondition para una sociedad decente» (Berlin, 2013: 20).

³⁵ *Ética nicomaquea*, II, 1109b1.

³⁶ KANT, I., *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita*, § 5 (1784; 1968: VIII, 23). Sólo el *ideal* de la razón de una asociación o estado jurídico «sujeto a reglas» (digamos, el valor) permitiría enderezar esos troncos torcidos cuando, unidos en «insociable sociabilidad», compitan entre sí por el aire y el sol y entonces crezcan altos y derechos (*ibid.*: 22, 24). Incluso un pueblo de demonios (con sólo que tuvieran entendimiento) podrá resolver este problema erigiendo un Estado mediante «una constitución tal que, aunque los individuos se opongan mutuamente en sus actitudes privadas, éstas se inhiban entre sí de modo que el resultado de su conducta pública sea el mismo que si carecerán de tales malas inclinaciones» (*La paz perpetua*, § II [1795; 1968: VIII, 366]).

5. Fábula final (con moraleja metodológica para iusfilósofos)

Como vemos, el zorro pluralista debe aceptar la unidad de los valores; el escéptico, su objetividad; el relativista, su conmensurabilidad racional; el dogmático, su pluralidad crítico-dialéctica. Cada una de estas estrategias metódicas (y todas sus posibles combinaciones) giran en torno a momentos parciales y aparentes –fragmentos– del *processus* de la razón práctica. Quedan «cogidas por la espalda» por la artimaña superior del erizo que, como hemos comprobado, esgrime un argumento trascendental que siempre da un paso «más atrás» ante el zorro, que siempre cava más profundo que éste, que siempre lo envuelve atrapándolo en su propia táctica: este argumento consiste en la invocación del valor como una inescapable condición de posibilidad que, de algún modo, se hace presente antes y después, dentro y fuera, al principio y al final. No hay mejor manera de ilustrar este paradójico proceder del argumento trascendental que acudir a una última variación alegórica que cuenta con el erizo como protagonista.

Se trata de una fábula de la tradición oral alemana recopilada por los hermanos Grimm en la que el erizo no se mide con un zorro sino con una liebre, aunque su rol es perfectamente equivalente. Un domingo de otoño la liebre y el erizo se cruzan de buena mañana en el campo. El erizo visitaba sus sembrados de coles y la liebre, por toda respuesta al saludo de aquél, le espeta en tono despectivo y arrogante que mejor utilizaría sus patas con más provecho que para pasear. El erizo, ofendido con la respuesta, porque lo toleraba todo excepto los comentarios sobre sus cortas y torcidas patas, reta a la liebre a una carrera citándola allí mismo al cabo de una hora. De regreso a casa, el erizo le dice a su mujer que le acompañe al lugar de la carrera: «Mira, en ese largo sembrado que hay allí vamos a correr. La liebre correrá por un surco y yo por otro, y empezaremos desde allí arriba. Lo único que tienes que hacer es quedarte aquí abajo en el surco, y cuando la liebre llegue desde el otro lado, le sales al encuentro y le dices: “Ya estoy aquí”». De vuelta en el sembrado, donde ya esperaba la liebre, da comienzo la carrera. La liebre sale como un rayo por su surco y cuando llega al final se topa con la mujer del erizo que le dice «ya estoy aquí». Perpleja, la liebre cree estar ante el erizo («ya que, como es sabido, la mujer del erizo tiene exactamente el mismo aspecto que el marido») y, sin saber qué hacer, decide en el acto dar la vuelta a toda velocidad hacia el punto de salida, donde encuentra de nuevo al erizo que le repite: «ya estoy aquí». Y así sucesivamente, corriendo de un extremo a otro («setenta y tres veces»), hasta que al final la liebre cae muerta por agotamiento³⁷.

³⁷ «Der Hase und der Igel» es el cuento n.º 187 de los hermanos Grimm, recopilado en la 5.ª edición (1843) de su colección (WINZER, 2012: I).

La «moraleja» que de esta fábula podemos extrapolar para nuestro tema es ciertamente algo más abstracta que la inferida por los Grimm (no nos burlemos de los defectos ajenos y seamos sabios al elegir esposa: «o sea, un erizo ha de preocuparse de que su mujer sea también un erizo»). La historia de la carrera sin fin de la liebre refleja bastante bien la operatividad de la «artimaña» inherente al argumento trascendental dworkiniano sobre el valor. Si atribuimos al filósofo ius-positivista (o iusnaturalista) el papel de zorro-liebre (y hacemos abstracción del final, un poco macabro, que le destina la fábula), se ve cómo la función del argumento trascendental consiste en condenarlos a recorrer veloz e incesantemente un camino ciego e interminable, mientras que sólo el filósofo-erizo, que contempla la escena con sonrisa irónica, sabe que es ciego e interminable.

El zorro-liebre puede emplearse en trazar y retrazar constantemente distinciones –fragmentarias– entre lo descriptivo y lo normativo, lo conceptual y lo empírico, lo analítico y lo sintético, la ética y la metaética, lo teórico y lo práctico, lo que es y lo que debe ser, las verdades últimas (*nota in se*) y las *determinationes*... Puede creer que con ello establece límites definitivos, que redibuja fronteras fijas, que distingue niveles de metaniveles de meta-metaniveles. Puede complacerse pensando que en cada ocasión está siguiendo un surco preciso, claramente delineado: con un principio y un final, una salida y una meta. En realidad está corriendo en círculo. El punto de partida y de llegada es el mismo: «el valor ya estaba allí». Y en tanto no descubra que éste –el valor– no es un *simulacro*, su propia carrera ciega le acabará llevando a la autoaniquilación.

Ahora bien, el argumento trascendental tiene sus propios límites: de por sí y también en la particular ejecución que de él hace Dworkin. El recurso metodológico trascendental no deja de ser un *postulado*, una fundamentación *buscada*, y nada más (ni menos). Lo que ésta fundamenta es esencialmente un método –el método de la razón práctica– y su peculiar circularidad estriba en que sólo puede hacerlo reenviando a aquello que trata de fundamentar. El argumento trascendental es una invitación –metafilosófica– a recorrer un camino metodológico, y no puede ser verificado más que transitando ese mismo camino. Su fuerza, después de todo, tiene mucho también de exhortación retórica o parenética. Esto explica bastantes rasgos importantes de la filosofía del Derecho de Dworkin vista desde su propio método, de los que aquí sólo daremos una visión de conjunto.

La tesis de la unidad del valor es en realidad la tesis del *primado* metódico del valor. No puede ser tomada como una *explicación* del Derecho (que algunos creen del género *obscurum per obscurius*) sino como una tesis acerca del método de explicación correcto. Lo que afirma es que la filosofía del Derecho ha de colocar al valor en el centro de su método –esto es, ha de ser *filosofía práctica*– y, por tanto, en el centro del Derecho, que así aparece esencialmente como una «práctica» político-moral. Este método se postula como *necesario*, en el

sentido de que al margen de él –al margen de su comprensión como práctica– el Derecho no resulta *explicable* en absoluto. La metodología de la filosofía práctica se superpone con la metodología de la razón práctica y ésta con la del valor. El recorrido del argumento trascendental avanza en dirección inversa. Aquellos otros métodos que crean poder negar la presencia (la unidad, objetividad, conmensurabilidad, naturaleza crítica) del valor en su propia comprensión del Derecho, que desconocen la metodología de la racionalidad práctica, se ven obligados sin embargo a incorporarla como un *a priori* de su propio enfoque. Lo que falla entonces es su representación del método. En la medida en que impugnan metódicamente la razón práctica devienen inconsistentes o autorrefutatorias como piezas de filosofía práctica. Finalmente, las tesis «críticas» (o «dogmáticas») a las que argumentativamente apuntan quedan mejor recogidas desde la aceptación filosófica del método que están pretendiendo negar³⁸.

Son de sobra conocidos los hitos fundamentales en los que Dworkin apoya tanto su comprensión del Derecho bajo ese prisma metódico del valor como la eficacia metateórica que éste ofrece en la crítica de las teorías rivales (ante todo, del positivismo jurídico, pero también del realismo y del iusnaturalismo). Precisamente la contemplación global del Derecho como una práctica racional fundada en valores es lo que lleva a poner el foco en los «principios» como sus piezas normativas esenciales y fundamentales más allá de sus «reglas» –quizá la tesis más popular de Dworkin–, pues los principios no son sino el reflejo de valores políticos y morales. Pero antes aún de ello se trata de identificar el tipo de empresa que necesita hacer uso de tales piezas. Significativamente, aquí Dworkin –al igual que Kelsen– dice limitarse a explicitar lo que ordinariamente hacen los juristas o el modo como éstos se contemplan a sí mismos, es decir, los presupuestos «de sentido común» internos a la praxis jurídica (2011: 41). Pero donde Kelsen veía el «deber ser» o *Sollen* asociado a la estructura formal de las reglas (también una categoría *a priori*), Dworkin verá los valores que son sus razones subyacentes, sus justificaciones materiales esenciales. El Derecho es una práctica decisoria institucionalmente compleja que tiene que dirimir casos o problemas particulares. La práctica judicial es el foco de su teoría no tanto por un prejuicio «judicialista» del *common law*, cuanto porque la jurisdicción es aquel lugar donde el Derecho –incluida la legislación– incide sobre las prácticas sociales (tesis también kelseniana y por cierto parte cardinal de su «nomodinámica»). Los propios presupuestos institucionales internos de esta práctica –el deber de resolver (prohibición del *non liquet*) y el deber de motivar o justificar– estructuran metódicamente la suposición de que el Derecho «habla con una sola voz» (Dworkin 1986: 166), de que hay «una única respuesta correcta», instruyendo al juez

³⁸ En el mismo sentido, el «dilema del crítico» (ATIENZA, 1996).

para que elabore una justificación holista en términos axiológicos: una «interpretación» que busque la *mejor* lectura de los valores pertinentes en su mutua articulación. La determinación de los «fundamentos de Derecho» o *grounds of law* es así una actividad esencialmente dependiente de juicios de valor comparativos y graduales, como también lo son la identificación de las «lagunas» y «antinomias», de los «núcleos de significado» y las «zonas de penumbra» y la diferenciación misma entre casos «fáciles» y «difíciles». La práctica jurídica es una «práctica interpretativa» (Lifante, 2015) de carácter «constructivo»: consiste en recrear y atribuir sentido a los materiales normativos para identificarlos, justificarlos y transformarlos haciendo de ellos los mejores ejemplares «en su género»; la interpretación explicita los valores e ideales que esos materiales encarnan, y que aparecen problemáticamente re combinados en cada caso particular, para obtener de ahí normas y criterios de acción que permitan resolverlos justificadamente mediante decisiones singulares que logren coherencia. Las controversias o desacuerdos interpretativos son entonces desacuerdos valorativos: disputas planteadas por diferentes *concepciones* de estos valores que nacen a su vez de concepciones políticas y morales entre sí divergentes. La «integridad» es el valor «supremo» del Derecho que no sólo gobierna su metodología interna («formal»), en tanto práctica orientada a justificar, sino que lo comunica internamente con valores sustantivos de carácter «ético» y de «moralidad política», es decir, con concepciones de la justicia (equidad, igualdad, libertad...) (Dworkin, 1986: Caps. 6-7). Decir que el Derecho es una «rama» o «departamento» de la moralidad no es sino afirmar que tiene por función la realización de estos valores en su desenvolvimiento práctico como institución que administra la coacción pública. Las cuestiones jurídicas son cuestiones de valor moral, no de hechos ni estrategias (Dworkin, 1978: 7; 2006: 35). Por último, el «Derecho» se revela, a la luz de todo lo anterior, como él mismo un «concepto interpretativo» de la filosofía moral y política (junto a los de «persona», «libertad», «igualdad», «democracia», etc.), esto es, perteneciente a la filosofía práctica. De entre las diferentes maneras de aproximarse a la realidad del Derecho tiene primacía el «concepto doctrinal», precisamente porque es aquel que conserva la escala valorativa constitutiva del punto de vista interno (el *face value*) de la práctica jurídica (2006: 1-35, 223 y ss.). La filosofía jurídica así entendida no es más que el «prólogo silencioso» de la práctica jurídica.

También es muy conocido el arsenal de argumentos metateóricos que de este planteamiento se derivan contra el positivismo jurídico, justamente como metodología autoproclamada «libre de valores» (*value free*). No es posible analizarlos aquí, pero todos ellos se reconducen a la tesis de que el punto de vista interno práctico-jurídico es irreductiblemente valorativo y de que el holismo del valor es un *prius* que se vuelve en último término contra la propia metodología positivista. Así, la pretensión metódica descriptivista o «semántica» no

tiene en cuenta que la identificación del «Derecho que es» constituye tan sólo una fase interna de la empresa práctica de su justificación (del «Derecho que debe ser»), y no una empresa previa o independiente. La interpretación supera la oposición entre significado «descriptivo» y «evaluativo» incorporando el primero al segundo (Dworkin, 2006: 150). Lo decisivo en la práctica jurídica es su valor rector (*point*) y la confección interpretativa de una integridad unitaria o «red de valores» en la que encajen coherentemente unos con otros (Dworkin, 2011: 101, 113). Las tesis (fragmentaristas) de la discrecionalidad y la separación Derecho-moral están ellas mismas formuladas desde premisas en última instancia de índole valorativa. Todo positivismo sería al cabo «positivismo ético», autoanulando su supuesta neutralidad axiológica (cuando no contradiciendo precisamente los valores que reconoce servir, como los del Estado de Derecho: las relaciones entre poderes, el papel de los derechos, etc.). Impugnar la metodología de la «única respuesta correcta» arguyendo la pluralidad y falibilidad de las decisiones jurídicas también es autofrustrante porque éstas, en lugar de desacreditarla, dan por supuesta la prioridad y objetividad del valor. Cuestionar ambas cosas abonando la afirmación escéptica de que no existe ninguna respuesta correcta confunde la «incertidumbre» de las decisiones jurídicas con la «indeterminación» del Derecho (tesis que en el fondo cree posible *a contrario* alguna clase de determinación infalible de las decisiones prácticas). Todo género de escepticismo valorativo es «interno», porque ética y metaética se entretajan formando un *continuum* práctico. Los desacuerdos jurídicos no son teóricos o «empíricos» sino prácticos: no versan acerca del contenido y alcance de las reglas del Derecho o de sus convenciones de base (al revés, las reglas y convenciones lo son por ser valiosas) sino acerca de su corrección (*soundness*) o justificación moral y emanan de diferencias de concepción del Derecho de fundamento político y moral que deben ser debatidas en sus propios términos (Dworkin, 2006: 12 y ss., 176 y ss.). El concepto del Derecho, en suma, en tanto esencialmente valorativo, no es «criterial» (científico) sino filosófico: su elaboración y discusión, aunque por cierto presuponga análisis y conocimientos científicos y técnicos, es un ejercicio de filosofía práctica comprometida directamente con su objeto. No hay punto de vista externo o arquimediano respecto del valor. No existe escapatoria a lo que —cínicamente— Carl Schmitt llamó la «tiranía de los valores».

Dworkin transita con total soltura entre los dos planos metodológicos anteriores —el teórico y el metateórico— ya que en mostrar que no hay solución de continuidad entre ellos radica, como hemos dicho, la fuerza de su argumento. De esta manera, la mayor parte de los conceptos de su filosofía del Derecho constituyen *también* recorridos de ida y vuelta, a menudo tortuosos, por ese espacio circular delimitado por el argumento trascendental (¿qué otro si no?) dentro del cual hace correr a sus contrincantes hasta la extenuación. De aquí resulta en buena parte la impresión de ambigüedad y oscuridad, de paradójica

asistematicidad (para tratarse de un erizo de una sola gran idea), de carencia de nitidez en las distinciones, de rodeos y alambiques argumentativos, etc., rasgos todos frecuentemente destacados por comentaristas y críticos. A ello contribuye además muy notablemente una estrategia estilística cultivada con esmero por Dworkin consistente en «hacer implícitas» las premisas filosóficas de fondo que sustentan la estructura argumental de la perspectiva trascendental adoptada y gobiernan sus victoriosos efectos apagógicos. El erizo se comporta aquí como un auténtico zorro que con la cola borra convenientemente las huellas de la tradición de la *philosophia practica* clásica, de la epistemología hermenéutica, etc. y, por supuesto, también los contornos precisos de cada una de las doctrinas objeto de crítica.

Pero hay otra consecuencia más «espinosa» del proceder metódico trascendental que podemos recapitular para acabar como sigue. Una cosa es el método de la práctica y otra la práctica del método. La metodología del Derecho se rige por el ideal racional de recabar la «mejor interpretación» en términos de los valores prácticos atinentes al caso. Pero ¿cuál es esa mejor interpretación? ¿Cuál es la «única respuesta correcta» en cuyos términos se verifica la reclamada unidad del valor? Ella sólo puede venir dada por la propia práctica, en cuanto interpretación *construida* o producida en el curso interno de la misma mediante interpretaciones particulares que se demuestren argumentativamente superiores a otras, y no por ninguna reflexión trascendental sobre el método. Esto evidencia una notable limitación del planteamiento dworkiniano en su aplicación al Derecho en cuanto *institución*: que es cómo se salva el hiato existente entre los valores –los fundamentos racionales de la práctica– y la práctica misma; cómo se produce el «progreso a la práctica» desde el valor partiendo de una teoría que se agota en estatuirlo como fundamento trascendental. Aunque el argumento dworkiniano sea en sí mismo práctico y remita a la práctica, fundamentar los valores trascendentalmente no equivale a fundamentarlos prácticamente.

Hemos visto que el punto débil del método del zorro es que «eclipsa» el valor, pero su punto fuerte es hacerlo encastillándose en la reducción estratégica de la racionalidad práctica: en la *realidad positiva* de fines y reglas, es decir en la *institucionalización* del Derecho. El valor es ideal y aun así fundamento último de la propia racionalidad instrumental, le marca el camino «por delante» en vez de seguirla «por detrás»: este es el punto fuerte del erizo. Pero su gran debilidad estriba en que el bucle trascendental –el salto de la razón valorativa sobre sí misma– «colapsa» el valor. Dicho de otro modo, en expresión que viene a cuento, el argumento trascendental «ahoga la especie en el género»: es decir, la institucionalización jurídica en el valor moral. Pues si esa racionalidad axiológicamente orientada en la que se pone el fundamento sólo se hace realmente operativa abriéndose paso a través de fines y reglas prácticos (es decir, a través de la racionalidad finalista y deontológicamente orientada) es necesario introducir los

principia media que establezcan la transición entre ambos planos. Es sólo a través de la acción estratégica y la acción normativa como se cumplen y realizan los valores (o se contravienen y frustran) y por tanto la racionalidad de éstos tiene que ser explicada *también* a su mismo nivel. En cambio, la filosofía jurídica de Dworkin, teorizando el Derecho *como* práctica, *como* valor, *como* interpretación, no considera necesario construir una *teoría* de la práctica jurídica, una *teoría* del valor (una axiología), una *metodología* de la interpretación jurídica. No proporciona pautas sobre cómo ha de decidirse, cómo ha de interpretarse, como han de codificarse y ponderarse los valores, pautas que permitieran determinar cuál es la teoría más correcta *en la práctica*. No nos dice qué es lo que hace que la integración interpretativa de valores ofrecida por una cierta teoría político-moral sea la *mejor* ni en qué circunstancias prácticas o institucionales. Se limita a postular *que* así es: que esos valores se integran armónica y óptimamente porque así funciona la razón práctica y no *puede* ser de otro modo. El punto de vista trascendental no está exento así de la gratuidad de un *fiat* —«hágase la integridad»— que por sí mismo no va más allá del clásico *bonum faciendum, malum vitandum* (u otras actualizaciones del mismo en términos de verdades últimas a la espera de su óptima *determinatio*³⁹) ni tampoco (por decirlo en términos más frívolos, y si se me permite la licencia) de esa esforzada pero simple declaración que los futbolistas hacen antes de saltar al campo: «intentaremos hacerlo lo mejor posible».

Naturalmente, se puede replicar a ello que un argumento trascendental no pretende sustituir a la práctica sino sólo suministrarle una fundamentación (aunque en realidad ésta, como ya se vio, consista en reenviar a aquélla). Pero entonces no resultará nada fácil responder a la objeción encerrada en preguntas como estas: ¿por qué no son *antes* en la praxis humana los intereses y las reglas positivas (o sea, las relaciones de poder) que los valores? ¿por qué no invertir el *prius* metodológico? ¿por qué ha de ser más esencial o verdadera una reconstrucción del Derecho como práctica orientada por valores que una descripción de la eficacia (o ineficacia) de tales relaciones de interés y poder en términos valorativamente distanciados? ¿por qué no convertir a los «hechos y estrategias» institucionales en el verdadero fundamento *a priori* dándole con ello la vuelta al argumento trascendental? La manera de zanjar este problema por parte de Dworkin consiste en apelar al «principio de Hume», al que considera (reiterando el *a priori* una última vez) un principio epistemológico y moralmente último o autoevidente (2011: 44 y ss., 99, 116 y ss., 193, *passim*). Los juicios de valor y las justificaciones, sólo pueden fundamentarse en otros juicios de valor y justificaciones, y no en juicios «fácticos» o «descriptivos». No hace falta decir que esta operación implica entender la prác-

³⁹ FINNIS, 1980: 281 y ss.; 2011: 12, 123 y ss., 178 y ss.

tica como algo fundamentalmente «empírico» o «fáctico» (esto es: tal como el zorro la entiende) y, por tanto, contrariamente a lo que el método defendido propugna, a saber: que el valor es precisamente *interno* a la práctica. El principio de Hume es un *deus ex machina* que *corta* la transición entre la práctica y el valor. El valor no queda él mismo explicado desde la práctica, como debería serlo de acuerdo con las tesis filosóficas que Dworkin está asumiendo. Por el contrario, el valor es hipostasiado como entidad puramente *ideal*, sin transición posible a la práctica (esa transición que, sin embargo, estaba aún presente en el imperativo kantiano, que es *sintético* e incluye el «debo, luego puedo»).

Se trataría, pues, de buscar alguna manera de preservar la asimetría del valor evitando esa suerte de «asfixia» (o «borrachera») causada por su uso trascendental, la gran artimaña del erizo. Y parece que la única posible pasa por minimizar el riesgo de idealización de los valores que supone entender el Derecho al modo de Dworkin, por así decirlo, sólo como un «bello arte». En la teorización del Derecho los valores no pueden figurar, en su función de fundamentos prácticos, exclusivamente como contenidos *ideales*. Es necesario explicar también cómo se produce la instrumentación y «propagación» práctica de estos valores en el Derecho en cuanto técnica institucional, hecho sociocultural y normatividad político-moral positiva. Porque es sólo en este marco –y no en sí mismos– donde pueden encontrar los valores su soporte, donde se manifiesta y dirime el proceder pluralista y conflictivo de la razón práctica al producirse (también «ascendentemente» y no sólo «desde arriba») la selección entre alternativas prácticas en términos de maximización u optimización de valores que es característica de la racionalidad axiológica. El enfoque trascendental, siendo necesario, no resulta al mismo tiempo suficiente para dar cuenta de esos procesos ni aprehender la estructura práctica del valor de la justicia (cfr. Sen, 2009: 5-27, 266 y ss., 411 y ss.). En este sentido, por ejemplo, la metáfora del «arte literario» usada por Dworkin [la famosa «novela encadenada» (1986: 228ss)] pone de manifiesto claramente tal insuficiencia, pues ni los valores estéticos ni la coherencia narrativa tienen que ver con el tipo de racionalización del antagonismo práctico del que aquí hablamos (sino a lo sumo sólo con su representación poética en el sentido de Aristóteles). Tampoco la metáfora del «árbol y las ramas» parece la más certera para expresar la idea de la unidad de la razón práctica: es más estática y armonista, incluso «dogmática» (pues reedita la visión metafísica clásica de la deducción/determinación a partir de «primeros principios» preestablecidos y autoevidentes) de lo que parece a primera vista. La intermediación dialéctica del Derecho entre la ética, la moral y la política es más compleja de lo que la luz trascendental del valor deja ver. Resulta en cambio mucho más apropiada la metáfora «arquitectónica» que ya Aristóteles introdujo para describir la unidad del espacio de la *politiké* y que Carlos Nino ha actualizado mediante la imagen de la «construc-

ción de catedrales»⁴⁰. Esta imagen, que acerca la práctica jurídica a un más prosaico «arte mecánico», implica distinguir entre lo *ideal* y lo técnico o institucionalmente *posible*, entre lo mejor y lo «segundo mejor», y subraya aspectos esenciales suyos como la continuidad dinámica de la empresa jurídica, su carácter colectivo e histórico («intergeneracional») o su involucración con la práctica política realmente existente (no sólo con la *mejor filosofía* política). Esta práctica compleja (la de constituyentes, legisladores, jueces, funcionarios y profesionales del Derecho) es a su vez una parte de la práctica social en su conjunto y al tiempo una «totalización» en segundo grado de ésta que la vincula inmanentemente, por un lado, con valores morales y, por otro, con su realizabilidad práctica a escala política (la escala del uso público del poder coactivo orientado a gestionar la cooperación y el conflicto social). La presencia de los valores dentro de esta práctica compleja en la justificación de acciones y decisiones concretas resulta así muy similar a la incorporación material de los valores estéticos y los «estilos» constructivos a la obra en marcha de una catedral, en donde se tiene que contar con lo ya construido (que no puede ser demolido completamente), con la necesidad de su perfeccionamiento progresivo al compás del cambio social y con las consecuencias para el futuro próximo de las decisiones actuales. La integridad de los valores, vista desde esta perspectiva, tiene mucho de «equilibrio de fuerzas» y de «resistencia de materiales». La institucionalización jurídica es la práctica efectiva del valor (no sólo su justificación coherente *in abstracto*), la promoción de unos u otros valores en la vida social mediante operaciones concretas de distribución, reparación, coordinación, sanción... pero a veces también la imposición de decisiones inevitablemente injustas y perversas (Waldron, 2013: 23 y ss.).

Sin duda, muchos de estos elementos están también presentes en la reflexión dworkiniana (por ejemplo, cuando se refiere al Derecho como institucionalización, a los «derechos legales», al Derecho injusto o cuando distingue entre integridad «pura» e «inclusiva»⁴¹), pero lo están sólo «empíricamente»: el fundamento sigue siendo trascendental-ideal («descendente») y apela últimamente a la *responsabilidad* ético-individual, a la integridad como *virtud* personal (simbolizada en la prosopopeya del juez Hércules), a la *dignidad*. De esta manera, somos una vez más «cogidos por la espalda» y devueltos a la práctica por obra del argumento trascendental: arrojados al campo de juego. Aquí pocas dudas pueden haber de que el valor ocupa el centro y constituye *per se* el fundamento necesario de toda interpretación, argumentación y decisión referentes al contexto de alguna práctica jurídica particular por más abierta, colectiva e indeterminada que ésta pueda parecer («el valor ya estaba allí»). Como tampoco cabe la

⁴⁰ Nino (1994). El mismo Dworkin usa alguna vez la imagen de una «cúpula geodésica» para ilustrar la idea de integridad.

⁴¹ DWORKIN 2011: 405, 412 y ss.; 2006: 34 y ss; 1986: 404 y ss.

menor duda de que en este terreno Dworkin ha jugado magníficamente su propio «partido» proponiendo y desarrollando una «lectura moral» de la Constitución norteamericana que trata de refundar sobre nuevas bases axiológicas (no sólo utilitaristas ni deontológicas) su propia tradición liberal. Pero el relato de todos estos fragmentos forma parte de otra historia.

BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES, *Ética nicomáquea*, ed. de M. Araujo y J. Marías, Madrid: CEC, 1985.
- *Retórica*, ed. de A. Tovar, Madrid: CEC, 1990.
- ARQUÍLOCO, *Fragmentos*, ed. de J. Molina, México: Textofilia, 2011.
- ATIENZA, M. (1996), «Prólogo» a J. A. Pérez Lledó, *El movimiento «Critical Legal Studies»*, Madrid: Tecnos.
- BERLIN, I. (1953), *The Hedgehog and the Fox: An Essay on Tolstoy's View of History*, London: Weidenfeld & Nicolson. Trad. esp. de C. Aguilar, *El erizo y la zorra*, Barcelona: Muchnik, 1998. Segunda edición a cargo de H. Hardy, Princeton: Princeton UP, 2013.
- (1969), *Four Essays on Liberty*, Oxford: Oxford UP.
- (2000), *The Power of Ideas*, Second ed. Hardy, Princeton: Princeton UP.
- (2002a), *Liberty*, ed. H. Hardy, Oxford: Oxford UP.
- (2002b), *Freedom and its Betrayal. Six Enemies of Human Liberty*, ed. Hardy, London: Chatto & Windus.
- (2013), *The Crooked Timber of Humanity. Chapters in the History of Ideas*, Second Ed. Hardy, Princeton: Princeton UP.
- BERLIN, I., y WILLIAMS, B. (1994), «Pluralism and Liberalism: A Reply», *Political Studies*, 42: 306-309.
- BOWRA, C. M. (1940), «The Fox and the Hedgehog», *Classical Quarterly*, 34: 26-29.
- BUENO, G. (1970), *El papel de la filosofía en el conjunto del saber*, Madrid, Ciencia Nueva.
- (1999), *¿Qué es la filosofía?*, Oviedo: Pentalfa.
- CORREA, P. (2001), «The Fox and the Hedgehog», *Phaos*, 1: 81-92.
- DAVENPORT, G. (1964), *Carmina Archilochi: The Fragments of Archilochus*, Berkeley: Univ. of California Press.
- DÉTIENNE, M., y VERNANT, J.-P. (1988), *Las artimañas de la inteligencia. La metis en la Grecia Antigua* [1974], trad. de A. Piñero, Madrid: Taurus.
- DICKSON, J. (2001), *Evaluation and Legal Theory*, Oxford: Hart Publishing.
- DWORKIN, R. (1978), *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass.: Harvard UP.
- (1985), *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass.: Harvard UP.
- (1986), *Law's Empire*, Cambridge, Mass.: Harvard UP.
- (1996), «Objectivity and Truth: You'd Better Believe it», *Philosophy and Public Affairs*, 25/2: 87-139.
- (2001a), «Do Liberal Values Conflict?», en Lilla, M., Dworkin y R. Silvers (eds.), *The Legacy of Isaiah Berlin*, New York: New York Review of Books, 73-90.

- DWORKIN, R. (2001b), «Do Values Conflict? A Hedgehog's Approach», *Arizona Law Review*, 43: 251-9.
- (2006), *Justice in Robes*, Cambridge, Mass.: Harvard UP.
- (2011), *Justice for Hedgehogs*, Cambridge: Harvard UP.
- ERASMO DE ROTTERDAM, *Adagia*, ed. bilingüe E. Lelli, Milano: Bompiani, 2013.
- ESOPO, *Fábulas*, trad. de P. Bádenas y J. López; Introducción de C. García Gual, Madrid: Gredos, 1993.
- FINNIS, J. (2011), *Philosophy of Law*, en *Collected Essays*, Vol. IV, N. York, Oxford UP.
- GARCÍA GUAL, C. (1970), «El prestigio del zorro», *Emérita*, XXXIII: 417-431.
- (1977), «La fábula esópica: estructura e ideología de un género popular», *Estudios ofrecidos a Emilio Alarcos Llorach*, Oviedo: Universidad de Oviedo, Vol. I, 309-322.
- GOULD, S. J. (2011), *The Hedgehog, the Fox, and the Magister's Pox. Mending the Gap between Science and the Humanities* [2003], Cambridge, Mass.: Harvard UP.
- HACKER, P. M. S. (1996), *Wittgenstein's Place in Twentieth-Century Analytic Philosophy*, Oxford: Blackwell.
- IGNATIEFF, M. (1998), *Isaiah Berlin. A Life*, London: Chatto and Windus.
- KANT, I., *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht* (1784), *Kants Werke (Akademie-Textausgabe)*, Berlín: W. de Gruyter & Co., 1968, vol. VIII, 15-32.
- *Zum ewigen Frieden* (1795), *ibid.*, 343-386.
- LEITER, B. (ed.) (2001), *Objectivity in Law and Morals*, New York, Cambridge UP.
- (2003), «Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence», *American Journal of Jurisprudence*, 48/1: 17-51.
- LIFANTE, I. (2015), «El Derecho como práctica interpretativa», en J. M. Saucá (ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del Derecho*, CEPC: Madrid, 159-180.
- LUKES, S. (2006), «An Unfashionable Fox» (2001), en *Individualism*, New York: Harper and Row, 107-115.
- NAGEL, T. (2000), *La última palabra. La razón ante el relativismo y el subjetivismo* (1997), Barcelona: Gedisa.
- NINO, C. S. (1994), *Derecho, moral y política*, Barcelona: Ariel.
- PEÑA, V. (2011), *La razón siempre a salvo*, Oviedo: Universidad de Oviedo/ KRK Ediciones.
- PLATÓN, *República*, ed. C. Eggers, Madrid: Gredos, 1988.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, F. (1981), *El mundo de la lírica griega antigua*, Madrid: Alianza.
- SCHOPENHAUER, A., *Parerga y Paralipómena II* (1851), trad. P. López, Madrid: Trotta, 2014.
- SEN, A. (2009), *The Idea of Justice*, Cambridge, Mass.: Harvard UP.
- TALBOTT, S. (2004), «Prólogo» a Berlin, I., *The Soviet Mind. Russian Culture under Communism*, ed. H. Hardy, Washington DC: Brookings Institution Press, xi-xvii.
- WALDRON, J. (1994), «Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues», *California Law Review*, 82/3: 509-540.
- (2013), «Jurisprudence for Hedgehogs», *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 417, http://lsr.nellco.org/ny_plltwp/417

WILSON, E. O. (1998), *Consilience. The Unity of Knowledge*, N. York: Knopf.
WINZER, A. (ed.), (2012), *Kinder- und Hausmärchen. Gesammelt durch die Brüder Grimm*, Leipzig: Haffmans Verlag bei Zweitausendeins, 3 vols.

Fecha de recepción: 31/03/2016. Fecha de aceptación: 31/10/2016.

II
DEBATES



¿Qué es el derecho? Fines y medios*

What is Law? Aims and Means

Por DIETMAR VON DER PFORDTEN
Universidad de Gotinga, Alemania

RESUMEN

Este trabajo busca esclarecer, desde una perspectiva filosófica, qué es el derecho. La tesis central es que el derecho sólo puede ser comprendido por medio de sus fines y medios. El fin del derecho es la mediación entre intereses potencialmente opuestos y conflictivos.

Palabras clave: *Derecho, filosofía, fines y medios, aspiraciones.*

ABSTRACT

This paper attempts to clarify what is Law from a philosophical perspective. The central thesis is that Law can only be understood through its aims and means. The aim of the Law is to mediate possibly opposing and conflicting interests.

Key words: *law, philosophy, aims and means, aspirations.*

* Versión original en alemán titulada «Was ist Recht. Ziele und Mittel», JuristenZeitung, 13, 2008, pp. 641-652. Traducción y notas de José Antonio Santos Arnaiz (Universidad Rey Juan Carlos).

SUMARIO: 1. DIFERENTES PERSPECTIVAS SOBRE EL DERECHO.–2. LA PERSPECTIVA DE LA FILOSOFÍA.–3. OBJETO, FIN Y MÉTODOS DE LA FILOSOFÍA.–4. LA PERSPECTIVA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO.–5. ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE DERECHO.–6. EL FENÓMENO JURÍDICO. 6.1 *El derecho como acción humana*. 6.2 *Fines y medios de la acción humana*.–7. FINES Y MEDIOS DEL DERECHO. 7.1 *De la Antigüedad al siglo XVIII*. 7.2 *En los siglos XIX y XX*. 7.3 *Consecuencias*.–8. EL FIN NECESARIO DEL DERECHO. 8.1 *Aspiraciones o intereses posibles*. 8.2 *Posible contradicción*. 8.3 *Posibilidad de un conflicto*. 8.4 *Mediación*.–9. LOS MEDIOS NECESARIOS DEL DERECHO.–10. CONTRA UN REDUCCIONISMO DE LOS MEDIOS.–11. DERECHO Y DERECHO DESARROLLADO.–12. DERECHO Y MORAL/ÉTICA.–13. CONCLUSIÓN.

SUMMARY: 1. DIFFERENT PERSPECTIVES ON LAW.–2. THE PERSPECTIVE OF PHILOSOPHY.–3. OBJECT, AIM AND METHODS OF PHILOSOPHY.–4. THE PERSPECTIVE OF PHILOSOPHY OF LAW.–5. ANALYSIS OF THE CONCEPT OF LAW.–6. THE LEGAL PHENOMENON. 6.1 *The Law as Human Action*. 6.2 *Aims and Means of Human Action*.–7. AIMS AND MEANS OF LAW. 7.1 *From Antiquity to the Eighteenth Century*. 7.2 *The Nineteenth and Twentieth Centuries*. 7.3 *Consequences*.–8. THE NECESSARY AIM OF LAW. 8.1 *Aspirations or Possible Interests*. 8.2 *Possible Contradiction*. 8.3 *Possibility of a Conflict*. 8.4 *Mediation*.–9. THE NECESSARY MEANS OF LAW.–10. AGAINST A REDUCTIONISM OF THE MEANS.–11. LAW AND DEVELOPED LAW.–12. LAW AND MORALS/ETHICS.–13. CONCLUSION.

1. DIFERENTES PERSPECTIVAS SOBRE EL DERECHO

De modo semejante al resto de objetos particulares, el derecho puede ser observado desde diferentes perspectivas. Desde una óptica *jurídico-dogmática*, el derecho se puede entender como fuente y realización de la aplicación del derecho. Bajo un punto de vista *histórico*, se muestra como parte de la historia general y de la historia de los dogmas en el ámbito de las transformaciones temporales. A partir de una perspectiva *sociológica*, se puede describir como un hecho social e institución en relación a otros hechos sociales e instituciones como la política y la economía¹. Bajo el prisma de las *ciencias naturales*, el derecho consiste en procesos neuronales, conductas humanas y ondas sonoras. Finalmente, desde una delimitada perspectiva *descriptiva interna*, el derecho se puede describir (en sus características más generales y abstractas y más allá de los ordenamientos jurídicos parti-

¹ Para una perspectiva sociológica y jurídica, por ejemplo, DREIER, Ralf, «Der Begriff des Rechts», en Dreier, Ralf (ed.), *Recht-Staat-Vernunft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, pp. 95-116.

culares) como objeto de una teoría general del derecho, una teoría pura del derecho o, en el sentido estricto de la palabra, «Jurisprudence»². ¿Cómo puede entonces contribuir la perspectiva *filosófica* a la comprensión del derecho?

2. LA PERSPECTIVA DE LA FILOSOFÍA

La respuesta depende de cuál sea entonces la tarea que se disponga a cumplir semejante perspectiva filosófica. ¿Qué puede diferenciar la filosofía de otras investigaciones científicas como la dogmática, la historia, la sociología, las ciencias naturales y la teoría general del derecho?

Toda búsqueda del conocimiento implica necesariamente, al menos, tres elementos: 1) un *objeto* a ser conocido, es decir, un objeto formal³; 2) un *fin del conocimiento*, y 3) *medios* específicos para comprender el objeto conforme al fin de un conocimiento, o sea, un *método*. La biología, por ejemplo, tiene como objeto de su conocimiento a todos los seres vivos; como fin la descripción y explicación de los mismos, su formación, estructura y comportamiento, siendo sus medios o métodos los experimentos, las investigaciones empíricas, el establecimiento de hipótesis, así como la formulación de teorías. ¿Cuáles pueden ser entonces el objeto, el fin del conocimiento y el medio o método de la perspectiva filosófica?

De esta pregunta cabe sólo ocuparse aquí de manera muy breve y propositiva. Tres consideraciones son decisivas: en primer lugar, la filosofía no tiene como objeto un tipo particular de cosas o hechos como la física (energía y materia), la biología (seres vivos), la sociología (sociedad), la lingüística (lengua), la psicología (psique), la matemática (números, funciones y evidencias), etc. En segundo lugar, en la medida en que todas las formas particulares de los objetos o cosas y de los hechos son investigadas por las ciencias particulares, el objeto formal de la filosofía tiene que ser otro. En tercer lugar, la filosofía como búsqueda de conocimiento no puede conformarse con cualquier tipo de objeto en el sentido de objeto formal. Tampoco puede limitarse a un fin del conocimiento y/o a un método⁴. A decir verdad, la acción

² Sobre el término «Jurisprudence», véase AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, pp. 11, 18 y 288. Véase para otra comprensión entendida como una investigación de segundo orden del derecho: ROSS, Alf, *On Law and Justice*, Berkeley, University of California Press, 1959, pp. 25 y 26. Para una visión más amplia en el sentido de la pregunta «¿qué es el derecho?»: BIX, Brian, *Jurisprudence*, 4.^a ed., London, Sweet & Maxwell, 2006, p. 9.

³ «Objeto» se entenderá aquí en un sentido gnoseológico muy amplio. No sólo abarca las cosas y los hechos, sino también los objetos abstractos como, por ejemplo, los números, funciones y estructuras en la matemática.

⁴ Algunos autores proponen la limitación de la filosofía a un único método. Véase por ejemplo ROSENBERG, Jay, *Philosophieren*, 2.^a ed., Frankfurt am Main, Kloster-

humana puede ser generalmente comprendida por medio de sus fines y medios. Sin embargo, cualquier forma específica de actuar humano, contemplado como una búsqueda de conocimiento, es por necesidad conceptual un conocimiento *de algo*. Tal búsqueda es siempre relacional o, de manera más exacta, intencionalmente orientada a un objeto formal del conocimiento. No tiene que ser una cosa o hecho real determinable en el tiempo y en el espacio como en el caso de la matemática y, por supuesto, puede remitir en el transcurso de la búsqueda del conocimiento a algo no existente, como sucedió por ejemplo a finales del siglo XIX con el éter en el campo de la física. La consideración, de que un objeto de conocimiento no existe como cosa o hecho, es un saber importante acerca de ese objeto.

El objeto de la filosofía es mucho más difícil de concebir y mucho más inusual que los otros tipos particulares de cosas y hechos que forman el objeto de las otras ciencias. Se puede poner en cuestión su existencia como han hecho algunos, tal es el caso de Wittgenstein⁵. Sin embargo, dado que es imposible buscar el conocimiento sin un objeto formal, también lo es ocuparse de la perspectiva filosófica sin un objeto formal.

3. OBJETO, FIN Y MÉTODOS DE LA FILOSOFÍA

¿Cuál puede ser entonces el objeto de conocimiento de la filosofía? El único objeto de conocimiento –y no parece haber otro– que todavía le queda a la filosofía, cuando las otras ciencias particulares se ocupan de todos los objetos particulares de conocimiento, son los tipos de cosas o hechos. Esto es, *todos los objetos particulares en todas sus conexiones o todas las conexiones de estos objetos particulares*. O, expresado de otra manera, el *mundo en su conjunto*, pensado en un sentido abstracto, no físico-empírico o como mero conocimiento de las ciencias particulares. Las investigaciones filosóficas intentan comprender objetos particulares como el derecho, el lenguaje, el saber o el ser humano como parte de una conexión de todas las cosas y hechos particulares. O tienen por objeto –como perspectiva complementaria– todas esas conexiones entre las cosas y los hechos particulares⁶. Los

mann, 1989, p. 17; Ross, Alf, *On Law and Justice, cit.*, p. 25: «Al final, la filosofía no es una teoría más sino un método. Éste es un análisis lógico. La filosofía es la lógica de la ciencia y su objeto es el lenguaje científico». Esta cita demuestra la imposibilidad de obtener un objeto de la filosofía. De manera contraria, Ross asevera que la filosofía es ante todo un método y, poco después, propone que su objeto sea considerado el lenguaje científico.

⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig, *Philosophische Untersuchungen*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1977, §§ 121 ss., 309.

⁶ Véase por ejemplo, PLATÓN, *Laches*, trad. alemana de Friedrich Schleiermacher, 2.^a ed., tomo 1, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1990, 199d4-e5;

objetos particulares no son, de este modo, investigados de forma aislada como, por ejemplo, en la Teoría general del derecho o en la Teoría pura del derecho; o a partir de una mera referencia a otros objetos particulares como en el caso de la sociología, en la cual el derecho, la política o la economía son investigados exclusivamente a partir de su relación con la sociedad, constituyendo ésta su objeto particular⁷.

La perspectiva filosófica no se apoya, necesariamente, en una realidad ideal o trascendente, dado que es cuestionable si existe tal realidad⁸. Por ello, su aceptación implica ya una concepción filosófica específica como, por ejemplo, la doctrina platónica de las ideas o la teoría aristotélica del primer motor como causa de todos los demás movimientos⁹. Tal perspectiva no puede ser, por tanto, condición necesaria para un concepto general de filosofía. Más bien, como objeto de la filosofía, se tiene que considerar sólo la abstracción de la totalidad de las relaciones y, con ello, de todas las referencias a todos los objetos particulares, una especie de modelo para nuestra particular comprensión del mundo.

El *fin del conocimiento* de la filosofía depende de su objeto. Si el objeto de la filosofía es la conexión de todos los objetos entre sí, entonces su fin sólo puede ser una *visión comprensiva* de esta conexión. Todo punto de vista restringido no poseería el objeto de conexión de todos los objetos entre sí, sino sólo las cosas o hechos particulares considerados de forma aislada o en su conexión con otros individualmente, pero no con los restantes hechos y cosas. En este contexto, «comprensiva» no debe entenderse como una especie de simple sumatoria de elementos. Aunque todo conocimiento singular sea relevante para la filosofía, una mera sumatoria de estos conocimientos singulares no puede ser su fin. La filosofía no es ninguna enciclopedia. Más bien versa sobre una visión abarcadora y abstracta del mundo acerca de un marco para todos los conocimientos particu-

PLATÓN, *Politeia*, trad. de Friedrich Schleiermacher, 2.^a ed., tomo 4, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1990, 504d7-505a4; SCHOPENHAUER, Arthur, *Die Welt als Wille und Vorstellung. Sämtliche Werke*, tomos 1+2, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1961; WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tractatus logico-philosophicus*, 2.^a ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995, p. 11: «El mundo es todo lo que acaece»; CARNAP, Rudolf, *Der logische Aufbau der Welt*, Hamburg, Meiner, 1998; NAGEL, Thomas, *The View from Nowhere*, Oxford, Oxford University Press, 1986; MACKIE, John Leslie, *The Cement of the Universe: A Study of Causation*, Oxford, Oxford University Press, 1980.

⁷ Véanse una serie de trabajos de LUHMANN, Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1993; *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2000; *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1990, entre otros.

⁸ Sobre la comprensión de la filosofía como una especie de realidad absoluta y su crítica, véase PASSMORE, John, Voz «Philosophy», en EDWARDS, Paul (ed.), *The Encyclopedia of Philosophy*, tomo VI, New York, London, Macmillan, 1967, p. 217.

⁹ PLATÓN: *Phaidon*, *Menón*, *Politeia*, passim; ARISTÓTELES, *Metaphysik*, op. cit., 1071b3 y ss.

lares. Por lo demás, en referencia a los objetos particulares como el derecho, este punto de vista abstracto y filosófico es, como se mencionó al inicio, *sólo una* perspectiva entre otras muchas, en principio, igualmente válidas.

Si el objeto de la filosofía es la conexión de un objeto particular con el resto o de todos ellos entre sí, y su fin del conocimiento una visión comprensiva acerca de esta conexión, no existiendo así razón para limitar los medios para lograr ese fin. El *método* de la filosofía puede contener, por tanto, *todos los métodos posibles* de las ciencias particulares y de las ulteriores formas de búsqueda del conocimiento. El método de la filosofía no puede restringirse ni a las deducciones apriorísticas como en la matemática y la lógica, ni a las investigaciones empíricas como en las ciencias naturales y sociales, ni tampoco a las descripciones como en la teoría general derecho o en la teoría pura del derecho. Todo método podrá ser utilizado y aplicado, a fin de lograr el objetivo de una visión comprensiva de la conexión de todos entre sí o de los objetos individuales como el derecho con el resto de objetos.

4. LA PERSPECTIVA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

¿Qué consecuencias resultan de esta comprensión de la filosofía para la filosofía del derecho?¹⁰ La filosofía del derecho investiga el derecho no sólo para el fin específico de la aplicación del derecho como hace la dogmática jurídica, ni como un fenómeno histórico cambiante como hace la historia del derecho, ni sólo en su relación específica con la sociedad como hace la sociología del derecho, ni tampoco como un hecho natural o normativo, ni tampoco apenas como hecho aislado en el caso de las ciencias naturales y la teoría general del derecho o la teoría pura del derecho, sino también y, sobre todo, en sus conexiones posibles y reales con las otras cosas y hechos posibles y reales. La filosofía del derecho busca una visión comprensiva del derecho, pudiendo aplicar todos los métodos posibles.

¿Es posible, sin embargo, este tipo de mirada filosófica desde fuera del derecho? El derecho no es una mera cosa empírica y materialmente determinable en el espacio y en el tiempo. Se trata de una práctica intencional provista de sentido y con ello interpretativa¹¹. Más aún, esta práctica es en un cierto sentido y hasta cierto punto auto-referente. Esto es, incluye regularmente unas autointerpretaciones o interpretaciones en un metaplano por parte de los juristas y demás aplicadores del derecho. ¿No deberían ser consideradas decisivas estas autointer-

¹⁰ Para una primera formulación acerca de la tarea de la filosofía del derecho, véase «Was ist und wozu Rechtsphilosophie?», *JuristenZeitung*, 4, 2004, pp. 157-166.

¹¹ DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Belknap Press, 1986, pp. 46 y ss.

pretaciones de los juristas y de los demás aplicadores del derecho para la comprensión del derecho?

Excluyendo su sentido el derecho no puede comprenderse sin recurrir a las intenciones por él perseguidas. La autointerpretación de los juristas relativa a estas intenciones puede considerarse como referencia fundamental para la imprescindible comprensión de éstas. Sin embargo, esta importante y loable autointerpretación de los juristas y de los demás aplicadores del derecho no excluye una perspectiva filosófica sobre el derecho a partir de una referencia externa por, al menos, cinco motivos: primero, al lado de la interpretación, existen todavía otras perspectivas igualmente válidas para la comprensión de las respectivas intenciones perseguidas, acaso otras manifestaciones anteriores o posteriores o conductas fácticas, en las que se encajen las intenciones a ser interpretadas. Segundo, la interpretación diverge de un aplicador del derecho a otro y de un ordenamiento jurídico a otro. Tercero, la autointerpretación del propio hacer del aplicador del derecho puede ser falsa o incompleta. El juez puede tener acaso la intención de dictar su sentencia, pero la autointerpretación del propio hacer como pronunciamiento de la sentencia sea errónea, porque el tipo de procedimiento no autorice tal práctica. Cuarto, no está claro por qué las respectivas intenciones y autointerpretaciones de los aplicadores del derecho no se pueden tornar objeto del conocimiento a partir de la referencia a terceros. No existe justificación para no tomarlo en consideración. Quinto, como otros hechos sociales, el derecho concierne a todos los miembros de una comunidad y esto es, particularmente relevante, para el derecho de una comunidad política. Por tanto, no hay razón para considerar el conocimiento del derecho como una especie de conocimiento esotérico reservado a los expertos. Los *arcana imperii* son ilegítimos desde el punto de vista epistemológico y ético-democrático, y se convirtieron, con razón, gracias a la opinión pública democrática, en obsoletos. Toda autointerpretación puede estar sujeta *de facto* al conocimiento de otro. Y esto también está permitido desde una perspectiva ética, siempre que no se viole la privacidad de las personas cuyas autointerpretaciones se están examinando. Los juristas y aplicadores del derecho pueden comprender y explicar mejor, esto es, desde un punto de vista metodológico, fenómenos jurídicos específicos y particulares como, por ejemplo, los conceptos jurídicos de hipoteca y de acto administrativo. Sin embargo, para cuestiones generales y comprensivas acerca del fenómeno global del derecho, ellos carecen de mayor competencia.

¿Cómo puede entonces ser concebida la perspectiva filosófica acerca del derecho? Una primera respuesta a esta pregunta sería negativa: no se puede aceptar sin más la idea de que el derecho posee una sustancia o esencia. Estas pretensiones de la metafísica y de la ontología fueron puestas en duda por Kant y por otros con buenas razones de carácter

gnoseológico¹². No podemos conocer la cosa en sí, pero todavía podemos investigar sobre las *propiedades* constantes y, por ello, relativamente *necesarias* de una determinada manifestación; por supuesto, como es natural, sólo la forma en que se perciben. De este modo, podemos buscar las propiedades constantes y relativamente necesarias del fenómeno jurídico, las cuales, visto que son relativamente constantes y necesarias, deben ser observadas como determinantes para todas las relaciones con el resto de las cosas y los hechos. Así se puede tratar de comprender la conexión del derecho con los otros objetos.

5. ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE DERECHO

Una importante vía para el conocimiento de las propiedades constantes del fenómeno jurídico parece consistir en investigar las características relativamente necesarias del *concepto de derecho*, partiendo del supuesto de que hasta el momento no se ha encontrado ninguna manifestación jurídica individual sin aquellas propiedades, que se correspondan con las características necesarias del concepto de derecho. Este supuesto sirve de apoyo a otro ulterior según el cual tampoco *pueden* encontrarse otras manifestaciones del derecho sin esas propiedades; un supuesto que, sin embargo, sólo puede ser postulado, pero no probado. O dicho de otra manera y con vistas a la conexión de los conceptos en nuestro sistema conceptual: la filosofía del derecho puede tratar de comprender qué posición probable e invariable ocupa el concepto de derecho en el sistema conceptual a lo largo de todos los tiempos y pueblos.

Es motivo de controversia que los conceptos sean: bien entidades ideales (idealismo y platonismo), bien propiedades reales de las cosas particulares (realismo y Carnap), bien imágenes o representaciones mentales (conceptualismo o nominalismo débil, Descartes, Locke, Hume, Kant, Fodor y Prinz) o bien unidades lingüísticas (nominalismo estricto, Hobbes, Wittgenstein y Quine)¹³. Para una visión com-

¹² KANT, Immanuel, *Kritik der reinen Vernunft*, 2.^a ed. (1787). Edición de la Academia de Ciencias. Berlín, Reimer, 1904, p. 57.

¹³ Propiedades: CARNAP, Rudolf, *Logical Foundations of Probability*, 2.^a ed., Chicago, University of Chicago Press, 1962, pp. 7 y ss. Ideas y representaciones: LOCKE, John, *An Essay Concerning Human Understanding*, New York, Dover Publications, 1959, la introducción, p. 32, II libro 1, I, p. 121; KANT, Immanuel, *Kritik der reinen Vernunft*, *cit.*, p. 85; FODOR, Jerry, *Concepts. Where Cognitive Science Went Wrong*, Oxford, Oxford University Press, 1998; PRINZ, Jesse J., *Furnishing the Mind: Concepts and their Perceptual Basis*, Cambridge, MIT Press, 2002, pp. 1, 3, *passim*. Unidades lingüísticas: HOBBS, Thomas, *De Corpore*. Opera Latina, ed. de Wilhelm Molesworth, London, 1839-45, Aalen, Scientia, 1961, I, II 9, pp. 17 y s., I, XXV 6, p. 322; HOBBS, Thomas, *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury*, ed. de Wilhelm Molesworth, London, Bohn, 1839-45, I, p. 20, en alemán: *Elemente der Philosophie*. Primera Parte: *Der Körper*, trad y ed. de Karl Schumann, Hamburg, Meiner, 1997, pp. 32 y s., p. 255; HOBBS, Thomas, *De Corpore*, *cit.*, V 8, pp. 53 y ss.:

prensiva, como es el fin de la filosofía, la tercera resulta ser la más fructífera: la interpretación mental de los conceptos, porque las representaciones mentales se encuentran entre las propiedades representadas y el lenguaje existente, relacionándose con ambas. Por ello, aparecen como el mejor medio para la obtención de una visión comprensiva de los objetos particulares y sus conexiones.

Junto al problema de la caracterización ontológica está la cuestión de cómo se pueden analizar los conceptos. El método tradicional de definición por medio del género próximo y la diferencia específica (*per genus proximum et differentiam specificam*)¹⁴ está sujeto a crítica, visto que presupone dudosas entidades ontológico-metafísicas como «genera» y «differentiae». Sin embargo, se puede reformular como la búsqueda de las condiciones relativamente necesarias de un concepto, que –podemos admitir– representan propiedades relativamente necesarias del fenómeno jurídico. Para Wittgenstein, como representante de un nominalismo estricto, las palabras –esto es, conceptos en su comprensión nominalista estricta– se entienden con ayuda de «parecidos de familia» entre sus diferentes características sin necesidad de una única como hilo conductor¹⁵. Esto no es una posibilidad excluyente que, no obstante, tiene el grave inconveniente de no permitir una delimitación relativamente clara de los conceptos particulares frente a otros conceptos, en base a sus características. Por ello, se puede aceptar sólo como la última y más débil posición alternativa.

El propio Wittgenstein, un famoso ejemplo, caracteriza de forma uniforme los juegos como «procesos», a pesar de toda diferencia en cuanto a sus propiedades; esto es, menciona una característica necesaria del concepto de «juego»¹⁶. Por eso, en base a una interpretación débil, pone en duda sólo la necesidad y la generalidad de las definiciones conceptuales por medio de características necesarias y suficientes,

«Sexto modo errant qui dicunt ideam alicujus rei esse universalem, tanquam esset in animo imago quaedam hominis quae nullius unius hominis esset, sed hominis simpliciter, quod est impossibile, nam idea omnis, et una est, et unius rei; decipiuntur autem in eo quod nomen rei pro idea ejus ponunt», en alemán, pp. 70 y ss.; WITTGENSTEIN, Ludwig, *Philosophische Untersuchungen*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1977, §§ 96, 383; QUINE, Willard Van Orman, *Word and Object*, New York, MIT Press, 1960, 3, 12, 161, 270 y ss. Para una exposición histórica comprensiva: WEITZ, Morris, *Theories of Concepts: a History of the Major Philosophical Tradition*, London, Routledge, 1988. Véase acerca del nominalismo estricto de *Hobbes*, VON DER PFORDTEN, Dietmar, «Thomas Hobbes» *Sprachphilosophie und ihre philosophie-historische Bedeutung*, *Logos*, 7, 2001, pp. 386-402.

¹⁴ ARISTÓTELES, *Metaphysik*, trad. y ed. alemana de Franz F. Schwarz, Stuttgart, Reclam, 1982, 1037b, pp. 29 y ss.

¹⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig, *Philosophische Untersuchungen*, cit., § 67.

¹⁶ WITTGENSTEIN, Ludwig, *Philosophische Untersuchungen*, cit., § 66: «Considera, por ejemplo, los procesos que denominamos «juegos». Me refiero a juegos de mesa, juegos de cartas, juegos de pelota, juegos de lucha, entre otros. ¿Qué es lo que tienen en común?...».

pero no la posibilidad de las características relativamente necesarias de los conceptos¹⁷. Si no se aceptase la posibilidad de características necesarias, entonces los conceptos no podrían cumplir su función como instrumentos de conocimiento de la realidad, por la ausencia de una clara delimitación en relación a otros conceptos. Aceptándose, sin embargo, que los conceptos pueden poseer condiciones fundamentales necesarias, no puede excluirse que un concepto se refiera a varias de tales condiciones necesarias. No obstante, si un concepto muestra varias condiciones necesarias, éstas pueden ser agrupadas. Si se encuentran varias condiciones necesarias para un concepto como el de derecho, su agrupamiento puede verse, al menos, como un progreso hacia una determinación necesaria y suficiente del objeto en cuestión; incluso aunque la consecución de tal determinación necesaria y suficiente y, con ello, la identidad o la menor equivalencia entre *definiendum* y *definiens* no pueda ser aceptada como segura o como demostrada más allá de una definición puramente especulativa como la de la matemática o la lógica¹⁸. Por lo tanto, se puede tratar sólo como un proceso de la mayor equiparación posible entre *definiens* y *definiendum*, en el que el mayor número posible y significativo de características necesarias sea agrupado, posibilitando la delimitación del fenómeno investigado progresivamente con otros fenómenos. El hecho de que el derecho sea un fenómeno social más que natural no excluye este procedimiento, pues en relación a los fenómenos sociales podemos también distinguir entre las propiedades relativamente necesarias y contingentes y, del mismo modo, en relación con las características conceptuales relativamente necesarias y contingentes.

¿Qué características necesarias pueden ser aceptadas para el concepto de derecho, que tal vez pueden conducir por medio de sus conexiones a su determinación necesaria y suficiente, por tanto, a su definición en una comprensión relativamente clarificadora?

6. EL FENÓMENO JURÍDICO

El derecho puede ser comprendido conceptualmente como derecho divino, natural o humano. En lo que sigue nos centraremos en el derecho humano¹⁹. Éste es menos un hecho *natural* y más un hecho *social*. Esta determinación, sin embargo, no es todavía muy aclaratoria, por-

¹⁷ Acerca de esta interpretación: WENNERBERG, Hjalmar, «The Concept of Family Resemblance in Wittgenstein's Later Philosophy», *Theoria*, 33, 1967, p. 110; SAVIGNY, Eike von, *Wittgenstein «Philosophische Untersuchungen». Ein Kommentar für Leser*, tomo 1. Frankfurt am Main, Klostermann, 1988, § 66, 3.

¹⁸ Esta última hipótesis ha sido postulada por KANT, Immanuel, *Kritik der reinen Vernunft*, cit., pp. 477 y ss.

¹⁹ RADBRUCH, Gustav, *Rechtsphilosophie*, ed. de Ralf Dreier y Stanley Paulson, 2.ª ed., Heidelberg, Müller, 2003, p. 11: «El derecho es una obra humana...».

que existen un gran número de hechos sociales como, por ejemplo, la opinión pública, el mercado de trabajo, el desarrollo de la población, etc. ¿Cómo se diferencia el derecho de estos hechos sociales? Un primer paso esencial consiste en observar que el derecho humano es necesariamente una forma de actuar humano en su sentido más amplio (incluyendo sus consecuencias previstas o, al menos, previsibles). El derecho es una acción humana desde dos puntos de vista: como fenómeno general y en todas sus manifestaciones particulares. Si un juez decide, entonces está actuando. Si un funcionario público realiza un acto administrativo, se trata de una acción humana. Si el Parlamento aprueba una ley, ejecuta una acción humana colectiva.

6.1 El derecho como acción humana

Siendo el derecho, conceptual y necesariamente, una acción humana, exige así que la comprensión de las características necesarias de la acción humana sean tomadas en consideración. ¿Cuáles son las propiedades necesarias de una acción humana? La acción humana comprende, al menos, dos características necesarias²⁰: un *fin* o una *intención*, y un *medio*, en sentido muy amplio, para obtener aquél como finalidad. Esto es válido para todas las acciones, aún cuando la elección de los medios sea muy reducida. El medio puede –en un sentido muy amplio– consistir también en la propia realización de la acción, como, por ejemplo, cuando alguien anda con el único fin de andar o mira con el único fin de mirar.

Un ejemplo de la necesidad de un fin para toda acción: si alguien levanta la mano, esto podría significar un saludo, el consentimiento a un contrato, un ejercicio gimnástico, una solicitud de permiso para hablar u otro tipo de acción. Todas éstas, desde el punto de vista externo, serían procesos idénticos de levantar la mano, diferenciándose sólo por los diferentes fines o intenciones; por ejemplo, cuando se pregunta al agente acerca de su fin, o cuando se considera la situación en que se realiza la acción: en la calle, levantar el brazo consiste no pocas veces en un saludo; en una subasta, el consentimiento a un contrato; en un gimnasio, un ejercicio gimnástico; en una conferencia, una petición para que le sea concedido la palabra. De otro lado, la acción de saludar a alguien se puede realizar a través de diferentes procesos externos, como cuando alguien saluda con el brazo, estrecha la mano de otro, da los buenos días, sonrío a otra persona, etc. Sobre el lenguaje como importante forma de actuar humano, Grice ha demos-

²⁰ Sobre la necesidad de un fin en toda acción, véase ARISTÓTELES, *Nikomachische Ethik*, trad. alemana de Franz Dirlmeier, Stuttgart, Reclam, 1980, 1094a1; SEARLE, John, *Intentionality: An Essay in The Philosophy of Mind*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 107 y ss. No todas las acciones tienen un único fin, pero las formas particulares de acciones como el derecho pueden ser determinadas de manera más precisa, por razones obvias, a través de un fin muy abstracto.

trado que la comprensión de una expresión no se puede reducir a sus procesos externos²¹.

Antes de presentar el intento de entender los fines y medios específicos del derecho, se debe investigar una posible objeción a la tesis de que el derecho se comprende, sobre todo, como una acción humana, en sentido muy amplio, incluyendo fines y medios. No pocas veces, es admisible caracterizar al derecho como *ordenamiento*, *sistema*, *institución* u *organización*²². Respecto a ello se puede decir lo siguiente.

En primer lugar, el «ordenamiento» o el «sistema» valen para el derecho desde que es concebido como una caracterización muy abstracta de múltiples elementos y relaciones. Sin embargo, el viento y las nubes forman también un «ordenamiento» o un «sistema» de múltiples elementos y relaciones. La especificidad concreta del derecho humano como acción humana directamente no entra dentro de esa caracterización. Todos los entendimientos específicos de «sistema», especialmente los sociológicos, que caracterizan al derecho como una parte especial de la sociedad, son razonables, pero no pueden conducir a una perspectiva filosófica comprensiva del derecho.

En segundo lugar, la «acción humana» es en cierto modo un concepto natural del día a día. También se encuentra fuera de determinadas sociedades y teorías científicas. Es un concepto de la vida cotidiana. Todo hombre capaz de juzgar entiende fundamentalmente lo que es una acción humana, por ejemplo, en oposición a un mero reflejo o a un acontecimiento puro de la naturaleza. Por contrapartida, los conceptos de institución, organización o sistema, además del significado de «ordenamiento», son conceptos artificiales y teóricos, en particular sociológicos. Parece muy insatisfactorio explicar un concepto relativamente abstracto, pero más todavía uno establecido de hecho como el de derecho por medio de semejantes conceptos vagos, artificiales, carentes de definición y, en cierto modo, meramente teóricos; en tanto que se busca una visión filosófica comprensiva sobre el derecho y no una de tipo sociológico limitada sobre la relación entre el derecho y la sociedad.

En tercer lugar, conceptos sociológicos como sistema en sentido estricto e institución se comprenden frecuentemente –aunque quizás no siempre– como descripción de unos fenómenos sociales, que no son resultado de acciones humanas dirigidas a un fin. Definiéndose el derecho como un sistema o una institución, se corre el peligro –en cualquier caso, de una posible y común comprensión de estos conceptos– de olvidar su aspecto decisivo como es la dimensión de la acción

²¹ GRICE, Paul, *Studies in the Ways of Words*, Cambridge, Harvard University Press, 1989, p. 219.

²² Sobre el concepto de instituciones, LEWELLYN, Karl Nickerson, *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, Chicago, University of Chicago Press, 1962, pp. 233-242. Acerca del concepto de sistema: LUHMANN, Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1993; TEUBNER, Günter, *Recht als auto-poietisches System*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1989.

humana y, con ello, la condición fundamental de su fin y de sus medios. Desde una perspectiva sociológica, el fin del derecho puede carecer de interés. Semejante perspectiva sociológica acerca del derecho puede quizá, en razón de su punto de vista, limitarse a los efectos causales y/o a las funciones sociales del derecho. Y también para la descripción aislada de las regulaciones abstractas del derecho, por medio de una teoría general del derecho o de una teoría pura del derecho, no es esencial remitirse al fin específico del derecho. Un tipo de punto de vista focalizado puede ser quizás suficiente para la descripción de los medios del derecho; esto es, de sus reglas, normas y principios. Sin embargo, para una investigación filosófica del derecho, no es posible este tipo de reduccionismos.

6.2 Fines y medios de la acción humana

A partir del hecho de que el derecho como un tipo de acción humana, en sentido muy amplio, tiene fines necesarios, no se puede concluir aún que todas las acciones singulares del derecho persigan necesariamente un fin específico *idéntico* o al menos semejante. Así se puede observar como característica necesaria del concepto de derecho en todos los ordenamientos jurídicos, un mismo fin o, al menos, un fin específico semejante²³. ¿Cómo se puede fundamentar este siguiente paso esencial? Una posible respuesta sería: los conceptos son sólo útiles como instrumentos del conocimiento del mundo en cuanto son diferenciables. En caso de que se quiera diferenciar el concepto de una forma específica de la acción humana como la producción jurídica o el resultado previsto o, por lo menos, previsible de ésta. De este modo, el derecho, desde un concepto amplio de acción humana, necesita entonces de un fin. No es posible basar la distinción sólo en los medios, pues los mismos medios pueden ser establecidos –en todos los casos conocidos– para alcanzar diferentes fines. Las reglas y las normas no son, por ejemplo, utilizadas solamente en el derecho como medios, sino también en la moral, la religión, la política, la técnica, la medicina, las convenciones no morales, etc.

La aceptación de un fin idéntico y específico para la producción singular del derecho no implica que se trate de un fin *común* impuesto a todos los creadores de derecho, tal y como se podría aceptar por ejemplo en una empresa o en una comunidad religiosa. Un parlamentario, juez o funcionario de la Administración concreto persiguen con su producción jurídica un fin específico idéntico; pero todos los parlamentarios, jueces y funcionarios de la Administración no hacen esto

²³ Se puede cuestionar si, desde la postura de un nominalismo estricto, la aceptación de uno de estos tipos idénticos o, por lo menos, de fines semejantes excluye a todo creador de derecho. Si las palabras abstractas o los fines humanos son, al menos, en principio posibles, no puede ser este necesariamente el caso.

conjuntamente, porque carecen del conocimiento y la voluntad de este tipo de búsqueda colectiva del fin.

La adopción de un fin idéntico y específico para todas las producciones jurídicas no excluye que cada operador jurídico, *complementariamente*, persiga fines subjetivos no específicos con su producción jurídica. Un parlamentario concreto parece poder satisfacer, al mismo tiempo, los intereses de sus electores; un juez, a título individual, puede buscar no frustrar las expectativas de sus oyentes; un funcionario de la Administración quiere aparentar ser competente.

Para algunas acciones humanas, incluidos sus resultados, un fin específico no sólo es necesario, sino que incluso suficiente para encuadrarlos en otras acciones. La producción de una silla, por ejemplo, ya se define por su fin; es decir, proporcionar a través de un artefacto que una persona, y sólo una, se sienta. La forma y el material de la silla no son específicos para la determinación conceptual. La silla puede tener tres, cuatro o cinco patas. Puede ser de madera, hierro, piedra o plástico. Y los medios necesarios para su fabricación son válidos para todos los artefactos.

¿Tiene el derecho, como una forma de acción humana, también semejante fin necesario y suficiente en toda acción particular y en la práctica en su conjunto? La tesis aquí defendida afirma que el fin específico del derecho es, para su determinación conceptual, *necesario, pero no suficiente*. El fin no es así suficiente para delimitar el derecho de otros hechos sociales con fines comparables como los de la moral o la política. Es por ello indispensable, referirse también a los medios necesarios y específicos del derecho como finalidad para la explicación conceptual. De tal manera, tropezamos con la definición de derecho que se torna difícil y controvertida, dificultad que ya Kant percibía con ironía: «Los juristas buscan todavía una definición para su concepto de derecho»²⁴.

Una primera respuesta a la pregunta «qué es el derecho» dice así para el derecho humano: el derecho es una acción humana en un sentido muy amplio. Por lo tanto, sólo puede ser entendida a través de su finalidad y sus medios específicos. Si se intenta reducir la comprensión del derecho, o a su fin o a sus medios, esto no puede conducir a una visión filosófica comprensiva sobre el derecho, sino en todo caso a un conocimiento de algún aspecto parcial.

Aquellos que aceptan que existe un derecho divino suponen también, posiblemente, que Dios, con este derecho divino, persigue un determinado fin y establece determinados medios (por lo menos, algunos de ese derecho divino). Decisivo para la comprensión del derecho divino es, de este modo, también su fin o finalidad y sus medios. Lo mismo se aplica para la aceptación de un posible derecho natural, el cual a menudo se basa en una concepción teleológica del mundo. Es

²⁴ KANT, Immanuel, *Kritik der reinen Vernunft*, cit., p. 479.

válido lo siguiente para toda forma concebible del derecho: para la comprensión del concepto de derecho son necesarios su fin y sus medios.

7. FINES Y MEDIOS DEL DERECHO

En la historia de la filosofía del derecho, la concepción acerca del significado de los fines y los medios del derecho se transforma de manera dramática. Es útil demostrar estos cambios dramáticos, a fin de obtener una comprensión adecuada del derecho.

7.1 De la Antigüedad al siglo XVIII

Desde el inicio del filosofar en la Antigüedad, incluso en la Baja Edad Media, el derecho fue delimitado, en contraposición a otros fenómenos, por medio de sus fines específicos. Para Platón y Aristóteles, el fin del derecho y de la política era el *bien*, explicado de manera más detallada como *justicia* y, especialmente en Aristóteles, como *felicidad (eudemonía)* y *bien común*²⁵. Los medios no jugaban ningún papel decisivo. Igualmente Cicerón resaltó la justicia como fin del derecho²⁶. Aquino definió el derecho como una disposición de la razón para el *bien común*, aquello que fue promulgado y dado a conocer por el que asume la preocupación por la comunidad²⁷. El fin, según ello, es el *bien común*, y el medio la disposición y la promulgación. Aquino menciona también la *justicia* como fin del derecho positivo²⁸.

En el siglo XVII comenzó a desaparecer la acentuación de un fin específico del derecho. El bien, la justicia, la felicidad y el bien común no serían más vistos como fin primordial del derecho y de la política. Por contrapartida, los medios serían cada vez más importantes. Thomas Hobbes sugirió ya un fin fuertemente reducido, pero continuamente específico y uniforme para el derecho y la política: la *autoconservación*²⁹. Sin embargo, él coloca ya el medio de la *orden* en el centro para la determinación del derecho³⁰. Locke acepta como fin específico de la política y el derecho la *preservación de la propiedad*; a decir verdad, comprendida en un sentido amplio, el cual incluía

²⁵ PLATÓN, *Politeia*, cit., 327a1, 433a y ss.; ARISTÓTELES, *Nikomachische Ethik*, cit., I 1, 1094a, V 1 y ss., 1129a y ss.; ARISTÓTELES, *Politik*, cit., 1328a36.

²⁶ CICERÓN, Marco Tulio, *De Legibus*, Stuttgart, Reclam, 1979, I, 29.

²⁷ AQUINO, Tomás de, *Summa Theologiae*, II-I, Mainz, Peter Schöffer, 1471, p. 90. En la *quaestio* estos cuatro elementos son cada vez más desarrollados. La definición se resume al final de la respuesta al artículo 4.

²⁸ AQUINO, Tomás de, *Summa Theologiae*, II-II, Mainz, Peter Schöffer, 1467, p. 57 y ss.

²⁹ HOBBS, Thomas, *Leviathan*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, cap. 17, 1.

³⁰ HOBBS, Thomas, *Leviathan*, cit., cap. 26, 1.

tanto la vida y la libertad como los bienes materiales³¹. Los utilitaristas partían también de un fin específico del derecho, pero de una forma reducida: la *maximización de la felicidad*, entendida como un perfeccionamiento colectivo de los estados individuales y contingentes de placer y dolor³². Kant define el derecho, con la vista puesta en un fin liberal y más delimitado, como *el conjunto de las condiciones bajo las cuales el arbitrio del uno con el arbitrio del otro puede conciliarse según una ley universal de la libertad*³³. Para Hegel el fin del derecho es la libertad, sin embargo, no en el sentido liberal kantiano de libertad exterior de hacer, sino en un sentido moral-objetivo y comunitario³⁴.

7.2 En los siglos XIX y XX

En los siglos XIX y XX se mantuvo el escepticismo frente a los fines necesarios, el relativismo axiológico y, en general, el positivismo teórico-científico, renunciando a los fines específicos del derecho y apoyando su comprensión prácticamente centrada en los medios. En Inglaterra, John Austin caracteriza el derecho como *orden respaldado por amenazas*³⁵. En Alemania, Rudolf von Jhering define el derecho de manera puramente formal, a saber, como *conjunto de normas válidas dotadas de coacción en un Estado*³⁶. Norma y coacción eran para él los medios para determinar el derecho. Jhering señaló, sin embargo, un objetivo del derecho, a pesar de que su carácter relativo y menos específico: *la seguridad de las condiciones de vida de la sociedad*³⁷.

³¹ LOCKE, John, *Two Treatises of Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, Second Treatise §§ 3, 6, 7, 123 y 124.

³² BENTHAM, Jeremy, *The Principles of Morals and Legislation*, Buffalo, Prometheus Books, 1988, cap. 1, I, pp. 1 y ss.

³³ KANT, Immanuel, *Metaphysik der Sitten. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, tomo VI. Edición de la Academia de Ciencias, Berlin, Reimer, 1907, § B, p. 230.

³⁴ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, tomo 7. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1970, § 40, p. 98: «El derecho es en primer lugar la existencia concreta inmediata que se da la libertad de un modo inmediato», § 4, p. 46: «El terreno del derecho es en general lo *espiritual*, y su lugar más próximo y su punto de partida la *voluntad*, que es libre, de modo que la libertad constituye su sustancia y determinación, y el sistema del derecho es el reino de la libertad efectivamente realizada, el mundo del espíritu surgido del espíritu mismo como una segunda naturaleza». Nota del traductor: se toma para la traducción del alemán la edición española de María del Carmen Paredes Martín, «Líneas fundamentales de filosofía del derecho», en *Hegel II*, Madrid, Gredos, 2010, pp. 65 y 38, respectivamente.

³⁵ AUSTIN, John, *op. cit.*, pp. 12, 21-37.

³⁶ JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, vol. 1, 3.^a ed., Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1893, p. 320.

³⁷ JHERING, Rudolf von, *op. cit.*, p. 443. En la página 446, él insiste en la relatividad de la acción finalística. En la página 511, las dos determinaciones aparecen entonces combinadas.

Hans Kelsen no menciona ningún fin específico del derecho. En su teoría el derecho está determinado exclusivamente por medio de sus medios particulares: por medio de la formación de un sistema jerárquico y dinámico de normas, que confieren validez a todas las demás normas inferiores con una norma fundamental como último fundamento unificador de validez³⁸. Respecto de otros ordenamientos normativos sociales como la moral, el derecho sólo se diferenciará por medio de sus medios específicos: a través de la aplicación necesaria de la coacción, la cual asegura el cumplimiento de la norma, y por medio de su característica de ser un sistema dinámico. Por tanto, su validez jerárquica no está basada en una concordancia de contenido, sino sólo en autorizaciones formales³⁹.

H. L. A. Hart observa el punto de vista decisivo del derecho moderno desarrollado, el «corazón de un sistema jurídico», igualmente tan solo en los medios, y a decir verdad en un sistema de reglas primarias y secundarias⁴⁰. Él trabaja con tres tipos de reglas secundarias: reglas de cambio, reglas de adjudicación y reglas de reconocimiento (*rules of recognition*). La regla de reconocimiento de un determinado sistema jurídico es el medio necesario para identificar las demás reglas del derecho⁴¹. Un fin del derecho se menciona por él solo *en passant* como un fin muy indeterminado, que muchas otras acciones humanas también persiguen: «I think it quite vain to seek any more specific purpose which law as such serves beyond providing guides to human conduct and standards of criticisms of such conduct»⁴².

Joseph Raz renuncia, en su definición de derecho, a la exigencia de un sistema de reglas en dos planos y considera a la «autoridad» como factor decisivo⁴³. Sin embargo, la «autoridad» es tan sólo un medio como lo son los mandatos, las reglas, las sanciones, etc. Nadie aceptaría la autoridad como fin último universal del derecho en general o de sus manifestaciones singulares en particular.

Ronald Dworkin es sin duda el teórico anglosajón de la segunda mitad del siglo xx, para el que los fines del derecho juegan el papel más fuerte y, por ello, son especialmente importantes. Su famosa diferenciación entre reglas y principios es, de hecho, fundamentalmente sólo una diferenciación entre medios, porque se trata sólo de dos tipos diferentes de reglas como medios: reglas del todo o nada o reglas pon-

³⁸ KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., Wien, Deuticke, 1960, pp. 3 y ss., 196 y ss.

³⁹ KELSEN, Hans, *op. cit.*, pp. 34 y ss.

⁴⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus, *The Concept of Law*, 2.^a ed. Oxford, Oxford University Press, 1997, p. 98.

⁴¹ HART, Herbert Lionel Adolphus, *op. cit.*, p. 79.

⁴² HART, Herbert Lionel Adolphus, *op. cit.*, p. 249.

⁴³ RAZ, Joseph, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Clarendon, Oxford, 1979, p. 43: «Put in a nutshell, it (law) is a system of guidance and adjudication claiming supreme authority within a certain society and therefore, where efficacious, also enjoying such effective authority».

derativas⁴⁴. Por medio de los principios, los fines morales necesarios encuentran, no obstante, al menos entrada en el derecho. En sus primeros trabajos, Dworkin no ha propuesto un fin particular, específico en cuanto al contenido, como condición necesaria para el concepto de derecho. Posteriormente, pone el valor de la igual consideración (*equal concern*) o la equidad (*equality*) en el centro de la ética, pero caracterizando este valor sólo como ideal superior de la *política* o de un gobierno legítimo⁴⁵. En su obra *Law's Empire*, él introduce después, al lado de la justicia y la imparcialidad, un tercer valor específico o una tercera convicción específica del legislador y aplicador del derecho como es la *integridad* en el sentido de la coherencia de la totalidad comprensiva del derecho en un ordenamiento jurídico⁴⁶. Entre tanto, él no afirma que este valor, es decir, esta convicción de la integridad consista en un fin *necesario* de todo derecho y, con eso, una condición necesaria del derecho. Se trata más de un «ideal» ético de coherencia, el cual *debe* ser aceptado por las comunidades políticas, los legisladores y los aplicadores del derecho⁴⁷. Por lo demás, la integridad sería contemplada no sólo como un ideal ético del derecho bueno y justo, sino como necesidad conceptual del fenómeno jurídico, siendo esta hipótesis demasiado fuerte. Difícilmente se podrá sostener que todas las culturas y sociedades anhelan el fin de la integridad del derecho como coherencia de la totalidad comprensiva.

Uno de los pocos filósofos del derecho del siglo xx que formuló un fin específico para el derecho y que, por tanto, merece atención especial, fue Gustav Radbruch⁴⁸. A su retorno a la tradición premoderna, Radbruch vio nuevamente la «idea» del derecho o la *justicia* como un fin necesario⁴⁹. Justicia, en sentido amplio, que comprende dentro de ella tres fines⁵⁰: justicia en el sentido de igualdad formal, adecuación a fin y seguridad jurídica. Esta explicación acerca de la justicia general resulta, sin embargo, poco convincente, puesto que la seguridad jurídica es un fin intermedio, relativamente concreto y además subordinado, o

⁴⁴ DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977, pp. 22 y ss., 71 y ss.

⁴⁵ DWORKIN, Ronald, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2000, p. 1.

⁴⁶ DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, cit., pp. 166 y ss., 176 y ss.

⁴⁷ DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, cit., pp. 176, 189, 214 y s., 218.

⁴⁸ Su discípulo Arthur Kaufmann le siguió en la aceptación de ese fin. Véase KAUFMANN, Arthur, *Rechtsphilosophie*, 2.ª ed., München, Beck, 1997, pp. 135 y ss. Hermann Kantorowicz, un amigo de Radbruch, defiende, de manera poco consistente, una definición con un fin y luego otra sin él: «El derecho es un conjunto de reglas, que tienen por objeto evitar o resolver las controversias conforme al ordenamiento», KANTOROWICZ, Hermann, *Der Begriff des Rechts*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1963, p. 29, y «el derecho es un conjunto de reglas, que prescriben conductas externas y son vistas como justiciables».

⁴⁹ RADBRUCH, Gustav, *Rechtsphilosophie*, ed. de Ralf Dreier y Stanley Paulson, 2.ª ed., Heidelberg, Müller, 2003, pp. 34 y ss.

⁵⁰ RADBRUCH, Gustav, *op. cit.*, pp. 54 y ss., 73 y ss.

en comparación con el fin principal de la justicia que es más bien un medio, en cuanto que la adecuación a fin es más abstracta e indeterminada. De hecho, la adecuación a fin remite a la mencionada condición necesaria toda acción humana, no sólo del derecho: la persecución de un fin. La justicia en el sentido de igualdad formal –el primer fin dentro de la justicia en sentido amplio– y quizás incluso la justicia en este sentido podría ser tal fin. Por eso es necesario identificar los fines específicos. La explicación de Radbruch acerca de la justicia en sentido amplio, con ayuda base de las tres partes mencionadas, resulta así insatisfactoria, porque muchos elementos distintos de la relación medio a fin son asociados sin que se tome una clara referencia a esta relación.

7.3 Consecuencias

¿Qué consecuencias se pueden extraer de estos diferentes intentos de encontrar un fin específico del derecho o de renunciar a él? Resulta imprescindible buscar un fin del derecho que satisfaga dos exigencias: no puede ser demasiado abstracto, en caso contrario permanece indeterminado como fin necesario del derecho en comparación con otras acciones humanas; por tanto, sin fuerza diferenciadora. Lo dicho por Hart de que el derecho «rige la conducta humana» es, a decir verdad, cierto, pero es en tal medida como fin demasiado abstracto. Cualquier cosa dirige las conductas humanas: edad, calles, amistades, relaciones con el clima, etc. Simultáneamente, el fin buscado no puede ser demasiado específico. Tiene que ser característico de todas las formas del derecho; por tanto, constituye una condición necesaria del concepto de derecho. El bien, la justicia o la igualdad, en un sentido sustancial, no pueden por eso ser el fin de cualquier derecho. Pues por un lado el bien, la justicia y la igualdad fueron y serán comprendidos de forma muy diferente; por otro, partimos de que el derecho no es bueno, luego es malo o no justo, injusto, o no igualitario, desigual, pero sigue siendo derecho.

La identificación de un fin único del derecho es, sin embargo, necesaria. No se puede comprender el derecho sólo por sus medios, porque todos los tipos propuestos de medios pueden ser también medios de sistemas no jurídicos. Esto es evidente con respecto a los mandatos, las normas y las sanciones. Sin embargo, también es válido para el sistema de dos planos de reglas de Hart: se admite que la señora X era una figura central en la burguesía del siglo XIX. Las reglas, que eran válidas en su salón, eran las reglas de los pertenecientes a la clase alta de la sociedad de su tiempo. En este caso, hay un sistema de dos planos de reglas con una regla de reconocimiento: las reglas, las cuales son válidas por medio de la señora X, fueron aceptadas como las reglas válidas para los parisinos de clase alta de aquel tiempo. Este sistema se asemeja al sistema de reglas primarias y secundarias, según fue propuesto por Hart como característico para el derecho moderno. Nosotros, sin embargo, no veríamos como derecho el sistema de

reglas de la señora X. El ejemplo demuestra que la diferencia entre reglas primarias y secundarias no es suficiente para el derecho.

¿Pero es ella al menos necesaria? Uno puede imaginar una sociedad tribal muy sencilla, en la que sin ningún tipo de obligación sistemática de vez en cuando los miembros, sin pedirlo previamente ninguno de ellos, median categórica y formalmente, en caso de divergencia de opiniones, de modo y manera similar a como lo hace el juez. En otros casos, los miembros de esta sociedad resuelven sus conflictos con ayuda de un acuerdo categórico formal. Bien se podría mirar como derecho estos simples hechos sociales o acciones humanas. Sin embargo, más allá del mero concepto, no existe en tales casos una regla de reconocimiento generalmente aceptada para considerar cuál de estos fenómenos es derecho y cuál no. Esto significa que la diferenciación entre reglas primarias y secundarias no es necesaria para el concepto de derecho. Hart quizá objetaría que el sistema de la señora X no es un sistema político o estatal⁵¹. Sin embargo, también se contemplan como derecho las normas de las comunidades religiosas, de asociaciones privadas, y la adjudicación de dominios de Internet, sin ser político o estatal. Y el derecho internacional es a decir verdad político, pero no estatal. Así Hart describe con el sistema de reglas en dos niveles sólo una propiedad largamente extendida, pero igualmente contingente de los modernos sistemas jurídicos desarrollados. No se trata, sin embargo, de una propiedad necesaria del derecho en todos los períodos y culturas imaginables. Él propone una comprensión del derecho que –en el sentido literal de las palabras– podría ser una «sociología descriptiva»⁵²; una comprensión que tiene un gran valor como descripción sociológica de los modernos sistemas jurídicos desarrollados, pero que no puede sustituir a una perspectiva filosófica acerca del derecho.

¿Qué puede ser visto entonces como un fin necesario del derecho? La respuesta a esta pregunta encuentra naturalmente grandes dificultades, tanto en lo referente a la existencia de un posible derecho divino o derecho natural como fenómenos trascendentes, porque nosotros no podemos reconocer posibles fines últimos de Dios o de la naturaleza. Puesto que se actúa, sin embargo, también con relación a estos derechos –en tanto que existan– como derecho para los hombres, quizá se puede aceptar que sus fines y medios son, al menos, comparables con los fines y los medios del derecho humano.

8. EL FIN NECESARIO DEL DERECHO

El derecho posee –conforme a la tesis aquí defendida– como fin necesario y, de esta manera, característica necesaria de su concepto, *el fin de la mediación entre aspiraciones posiblemente opuestas y conflictivas*.

⁵¹ HART, Herbert Lionel Adolphus, *op. cit.*, pp. 239 y 240.

⁵² HART, Herbert Lionel Adolphus, *op. cit.*, p. 6.

La Constitución media, por ejemplo, entre las expectativas vitales fundamentales de las personas, las leyes entre diferentes intereses generales, las sentencias de los jueces entre los intereses particulares en conflicto, los actos administrativos de los funcionarios entre la voluntad concreta de los ciudadanos particulares y los intereses de la generalidad.

Tienen que diferenciarse cuatro elementos del fin conceptual necesario en base a la definición arriba indicada: 1) Al menos dos aspiraciones o intereses posibles, que 2) puedan considerarse opuestos y entre los cuales 3) exista una posibilidad de conflicto, así como 4) una mediación realmente intencionada⁵³. Cada uno de estos elementos precisa de explicación.

8.1 Aspiraciones o intereses posibles

Las expresiones «aspiración» (*Belang*) e «interés» (*Interesse*) son usadas aquí como sinónimas. Ellas no deben ser comprendidas, de manera reducida, en un sentido egoísta o económico. Una importante aspiración consiste, por ejemplo, en la voluntad de enviar a los propios hijos a una buena escuela. Las aspiraciones no precisan ser reales para provocar la mediación por medio del derecho. Es suficiente la mera *posibilidad* de su surgimiento como, por ejemplo, los intereses de futuras generaciones como punto de partida del fin de la mediación. El concepto de interés o aspiración se abstrae de las propiedades concretas de las entidades que deben ser consideradas. Interesa tomar en consideración cuatro de estas propiedades inmanentes a los seres vivos: *propensiones*, *necesidades*, *deseos* y *fines* de todas las entidades, las cuales puedan ser portadoras de intereses. Estas cuatro propiedades forman una especie de *continuum* entre una pura determinación corporal y una mental. Propensiones de nuestro cuerpo como las del sistema inmunológico son puramente corporales. Necesidades como las de dormir, comer, beber, calor y protección son corporales, pero más influenciadas por la voluntad. Los deseos tienen, y no raramente,

⁵³ Si se busca en consideraciones anteriores, se muestra probablemente en algunos pasajes de Rudolf von Jhering y Philipp Heck. En Rudolf von JHERING, *Der Kampf ums Recht*, Wien, Manz, 1872, pp. 11 y ss., los antagonismos de los intereses sociales deben conducir a disposiciones legales determinadas. Esta comprensión del derecho, sin embargo, está muy basada en lo socialdarwinista en el sentido de la descripción de una «lucha» y, en vista de lo anterior, los otros tipos de intentos de una definición del derecho en Jhering no tienen una determinación conceptual real. En Philipp HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1932, p. 4, se trata de manera relativamente vaga, el legislador quiso delimitar los intereses vitales en conflicto de unos contra otros. Véase también sobre el fin de la solución al conflicto, SEELMANN, Kurt, *Rechtsphilosophie*, 4.^a ed., München, Beck, 2007, pp. 20 y ss. Objetivamente, se podría interpretar de esta manera el concepto de paz. Sin embargo, el concepto usual de paz es muy vago y no expresa del mismo modo la idea de antagonismo de los intereses.

un origen corporal, pero son sobre todo mentales y también pueden ser completamente reprimidos, como el deseo de leer un libro. Los fines son puramente mentales como el fin de desarrollar una posible buena teoría del derecho. Entidades colectivas y ficticias como las personas jurídicas no pueden, en virtud de la inexistencia de un cuerpo, desarrollar propensiones, necesidades o deseos. A ellas sólo se les pueden atribuir fines establecidos por sus representantes naturales.

Las aspiraciones son tanto *objetivas* como *subjetivas*. En atención a este punto de vista, existe más un *continuum*, el cual presenta relevancia práctica especialmente en la bioética y la ética médica: se tiene en cuenta inmediatamente la voluntad efectiva concreta. Si esto no es posible, se torna necesario tomar en consideración la voluntad efectiva abstracta. El tercer paso sería tomar en consideración la voluntad efectiva pretérita como en el caso de una persona inconsciente, teniendo en mente medidas de salvamento o tratamientos médicos generales. Si este tipo de voluntad efectiva pretérita no existe o no es reconocida, se tiene que averiguar, en un cuarto paso, la voluntad presunta de la persona y, finalmente, en un quinto y último paso, la voluntad presunta de una persona semejante.

Un cierto grado de autonomía es indispensable para cualquier aspiración o interés jurídico necesitado de mediación. Ésta es de hecho la razón por la que no consideramos las reglas del juego como derecho, a pesar de su indiscutible labor de mediación. El juego es en sí mismo suficiente y no tiene finalidades externas necesarias. Las finalidades internas están sólo relacionados con el juego, de modo que los deseos y los fines de los jugadores están puramente relacionados con el juego y por eso no logran el grado de autonomía necesario para mediar aspiraciones jurídicas. Uno que se toma en serio un juego malinterpreta su carácter lúdico. Por ello, el árbitro (*Schiedsrichter*) de un juego no dice el derecho, aunque el sufijo «juez»⁵⁴ indique la similitud de su actividad de mediación con el verdadero juez. Frente a ello, más allá de los juegos, un tribunal de arbitraje puede producir muy bien derecho.

8.2 Posible contradicción

Las aspiraciones tienen que ser, de una u otra manera, potencialmente opuestas; esto significa, que no deben coincidir con seguridad a la perfección. En caso de coincidir no existe ni la posibilidad ni la razón para una mediación por medio del derecho. De nuevo es suficiente una mera *posibilidad* de contradicción como, por ejemplo, la posible contradicción entre aspiraciones de personas vivas entre sí o con generaciones futuras.

⁵⁴ Nota del traductor: el autor juega con el sufijo «-richter» de la palabra compuesta *Schiedsrichter* (literalmente, juez que separa), que en la traducción española pierde su sentido al ser una palabra simple.

8.3 Posibilidad de un conflicto

Igualmente, dos intereses opuestos sólo pueden entrar en conflicto entre ellos, o de manera más precisa, si hay posibilidad y motivo para una mediación entre esos intereses por parte del derecho. Por ejemplo, un veraneante quiere que brille el sol y el agricultor que llueva. Dado que el tiempo no es influenciado localmente, no se puede dar ningún conflicto entre sus aspiraciones opuestas. Una mediación por medio del derecho no es posible ni necesaria.

8.4 Mediación

Al contrario que las tres primeras exigencias, la mediación no debe ser sólo una mera posibilidad. Más bien tiene que ser real; esto quiere decir que se aspire efectivamente a ella, puesto que el derecho es en sí una forma de realidad y no sólo de virtualidad. ¿Qué significa la «mediación»? El derecho tiene que buscar una decisión reflexionada; esto es, una decisión que tenga en consideración, al menos, los intereses opuestos y sus titulares. Esto significa que la mediación no precisa ser buena, justa o igualitaria en un sentido exigente y perfeccionista. La condición necesaria es únicamente que los titulares de los intereses posiblemente afectados y sus respectivos intereses sean tomados en consideración de una forma u otra. El hecho de matar, el acuerdo para matar y la orden para matar –si no son resultado de un proceso judicial y con ello de una mediación– no pueden considerarse derecho, porque no implican ninguna consideración hacia los afectados y sus intereses; de ninguna manera hay mediación entre los intereses actuales o posibles opuestos de los afectados y de los asesinos en semejantes acciones. Por eso, los asesinatos en periodo de guerra no son conforme a derecho, pudiendo naturalmente estar permitidos bajo el punto de vista del derecho internacional y justificados desde el plano ético, por ejemplo, como medio de defensa propia. Del mismo modo, por razones conceptuales, la exclusión total y la privación de derechos de gran parte de la población no pueden ser consideradas derecho. En cuanto al viejo «derecho» de los esclavos, su calificación como derecho dependía de observar si los intereses de los esclavos habían sido tenidos en cuenta, aunque fuera mínimamente.

La exigencia aquí formulada, en relación al derecho, es relativamente abstracta y débil. El derecho no tiene como fin necesario el cumplimiento de todas o, incluso, sólo de las consecuencias centrales de la moral o la ética. Sin embargo, él posee un único fin, estricto, conceptual, relativo y necesario, sin el cual un hecho no puede ser identificado como derecho. Si se quiere, se puede caracterizar este fin estricto como «justicia» en un sentido muy débil. Dando por supuesto que no se entiende como un criterio ético sino como un ingrediente conceptualmente necesario del concepto de derecho.

¿Cómo se puede constatar si una acción, de hecho, sirve para este fin de la mediación entre intereses potencialmente opuestos y conflictivos? Ésta es una cuestión pragmática y epistémica. Las fuentes esenciales de esta constatación son las intenciones empíricamente reconocibles del que realiza la acción, su conducta efectiva, el resultado pragmático de su acción; por ejemplo, la referencia a otros derechos de esa acción y, finalmente, la aprobación y aceptación de otros miembros de la sociedad en la cual se produce la acción en cuestión.

De la misma manera, normas que parecen puramente descriptivas como la decisión sobre los colores de la bandera nacional o la capital del Estado por ley, un decreto o acto administrativo pueden mediar entre aspiraciones actuales o, al menos, potencialmente opuestas y conflictivas. Pues antes de que se estableciera legalmente una bandera nacional o una capital, no es raro que compitan o compitieran algunos ciudadanos, nobles o grupos con sus banderas regionales y políticas, y muchas ciudades por medio de sus representantes. La decisión de cuál es supone una mediación entre los diversos competidores evitando conflictos.

El fin necesario del derecho aquí propuesto es menos exigente que la fórmula de Radbruch⁵⁵. No se niega ni la validez de la norma jurídica cuando la contradicción con la justicia sea «insoportable» (primera parte), ni la de su propia naturaleza jurídica, cuando no se aspire a la justicia por parte de los creadores de derecho en sentido fuerte (segunda parte). Sin embargo, igual que las fuertes exigencias de la fórmula de Radbruch, desde una perspectiva teórico-jurídica, no pueden ser vistas como condiciones necesarias del concepto de derecho. Naturalmente, se habla por tanto desde una perspectiva ética, incorporándola al derecho. Por motivos éticos, el derecho tiene que aspirar a mucho más de lo que la delimitación conceptual identifica como sus características distintivas respecto de otros fenómenos sociales con ayuda del fin relativamente amplio de la mediación entre intereses opuestos. Tenemos que buscar el derecho bueno y justo, pero las fuertes exigencias éticas relacionadas con el derecho tienen que ser diferenciadas cuidadosamente de la determinación conceptual del fenómeno jurídico.

⁵⁵ RADBRUCH, Gustav, «Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht», en *Rechtsphilosophie*, cit., p. 216: «El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debió resolverse con la primacía del derecho positivo sancionado por el poder, aun cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, a menos que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una proporción tan insoportable, que deba considerarse “derecho incorrecto” para tener que ceder el paso a la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de antijuricidad legal y de las leyes válidas a pesar de su contenido incorrecto; pero otro límite podrá distinguirse con toda claridad: donde nunca se procuró la justicia, donde la igualdad que integra el núcleo de la justicia se negó de manera consciente a la regulación del derecho positivo, de ahí que la ley no fuera acaso sólo “derecho incorrecto”, sino más bien privada de la naturaleza jurídica».

9. LOS MEDIOS NECESARIOS DEL DERECHO

Con ayuda del fin de la mediación entre aspiraciones potencialmente opuestas y conflictivas, se puede separar el derecho de otras muchas acciones o hechos sociales. Algunos hechos sociales son, sin embargo, también acciones en sentido muy amplio y poseen el mismo o, al menos, un fin necesario conceptualmente semejante. Esto vale, especialmente, para la moral, la política, la religión y las convenciones no morales. En relación a estas acciones sociales con un fin igual o, al menos, semejante, el derecho puede ser diferenciado solamente en referencia a sus medios necesarios. Sin embargo, no todos los medios necesarios son adecuados para este propósito. El derecho emplea medios que también utilizan las demás acciones sociales, que sirven al fin de la mediación entre intereses potencialmente opuestos y conflictivos, simplemente por el hecho de que la pretendida mediación presupone de hecho la utilización de tales medios. Los dos medios esenciales de este tipo son el *pensamiento* y el *lenguaje*. Simplemente, no es posible imaginar cómo se puede mediar entre intereses conflictivos sin el pensar y el lenguaje. De los tipos de pensar y de lenguaje, el derecho se vale de todos los posibles, por tanto, de descripciones, valoraciones y prescripciones⁵⁶. Las normas, en particular, son un medio necesario del derecho, porque la mediación entre intereses opuestos no es posible sin forzar al titular del interés a una determinada acción. El derecho es, por tanto, necesariamente *normativo*.

La normatividad no es, sin embargo, específica del derecho, pues también las otras acciones sociales, que sirven de mediación entre intereses posiblemente opuestos y conflictivos, son necesariamente normativas. También la moral, la política y la religión y las demás convenciones no morales se valen de normas para la realización de su fin de mediación. Resulta pues preciso buscar otros medios necesarios que sean específicos del derecho, que, por comparación con otras acciones sociales, serían los siguientes:

1) *Convenciones* (por ejemplo, las costumbres en la mesa): el derecho incluye no sólo reglas o normas voluntarias, sino también al menos obligaciones categóricas. Con lo que se está pensando en obligaciones que no cuentan con el consentimiento referido a la praxis concreta de los obligados como condición necesaria (lo que no significa que todas las normas jurídicas sean categóricas). Con ello el derecho se distinguirá –al igual que la moral– de las meras convenciones no morales a través de su parcial *categorialidad*⁵⁷. Este carácter categorial permite distinguir también los juicios de la mera mediación.

⁵⁶ Véase VON DER PFORDTEN, Dietmar, *Deskription, Evaluation, Präskription: Trialismus und Trifunktionalismus als sprachliche Grundlagen von Ethik und Recht*, Berlin, Duncker und Humblot, 1993.

⁵⁷ Sin embargo, el requisito de la categorialidad ha de distinguirse cuidadosamente del de la coacción.

2) *Moral*: el derecho se caracteriza en todas sus manifestaciones exclusivamente por medio de fuentes y medios externos (promulgar, acordar, juzgar, ordenar y votar), pero no por una fuente puramente interna como la conciencia humana, que es una –cuando no la única– fuente de la moral⁵⁸. El derecho se diferencia de la moral por medio de la *exterioridad* de todas sus manifestaciones individuales.

3) *Política*: el derecho se caracteriza en sus manifestaciones por una cierta formalidad en su creación, promulgación y aplicación, que no tienen las simples acciones políticas, por ejemplo, una decisión de política exterior, incluso en la forma de una regla como la doctrina Monroe o la Breschnew⁵⁹. La característica diferenciadora del derecho, en comparación con la política y también en relación a otras acciones sociales comparables, es la *formalidad* en todas sus manifestaciones particulares. La formalidad conduce a la seguridad jurídica. En su realización última, la exigencia de formalidad es válida también para el derecho consuetudinario, que tiene que encontrar su forma en procedimientos parlamentarios, judiciales o administrativos.

4) *Religión*: el derecho aunque se conciba como derecho divino o natural tiene como referencia inmanentes relaciones mundanas de las personas y de sus acciones. Frente a ello, la religión como práctica de fe, se refiere a un fin trascendente, por ejemplo el fin de la salvación eterna, de la reencarnación, o por lo menos de una eterna paz interior. En este sentido, el rasgo diferenciador del derecho respecto a la religión es su *inmanencia* en relación a la acción, dando por supuesto que la religión y el derecho están separados en la realidad y no unidos como en el derecho judío o islámico.

10. CONTRA UN REDUCCIONISMO DE LOS MEDIOS

La moderna teoría del derecho no sólo reduce el concepto de derecho a determinados medios, sino que también defiende su «instrumentalización». Los mismos medios también son reducidos por ejemplo a normas (Kelsen), reglas (Hart) o a reglas y principios (Dworkin). Este reduccionismo se puede calificar de «normativismo». También este

⁵⁸ Véase KANT, Immanuel, *Metaphysik der Sitten*, cit., 1907: introducción, pp. 219 y ss., 225. En contraposición, no es necesario para el derecho, en sentido filosófico, la posibilidad de coacción psíquica o física (véase WEBER, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie*, 5.ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 1985, pp. 17 y ss.); puesto que, por un lado, es imaginable el derecho sin coacción y otras normas con coacción como, por ejemplo, la moral. Por lo demás, una perspectiva sociológica acerca del derecho moderno percibirá esto en realidad como un orden coactivo.

⁵⁹ Acerca de la formalidad del derecho, véase, por ejemplo, SUMMERS, Robert, *Form and Function in a Legal System*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006. El concepto de formalidad de Summers es, sin embargo, en distintos aspectos más de lo necesario para diferenciar el derecho de la política.

segundo reduccionismo carece de fundamentación. Éste se encuentra relacionado con el primer reduccionismo, el cual busca una comprensión general del derecho sólo con el recurso a los medios. Si se adopta un fin específico del derecho, no hay necesidad de reducir los medios del derecho a un solo tipo, bien sean normas, reglas o principios. Cualquier medio apropiado, necesario y adecuado puede ser escogido para alcanzar el fin. Por tanto, resulta posible aceptar que el derecho pueda utilizar y utilice una pluralidad de medios para llevar a cabo sus fines, no sólo normas, reglas o principios. En este caso, se trata en particular de dos siguientes medios: los *conceptos* y los *institutos*⁶⁰.

El derecho está determinado por conceptos como persona, dignidad humana, vida, acción, libertad, contrato, propiedad, posesión, daños, imprudencia, acto administrativo, etc. Estos conceptos son instrumentos para entender el mundo. Son un medio para distinguir los fenómenos, de modo que las distintas obligaciones puedan quedar establecidas. Los conceptos del derecho no pueden reducirse simplemente a los elementos de las normas. Se plantea la difícil pregunta de qué prima: los conceptos o las normas, reglas y principios⁶¹. Muchos representantes modernos de la teoría del derecho señalan explícita o implícitamente que los conceptos se determinan por medio de las normas, de las cuales ellos forman parte. Esta imagen es sin embargo demasiado simple. El derecho toma gran cantidad de conceptos naturales y sociales; por ejemplo, conceptos como agua, suelo, aire, cultura, ciencia, familia, sin los cuales no se pueden determinar de manera completa las finalidades jurídicas internas.

Una mayoría de reglas o normas se agrupan para formar un instituto como el del matrimonio o el de la propiedad privada. Estos institutos atienden, de manera más específica, al objetivo general del derecho sirviendo a finalidades concretas como la estabilización y la promoción de la institución social del matrimonio.

11. DERECHO Y DERECHO DESARROLLADO

¿Resulta útil una definición de derecho por medio de sus fines y medios, para una mejor comprensión del fenómeno jurídico? De este modo, se pueden distinguir los siguientes tres tipos simples de derecho: el acuerdo categórico formal y mediado, la obligación categórica formal y mediada por medio de una comunidad y la mediación categórica formal por medio del juez. Todas esas formas simples del derecho sirven fundamentalmente a un fin de la mediación entre aspiracio-

⁶⁰ Nota del traductor: se opta por conservar la distinción entre *Institute* e *Institutionen* reflejada en el texto, a la hora de traducir ambos términos, conservándose así la influencia savignyana.

⁶¹ Véase Ross, Alf, «Tu-Tu», *Harvard Law Review*, 70, 1956-1957, pp. 812 y ss.

nes posiblemente opuestas y conflictivas⁶². Colman, además, todo (lo que puede aceptar) en relación a sus medios: la categorialidad, la exterioridad, la formalidad y –dado que el derecho y la religión están separados– la inmanencia. Un acuerdo categórico formal media, por ejemplo, entre los intereses de las partes posiblemente opuestos y conflictivos a alcanzar. Comprende, al menos en parte, las obligaciones categóricas, siendo necesariamente externo. Posee una forma como, por ejemplo, en el intercambio de declaraciones de voluntad por libre acuerdo, el apretón de manos, la forma escrita, la presentación de documentos, la participación de testigos, etc. Y él es inmanente, siempre que derecho y religión estén separados.

Estas tres simples formas del derecho, que pueden ser observadas todavía hoy de manera preeminente en el derecho internacional y en el derecho de las sociedades indígenas, se fueron enriqueciendo y estructurando de una manera más compleja a lo largo de la historia humana en varios pasos. Ellas forman, de este modo, el derecho moderno. Los enriquecedores pasos serán aquí esbozados, a fin de que se pueda comprender mejor el concepto de derecho, a pesar de que una descripción y explicación más completa de este proceso contingente ya no sea más tarea de la filosofía del derecho, sino de la historia del derecho y la sociología jurídica.

| | | | |
|---|-------------------------------|---|---|
| 1 | El acuerdo categórico formal. | La obligación categórica formal por medio de una comunidad. | La mediación categórica por medio del juez. |
| 2 | El derecho consuetudinario. | Normación categórica formal por medio de una comunidad. | Derecho del precedente. |
| 3 | | Derecho positivo de una comunidad. | |
| 4 | | Derecho constitucional de una comunidad. | |

Ya en el primer y segundo nivel de desarrollo, estas formas jurídicas requieren de la existencia de una comunidad en sentido débil y amplio: una comunidad de contratantes, una comunidad de partes con el juez u otra comunidad, que obliga y a cuyo miembro está obligado. Además, todas las formas simples del derecho dependerán de las formas jurídicas desarrolladas, y prioritariamente exigentes, en el tercer y cuarto nivel. De este modo, la ley y la Constitución legitiman y regulan el contrato, las obligaciones comunales y la mediación judicial.

⁶² En el caso de la obligación formal, esto es aplicable, al menos para el obligado, porque éste se puede negar a obedecer. Él no estará obligado. No obstante, dicha negación no siempre es aplicable a un tercero implicado.

12. DERECHO Y MORAL/ÉTICA

¿Cuál es la consecuencia de la definición de derecho aquí propuesta para la controvertida y discutida relación entre derecho y moral/ética? O formulado de manera más específica: ¿están conceptualmente unidos el derecho y la moral/ética y, por ello, resultan necesarios, o están ligados sólo causalmente de manera externa e interna por medio de una decisión incorporada y, por ende, de manera contingente?⁶³

Para un adecuado tratamiento de esta cuestión tiene que diferenciarse entre moral (moral positiva y moral de hecho) y ética (moral crítica y filosofía moral). La moral positiva es para algunos un hecho social que debe ser descubierto. Nosotros podemos describir las normas morales y las conductas morales de ciertas personas en determinadas comunidades; por ejemplo, su veracidad, su benevolencia o las restricciones sociales de su comportamiento sexual. Las normas morales dirigen nuestras acciones en relación a los otros directa y primariamente. La ética no es de manera necesaria un hecho social, sino un producto del intelecto, un ideal con pretensión universal. La ética no dirige nuestra acción de manera inmediata y primaria, sino que justifica y critica las normas primarias de la moral, del derecho, de la religión, de las convenciones, etc.

La relación entre derecho y moral es una relación entre dos hechos sociales. Ésta sólo puede ser causal, así como incorporada, y por ello contingente, porque no es reconocible como lo son conceptualmente los hechos. En este sentido, existe una semejanza en que ambos hechos sociales tienen el mismo fin básico, o sea, el fin de mediar entre aspiraciones posiblemente opuestas y conflictivas. Por tanto, la producción jurídica tiene que perseguir el mismo fin abstracto que la moral. Y el derecho hace bien en tomar en consideración para su realización, a partir de motivos racionales conforme a objetivos, eventuales oposiciones o respaldos de la moral. Pero más allá de esto, no hay necesidad conceptual de que el derecho tenga que orientarse, en cuanto a su contenido, a los valores y obligaciones de la moral.

Esta necesidad sólo puede ser ético-normativa y exige al derecho que concrete su fin y sus medios de modo y manera determinado, a fin de ser un derecho bueno o justo. Esto conduce a la segunda parte de la cuestión: la pregunta acerca de la relación entre derecho y ética. El fin específico de la ética consiste en criticar y justificar hechos normativos como el derecho. Por ello, en este sentido ético-normativo el derecho y la ética están conceptualmente conectados. Esta conexión conceptual es, sin embargo, sólo decisiva para calificar al derecho como bueno o justo, o malo o injusto. El derecho injusto –en el sentido de injusticia, que va más allá que la condición necesaria de mediación

⁶³ ALEXY, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg, München, Karl Alber, 1992, pp. 15 y ss.

entre aspiraciones posiblemente opuestas y conflictivas— sigue siendo derecho, aunque sólo sea fenoménico-conceptual. Es sólo la ética la que requiere mejorarlo.

La pregunta acerca de si debemos obedecer el derecho injusto es una cuestión secundaria e independiente, pero largamente debatida tanto ética como moralmente. Cada sistema moral puede contestar esta cuestión de manera diferente. En la ética esta pregunta se responde de la siguiente manera: si la injusticia en el derecho supera un determinado umbral, el incumplimiento es éticamente permitido e incluso exigible. El tipo de incumplimiento ético depende entonces de lo fuerte que sea la injusticia. Éste puede ir desde el simple incumplimiento hasta la muerte del tirano, pasando por la desobediencia civil o la resistencia armada⁶⁴.

13. CONCLUSIÓN

La perspectiva filosófica conducente a un concepto de derecho abstracto y comprensivo es sólo una entre otras formas de análisis del derecho. Esta perspectiva no puede reivindicar ninguna primacía en relación a su visión del derecho. Por otra parte, la perspectiva filosófica no puede ser sustituida por otras formas de comprensión del derecho como las perspectivas dogmático-jurídica, histórica, sociológica, científico-natural o interno-descriptiva. Dichos intentos en cuanto reduccionistas son *per definitionem* inadecuados, porque pueden comprender el derecho sólo como fenómeno aislado o delimitado pero no como conectado con el resto de posibles fenómenos; como parte del mundo entendido como un todo, tal y como lo intenta la perspectiva filosófica.

¿Tiene valor la perspectiva filosófica acerca del derecho? Sobre esta cuestión, al menos, son posibles tres respuestas: la primera, que toda comprensión de un fenómeno del mundo tiene valor, porque es fundamentalmente mejor comprender el mundo que no comprenderlo, siendo éste incluso el entendimiento más modesto. La segunda, que la distinción entre hechos sociales y acciones humanas diferentes es importante por razones pragmáticas. Es importante saber que desde un punto de vista conceptual la exclusión total o la privación total de derechos humanos a algunas partes de la población no puede ser derecho en absoluto. La tercera, sólo podemos conocer si el derecho es bueno o justo si sabemos exactamente cuál es el fin del derecho. Si el fin del derecho es la mediación entre aspiraciones potencialmente opuestas y conflictivas, y si los medios necesarios del derecho son el pensamiento, el lenguaje, la categorialidad, la exterioridad, la formalidad y —en el caso de la separación entre derecho y religión— la inma-

⁶⁴ VON DER PFORDTEN, Dietmar, *Rechtsethik*, München, Beck, 2001, pp. 522 y ss.

nencia, entonces el derecho bueno o justo es una mediación buena o justa entre estas aspiraciones opuestas y conflictivas y el empleo bueno y justo de estos medios. El derecho bueno y justo presupone, por tanto, un conocimiento acerca de su concepto; esto es, de sus fines y medios necesarios.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg, München, Karl Alber, 1992.
- AQUINO, Tomás de, *Summa Theologiae*, II-I, Mainz, Peter Schöffer, 1471.
— *Summa Theologiae*, II-II, Mainz, Peter Schöffer, 1467.
- ARISTÓTELES, *Nikomachische Ethik*, trad. alemana de Franz Dirlmeier, Stuttgart, Reclam, 1980.
— *Metaphysik*, trad. y ed. alemana de Franz F. Schwarz, Stuttgart, Reclam, 1982.
- AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.
- BENTHAM, Jeremy, *The Principles of Morals and Legislation*, Buffalo, Prometheus Books, 1988.
- BIX, Brian, *Jurisprudence*, 4.^a ed., London, Sweet & Maxwell, 2006.
- CARNAP, Rudolf, *Logical Foundations of Probability*, 2.^a ed., Chicago, University of Chicago Press, 1962.
— *Der logische Aufbau der Welt*, Hamburg, Meiner, 1998.
- CICERÓN, Marco Tulio, *De Legibus*, Stuttgart, Reclam, 1979.
- DREIER, Ralf, «Der Begriff des Rechts», en Dreier, Ralf (ed.), *Recht-Staat-Vernunft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, pp. 95-116.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977.
— *Law's Empire*, Cambridge, Belknap Press, 1986.
— *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2000.
- FODOR, Jerry, *Concepts. Where Cognitive Science Went Wrong*, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- GRICE, Paul, *Studies in the Ways of Words*, Cambridge, Harvard University Press, 1989.
- HART, Herbert Lionel Adolphus, *The Concept of Law*, 2.^a ed. Oxford, Oxford University Press, 1997.
- HECK, Philipp, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1932.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, tomo 7. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1970.
- HOBBS, Thomas, *De Corpore*. Opera Latina, ed. de Wilhelm Molesworth, London, 1839-45, Aalen, Scientia, 1961.
— *Leviathan*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.
— *Elemente der Philosophie*. Primera Parte: *Der Körper*, trad y ed. de Karl Schumann, Hamburg, Meiner, 1997.
- JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, Wien, Manz, 1872.
— *Der Zweck im Recht*, vol. 1, 3.^a ed., Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1893.

- KANT, Immanuel, *Kritik der reinen Vernunft*, 2.^a ed. (1787). Edición de la Academia de Ciencias. Berlin, Reimer, 1904.
- *Metaphysik der Sitten. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, tomo VI. Edición de la Academia de Ciencias, Berlin, Reimer, 1907.
- KANTOROWICZ, Hermann, *Der Begriff des Rechts*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1963.
- KAUFMANN, Arthur, *Rechtsphilosophie*, 2.^a ed., München, Beck, 1997.
- KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., Wien, Deuticke, 1960.
- LLEWELYN, Karl Nickerson, *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, Chicago, University of Chicago Press, 1962.
- LOCKE, John, *An Essay Concerning Human Understanding*, New York, Dover Publications, 1959.
- *Two Treatises of Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.
- LUHMANN, Niklas, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1990.
- *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1993.
- *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2000.
- MACKIE, John Leslie, *The Cement of the Universe: A Study of Causation*, Oxford, Oxford University Press, 1980.
- NAGEL, Thomas, *The View from Nowhere*, Oxford, Oxford University Press, 1986.
- PASSMORE, John, Voz «Philosophy», en Edwards, Paul (ed.), *The Encyclopedia of Philosophy*, tomo VI, New York, London, Macmillan, 1967, pp. 216-226.
- PLATÓN, *Laches*, trad. alemana de Friedrich Schleiermacher, 2.^a ed., tomo 1, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1990.
- *Politeia*, trad. de Friedrich Schleiermacher, 2.^a ed., tomo 4, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1990.
- PRINZ, Jesse J., *Furnishing the Mind: Concepts and their Perceptual Basis*, Cambridge, MIT Press, 2002.
- QUINE, Willard Van Orman, *Word and Object*, New York, MIT Press, 1960.
- RADBRUCH, Gustav, *Rechtsphilosophie*, ed. de Ralf Dreier y Stanley Paulson, 2.^a ed., Heidelberg, Müller, 2003.
- RAZ, Joseph, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Clarendon, Oxford, 1979.
- ROSENBERG, Jay, *Philosophieren*, 2.^a ed., Frankfurt am Main, Klostermann, 1989.
- ROSS, Alf, «Tu-Tu», *Harvard Law Review*, 70, 1956-1957, pp. 812-825.
- *On Law and Justice*, Berkeley, University of California Press, 1959.
- SAVIGNY, Eike von, *Wittgenstein «Philosophische Untersuchungen». Ein Kommentar für Leser*, tomo 1. Frankfurt am Main, Klostermann, 1988.
- SCHOPENHAUER, Arthur, *Die Welt als Wille und Vorstellung. Sämtliche Werke*, tomos 1+2, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1961.
- SEARLE, John, *Intentionality: An Essay in The Philosophy of Mind*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983.
- SEELMANN, Kurt, *Rechtsphilosophie*, 4.^a ed., München, Beck, 2007.
- SUMMERS, Robert, *Form and Function in a Legal System*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- TEUBNER, Günter, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1989.
- VON DER PFORDTEN, Dietmar, *Deskription, Evaluation, Präskription: Trialismus und Trifunktionalismus als sprachliche Grundlagen von Ethik und Recht*, Berlin, Duncker und Humblot, 1993.

- VON DER PFORDTEN, Dietmar, «“Thomas Hobbes” Sprachphilosophie und ihre philosophie-historische Bedeutung», *Logos*, 7, 2001, pp. 386-402.
— *Rechtsethik*, München, Beck, 2001.
- WEBER, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie*, 5.^a ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 1985.
- WEITZ, Morris, *Theories of Concepts: a History of the Major Philosophical Tradition*, London, Routledge, 1988.
- WENNERBERG, Hjalmar, «The Concept of Family Resemblance in Wittgenstein's Later Philosophy», en *Theoria*, 33, 1967, pp. 107-132.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Philosophische Untersuchungen*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1977.
— *Tractatus logico-philosophicus*, 2.^a ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995.

Fecha de recepción: 31/03/2016. Fecha de aceptación: 31/10/2016.



Comentarios



Sobre el concepto de derecho.
Reflexiones con motivo de una propuesta en torno
a fines y medios en el derecho

*On the Concept of Law.
Reflections on a Proposal of Aims and Means in Law*

Por JOSÉ ANTONIO SANTOS
Universidad Rey Juan Carlos

RESUMEN

En este artículo se realizan algunos comentarios, a modo de debate, a la traducción al artículo «¿Qué es el derecho? Fines y medios» de Dietmar Von der Pfordten, a fin de señalar determinadas virtudes, limitaciones e insuficiencias acerca de su comprensión del concepto de derecho. A continuación, se incluye una extensa respuesta del autor a mis comentarios con el objetivo de favorecer un fructífero debate.

Palabras clave: *concepto del derecho, fines y medios, individualismo normativo, método.*

ABSTRACT

In this paper, it makes some reflections on the translation to the article «Was ist Recht? Ziele und Mitte» of Dietmar Von der Pfordten's article, in order to point out certain virtues, limitations and inadequacies about his

understanding of the concept of law. The following is a response by the author to my comments, in order to favor a fruitful debate on this issue.

Key words: *concept of law, aims and means, normative individualism, method.*

SUMARIO: 1. SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHO. REFLEXIONES CON MOTIVO DE UNA PROPUESTA EN TORNO A FINES Y MEDIOS EN EL DERECHO. 2. RESPUESTA A LOS COMENTARIOS DE JOSÉ ANTONIO SANTOS.

SUMMARY: 1. ON THE CONCEPT OF LAW. REFLECTIONS ON A PROPOSAL OF AIMS AND MEANS IN LAW. 2. RESPONSE TO COMMENTS MADE BY JOSÉ ANTONIO SANTOS.

A lo largo de la historia del pensamiento jurídico-filosófico, los fines y los medios en el derecho han sido una cuestión de interés en la filosofía del derecho y, en general, en la historia de la filosofía. Una preocupación de tal calado sirve de justificación para establecer una discusión, a modo de debate, con el trabajo de Dietmar Von der Pfordten *¿Qué es el derecho? Fines y medios*, publicado en *JuristenZeitung* y que ahora ve la luz su traducción. Bien es cierto, que este tipo de debates siempre presentan un punto de parcialidad por el hecho de que las reflexiones realizadas encierran un trasfondo de crítica y desacuerdo constructivos más que de alabanza y acuerdo frente a una postura teórica. Es sensato afirmar que, a pesar de partir de presupuestos teóricos diferentes respecto del texto comentado, se muestran unos planteamientos sugestivos y profundos que bien merecen estas líneas.

Su artículo abre con una tesis en sentido fuerte según la cual el derecho sólo puede ser comprendido por medio de sus fines y medios, siendo el fin del derecho la mediación entre intereses potencialmente opuestos y conflictivos¹ cuyos medios necesarios son el pensamiento, el lenguaje, la categorialidad, la exterioridad, la formalidad y la inmanencia. El interés radica en exponer una propuesta sobre qué es el fenómeno jurídico, realizada desde la profundidad, la claridad y con determinados aspectos omnicomprendivos. Como es obvio, esta tarea resulta imposible abordarla de manera completa en un artículo; por ello, es posible enmarcarlo dentro de una obra mayor como es su *Rechtsethik*². En toda aproximación al concepto de dere-

¹ VON DER PFORDTEN, Dietmar: «Was ist Recht? Ziele und Mittel», en *Juristen-Zeitung*, 13, 2008, p. 641. También, pp. 648-652.

² VON DER PFORDTEN, Dietmar: *Rechtsethik*, 1.ª ed., München, Beck, 2001, 575 pp. La segunda edición, publicada en la misma editorial, data del 2011, 603 pp.

cho cuya pretensión sea abarcadora y universalista siempre existe el interés y casi el deber de hacer hincapié en la cuestión metodológica, es decir, en el método. La preocupación por el método es una idea que resulta posible compartir aunque no en toda su extensión, teniendo en cuenta que a veces lo que los juristas hacen no es estrictamente seguir un método, si acaso tan solo unas pautas metodológicas. Póngase por caso lo que puede hacer un abogado defensor al preparar una vista oral, o un magistrado constitucional al realizar un voto particular a una sentencia. Hablar de un método es algo más serio y estructurado –aunque con menor repercusión práctica– que aquello que hacen muchos profesionales del derecho, casi por inercia, siendo en el debate de profesores donde con más rigor se toma en cuenta la elaboración de un método. Muchas veces a los profesores de derecho les gustaría que el resto de profesionales jurídicos fueran más «sistemizadores», es decir, más claros y racionales en sus juicios de valor.

En líneas generales, Von der Pfordten presenta una teoría que sirva de punto de partida para ayudar a desgranar complejos problemas de la cultura jurídica contemporánea, pero enfocada desde una perspectiva distinta a la del mero técnico del derecho. De ahí que afirme que, a pesar de la relevante información que aporta la dogmática jurídica, «materias básicas tales como la historia del derecho y la filosofía del derecho son esenciales para la expansión del horizonte»³. Para tal propósito, él utiliza un método filosófico, que no es explicativo ni especulativo, como forma de comprender el fenómeno jurídico que llamamos derecho. Así, entiende metodológicamente la filosofía del derecho como parte de la filosofía y el derecho como fenómeno que forma parte de una concepción más general y abarcadora⁴. En este sentido, «dicho método aspira a presentar una materia determinada como formando parte de una filosofía global del mundo y de la vida, como un aspecto inserto en una *Weltanschauung*»⁵. Detrás de complejas disquisiciones, se encuentra una concepción del hombre y, sobre todo, del mundo. Una *Weltanschauung* que se traduce en una perspectiva

³ VON DER PFORDTEN, Dietmar: «Was ist und wozu Rechtsphilosophie heute?», en *JuristenZeitung*, 13, 2004, p. 164.

⁴ En este trabajo no resulta clara la influencia de los que se podrían llamar *grosso modo* sus maestros: Arthur Kaufmann, en el campo del derecho, y Julian Nida-Rümelin en el de la filosofía, quizá en buena medida por su formación autodidacta y el deseo de seguir su propio camino. Al igual que Arthur Kaufmann, von der Pfordten también postula una vía ecléctica superadora de las posturas positivistas y iusnaturalistas, aunque no lo mencione expresamente. Sin embargo, los *a priori* difieren. El primero parte de una vía intermedia que se apoya en la hermenéutica para la superación de ambas doctrinas, pero poniendo el acento en el iusnaturalismo; en cambio, él se centra en el individualismo normativo con una clara inspiración analítica en sentido amplio.

⁵ ROBLES, Gregorio: *Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho*. Volumen II. *Teoría de la Dogmática y del Método jurídico*, Madrid, Thomson Reuters-Civitas, 2015, p. 373.

propia y original que este autor ha dado en llamar individualismo normativo y sobre el cual gira buena parte de su pensamiento jurídico-filosófico⁶.

Su extenso artículo, puesto en relación con el conjunto de su obra jurídico-filosófica, forma parte de una filosofía general del derecho trazada desde la perspectiva de la razón teórica y no de la razón práctica. Así, von der Pfordten parte de la idea de que la visión filosófica no se apoya forma necesaria «en una realidad ideal o trascendente, dado que es cuestionable si existe tal realidad», como ya hiciera Platón o Aristóteles. Piensa que semejante visión «no puede ser, por tanto, condición necesaria para un concepto general de filosofía». Su postura queda patente al señalar que «como objeto de la filosofía, se tiene que considerar sólo la abstracción de la totalidad de las relaciones y, con ello, de todas las referencias a todos los objetos particulares, una especie de modelo para nuestra particular comprensión del mundo». Así «el *fin del conocimiento* de la filosofía depende de su objeto», entendiéndolo éste como «la conexión de todos los objetos entre sí», por lo que «su fin sólo puede ser una *visión comprensiva* de esta conexión»⁷. En este punto, intenta mostrar una perspectiva amplia del conocimiento filosófico, pero a la vez deja fuera cualquier visión especulativa acerca de la filosofía y, por ende, del derecho. El derecho como una realidad ideal en la que jugase algún tipo de papel la justicia material⁸ para el conocimiento y determinación del derecho. Una referencia indirecta aparece al declarar von der Pfordten la insuficiencia de la fórmula de Radbruch por el hecho de negar validez a la norma jurídica, cuando la contradicción con la justicia sea «insuportable», al igual que su propia naturaleza jurídica misma. En cierta medida, sí piensa que es preciso «buscar el derecho bueno y justo, pero las fuertes exigencias éticas relacionadas con el derecho tienen que ser diferenciadas cuidadosamente de la determinación conceptual del fenómeno jurídico»⁹. Así, su relación entre derecho y moral es contingente, al entenderse de manera causal como moral incorporada no reconocible de la misma manera que la conexión existente entre dos hechos sociales.

⁶ La tesis central de este individualismo ético-jurídico, en la línea de Hobbes, Locke, Mill, Kant, Humboldt, Rawls, entre otros, dice así: «Todas las decisiones políticas y jurídicas encuentran exclusivamente su fundamentación última en referencia a las respectivas decisiones de los *individuos* afectados», VON DER PFORDTEN, Dietmar: «Normativer Individualismus und das Recht», en *JuristenZeitung*, 22, 2005, p. 1069. De forma un tanto provocadora escribe: «La única justificación immanentista del poder político y jurídico puede ser entonces el individualismo normativo», «Normativer Individualismus und das Recht», cit., p. 1079.

⁷ VON DER PFORDTEN, Dietmar: «Was ist Recht?», cit., p. 642.

⁸ Podría entenderse como un marco de coordenadas jurídicas preconcebidas que se plasman en un conjunto de exigencias ético-materiales que sirven de freno a los actos, acciones y, en ocasiones, omisiones de los particulares y de los poderes públicos que vulneren el Estado constitucional.

⁹ VON DER PFORDTEN, Dietmar: «Was ist Recht?», cit., p. 650.

Si uno se traslada al intenso debate alemán de la segunda mitad del siglo pasado, en el que se presentaban diferentes vías superadoras del positivismo jurídico y del iusnaturalismo, es fácilmente detectable que, en el fondo, Von der Pfordten es heredero de aquella vieja polémica y la pone indirectamente en práctica en su trabajo como horizonte a superar, aunque en un contexto como el actual en el que las etiquetas cada vez importan menos. Partiendo de la base de que las investigaciones jurídico-filosóficas intentan comprender objetos particulares como el derecho, este autor toma distancia, por un lado, frente a enfoques positivistas como las expuestas en la teoría pura del derecho de Kelsen o en la teoría del derecho hartiana, al considerar que el método de la filosofía no debe circunscribirse sólo a las descripciones. Respecto a ello, quizá hubiera sido positivo prestar atención no sólo al segundo Wittgenstein, sino también al primero.

Desde su óptica comprensiva, los conceptos podrían entenderse como «unidades lingüísticas». Se muestran, según él, «como el mejor medio para la obtención de una visión comprensiva de los objetos particulares y sus conexiones»¹⁰. De manera más abarcadora que los postulados de cierto tipo de filosofía analítica, establece que «todo filosofar en relación a su objeto debe ir más allá del mero análisis del lenguaje y de la argumentación carente de sentido»¹¹. No aborda el derecho como hecho normativo aislado a la manera de Kelsen en su exposición de su teoría sobre la norma, sino como fenómeno amplio para ayudar a comprender el mundo que nos rodea. Considera que muchas delimitaciones de este tipo resultan insuficientes para comprender el derecho en toda su dimensión. Este planteamiento puede entrar en conflicto, en cierta medida, con su idea de esbozar un conocimiento del derecho lo más claro posible y delimitado por el conocimiento de ciertos fines y medios expuestos de manera analítica.

Por otro, recela de las propuestas iusnaturalistas o similares por su carácter, en mayor o menor grado, (post)metafísico, abstracto y confuso. Von der Pfordten piensa en la crítica de la razón pura de Kant para ejercer disconformidad frente a planteamientos sustancialistas o esencialistas acerca del derecho. Así señala: «[N]o se puede aceptar sin más la idea de que el derecho posee una sustancia o esencia. Estas pretensiones de la metafísica y de la ontología fueron puestas en duda por Kant y por otros con buenas razones de carácter gnoséológico». Es cierto que se pueden encontrar argumentos sólidos, desde una óptica inmanentista, para rechazar la metafísica desde la

¹⁰ VON DER PFORDTEN, Dietmar: «Was ist Recht?», cit., p. 643. Es cierto que hace referencia a Hobbes, Wittgenstein y Quine como representantes de esta perspectiva, aunque sorprende que no haya una remisión a Nelson Goodman.

¹¹ VON DER PFORDTEN, Dietmar: *Suche nach Einsicht. Über Aufgabe und Wert der Philosophie*, Hamburg, Felix Meiner, 2010, p. 7.

filosofía kantiana. Su crítica continua: «No podemos conocer la cosa en sí, pero todavía podemos investigar sobre las *propiedades* constantes y, por ello, relativamente *necesarias* de una determinada manifestación; por supuesto, como es natural, sólo la forma en que se perciben»¹². El autor quizá solventa de manera simplista su rechazo implícito tanto a cualquier análisis deliberadamente metafísico como a uno de tipo lógico-jurídico. Esto puede observarse cuando hace referencia a los medios necesarios del derecho, separándolo conceptualmente de las convenciones, la política, la moral y la religión. En este punto, interesan particularmente los dos últimos y su relación con la exterioridad y la inmanencia, respectivamente. Por una parte, el derecho se diferencia de la moral, según este autor, «por medio de la *exterioridad* de todas sus manifestaciones individuales»¹³, aunque es posible afirmar que en no pocas ocasiones se declaran ilícitas ciertas conductas contrarias a la orden público, a la moral o a las buenas costumbres como señala el artículo 1133 Código Civil francés¹⁴, el cual serviría de inspiración a otros textos del ámbito europeo. Su delimitación se realiza sobre el ámbito interno de esas conductas, aunque no sea de forma exclusiva. Esto supone el reconocimiento de valores o principios de la esfera interna del individuo tales como la dignidad, el honor o la moralidad como límites a las actuaciones de los particulares.

Por otra, cuando él se refiere a la característica distintiva del derecho sobre la religión destaca «su *inmanencia* en su relación a la acción»¹⁵. Es obvio que existe una separación conceptual clara entre ambos, toda vez que no se puede pensar en un derecho divino aplicable a todos, dado que su fin no sería asumible por los no creyentes e, incluso, existirían diferencias en cuanto al derecho divino suscrito por diferentes confesiones. En este sentido, podría ser interesante buscar un camino transitable para superar el fanatismo religioso y el racionalismo exagerado, a la vez que abordar el fenómeno religioso y el insoslayable racionalismo con la debida naturalidad y como necesarios en el debate público. Quizá puede encontrarse en una especie de «inmanente trascendencia»¹⁶, que sirva para entender el proceso de secularización cultural y social como un doble proceso de aprendizaje, que inste tanto a las tradiciones de la Ilustración como a las

¹² VON DER PFORDTEN, Dietmar: «Was ist Recht?», cit., p. 643.

¹³ VON DER PFORDTEN, Dietmar: «Was ist Recht?», cit., p. 650.

¹⁴ Dice así: «La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public».

¹⁵ VON DER PFORDTEN, Dietmar: «Was ist Recht?», cit., p. 650.

¹⁶ Véase SCHMIDT, Thomas M.: «Immanente Transzendenz und der Sinn des Unbedingten. Zur Bestimmung des Verhältnisses von Religion und Philosophie bei Jürgen Habermas», en LINUS, Hauser y NORDHOFEN, Eckhard: *Im Netz der Begriffe. Religionsphilosophische Analysen*, Oros, Altenberge, 1994, pp. 78-96.

doctrinas religiosas a reflexionar sobre sus respectivos límites¹⁷. Tal es así que cobra sentido –como dice Habermas– una «intersubjetividad lingüística» que tenga en cuenta el «legado del cristianismo helenizado»¹⁸.

A pesar del eclecticismo que desprende el análisis del concepto de derecho por parte de von der Pfordten, resulta patente la influencia hobbesiana en el análisis del fin de la autoconservación como «específico y uniforme para el derecho y la política», aunque no asuma todo lo que conlleva ese término. Tal es así, que recela del hecho de que Hobbes sitúe «el medio de la *orden* en el centro para la determinación del derecho»¹⁹. A la vista de su planteamiento, cabe pensar que no comparte la visión radical de un modelo hobbesiano descarnado, poco sensible a un tratamiento mínimamente positivo del individuo en relación con la colectividad. En el fondo, su individualismo normativo presenta influencia de la versión más conciliadora del individualismo de Hobbes. Es latente la idea de autoconservación hobbesiana como fin, pero lejos de situar la orden del soberano en una posición privilegiada en la determinación del derecho, tal y como haría un conocido hobbesiano: Kelsen. Von der Pfordten, sin embargo, no suscribiría una concepción individualista, en sentido fuerte, en la que la sociedad se entendiera como un conjunto de individuos aislados. Cabe pensar que su postura no implica ningún tipo de egoísmo ético, cuestión distinta es ver el papel que realmente jugarían los intereses comunes o algún tipo de solidaridad implícita en su comprensión del concepto de derecho. Tampoco parece abrazar el relativismo ético, pero no explicita claramente si valdría algún tipo de cognitivismo ético en dicha concepción.

Él considera plausible la idea del derecho como una práctica intencional provista de sentido y, con ello, interpretativa en el sentido dworkiniano. Una lectura de Dworkin un tanto selectiva al dejar sin analizar el papel de los participantes en el derecho en relación con la práctica de los tribunales, así como el posible interés de las teorías hermenéuticas y de la argumentación en la construcción de un concepto del derecho²⁰. Una práctica social interpretativa, circunscrita a un ámbito formal, es utilizada por el autor alemán para exponer su método realizado, sistemáticamente, a través de los fines y medios. Igualmente, se detecta que en esa conexión deja de lado la relación del

¹⁷ HABERMAS, Jürgen: «Vorpolitische Grundlagen des demokratischen Rechtsstaates?», en HABERMAS, Jürgen y RATZINGER, Joseph: *Dialektik der Sekularisierung. Über Vernunft und Religion* (2005). Con prólogo de Florian Schuller, 8.ª ed., Herder, Freiburg, Basel, Wien, 2011, pp. 17 y 36.

¹⁸ HABERMAS, Jürgen: «Exkurs: Transzendenz von innen, Transzendenz ins Diesseits», en *Texte und Kontexte* (1991), 2.ª ed., Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992, pp. 127-156 (156).

¹⁹ VON DER PFORDTEN, Dietmar: «Was ist Recht?», cit., p. 646.

²⁰ En última instancia, la Constitución o el Código Civil van a decir lo que quiera el Tribunal Constitucional o el Supremo que se diga, respectivamente.

concepto del derecho con aspectos no menos relevantes en la actualidad como es el papel de la verdad procesal y de la material o el de la verdad práctica y la entendida como correspondencia.

Como ya se avanzó en parte al principio, es pertinente considerar –a pesar de las críticas vertidas– la plausibilidad y el interés de una concepción del derecho y una personalidad como la de Von der Pfordten que favorece la discusión y que no elude el diálogo, a la vez que muestra aspectos sugestivos y perfeccionados de una original filosofía del derecho.

Respuesta a los comentarios de José Antonio Santos*

Response to Comments Made by José Antonio Santos

DIETMAR VON DER PFORDTEN
Universidad de Gotinga, Alemania

El profesor José Antonio Santos ha realizado muchos comentarios muy importantes y sagaces a mi artículo, por lo que quiero expresar desde aquí un agradecimiento muy sincero. Debido al espacio limitado del que dispongo, sólo puedo hablar brevemente de algunos aspectos de las cuestiones por él planteadas: la pregunta acerca de «¿qué es el derecho?» no es realmente una cuestión jurídico-dogmática como la formulación de la pregunta ¿debe indemnizar por daños el señor X a la señora Y en el caso de un accidente de tráfico? Más bien, se pregunta por las propiedades del derecho necesarias y, con ello, constantes a lo largo de todos los tiempos y culturas. El conocimiento de estas propiedades necesarias sirve, en primer lugar, a la realización del fenómeno social que es el derecho y, en segundo lugar, a la distinción del derecho frente a otros fenómenos sociales tales como la moral, la política, la religión y las convenciones. Por lo tanto, se trata de una pregunta de filosofía del derecho y, con ello, una cuestión que forma parte de la filosofía general. Por eso, sólo se puede entender la pregunta «¿qué es el derecho?» en toda su profundidad y en todas sus dimensiones, y no meramente de modo superficial, cuando se explica la tarea de la filosofía: su cometido consiste en buscar un marco para todo nuestro conocimiento y todo nuestro saber sobre las ciencias particulares y de la vida cotidiana¹. Para este propósito, ella investiga los

* Traducción de José Antonio Santos Arnaiz (Universidad Rey Juan Carlos).

¹ VON DER PFORDTEN, Dietmar, *Suche nach Einsicht*, Hamburg, Meiner, 2010.

conceptos más abstractos y trata de ponerlos en relación los unos con los otros. La tradición filosófica en su conjunto ha entendido estos términos, ya sea como formas objetivas (el realismo conceptual externo de Platón) o, al menos, entendidos como determinados medios necesarios de nuestro pensar por medio de la cosa (el realismo conceptual interno y el conceptualismo). Kant se refiere a los filósofos como «investigadores de los conceptos». En este sentido, mi teoría vuelve al método básico para semejante método sofisticado del conceptualismo o del análisis conceptual. Los conceptos son medios mentales del conocimiento del mundo. Ellos no son meras palabras o partes del lenguaje como adoptase el nominalismo reduccionista en la tradición del nominalismo hobbesiano de Wittgenstein a Hart y en el llamado «linguistic turn» del empirismo lógico de la filosofía analítica. La cuestión de «¿qué es el derecho?» busca, por tanto, el lugar que ocupa el concepto del derecho en nuestro sistema conceptual común desarrollado a lo largo de mil de años. A este respecto, mi método filosófico difiere fundamentalmente de la reducción de la filosofía del lenguaje tanto del primer como del segundo Wittgenstein.

El derecho no es un fenómeno natural como lo es, por ejemplo, un planeta o una montaña, sino que es un fenómeno social que surgió como parte de la cultura humana, probablemente, hacía unos 5000 a 10000 años, por vez primera en las comunidades asiáticas de Occidente. En origen aquí no estaban separadas la moral, la política, la religión, las convenciones y el derecho. Esto puede observar en el relato bíblico de cómo Moisés llevaba las Tablas de la Ley de Dios al Monte Sinaí para los hijos de Israel. Aquí las convenciones de la vida cotidiana se yuxtaponen con reglas abstractas, que al mismo tiempo eran religiosas, morales, políticas y jurídicas. Esto cambio levemente en la Antigua Grecia en atención al concepto de *nomos* al diferenciarse del de *ethos*. En un primer momento, el pensamiento latino estaba claramente separado entre «*ius*», «*mos*», «*religio*» y «*usus/consuetudo*». Teniendo en cuenta este proceso de diferenciación histórico-cultural habrá de preguntarse acerca de la comprensión del concepto del derecho y, con ello, del derecho mismo, y responder a la pregunta de ¿qué tienen entonces todos estos fenómenos sociales en común? Lo común a todos ellos radica en que son, al menos, también fines de la mediación, pudiendo ser aspiraciones posibles, contradictorias y conflictivas. Con ello, se ha encontrado la primera propiedad necesaria del derecho y, por ende, del concepto de orden superior para su determinación conceptual, siendo contestada también la cuestión acerca de la idealidad del derecho. El ideal o fin del derecho, que aquí se formula, es sólo una precisión del ideal, que los antiguos vieron en el «*sum cuique*», Kant en el fin de la mediación «del arbitrio de uno con el arbitrio de otro, según una ley general de libertad» y Radbruch en la «*idea jurídica de la justicia*». La primera parte de la comprensión propuesta sobre el derecho se sitúa, por tanto, en la tradición idealista de carácter intencional de la filosofía del derecho. Por eso, se rechaza

implícitamente la reducción positivista del concepto del derecho a partir de meros medios como las normas, las reglas o los principios (en sentido reduccionista), o sea, las eruditas reiteraciones de Kelsen, Hart, Raz y, en cierto modo, también de Dworkin. El derecho sólo se puede entender como fenómeno social en atención a su ideal o fin, porque los meros medios mencionados de las normas, reglas y principios son utilizados de forma totalmente fungible y arbitraria. El análisis del derecho aquí mostrado no es, por lo tanto, positivista reduccionista y permanece así en la tradición de Radbruch y Arthur Kaufmann. Se debe evitar, sin embargo, el término muy vago y fuertemente determinado a nivel histórico de «derecho natural», porque el concepto de naturaleza es uno de los más difíciles y ambiguos de todos nuestros conceptos.

Allá donde se quieran llevar a cabo conceptos como Dios o los ideales humanos es preciso un medio. El proceso de la histórica diferenciación entre las convenciones, la moral, la política, la religión y el derecho muestra claramente una distinción en función de los medios empleados para este propósito de la mediación. El derecho muestra las propiedades de la categorialidad, externalidad, formalidad e inmanencia en orden a una diferenciación adicional. Sería interesante escribir una historia cultural del derecho e investigar cuándo se alcanzan las individuales etapas de distinción del derecho. El derecho judío de las Tablas de la Ley de Dios al Monte Sinaí fue ya categórica y externamente algo más que convenciones y moral. Todavía, sin embargo, aquél no estaba separado de la política y de la religión. Lo mismo se puede decir del derecho griego. Sólo el derecho romano se separó, al menos, en sus etapas tardías de la política y la religión. Tal vez la causa fue la diversidad religiosa y política del Imperio Romano. Sólo así pudo éste integrar muchas religiones y regímenes políticos. Ya el derecho romano era, en principio, política y religiosamente neutral, y de este modo se propone, al menos, un medio contra en el fanatismo religioso y la intolerancia.

Una cuestión muy interesante e importante de Santos se centra en la referencia muy frecuente del derecho a las normas morales, como en el caso del artículo 1133 del Código Civil francés. En los párrafos 138 y 242 del Código Civil alemán y en el apartado 1 del artículo de la Ley Fundamental existe una referencia similar. Se tienen que entender estas normas de referencia aisladas en el contexto de las costumbres vigentes –así lo pienso– como reacción a la separación del derecho positivo respecto de la moral, las convenciones y la religión. Existe una norma de conflicto allí donde pueden producirse contradicciones en las disposiciones concretas entre estos fenómenos sociales; por tanto, se establece un tipo de meta-regla por medio del derecho. De esta manera, el derecho no es a la moral ni se ordena a la conciencia interna, sino que se vincula necesariamente sólo a la parte externa de la moral; es decir, a las normas morales socialmente eficaces. La

externalidad del derecho no produce pues semejante referencia a las disposiciones objetivas de la moral.

Los intereses comunes o la solidaridad implícita que, para Santos no son claramente reconocibles en mi concepto del derecho, permanecen por una parte en el hecho de que todo derecho sólo puede tener lugar en forma de comunidades. Esto es, de la comunidad de las partes contratantes, de la comunidad de aquellos que se someten a un juez, o de la comunidad política. Por otra, el fin necesario de la mediación entre las aspiraciones contradictorias requiere, por supuesto, de un fin común o una solidaridad colectiva; a saber, la prevención pacífica consensuada –situada en un metaplano– de un conflicto continuo. El derecho reside, por consiguiente, en el lugar del mero poder, la violencia, el crimen y la tiranía. Sustituye a esos fenómenos sociales no mediados. El derecho, sin embargo, viene a ser diferente de la política o de otra acción colectiva no empleándose en total concordancia con dudosos intereses. Si los intereses de todos los afectados coinciden plenamente ahora y en el futuro, pues no pueden ser opuestos, entonces no es necesario ningún derecho, sino sólo una puesta en común o coordinación de estos intereses comunes y coincidentes.

Otra muy buena cuestión, planteada por Santos, radica en cuál es la relación de mi concepción con la hermenéutica: se debe aclarar, que se sostienen dos cosas muy diferentes en torno a la hermenéutica. Por una parte, acerca de una cuestión general metodológica, de hace miles de años, en torno a cómo son comprendidos e interpretados el pensamiento y el habla humanos y divinos. Por otra, sobre una corriente filosófica o método, que después de las primeras aproximaciones de Rickert y Heidegger y, sobre todo, a través de «Verdad y método» de Gadamer, publicada en 1960, se hizo popular durante algunas décadas y, posteriormente, también se pudo ver durante algunos años en la filosofía del derecho como por ejemplo en autores como Arthur Kaufmann. La primera, referida a la cuestión general metodológica, que no sólo afecta a la comprensión del derecho, sino también a las ideas y expresiones religiosas y artísticas. En este caso, la comprensión implica la aceptación del sentido en el pensamiento y en el habla. En la medida en que se representa aquí el fin necesario o el sentido del derecho como mediación de aspiraciones opuestas, a la manera de una hermenéutica fundada racionalmente de las manifestaciones jurídicas. Uno tiene que preguntarse en cada interpretación, cómo la norma jurídica concreta determina el sentido de la mediación necesaria del derecho. Si se quiere aplicar, por ejemplo, una norma civil de indemnización por daños, la interpretación hermenéutica debe averiguar cómo media la norma concreta en relación con el resto de normas entre los intereses del perjudicado y el autor del daño, exigiendo la culpa del causante del daño por algunos riesgos (responsabilidad por culpa) y por otros no (responsabilidad objetiva). Un concepto jurídico positivista se muestra en desacuerdo con la dimensión de sentido o la dimensión finalística del derecho, incluso con cualquier perspectiva

hermenéutica de carácter general. Un positivista sólo puede preguntarse por lo que el legislador histórico realmente quiso. Las consideraciones anteriores acerca del método de la filosofía ya han dejado claro que mi comprensión de la filosofía es de tipo sistemático-objetiva. La filosofía tiene una tarea sistemática y objetiva. En este caso, puede ayudar la comprensión de los textos filosóficos. El método de la filosofía no puede reducirse a semejante entendimiento. A este respecto, la comprensión del método de la filosofía que aquí presento difiere, fundamentalmente, de aquella de Gadamer o de la hermenéutica jurídica, en el sentido mencionado anteriormente.

Agradezco mucho a José Antonio Santos por las muy buenas cuestiones planteadas, que me han dado la oportunidad de una reflexión más profunda acerca de mi análisis del derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- HABERMAS, Jürgen, «Exkurs: Transzendenz von innen, Transzendenz ins Diesseits», en *Texte und Kontexte* (1991), 2.^a ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992, pp. 127-156.
- «Vorpolitische Grundlagen des demokratischen Rechtsstaates?», en HABERMAS, Jürgen y RATZINGER, Joseph, *Dialektik der Sekularisierung. Über Vernunft und Religion* (2005). Con prólogo de Florian Schuller, 8.^a ed., Freiburg, Basel, Wien, Herder, 2011, pp. 15-37.
- ROBLES, Gregorio, *Teoría del derecho. Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*. Volumen II. *Teoría de la Dogmática y del Método jurídico*, Madrid, Thomson Reuters-Civitas, 2015.
- SANTOS, José Antonio, *Arthur Kaufmann en la encrucijada de la filosofía jurídica alemana de la posguerra*. Prólogo de Winfried Hassemer, Granada, Comares, 2008.
- SCHMIDT, Thomas M., «Immanente Transzendenz und der Sinn des Unbedingten. Zur Bestimmung des Verhältnisses von Religion und Philosophie bei Jürgen Habermas», en LINUS, Hauser, y NORDHOFEN, Eckhard, *Im Netz der Begriffe. Religionsphilosophische Analysen*, Altenberge, Oros, 1994, pp. 78-96.
- VON DER PFORDTEN, Dietmar, «Was ist und wozu Rechtsphilosophie heute?», en *JuristenZeitung*, 13, 2004, pp. 157-166.
- «Normativer Individualismus und das Recht», en *JuristenZeitung*, 22, 2005, pp. 1069-1080.
- «Was ist Recht? Ziele und Mittel», en *JuristenZeitung*, 13, 2008, pp. 641-652.
- *Suche nach Einsicht. Über Aufgabe und Wert der Philosophie*, Hamburg, Meiner, 2010.
- *Rechtsethik*, 2.^a ed., München, Beck, 2011.

Fecha de recepción: 31/03/2016. Fecha de aceptación: 31/10/2016.



III

CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA



ALEXY, Robert. *La doble naturaleza del derecho*, Madrid, ed. Trotta, 2016, 101 pp.

Entre sus dos enormes, por longevas y densas, teorías (tituladas con el nombre de «la argumentación jurídica»¹ y de «los derechos fundamentales»² respectivamente), han transcurrido ya unos cuantos años de continuo enriquecimiento y debate muy fructífero en el ámbito de la filosofía jurídica contemporánea. Robert Alexy (Alemania, 1945) es un referente básico para todo jurista erudito con pretensiones de vincular una teoría del derecho bien defi-

¹ ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica (la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica)*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, 347 pp. Título original: *Theorie der juristischen argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1997. Fruto de un concienzudo trabajo, elaborado a partir del manuscrito presentado en 1976 como tesis de doctorado en la *Universität de Göttingen*, en su edición en castellano se incluye una explícita *Nota de los traductores* (pp. 15-16), en la que se dice, entre otras cosas, que la teoría de la argumentación jurídica «ha conocido en los últimos años un extraordinario desarrollo, sobre todo por obra de teóricos y filósofos del Derecho de diversos países europeos « con un esfuerzo común por construir modelos de racionalidad que derivan como modelo de guía para la toma de decisiones jurídicas, tomando como punto de partida la teoría del discurso racional elaborada básicamente por J. Habermas y Patzig, desarrollada a partir de ésta como un caso especial del discurso práctico general. En la edición castellana, además de un *Prefacio*, se incluyó un *Postfacio (Respuesta a algunos críticos)*, pp. 289-318), con indicaciones y correcciones de autores de lengua alemana que prestó un interés añadido como «puesta al día» de las versiones alemana e inglesa previas.

² ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés y revisión técnica a cargo de R. Zimmerling, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, 607 pp. Versión alemana: *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1986. Por su parte, esta obra también fundamental, tiene un especial interés en tratar de conjugar e integrar tres dimensiones en el análisis de los derechos humanos que suelen darse por separado; es decir, por una parte, la dogmática jurídica y en particular la constitucional; y por otra parte, la perspectiva de la teoría del derecho y la de la filosofía práctica en el tratamiento global de los derechos humanos bajo un enfoque principialista (principios considerados como «mandatos de optimización») un tanto innovador por entonces, sobre todo con el objetivo de realizar una reinterpretación del sistema jurídico y de sus componentes o enunciados.

nida y articulada bajo la necesidad de argumentación consecuente, más con la estimulante presencia de un debate vivo, abierto y correcto que, como toda discusión interesante, suscita dudas en relación a algunos de los temas tratados o sugeridos. Por algunas de estas razones, sin duda es un autor que ha contribuido a hacer resurgir, desde su experiencia dogmática y profesional, algunos de los postulados y de las cuestiones básicas del pensamiento iusfilosófico sempiterno tamizado a través de perspectivas o puntos de vista actuales. Son unas posibilidades que están fuera del alcance de muchos académicos y de las que sin duda debemos aprender, pero por otra parte son cualidades intrínsecas que definen o determinan de manera convincente un pensamiento coherente y sistemático con muchas virtudes o solvencias a resaltar.

Como buena muestra de esa labor siempre y en buena medida inconclusa, sirvan las primeras páginas o el contenido de la solapa interior de este último y breve libro publicado por la editorial Trotta, que recoge cinco trabajos previamente difundidos en diversos foros, de un rigor que justifica su reunión en un volumen mínimo compuesto por cinco capítulos que a su vez recoge cinco de sus aportaciones sobre temas clave de su teoría jurídica. En ese lugar señalado, su autor comenta, de forma lacónica, que: «... En el centro de la filosofía del derecho se haya la tesis de la doble naturaleza del derecho: su dimensión real y su dimensión ideal. Mientras que la dimensión real se expresa en los elementos de la positividad autoritativa y de la eficacia social ligados con la decisión y la coerción, la dimensión ideal se define a través de la corrección de contenido y de procedimiento que, esencialmente, incluye la corrección moral en forma de justicia. El positivismo jurídico asocia el derecho exclusivamente con su dimensión real. Pero, tan pronto como se añade la corrección moral, el cuadro cambia radicalmente. Surge un concepto de derecho no positivista. La tesis de la doble naturaleza implica, por tanto, el no-positivismo jurídico...» (p. 9). A través de una expresión directa y diáfana, muestra el trazado por el que van a circular los breves ensayos recogidos en el volumen, que indican un cumplido resumen de su trayectoria científica contrastable en sus obras mayores con una marcada intensidad de detalles y precisiones.

Por ese motivo, hagamos un breve recorrido a través de estos cinco trabajos. En concreto, si tuviéramos que partir de un esquema conceptual sobre la configuración del concepto de derecho y de su fundamentación, dependería de la forma y el contenido en relación a cómo hiciéramos participar estos tres elementos en una doble dimensión: real o fáctica (elemento autoritativo y de eficacia que conforman los hechos sociales, y la dimensión ideal o crítica, basada en el elemento de corrección. La tesis de la doble naturaleza del derecho es en principio abstracta y formal, ya que se trata de una sucesión que se puede obtener a través de tres pasos o argumentos consecutivos: a) el argumento en defensa de la dimensión ideal del derecho; b) el argumento en defensa de la dimensión real del derecho (o la positividad), y c) la reconciliación de lo ideal con lo real, que culminaría este proceso argumentativo complejo.

Los trabajos recogidos en este libro son los siguientes por orden cronológico, o sea, de aparición o publicación:

El primero de ellos, titulado: «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica» (pp. 13-24), fue publicado originalmente en la revista *Doxa* 5 (1988), pp. 139-151 y traducido por Manuel Atienza. En el mismo, R. Alexy estableció, a partir de la teoría de R. Dworkin, una distinción característica entre reglas y principios que afectaba a la concepción de sistema jurídico y

en especial a la versión de este autor sobre la «única respuesta correcta», o sea, como dice el propio autor, corresponde a «uno de los problemas más discutidos de la actual filosofía del derecho» (p. 13). Tras una explicación sucinta de las cuestiones a debatir, R. Alexy se refiere a la argumentación jurídica y la razón práctica en un modelo de tres niveles del sistema jurídico y de las reglas del discurso práctico.

El segundo capítulo, que recoge su artículo: «Los principales elementos de mi filosofía del derecho (pp. 25-46), fue publicado en la revista *Doxa* 32 (2009), pp. 67-84 y traducido por A. D. Oliver-Lalana. Recoge también de forma escueta una exposición breve de la doble naturaleza del derecho, ya comentada unas líneas más arriba. Al hilo de ello, también son planteados problemas relacionados como son los que afectan a la institucionalización de la razón o al constitucionalismo democrático, planteándose tres cuestiones en torno a la tesis conocida como «pretensión de corrección», sobre la que hay que responder a tres cuestiones básicas: «a) ¿qué significa que el derecho plantea una pretensión?; b) ¿qué hemos de entender por necesidad de la pretensión?; c) ¿en qué consiste el contenido de la pretensión?» (pág. 26). En las páginas sucesivas se pretende dar una respuesta convincente a estos interrogantes.

«Justicia como corrección» (pp. 47-57), fue un estudio publicado en *Doxa* 26 (2003), pp. 161-173, y traducido directamente del italiano («*Giustizia come correttezza*») por Ana Inés Haquín; con la revisión técnica a cargo de la propia traductora y de Rodolfo L. Vigo. Ante la cuestión inicial sobre el sentido y el objeto actual de la justicia, se plantea el carácter ideal de la teoría del discurso a partir de la institucionalización del derecho y la exigencia del equilibrio y la exclusión sobre la base inequívoca de los principios jurídicos del sistema.

Por su parte, el trabajo: «¿Derechos humanos sin metafísica?» (pp. 59-72), fue publicado en *Doxa* 30 (2007), pp. 237-248, y traducido por E. R. Soderó, del original en alemán «*Menschenrechte ohne Metaphysik?*»; *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 52 (2004), pp. 15-24. Este interesante trabajo muestra un tono conceptual hasta cierto punto provocativo del cual no me resisto a repetir con exactitud sus primeras líneas para estimular así a su lectura hacia todos aquellos que todavía no lo hayan manejado. Dice en el texto R. Alexy: «La forma básica de la crítica a la metafísica es la negación de la existencia [...]: no hay ningún Dios. No hay ningún principio supremo unificador, del cual todo se deriva. No hay espíritu junto a la materia. No existen entes abstractos como los pensamientos, los conceptos y los números. No hay ninguna verdad. No hay ninguna libertad. Tampoco los derechos humanos. Tampoco los derechos humanos quedan a salvo de ser incluidos en frases de este tipo» (p. 59). Y sigue argumentando con razones de cariz analítico sobre el concepto y la fundamentación de los derechos humanos. Me remito al texto íntegro y completo, por supuesto.

El artículo: «El no-positivismo incluyente» (pp. 73-83), fue publicado en la revista *Doxa* 36 (2013), en sus pp. 15-23, y traducido por M. Claudia Quimbayo Duarte. En el mismo, se explica de forma sencilla las tesis de la separación y de la conexión entre derecho y moral, y sus recovecos conceptuales que dan lugar a estas diferencias de planteamiento teórico o modelos cognoscitivos para debatir. De nuevo, el argumento de la doble naturaleza del derecho aparece tratado de forma explícita y clara.

Por último, «La naturaleza de la filosofía del derecho» (pp. 85-98), fue publicado en *Doxa* 26 (2003), en las pp. 147-159 y traducido por Carlos Bernal

Pulido. Es un buen final con el que cerrar o concluir el libro, pues condensa todo lo anteriormente formulado; son unas páginas finales que responden a su tratamiento y forma de observar el fenómeno jurídico en toda su intensidad, pero sin mayores pormenorizaciones que las estrictamente necesarias.

Me detendré para finalizar en el problema del límite exterior en relación con la tesis de la doble naturaleza del derecho; es decir, en la dicotomía que se plantea entre el positivismo excluyente (por ejemplo, de J. Raz), para el cual la moral está necesariamente excluida del concepto de derecho, ya que para el observador o participante en el proceso es éste quien se pregunta cuál es la respuesta correcta (pretensión de corrección, a fin de cuentas) ya que debe referirse tanto a la seguridad jurídica como a la justicia, y el positivismo incluyente (por ejemplo, de J. Coleman), para quien la moral no está necesariamente ni excluida ni incluida en el concepto de derecho puesto que su inclusión es un aspecto contingente que depende más bien de lo que el ordenamiento jurídico disponga. Por este motivo, solo el no-positivismo es compatible con la tesis de la doble naturaleza, pero solo la versión o fórmula de G. Radbruch del no-positivismo inclusivo o límite externo, es la que para R. Alexy representa de forma adecuada la doble naturaleza del derecho; por eso se refiere a que el positivismo exclusivo falla al no reconocer la dimensión ideal del derecho; así también falla el no-positivismo super-inclusivo al no atribuir un peso suficiente al principio de justicia en tanto expresión de la dimensión ideal del derecho, de tal modo que le permita imponerse frente al principio de seguridad jurídica en los casos de injusticia extrema. La tesis del no-positivismo inclusivo sostiene que dicho peso debe ser atribuido a la justicia. El no-positivismo inclusivo no afirma que los deméritos morales siempre socaven la validez jurídica o que nunca puedan hacerlo. De acuerdo con la fórmula, para R. Alexy acertada de G. Radbruch, el no-positivismo inclusivo sostiene que los deméritos morales socavan la validez jurídica si y solo si se transgrede el umbral de la injusticia extrema. La injusticia por debajo de este umbral está contenida dentro del concepto de derecho defectuoso pero válido. En este sentido, ambos lados de la naturaleza dual del derecho son determinados en función de su peso o importancia.

Cabe advertir y añadir algo más, por otra parte obvio en este preciso contexto y con las variables endógenas y exógenas entre las que nos manejamos en este complejo y difícil contexto o ámbito de conocimiento. En el sistema jurídico siempre está presente, de forma interna, además de externa, la conexión entre positividad (real) y corrección (ideal), que solo es posible hoy en día si se hace a través del modelo político del constitucionalismo democrático y discursivo, cuyos referentes básicos son la idea más o menos actual de democracia deliberativa y/o participativa y de los derechos protegidos con garantías fundamentales, ambos a su vez con una naturaleza dual, es decir, con presencia inequívoca de un componente ideal (un proceso argumentativo racional equilibrado o ponderado) y otro requisito real (un proceso discursivo amparado por el principio de la mayoría democrática), junto al pleno reconocimiento de unos derechos humanos y fundamentales, bajo el auspicio del discurso programático y metodológico, indispensable de la argumentación jurídica. Son exigencias obvias para todo discurso jurídico que pretende ser fundamentado al menos con corrección.

Mario RUIZ SANZ
Universitat Rovira i Virgili

BONET PÉREZ, Jordi, y ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa Ana (eds.).
La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la Sociedad internacional del siglo XXI: una aproximación jurídica desde el Derecho internacional, Madrid, Marcial Pons, 2016, 431 pp.

Cuando leemos una obra colectiva podemos encontrarnos básicamente con dos situaciones. O bien se trata de un conjunto inconexo de artículos cuya lectura puede ser recomendable dependiendo de la calidad de los textos, o bien nos encontramos con un grupo coherente e interconectado de textos cuya calidad ya no solo depende del valor intrínseco de cada artículo, sino que aumenta por el apoyo mutuo que se prestan unos a otros y por la imagen global que entre todos contribuyen a crear. En este segundo caso incluso puede ocurrir que alguno de dichos artículos, aisladamente considerado, no fuese de gran valor, pero que en el conjunto adquiriera sentido y una profundidad inexplicable fuera del horizonte que el conjunto de la obra nos abre. Pues bien, este último supuesto, el de una obra colectiva, pero dotada de coherencia y en la que los diversos elementos se organizan de manera inteligente aumentando el valor, ya de por sí alto, que cada uno de ellos tendría aisladamente, es el que va a encontrar el lector interesado en la defensa de los derechos sociales en la Sociedad internacional del siglo XXI.

Pero ¿cómo es esto posible?, ¿una obra colectiva que no es una mera yuxtaposición de opiniones?, ¿cómo lo han logrado? La respuesta es bastante sencilla si tenemos en cuenta que los autores de los diversos textos incluidos en el libro forman parte de un grupo de trabajo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona bajo la dirección de Jordi Bonet Pérez, se trata del Proyecto de Investigación titulado *La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en períodos de crisis*. Es decir, los autores se conocen, comparten el interés por un grupo determinado de problemas que intentan resolver o al menos aclarar, parten de una formación, un vocabulario y un método de trabajo similares. En definitiva, alguien diría que se trata de un buen ejemplo de cómo un grupo de científicos sociales puede hacer avanzar una parte de nuestro conocimiento por medio del trabajo colectivo y el diálogo. Se trataría de algo así como un grupo de científicos sociales que comparten un paradigma científico y que desarrollan la ciencia normal que corresponde a dicho paradigma. Pero esta imagen de la ciencia, que nos brindó T. Kuhn, hace tiempo que fue sometida a crítica, pues si ya es discutible que en física o matemáticas los científicos se limiten dócilmente al desarrollo de la ciencia normal, más difícil todavía es creer que el libro del que nos ocupamos pueda ser entendido como un simple y laborioso trabajo de desarrollo o recopilación de ideas ampliamente conocidas. En todo trabajo científico hay una parte mayor o menor de desarrollo y de recopilación, pero no es menos cierto que en este libro también encontramos ideas novedosas y una nueva manera de entender el derecho que no se deja reducir a los paradigmas usuales de la ciencia jurídica.

La idea del derecho que transmite el conjunto de artículos que comentamos utiliza expresiones como «internormatividad», «holismo» y «exigibilidad sin justiciabilidad» que nos ofrecen una imagen más rica y realista del derecho que la usual todavía entre nuestros juristas. La idea del derecho dominante es fuertemente dependiente del derecho estatal, de la justiciabili-

dad y de la precisión formal, casi matemática del derecho. Para decirlo con una metáfora, parecería que los autores del libro que nos ocupa no ven el derecho como una ciencia que pueda ser formulada en el lenguaje de la lógica formal, sino como una ciencia más parecida a la biología, o mejor aún a la ecología, donde la interconexión entre distintos elementos se muestra como el objeto más interesante de estudio. Esto último ya lo anuncia Jordi Bonet Pérez cuando habla de la internormatividad entre los derechos sociales, económicos y culturales (en adelante DESC) y otros sectores normativos, por ejemplo, el derecho que regula el comercio internacional. Otra muestra de holismo o interconexión lo encontramos en aquellos ejemplos en los que la acumulación de cambios cuantitativos genera cambios cualitativos que no se dejan reducir a la mera suma de la cantidad, es a lo que se refieren nuestros autores cuando hablan, por ejemplo, de exigibilidad sin justiciabilidad y cuando nos presentan las distintas recomendaciones o exigencias frente a un Estado por parte de organismos internacionales que llevan finalmente a que dicho Estado incorpore la recomendación en su ordenamiento interno o a que suscriba un tratado internacional. Quizá sea exagerado hablar de cambio de paradigma, pero lo que sí está claro es que el estudio del derecho internacional en relación con la defensa de los derechos sociales, económicos y culturales plantea problemas irresolubles desde una concepción restringida del derecho que puede servirnos para el limitado trabajo jurídico diario en despachos o administraciones, pero que no es útil para la defensa de los derechos sociales, económicos y culturales en la Sociedad internacional del siglo XXI.

La obra que comentamos está dividida en dos partes. En la primera encontramos aquellos artículos que tienen que ver con el problema de la exigibilidad de los derechos sociales en el plano internacional, se trata del problema de la responsabilidad de los Estados y de las empresas en su actuación internacional, pero también del control universal de los DESC por parte de organismos internacionales. Mientras que en la segunda parte del libro encontramos aquellos artículos que se plantean el problema de las conflictivas relaciones entre las normas internacionales que regulan los DESC y las normas internacionales que regulan el comercio internacional, artículos que analizan organismos como el Banco Mundial o la Organización Mundial del Comercio, pasando por el estudio de acuerdos comerciales multilaterales y bilaterales. Esta división ya nos muestra que el problema de la exigibilidad de los DESC es una moneda con dos caras. Una de ellas tiene que ver con la voluntad política de los Estados que expresada mediante una correcta técnica jurídica puede hacer efectiva la defensa de los DESC a escala internacional. Mientras que la otra cara de la moneda nos habla de una resistencia de los poderes económicos internacionales ante la exigencia de hacer cumplir los DESC. Para entender esta naturaleza bifronte del problema de la exigibilidad de los DESC podemos acudir al artículo introductorio, de Jordi Bonet Pérez, donde afirma por una parte que la efectividad de los DESC depende en gran medida de su exigibilidad jurídica internacional, exigencia que no nos queda más remedio que trasladar a los ordenamientos jurídicos internos, en el sentido de que son dichos ordenamientos internos quienes deben asegurar la exigibilidad y justiciabilidad de los acuerdos internacionales, dada la dificultad que plantea la exigibilidad de los DESC en el derecho internacional. Es decir, para asegurar un nivel aceptable de justiciabilidad, que es la forma más perfecta de exigibilidad, no nos queda más remedio que trasladar los acuerdos internacionales al derecho interno de los Estados. Por otra parte, y sería la segunda cara del problema, Jordi Bonet Pérez nos recuerda que debe-

mos garantizar también un nivel aceptable de internormatividad entre aquellos sectores que se relacionan con los DESC en términos de causa y efecto. Es decir, la reglamentación pública internacional de las relaciones económicas no es neutra en materia de DESC, por lo que es especialmente susceptible de ordenarse o bien de una manera coherente o bien de una manera contradictoria con los DESC de tal forma que existe en el estudio de este tipo de internormatividad un conflicto del máximo interés, sobre todo conociendo la resistencia que los poderes económicos internacionales oponen al desarrollo y respeto de los DESC.

Pero lo que ahora debemos ofrecer es un recorrido por algunos de los artículos que siguen al ya comentado, si queremos entender el hilo argumentativo que recorre la obra.

Nos situamos en la primera parte, es decir, aquella que estudia el problema de cómo hacer máximamente exigibles y justiciables los DESC, en el plano internacional, pero también en el interno.

El primer artículo es de Arne Vandenbogaerde y en él se plantea el problema de cuándo atribuir responsabilidad a un Estado por su actuación internacional contraria a los DESC. Para ello, primero nos recuerda las obligaciones que todo Estado tiene de respetar, proteger y garantizar. Por respetar entiende el no adoptar medidas que nieguen o limiten los DESC, por proteger entiende el tomar todas las medidas necesarias para impedir que terceras personas los lesionen, mientras que por garantizar entiende el adoptar una legislación, aprobar un presupuesto o crear una administración que sirvan a la plena efectividad de los DESC. Pues bien, el problema que se nos plantea es ¿cómo debemos entender estas obligaciones estatales en el plano internacional? Afirma nuestra autora que la obligación de respeto se da en todo caso cuando el Estado actúa fuera de su territorio. Pero la obligación de proteger y garantizar exige la existencia de una conexión suficiente, así como la posibilidad de actuar, de lo contrario no podemos hacer al Estado responsable por la vulneración de los DESC fuera de su territorio. Y es esta idea la que debe servir de fundamento a la hora de exigir responsabilidad a los Estados en su actuación internacional.

En el siguiente artículo, Jordi Bonet Pérez se enfrenta al problema de la responsabilidad de las entidades privadas, por ejemplo grandes empresas, cuando vulneran los DESC. Para ello nos recuerda que no existe un régimen jurídico internacional que permita claramente atribuir a los actores privados de carácter económico, por ejemplo las empresas transnacionales, responsabilidad por la vulneración de los DESC. Pero sí que es posible atribuirles responsabilidad en el ámbito de la jurisdicción estatal y también es posible atribuir responsabilidad al Estado que adquiere obligaciones jurídicas internacionales en materia de DESC sin que al mismo tiempo proteja el cumplimiento de dichas obligaciones por parte de los actores privados sometidos a su jurisdicción. Por otra parte, nos recuerda el debate abierto en el seno del Consejo de Derechos Humanos de la ONU sobre la necesidad de un tratado internacional sobre los derechos humanos y las empresas. Nuestro autor concreta todavía más las ideas ya apuntadas en el siguiente sentido. La exigibilidad jurídica de los DESC a los actores privados de carácter económico pasa por cumplir con dos exigencias. Una de ellas consiste en reforzar la regulación privada internacional y la negociación colectiva transnacional en materia de relaciones laborales, pero no bajo la forma de estándares voluntarios, sino de acuerdos que vinculen a sus destinatarios. La otra debe aprovechar que todo actor privado internacional debe ante todo cumplir con el ordena-

miento jurídico estatal, incluidas las obligaciones en materia de DESC. Es decir, la exigibilidad y la justiciabilidad de los DESC debe basarse en el ordenamiento jurídico estatal. Para ello el Estado debe garantizar la exigibilidad y la justiciabilidad de los DESC en las relaciones entre las personas privadas, pero también respecto de las actuaciones de los actores privados que tienen efectos fuera de sus fronteras o que se producen directamente en el extranjero, dado que la obligación de proteger los DESC puede hacer al Estado responsable en tales casos si no actúa contra dichas vulneraciones.

En el trabajo de Helena Torroja Mateu se nos muestra un ejemplo de holismo jurídico en relación con la vulneración del derecho a la vivienda en el sentido siguiente. Nuestra autora señala que en el marco internacional no está reconocida la justiciabilidad de los DESC, pero sí podemos hablar de exigibilidad jurídica de los mismos. Añade que la diferencia entre la función jurisdiccional y la función correctiva ligada a la mera exigibilidad es que, aunque en ambas se produce un incumplimiento, solo en la primera se atribuye responsabilidad internacional al Estado. Por tanto, en la segunda el órgano competente puede determinar que se ha producido la violación, pero no puede ir más allá de la propia valoración fáctica y jurídica y de unas recomendaciones al Estado, pues la función de control no es punitiva sino correctiva, es decir, la finalidad consiste en incitar al Estado a que modifique su conducta. En el dictamen del Comité DESC que analiza nuestra autora, dictamen sobre el incumplimiento por el Estado español del derecho a un vivienda adecuada, se ha protegido el derecho a la vivienda adecuada de forma indirecta, es decir, por conexión con el derecho a un proceso justo. Se trata de la violación de la obligación de protección que tiene el Estado español junto a las de respetar y garantizar el derecho a la vivienda adecuada. En este caso vemos cómo una notificación defectuosa, que no queda subsanada por la notificación edictal, tiene consecuencias significativas en relación con el derecho de defensa, pues no cumple con los estándares del pacto internacional aplicable.

En el artículo de David Bondía García encontramos un análisis crítico de la Ley de Seguridad Ciudadana (en adelante LSC). Para ello nos muestra que primero fueron los recortes en DESC, luego y para acallar las protestas las medidas represoras de la LSC. La ideología que justifica la LSC es la de anteponer la seguridad ciudadana a otros derechos, pero con ello olvida nuestro legislador que los estándares internacionales exigen interpretar restrictivamente el concepto de seguridad y de orden público cuando entra en colisión con otros derechos. La técnica jurídica utilizada por la LSC es lo que se conoce como burorepresión, es decir, establecer una batería de sanciones administrativas carente de las garantías propias del derecho penal. Pero los derechos humanos pueden servirnos para frenar esta deriva represora y hacer frente a los recortes de los DESC. Para ello nos recuerda las cuatro grandes etapas en la consolidación de los derechos humanos a las que debemos unir una quinta a la que nuestro autor llama interacción. Dichas etapas son la de positivización, generalización, internacionalización y especificación (esta última durante la segunda mitad del siglo xx en relación con las declaraciones de derechos de colectivos específicos, ya sean mujeres, niños, etc.), a las que debemos sumar la de interacción. Por etapa de interacción entiende que hoy en día la fundamentación de los derechos humanos exige procesos de interacción, es decir, accionar recíprocamente varios conceptos, categorías, planteamientos, ámbitos de actuación, etc. En este sentido la LSC también

interactúa, pero en sentido negativo, pues va en contra de los DESC y también de los derechos civiles y políticos.

Hasta aquí por lo que respecta a la primera parte del libro. A continuación comentaremos algunos de los artículos que pertenecen a la segunda parte, aquella que se refiere a la efectividad de los DESC desde el punto de vista de la internormatividad, es decir, de las causas y efectos que en un sentido y en otro operan entre los DESC y la regulación económica internacional.

Esta segunda parte comienza con el artículo de Eugenia López-Jacoiste Díaz que describe las relaciones entre el Banco Mundial (en adelante BM) y el Fondo Monetario Internacional (en adelante FMI). Nuestra autora nos recuerda que la efectividad de los DESC en relación con la actuación del BM y del FMI es muy mejorable, pero que también es verdad que en 1940 era impensable exigirles que tuvieran en cuenta los DESC, cosa que hoy sí ocurre. Por tanto, el BM y el FMI han asumido que tienen obligaciones respecto de los derechos humanos, obligaciones que emanan de la Carta de las Naciones Unidas y de otros tratados de derechos humanos, y ello aunque ni el BM ni el FMI sean partes firmantes de dichos tratados. Ambas instituciones han comprendido que el disfrute de los derechos humanos y en particular de los DESC está íntimamente ligado a los mandatos y funciones que les han sido atribuidos por el ordenamiento internacional. Como organismos especializados de la ONU, tanto el BM como el FMI han asumido los compromisos en materia de derechos humanos en virtud del artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas. Estos compromisos se han concretado en la incorporación de exigencias de respeto de los derechos humanos como requisito material de obligado cumplimiento para la concesión de sus préstamos, y ello aunque no hagan mención expresa de las normas que defienden los derechos humanos en el plano internacional. Este reconocimiento implícito de los derechos humanos se manifiesta como internormatividad, es decir, el BM y el FMI no reconocen los derechos humanos de forma directa, sino de forma indirecta como elementos inherentes al desarrollo haciendo referencia, por ejemplo, al cuidado sanitario, la vida familiar, la nutrición o la educación.

El artículo de Xavier Fernández Pons se sitúa de lleno en la internormatividad y en el holismo jurídicos al mostrarnos los distintos aspectos de la relación entre el deseo de protección de los DESC y el funcionamiento real del mercado internacional. Comienza recordando que las normas comerciales internacionales pueden limitar la capacidad de los Estados para garantizar ciertos derechos, por ejemplo el sistema multilateral del comercio que no incluye normas sobre derechos de los trabajadores facilita el *dumping* social y la deslocalización de industrias, además de ejercer una presión sobre los países más garantistas para que reduzcan sus niveles de protección. Pero nos recuerda también el punto de vista de los países que defienden el libre comercio y que sostienen que el libre comercio y el desarrollo es la mejor manera de elevar los estándares de protección de los DESC en los países en vías de desarrollo. A su vez, desde los países pobres preocupa que los países del primer mundo les exijan niveles de protección demasiado elevados, sobre todo teniendo en cuenta que no disponen de la tecnología más avanzada lo que les resta competitividad solo compensable con unos niveles de exigencia menores en materia de DESC. De este modo parece que el problema es armonizar unos intereses y otros. Esta armonización se ha intentado en la Unión Europea en un proceso no exento de problemas de integración. Dichos problemas pueden multiplicarse cuando la armonización sigue una escala mundial. Nuestro autor nos recuerda el proyecto de la Carta de la Habana de 1948,

proyecto holístico que contemplaba un grado muy desarrollado de interdependencia entre DESC y mercado, proyecto que fracasó al imponerse un sistema multilateral de comercio separado de los instrumentos de protección de los DESC. Sin embargo, el desequilibrio entre el sistema multilateral de comercio de la Organización Mundial del Comercio y los instrumentos para la protección de los DESC llevó a reivindicar un mayor papel de la ONU en la coordinación entre lo económico y lo social, no obstante solo se ha llegado a instrumentos de *soft law* de difícil reglamentación. En relación con el derecho al trabajo nos muestra que se ha avanzado muy poco, pues la Declaración de Singapur de 1996 se pronunció en contra de que el sistema multilateral del comercio deba ocuparse de las normas fundamentales del trabajo, descargando la responsabilidad de las mismas sobre la Organización Internacional del Trabajo, aunque es cierto que se ha intentado avanzar mediante regímenes arancelarios preferenciales de estímulo a países en desarrollo que respeten los derechos laborales básicos o mediante el etiquetado social que garantice ese mismo respeto.

Claudia Manrique Carpio estudia los tratados bilaterales sobre los que nos dice que se aprecian ciertos avances en relación con los derechos laborales, pues se incluye en algunos de dichos tratados el requisito del respeto, por parte de los Estados, de los tratados internacionales en materia laboral más importantes y la no derogación de los derechos laborales fundamentales. Nos encontramos ante una nueva manifestación de internormatividad y de holismo, aunque sea en un grado todavía muy incipiente.

Para concluir podemos decir que los artículos analizados muestran que cuando hablamos de holismo, internormatividad y de exigibilidad sin justificabilidad no estamos jugando con las palabras, es decir, no estamos cayendo en una trampa del lenguaje carente de sentido. Muy al contrario los resultados que nuestros autores nos ofrecen desvelan la importancia del estudio del derecho en términos de internormatividad, se trata de un enfoque holista del derecho en el que debemos comprender cómo los distintos elementos jurídicos están interconectados y se influyen mutuamente, pues aunque pueda parecer una influencia menor finalmente no resulta desdeñable cuando se trata de la defensa de los DESC. Este enfoque holista es especialmente necesario si queremos comprender cómo opera la exigibilidad de los DESC en la Sociedad internacional del siglo XXI. Pero también podría resultar muy útil a la hora de estudiar el derecho estatal por lo que el estudio de esta obra colectiva es completamente recomendable.

Alonso PINO ÁVILA
Universitat de Barcelona

DÍEZ RODRÍGUEZ, Fernando. *La imaginación socialista. El ciclo histórico de una tradición intelectual*, Madrid, Siglo XXI, 2016, 191 pp.

«Quien no se atreva a ir más allá de la realidad,
jamás conquistará la verdad»

F. Schiller, *Cartas sobre la educación estética del hombre*

Fernando Díez Rodríguez es profesor de historia contemporánea en la Universidad de Valencia. Viene ocupándose de estudiar, desde hace años, la idea de trabajo en la Modernidad, un asunto del que se ha convertido, a mi parecer, en una referencia inexcusable. El inicio de esta línea de investigación se remonta al menos a la publicación de *Utilidad, deseo y virtud. La formación de la idea moderna del trabajo* (2001), continúa con *El trabajo transfigurado. Los discursos del trabajo en la primera mitad del siglo XIX* (2005) y culmina con *Homo faber. Historia intelectual del trabajo, 1675-1945* (2014). La primera parte de esta ambiciosa obra rastrea los orígenes del concepto moderno de trabajo y abarca el período histórico (1675-1789) que Díez Rodríguez había ya abordado en su obra de 2001. La segunda parte se ocupa de las metamorfosis que sufre dicha idea de trabajo a raíz de la proliferación de discursos críticos de distinto signo, en el período histórico (1789-1850) ya tratado en la obra de 2005. El libro se cierra con una tercera parte (1850-1945) dedicada a los discursos del trabajo exaltado, así como a los primeros síntomas de la reducción del trabajo a empleo, que se consolidará en la segunda mitad del siglo XX.

El libro que aquí reseñamos, *La imaginación socialista. El ciclo histórico de una tradición intelectual* (2016), está sin duda conectado con las obras anteriores, pero abre a su vez una nueva senda. Habrá que esperar para saber si acabará o no formando parte de un proyecto más amplio. Al igual que sucedía con *Homo faber*, se trata de una historia de las ideas políticas. De todas formas, el punto de vista es, en ambos casos, el de un historiador. Esto se observa, por ejemplo, en la importancia que el autor concede a la delimitación temporal y espacial de los procesos estudiados. También en la forma de articular la exposición de las ideas: asociándolas siempre a un autor en particular y no extrayendo de ellas conclusiones excesivamente ambiciosas o formuladas desde nuestras preocupaciones presentes. El propio Díez Rodríguez señalaba en *Homo faber*, a este respecto, que su intención no era tanto ofrecer una historia de la *idea* o el *concepto* de trabajo, sino elaborar una historia *intelectual* del trabajo; esto es, trazar un recorrido a través de los discursos que mejor expresan el sentido y la función que se otorgan al trabajo en cada contexto epocal. Se podría decir que, de un modo similar, *La imaginación socialista* es una historia intelectual de esta corriente de pensamiento, un repaso de las figuras que conforman las líneas maestras del armazón teórico del socialismo.

¿Pero a qué se debe entonces la referencia en el título a la «imaginación»? ¿El libro se ocupa realmente de ella o más bien traza los elementos centrales de la tradición intelectual socialista? ¿Es acaso la imaginación socialista algo distinto de la razón socialista? Esperamos no excedernos en nuestra tarea si decimos unas palabras sobre el asunto, antes de pasar a

comentar más propiamente el contenido de la obra. En un primer momento, la delimitación del concepto de imaginación no presenta muchas facilidades. La razón, otro término esquivo, se opone al menos a lo irracional. ¿A qué se opone la imaginación? ¿A la realidad? ¿No deriva acaso de ella? Podríamos quizás decir que se opone a lo frío, a lo gris, a lo que no se mueve... Pero esto no termina de sernos de ayuda. Examinemos, pues, la idea de imaginación con algo más de detalle.

En su uso cotidiano, el término «imaginación» se usa como sinónimo de «creatividad», o bien para aludir a lo irreal o ilusorio. Ambos usos, aunque son distintos, están relacionados entre sí y hasta pueden llegar a mezclarse. En el lenguaje filosófico sucede algo similar. El concepto se ha empleado, también, en dos sentidos que se entrecruzan: la imaginación puede ser la capacidad de producir imágenes de una cosa no presente (pasada o futura), o una mera fuente de errores epistémicos. Esta última ha sido, seguramente, la concepción dominante, representada de forma paradigmática por Descartes. Por el otro lado, probablemente sea Hume quien más y mejor ha insistido en las virtualidades de la actividad imaginativa, rechazando la visión cartesiana de la misma como una facultad radicalmente distinta de la razón.

Este no es, con todo, el sentido del concepto de imaginación en el libro. De hecho, si tuviéramos en cuenta solamente este significado, no cabría hablar de «imaginación socialista», puesto que imaginación es aquí, simplemente, una capacidad humana. La obra no se ocupa de la *actividad* imaginativa en cuanto tal, sino del *producto* de dicha actividad. El producto de la actividad imaginativa, si se desarrolla suficientemente, es un conjunto más o menos coherente de imágenes: un imaginario. Cabe señalar que esta idea de imaginación como conjunto de imágenes estaba ya presente –aunque no de forma tan explícita– en *Homo faber*; especialmente cuando Díez Rodríguez hacía un repaso de las distintas *figuras* del trabajo moderno.

Ahora que ya hemos aclarado mínimamente de qué imaginación estamos hablando, falta explicar en qué sentido esta se relaciona con el socialismo y da lugar a la «imaginación socialista». Comencemos diciendo que el socialismo está especialmente ligado a la creación de imaginarios, a diferencia de otras tradiciones intelectuales. Por supuesto que toda ideología política o social es más atractiva en la medida en que es imaginativa, pero el socialismo está conectado a la imaginación de manera diferente: la necesita, depende de ella. En el momento en que se enfría la imaginación, el socialismo se agota. Esto es así porque las imágenes ayudan a la razón a poner de relieve las injusticias del presente y, a su vez, alimentan la utopía, le dan cuerpo y la convierten en una alternativa deseable.

Ahora bien: el socialismo, como es sabido, no es una tradición homogénea, por lo que es de esperar que no se sirva de un único imaginario, sino de múltiples. Como señala el autor: «el socialismo es un anticapitalismo con diversas formas, más o menos contundentes y explícitas, de plasmarse. Además de esto es también la propuesta de una nueva forma de sociedad completamente diferente al tipo de sociedades existentes. De igual manera que hay diversas formas de anticapitalismo, también las hay de presentar la imagen de lo que debería ser la sociedad socialista» (pp. 12-13). La pretensión del libro es dar cuenta de esta diversidad, pero también mostrar las conexiones entre los distintos imaginarios socialistas, para poder responder a la pregunta (que seguramente sirve de guía al conjunto de la obra): «¿Tiene la imaginación socialista un espíritu definido que nos permita caracterizarla con alguna precisión?» (p. 12). Díez Rodríguez ofrece una primera respues-

ta poco después: «la imaginación socialista es la instauración de una nueva organización económica, social y política que vendría a dar respuesta a los muchos y graves problemas de las sociedades presentes que se achacan al capitalismo, sistema económico al que se caracteriza por una honda e incorregible desigualdad económica y se califica como intrínsecamente injusto e inhumano» (p. 13).

Es decir: el socialismo consiste básicamente en *criticar* lo existente para *proponer* algo diferente. Como veremos, esta distinción entre imágenes *negativas* o de *sufrimiento* –que ponen de relieve la injusticia del presente– e imágenes *positivas* o de *liberación* –que apuntan a la posibilidad de una sociedad alternativa– es una de las ideas rectoras del libro, que sirve para estructurar la exposición de los diversos autores. En cualquier caso, esta diferenciación no debe ser entendida de forma dicotómica: estos dos componentes o momentos del socialismo, el negativo y el positivo, no son totalmente separables. No solo porque la crítica –incluso la más inmanente, la que solo persigue agudizar las contradicciones del presente– tenga siempre un objetivo –por muy oculto que permanezca–, sino también porque la forma concreta de criticar el capitalismo (la forma que adopta la imaginación anticapitalista) influye en la forma de concebir la sociedad socialista. Si la crítica se dirige al capitalismo y al mecanismo de la explotación, la alternativa será básicamente una forma diferente de organizar la economía. Si la crítica se centra en la sociedad burguesa y la corrupción social, en la alternativa ocuparán un lugar central los aspectos culturales y morales.

El libro se divide en dos partes principales, de longitud e importancia decrecientes, a medida que se va apagando la imaginación socialista. La primera parte (pp. 21-127) se corresponde con la «edad de la fuerza» y se divide en cinco capítulos, dedicados a Fourier, Cabet, los atelieristas, Proudhon y Marx. En las utopías de los dos primeros, una somera doctrina del anticapitalismo da pie a una extensa presentación de las características propias del socialismo. En los demás, hay muchas más reservas, y señaladamente en Marx, a la hora de dejarse llevar por la imaginación de la sociedad futura. De todas formas, Díez Rodríguez insiste en que, a pesar de estas variaciones en la importancia de la dimensión negativa respecto a la positiva, en todos los casos estamos ante una «imaginación socialista pletórica».

La imaginación negativa de Fourier está centrada en la represión y corrupción que la civilización ejerce sobre las pasiones humanas. Su alternativa es *Armonía*, un acabado «artefacto» producto de una imaginación detallista y desbordante. Se trata de una organización social minuciosamente regulada que posibilita, a partir de unos mínimos universales asegurados a todos, el pleno desarrollo de las desiguales pasiones humanas en todos los ámbitos de la vida humana, desde la comida al trabajo, pasando por el sexo y el amor.

La imaginación negativa de Cabet, en cambio, pone el foco en la desigualdad, que pasa a ser considerada la causa primordial de todos los vicios y desgracias sociales. Su alternativa es la instauración de una comunidad igualitaria y fuertemente unitaria, en la que los conflictos individuales desaparecen gracias a la extensión de la virtud comunista, propia de un ser humano esclarecido capaz de anteponer el bien social al suyo propio.

Díez Rodríguez se ocupa a continuación de *L'Atelier, organe spécial de la classe laborieuse*, un periódico obrero publicado en París entre 1840 y 1850 e inspirado en las ideas de reforma social de Philippe Buchez, cuyo neocatolicismo tenía una notable influencia de Saint-Simon. La imaginación negativa de los atelieristas está centrada en una clase burguesa materialista y

egoísta, a la que se opone la miserable condición de la clase obrera. Su imaginación positiva gira en torno a la figura de los artesanos, entendidos como un grupo de individuos de gran altura moral que asumen el compromiso de crear –a través del esfuerzo y la abnegación– una nueva sociedad, la asociación obrera, en la que una reorganización profunda de la producción convive con la conservación de la fe religiosa, el amor a la patria y el respeto a la familia.

En Proudhon la imaginación negativa se sofisticada, tomando la forma de un riguroso análisis de la propiedad capitalista y del irreductible conflicto entre capital y trabajo. Su imaginación positiva destaca por la idea, ausente en los teóricos anteriores, de que el socialismo solo será posible mediante una transformación revolucionaria, hecha enteramente desde la clase obrera. Esta revolución está dirigida a la implantación de una sociedad autogestionaria y mutualista, a la que Proudhon denomina «democracia industrial», y en la que será posible una feliz combinación entre maquinismo y trabajo artesanal.

En la imaginación negativa de Marx pierden relevancia las dimensiones psíquicas y morales que estaban presentes en los socialismos anteriores y alcanza una posición hegemónica el análisis económico de tipo estructural. A través de una elaborada crítica de la economía política, Marx pone de manifiesto las contradicciones endógenas del modo de producción capitalista, que terminarán por llevarlo a la tumba. La imaginación positiva, en consonancia, no consiste ya en el desarrollo de una forma de vivir alternativa, sino que se limita a unos esbozos de socialismo, entre los que destaca su idea de la dictadura del proletariado como fase de transición revolucionaria hacia el socialismo (que nada tiene que ver, sin embargo, con la teorizada después por Lenin) y la concepción del socialismo como reducción al máximo del «reino de la necesidad» y consecuente extensión del «reino de la libertad».

La segunda parte del libro (pp. 131-169) estudia el «cambio decisivo» que tiene lugar con la aparición a finales del siglo XIX del marxismo de la socialdemocracia (Kautsky) y su temprana crisis, provocada por el revisionismo de Bernstein y el marxismo-leninismo. Este cambio da lugar a una «imaginación socialista enfriada», en la que la importancia de la agencia humana cede el paso a una visión cientificista del cambio social. Díez Rodríguez insiste en que este enfriamiento de la imaginación socialista no tiene que ver tanto con un abandono de la vertiente propositiva, ni tampoco con la primacía del análisis económico frente a otras dimensiones de la realidad (ambos aspectos ya presentes en Marx), sino más bien con una rebaja de las expectativas. El socialismo empieza, de un modo u otro, a no ser entendido prioritariamente como anticapitalismo. Frente al atrevimiento de unos socialismos que pretendían una completa reordenación del mundo conocido, los socialismos del cambio decisivo restringen el campo de las transformaciones posibles. Se produce el paso, en definitiva, del «paradigma social» al «paradigma político», en el que las relaciones entre socialismo y Estado pasan a ocupar un lugar central.

La imaginación negativa del marxismo «ortodoxo» se caracteriza, fundamentalmente, por la transformación de la crítica de Marx en una «ciencia» de la evolución social, que pone de manifiesto la necesidad histórica del agotamiento del capitalismo. Esta concepción reduce las posibilidades de acción a una mejor organización política en torno al partido y al progreso por la vía reformista, a la espera de que la situación esté lo suficientemente madura para el momento de la inevitable revolución. En consonancia, la imaginación

positiva está poco desarrollada, considerándose que la socialización de la economía será un proceso relativamente sencillo una vez llegue el momento oportuno, posibilitado por el propio desarrollo de las fuerzas productivas en el capitalismo.

La imaginación negativa de Bernstein –muy influenciada con la conciencia de que el modo de producción capitalista muestra una gran capacidad de adaptación a la incipiente sociedad de consumo de masas– rompe con la tesis de la inevitabilidad del derrumbe del capitalismo y defiende el reformismo como la única estrategia posible para la instauración del socialismo. Su imaginación positiva consiste en un «socialismo ético», un modo de vida específico que se alcanza tras un largo proceso de transición y gracias al convencimiento mayoritario de su justicia y deseabilidad.

La imaginación negativa de Lenin, indisolublemente ligada a su actividad revolucionaria, se basa en la negación de la idea (defendida por el marxismo ortodoxo) de que primero es necesario hacer la «revolución política» para después, una vez implantada la democracia, alcanzar la «revolución socialista». Su imaginación positiva consiste en un Estado reforzado al extremo, con carácter impositivo y represivo, controlado por el partido representante de los intereses del proletariado. Esta pervivencia y reforzamiento del Estado y su «derecho burgués» se entienden como una fase transitoria, llamada «socialismo», que precede a su posterior (y añade Díez Rodríguez: harto difícil de imaginar) extinción y al consecuente advenimiento definitivo del «comunismo».

Vemos así que el *núcleo* del ciclo histórico de la tradición socialista se reduce, según nuestro autor, a la Europa decimonónica. Díez Rodríguez liga simbólicamente el comienzo de este periplo a la aparición, en 1808, de la *Teoría de los cuatro movimientos* de Fourier, mientras que su final lo sitúa al término de la Primera Guerra Mundial, cuando ya están presentes las formas principales de socialismo propias del siglo xx. En el libro se afirma que estas variantes de socialismo entran, desde finales de la Segunda Guerra Mundial, en un proceso de crisis, resultado del «debilitamiento, cuando no la negación, de la condición histórica del socialismo como anticapitalismo y como fundador de un nuevo tipo de sociedad y un nuevo estilo general de vida» (p. 14), es decir, resultado del abandono de un imaginario realmente ambicioso tanto en su vertiente negativa como positiva.

Este «desenlace» es tratado en la tercera parte del libro, que tiene una importancia menor (pp. 173-188). Se corresponde, como decíamos, con las distintas formas de la socialdemocracia y el comunismo de la segunda mitad del siglo xx, en las que la imaginación socialista se encuentra ya congelada, en buena medida debido a la influencia global de la URSS. Obsérvese que hay un salto entre el final de la Primera Guerra Mundial, con el que termina la segunda parte, y el final de la Segunda Guerra Mundial, con el que empieza esta tercera parte. Es decir: el libro no se ocupa del período de entreguerras. El motivo es, como ya hemos señalado, que el análisis de la imaginación socialista termina en 1918, siendo la tercera parte un mero capítulo adicional que hace las veces de conclusión.

Ahora bien: ¿termina realmente el *núcleo* del ciclo histórico del socialismo en 1918? Díez Rodríguez, como ya hemos dicho, opina que sí. Su tesis, recordémoslo, es que las formas principales del socialismo del siglo xx, con sus contradicciones, limitaciones y fuerza decreciente (que desembocan en su crisis definitiva a mediados de la década de los 50), están ya presentes, aunque solo sea germinalmente, al final de la Primera Guerra Mundial. Es sin

duda una tesis arriesgada, pero que el autor sabe defender. De todas formas, no podemos dejar de apuntar que tal vez sería conveniente tener en cuenta la especificidad del sistema político de entreguerras y el papel que jugó en su configuración la socialdemocracia de la época, cuyas aspiraciones eran probablemente mayores que las del socialismo post-45. De la misma época es además otro socialismo peculiar, pero sin duda especialmente imaginativo, como es el de Walter Benjamin, quien se propone la creación de «imágenes dialécticas» como antídoto frente a las «fantasmagorías» del capitalismo.

En fin, esperamos animar con esta reseña a la lectura de este entretenido ensayo. En lo que se refiere al gremio de los filósofos del derecho, nuestra intención ha sido no solo dar a conocer la obra que ahora nos ocupa, sino también al propio autor. Tanto la filosofía política como la filosofía del derecho se enriquecen cuando realizan sus análisis teniendo en cuenta las investigaciones históricas, y mucho más cuando estas aportaciones tienen que ver, como es el caso, con la comprensión de procesos vastos y complejos, con profundas implicaciones en nuestra forma de comprender el mundo. El libro puede interesar mucho, también, al lector ajeno a la academia: sin abandonar el rigor y la profundidad, es una obra breve y amena, escrita en una prosa atractiva.

Ya para finalizar, conviene realizar una advertencia: para nuestro autor, que el ciclo histórico del socialismo se haya cerrado hace tiempo no es una llamada a la desesperanza, sino a la renovación. *La imaginación socialista* es una obra que permite intuir el tipo de socialismo por el que aboga Díez Rodríguez. Un socialismo que no tenga miedo a cuestionar las dimensiones de la realidad más sedimentadas en el imaginario colectivo, ni tampoco a concebir formas alternativas de organizarlas; que no se acomode en posiciones puramente defensivas, sino que someta a escrutinio el espectro de temas más amplio posible. Nuestro sistema económico y social actual resulta poco creíble, en los últimos tiempos andamos sobrados de procesos que lo confirman. Pesa sobre el socialismo la responsabilidad de contribuir a que este descontento no produzca más imágenes de muros y exclusión, sino deseos de emancipación y justicia.

Pablo SCOTTO BENITO
Universitat de Barcelona

LOSANO, Mario G. *La Rete e lo Stato Islamico. Internet e i diritti delle donne nel fondamentalismo islamico*, Milano, Mimesis edizioni, 2017, 170 pp.

La imagen de un Islam violento y fanático, con indicios de resistencia y de incapacidad para integrarse en las sociedades de acogida, se ha extendido en los últimos años de forma exponencial. Sin duda, el efecto multiplicador de los medios de comunicación y especialmente el poder de atracción de las redes sociales han contribuido a proyectar y sobredimensionar esta imagen en el mundo occidental. Y, ello ha sido así dado que el control de los medios de comunicación y el filtrado de toda información disponible en Red resulta cada vez más imposible o difícil de gestionar por parte de cada Estado. La velocidad y celeridad que aporta el uso de las nuevas tecnologías junto a la rápida difusión de imágenes, reacciones y visualizaciones que ofrece el mundo de los «media» no solo ha globalizado esa imagen sino que ha revertido negativamente en la forma de «tolerar o rechazar» su presencia en la sociedad de acogida. Los medios de comunicación occidentales han hecho más visible el Islam como sinónimo de intolerancia, fanatismo, discriminación de la mujer y de las minorías no musulmanas. Obviamente, esta imagen mediática que concibe el Islam como un bloque homogéneo fácil de identificar exclusivamente con movimientos violentos que practican el terrorismo también se ha visto retroalimentada por aquellas teorías que de forma implícita auguraban o vaticinaban un irreversible «choque de civilizaciones». Entre ellas, basta recordar las tesis defendidas por Huntington en el libro *The Clash of Civilization and the Remaking of World Order*³, que apuntaban como origen de los conflictos más duraderos de los últimos años, no tanto los factores nacionales, ideológicos o económicos, sino las diferencias irreconciliables entre las distintas civilizaciones. La relación conflictiva con el Islam, las personas y las comunidades de esta religión en Europa está más que nunca en una encrucijada irresoluble ante la virulencia de los brotes terroristas surgidos de ciertas células integristas. Aunque la huella del fundamentalismo islámico es innegable no por ello es posible obviar como también las manifestaciones de odio religioso contra los musulmanes han crecido especialmente a partir de los primeros años del presente siglo y tras los ataques terroristas en ciudades principales de Estados Unidos y Europa.

En este contexto de búsqueda de causas y respuestas antídoto ante el miedo y el rechazo a la versión fundamentalista del «Mal absoluto», se inscribe la obra monográfica de Losano, un gran experto no solo en el análisis de los procesos de occidentalización de Oriente, en países como Turquía o Túnez, sino también un investigador pionero en informática jurídica y experto en el análisis del uso de la Red y las tecnologías informáticas. La pertinencia del libro de Losano no solo es una acertada elección de un tema de rabiosa actualidad tras el estallido de las llamadas primaveras árabes y por el impacto socio-político de los diferentes atentados terroristas del 2016 y recientemente en Londres 2017. Además lo es especialmente por ilustrar con

³ HUNTINGTON, S., *The Clash of Civilization and the Remaking of World Order*, Simon and Schuster New York, 1996 (versión en español *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, trad. J. P. Tosaús Abadía, Paidós, Barcelona, 2001).

rigor y hacer aportaciones novedosas sobre la controvertida y desconocida realidad del llamado fundamentalismo islámico 2.0 que por error se identifica con todo el Islam.

A tal propósito, Losano, como punto de partida para corregir esa peligrosa visión homogénea del Islam revisa la pluralidad de corrientes dentro de la «tripartición teológica» del pensamiento islámico (minorías modernistas, mayorías tradicionalistas y minorías fundamentalistas) y con ese objetivo cita visiones muy críticas de autores como Sadik Jalal al-Azm o Hamideh Mohagheghi que refutan dicha tendenciosa asociación entre Islam y fundamentalismo islámico.

Seguidamente, en el mismo primer capítulo –pero con un enfoque sobre el uso de la informática y, en particular, Internet y las redes sociales por las diferentes corrientes de pensamiento islámico–, Losano se centra especialmente en cómo se ha utilizado la informática por los fundamentalistas para volver a épocas pasadas y cómo han contribuido con creces a impulsar una de las formas más modernas e incontrolables de guerra, la llamada *hybrid war*. De hecho, como acertadamente advierte Losano, si bien el uso activo de la informática por las primaveras árabes había sido seguida desde Occidente como una ventana de oportunidad para impulsar procesos de constitucionalización, el curso de los acontecimientos ha transformado las esperanzas iniciales rápidamente en desilusiones dada la fuerte incursión y amenaza del terrorismo por parte del fundamentalismo islámico predicado y practicado por el ISIS. La rápida difusión de esta doctrina y la práctica del ISIS por medio de Internet, pone en evidencia como la Red se convierte peligrosamente, dada su versatilidad de usos, en el instrumento «aliado» y clave para movilizar las masas al igual que ocurrió con el papel que desempeñaron las redes sociales en la extensión de las primaveras árabes.

Por ello, constituye una aportación de sumo interés este primer capítulo dónde Losano de forma magistral y gracias a su conocimientos técnicos de Internet examina la herramientas de comunicación de masas utilizadas por ISIS no solo para ganar nuevos seguidores o para coordinar los militantes sino para organizar los ataques terroristas en Occidente. Y, tras un minucioso examen de las diferentes herramientas también expone cómo monitorear y bloquear cualquiera de las redes fundamentalistas precisamente porque en este contexto la guerra ha adoptado nuevas formas y estrategias de acción que pueden llegar incluso al descontrol. A tal fin, de forma ilustrativa y en perspectiva comparada, enuncia y comenta la eficacia de los planes anti-terroristas, las «armas jurídicas» de corte represivo, el anunciado fracaso de las respuestas diplomáticas a adoptar por diferentes países (Austria, Francia, Estonia, España, Italia, entre otros) así como elenca medidas concretas dirigidas a controlar y eliminar los «accounts» de las *social networks* más utilizadas por el Estado islámico.

Un ejemplo concreto de «apropiación» de Internet por el fundamentalismo islámico, se aporta en el segundo capítulo y a tal efecto comenta en detalle las directivas de «La mujer en el Estado islámico». Se trata de un manifiesto de origen fundamentalista sobre la vida de las mujeres musulmanas de acuerdo con los cánones del llamado Estado islámico, difundido en Internet por una web jihadista y traducido en lengua inglesa por el *Managing Director* de la *Quilliam Foundation*, Haras Rafiq. Ha sido escrito para todas las mujeres musulmanas y su autoría se atribuye a «las guardianas de las buenas costumbres islámicas». Este manifiesto de forma contradictoria, tal y como argumenta Losano, no solo circunscribe estrictamente al ámbito de la liber-

tad de las mujeres musulmanas, sino que, se presenta como el producto independiente de mujeres que han elegido la concepción fundamentalista del Corán. Una concepción que exige un retorno a las reglas originales del estilo de vida sedentario y la entrega total al marido e hijos propias del «verdadero» Islam bajo la premisa coránica para las mujeres de «Permanecer en sus casas». Esto es, una invitación a no rebasar la esfera privada del hogar aunque al mismo tiempo defienda que pueden ser libres o cursando un «plan de estudios para chicas musulmanas» (pero solo hasta los 15 años de edad) o incluso admita el matrimonio a partir de los nueve años.

Sin duda, habida cuenta del volumen de datos y evidencias hábilmente sistematizadas en este trabajo, el lector consigue tener una retrospectiva completa sobre las diferentes dimensiones de Internet y el uso de las redes sociales que están siendo instrumentalizadas por el terrorismo *jihadista* para amplificar el mensaje del terror y odio hacia los valores de Occidente. Por tanto, tratando así de difundir la autenticidad originaria del Islam con vistas a captar mayores seguidores. Y, de otro lado, como contrapartida a la aplicación práctica de las directrices del «manifiesto fundamentalista», desde una cuidada selección de noticias, se apunta aunque sea indirectamente al problema de los derechos de la mujer en el Islam. Un debate inconcluso y cuyas verdaderas implicaciones jurídico-políticas son complejas de analizar a día de hoy.

Ambos bloques temáticos, el uso de internet y el «manifiesto», son dos ámbitos de estudio que abordan realidades complejas pero que permiten delimitar con claridad las consistencia o inconsistencia de las ilusiones o alucinaciones de Occidente respecto al Islam dadas sus imbricaciones jurídico-políticas en el ámbito de las migraciones y en la construcción de un marco de convivencia intercultural por el momento *in progress*. Si bien, a priori, el tratamiento complementario de ambas cuestiones escogidas puede sorprender puesto que podrían tratarse de realidades antagónicas y dentro de un análisis del discurso pueden inducir erróneamente a generar puntos de conexión o incluso de distorsión sobre la realidad. Sin embargo, la voluntad del autor es ir más allá y afrontar un análisis crítico de forma continua para corregir el predominio de paralelismos tendenciosos, visiones relativistas, buenistas, precisamente con el ánimo de contrarrestar la simplificación o generalización improductiva que se puede atribuir a otros trabajos sobre esta materia.

De este modo, con el fin de acercar el lector a la posición del ISIS como organización fundamentalista y explorar la situación de la mujer musulmana frente al problema de la integración, dentro de las fronteras de los Estados europeos, se reflexiona en clave crítico-propositiva sobre la compatibilidad del Islam como religión y los valores en que se basa la sociedad occidental: la democracia pluralista, el Estado de Derecho y la salvaguarda de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. En particular, si bien Losano no niega la evidencia, esto es el descontrol en la gestión europea de las migraciones y la crisis del sistema europeo de asilo. A diferencia de discursos benévolos, insiste en las consecuencias asociadas a la creciente presencia de inmigrantes musulmanes en un futuro inmediato (basta considerar las previsiones demográficas que presenta para el 2050). Entre otras, la situación creciente de exclusión social que sufren en Europa así como la posible subversión del orden político o los valores occidentales –la secularización del Estado, la democracia y el Estado de Derecho, o la tutela de los derechos y libertades fundamentales– por los principios de su integrista religioso. Además se añaden problemas internos de las sociedades islámicas como la

corrupción política, la falta de oportunidades económicas y la alta tasa de paro juvenil que priva a un importante sector de la población de un futuro mejor. Si se recuerdan los incidentes de la *banlieue* parisina, se encuentra una evidencia directa del fracaso de las políticas de integración de corte asimilacionista así como las políticas antidiscriminatorias en Francia. En estos casos, tal vez las razones radiquen en problemas de marginación y de los elevados niveles de paro que sufren especialmente los jóvenes musulmanes, sin olvidar las mujeres musulmanas doblemente víctimas de situaciones de opresión o rechazo en la esfera pública por el uso de símbolos religiosos o vestimentas con connotaciones religiosas.

Es precisamente, sobre los problemas y debates que genera en Europa la integración de la población musulmana, donde el Losano ante el número y variedad existente, opta por la necesidad de limitar a unos pocos casos y aquellos más destacados. Entre ellos, por una parte, recoge algunos ejemplos extremos en clave comparada como la propuesta de integración de las personas refugiadas en las fuerzas armadas en Alemania por medio del lanzamiento de un «proyecto piloto con un centenar de refugiados convocados para llevar a cabo tareas civiles como la construcción, la ingeniería, la salud y el cuerpo logística». O bien, los problemas de integración ligados a la (aparente) delincuencia de los inmigrantes, especialmente los musulmanes, detenidos por delitos comunes. Y, por otra parte, sobre la posición de la mujer en el Islam apunta dos episodios con fuerte impacto mediático que han abierto un debate no solo en Alemania y Francia sino a nivel europeo a partir de los acontecimientos terroristas del 2015. En concreto, pone como ejemplo, dos conflictos emergentes en el seno de las sociedades europeas. En primer lugar, las agresiones sexuales durante la nochevieja 2016 en Colonia donde el autor proporciona una amplia recopilación de los hechos durante una investigación sesgada a nivel policial y político así como las consecuencias dentro del marco normativo, especialmente la modificación del derecho penal vigente en Alemania para la persecución de los autores de tales agresiones sexuales. Y, en segundo lugar, se lleva a cabo un rápido examen de los eventos y la repercusión judicial de la prohibición del *burkini* en el mes de agosto 2016 en Francia, acompañada de una reflexión sobre esta prohibición y en general sobre el uso político de una posible extensión de formas de aversión al Islam que pueden devenir en un incremento de manifestaciones islamófobas y una espiral de conflictos que «dinamiten» la convivencia pacífica en las actuales sociedades europeas.

A modo de consideraciones finales, Losano señala varios aspectos claves para tratar de evitar el auge del fundamentalismo en las actuales sociedades europeas y para promover la integración del Islam. Una integración que no admite todas sus formas sino solo aquellas que hagan prevalecer las garantías jurídicas de la autonomía y libertad personal. En cualquier caso, el éxito o fracaso del reconocimiento de la diversidad pasa por tomarse en serio el reconocimiento del Islam en Europa y obliga a (re)interpretar la neutralidad y el principio de laicidad que vertebraba las sociedades europeas democráticas.

De hecho, tal y como se analiza en el § 8 del segundo capítulo, resulta preocupante como la gran mayoría de población migrante no llegará a diferentes niveles mínimos de integración y las sociedades de recepción deberán asumir la responsabilidad de implementar una serie de medidas de refuerzo como la asistencia social y el control de la policía para los sujetos radicalizados. Tal y como recuerda Losano, es necesario «un proceso de adaptación mutua que llevará por lo menos una generación o dos, entonces el problema

más acuciante es la gestión social y política». La adaptación mutua, de hecho afecta de lleno incluso a cómo la sociedad europea evoluciona, los cambios en los patrones de su comportamiento común en el pasado; y en cómo sus nuevos ciudadanos pueden tratar de influir en esta evolución. Precisamente, porque tal y como prevé el autor, Europa no escapará a los problemas de integración y tampoco podrá hacerlo porque se añadirán inevitablemente otros como consecuencia del fracaso de políticas o el rechazo social. No en vano, actualmente la integración está resultando difícil y abiertamente cuestionada por el volumen de llegadas, por los limitados recursos durante la crisis económica y la creciente impaciencia de la población de los países de acogida por prevenir o evitar el conflicto.

Respecto a la integración de las mujeres y la protección de su estatuto jurídico, no caben más demoras y es fundamental, como insiste Losano, identificar los usos de la Red por parte de los verdaderos «bárbaros» o «enemigos culturales»⁴, precisamente porque el Estado islámico y el anhelo por extender la «autenticidad fundamentalista», afecta a la inmigración musulmana pero en especial los derechos de la mujer en el Islam de Europa.

Por consiguiente, quisiera destacar que contribuciones científicas como la obra monográfica del Losano son imprescindibles para que el lector tenga capacidad de aprehender e individuar el origen complejo del problema. Esto es, las difíciles relaciones entre Islam y derechos fundamentales pero también la confluencia de «luchas internas» dentro del Islam y el uso «activo y pasivo» de la informática para difundir sus tesis. El libro de Losano recoge, bajo mi modesto punto de vista, los elementos claves que se deben conocer desde el mundo occidental para así tratar de buscar un justo equilibrio entre las medidas a adoptar: controles contundentes contra el terrorismo y el uso de las tecnologías informáticas sin perjuicio de las garantías inquebrantables sobre los derechos de las minorías, especialmente inmigrantes musulmanes en Europa. No en vano, parafraseando a Todorov, resulta más actual que nunca reflexionar si «el miedo a los bárbaros es lo que amenaza con convertirnos en bárbaros». Y, si esto ocurre no podemos permitir que «esta política destruya al mundo occidental desde dentro, porque para defender los valores democráticos que tanto queremos nos vemos abocados a renunciar a ellos»⁵.

Encarnación LA SPINA
Universidad de Deusto

⁴ SARTORI, G., *La sociedad multiétnica: Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Taurus, Madrid, 2001, p. 54.

⁵ TODOROV, T., *El miedo a los bárbaros. Más allá del choque de civilizaciones*, trad. N. Sobregués, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2008, pp. 18-19.

NAÏR, Sami. *Refugiados. Frente a la catástrofe humanitaria, una solución real*. Barcelona, Editorial Planeta, Crítica, 2016, 186 pp.

Mientras palabras como refugiados e inmigrantes generan ecos conflictivos y contradictorios, vinculándolas a ideas como invasión e ilegalidad, asistimos en Europa a la mayor catástrofe humanitaria desde la Segunda Guerra Mundial. Ese contexto de la denominada «crisis de los refugiados» (que hace referencia a sirios y afganos, pero también a iraquíes y eritreos, entre tantos otros) pone en entredicho la esencia misma de la Unión Europea, sus valores y el respeto a la dignidad sobre la que se asientan los derechos humanos. Ante el escepticismo y el desengaño es hora de construir una nueva Europa sobre el modelo social civilizado de la solidaridad, condenando y denunciando la idea falsa e inhumana de que no hay solución para los refugiados en Europa en una especie de alegoría permanente a la parábola de «El banquete de la naturaleza» de Malthus.

Para ello Sami Naïr, como especialista en movimientos migratorios y creador del concepto de codesarrollo propone en este libro destruir las principales falacias sobre el asilo y la inmigración para poder buscar una alternativa. Se trata de un estudio riguroso por parte de un intelectual referente a nivel internacional en esta materia que, además, ha tenido responsabilidades de gobierno que le permiten conjugar de forma maestra el conocimiento académico y la dimensión práctica. Asimismo, este trabajo puede ser visto como un instrumento de lucha y compromiso, con denuncias sobre la pérdida de los ideales originarios del proyecto europeo y alternativas para reconducirlo.

El libro está articulado en cuatro partes, con catorce capítulos breves, en las que Naïr transporta al lector del «gran éxodo» al «gran camino» para ir más allá de lo que algunos persisten en catalogar como un problema humanitario coyuntural y tomar las decisiones que llevan a escoger entre el camino de la barbarie o el de la civilización.

La primera parte de este trabajo, dedicada al gran éxodo, se ocupa de examinar la crisis de los refugiados analizando de qué huyen y a dónde van, para mostrar que la Unión Europea carece de respuestas ante los desafíos que plantea este entorno geoeconómico y geopolítico. Esa falta de visión sobre los desplazamientos de población y las migraciones tendrán graves consecuencias sobre los sistemas democráticos actuales, tal como comienza a visibilizarse con el auge del racismo, guerras identitarias internas por la falta de integración social de las capas social más marginales y, en definitiva, con el retorno de los fascismos.

La Unión sigue anclada en una gestión de la movilidad humana que se construye de forma defensiva y olvida, por una parte, que el factor clave para entender la orientación de los movimientos migratorios es el demográfico y, por otra, que la acogida de migrantes y refugiados no obedece a las mismas normas. Al igual que entre los denominados migrantes económicos hay diferentes categorías, también el concepto de refugiado puede alcanzar a una gran variedad de personas.

En efecto, datos como que más de veinticinco millones de persona se han visto obligadas a desplazarse a nivel mundial por motivos ambientales, pone en evidencia que la definición jurídico-política de la Convención de Ginebra (1951) es en estos momentos insuficiente. Mientras se protege y amplía la movilidad de las mercancías y el capital, se deja desprotegidos a quienes que

huyen de su país, cualquiera que sea el motivo que les haya obligado a ello. Por eso, Naïr recoge la interesante propuesta de incluir en la mencionada Convención un protocolo específico sobre refugiados climáticos, y la ampliación en ese sentido de los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre desplazamientos internos. Se trata, sin duda, de un planteamiento que no está exento de riesgos, ya que cabe una doble lectura. En efecto, si bien entrar en la propuesta de reforma, para su actualización, de la Convención puede suponer inclusión de diferentes realidades que no fueron tomadas inicialmente en consideración, es posible al mismo tiempo que se quiebre el consenso universal de mínimos que se ha conseguido con la misma respecto a lo que se debe entender por refugiado. Por eso, no es descartable un punto intermedio que suponga una correcta interpretación de la Convención por parte de los Estados que aglutinara a los que carecen de protección internacional. Mientras no se realicen cambios, los Estados más recalcitrantes pueden no actuar y seguir evitando el cumplir con sus deberes de socorro.

Aún encontrándonos ante lo que puede considerarse un «vacío legal, político y humano», los Estados no se atreven a abordar esta realidad obviando que existen seres humanos que son «desarraigados medioambientales» sin ningún tipo de desprotección. Todo ello a pesar de que, como apunta Naïr, de acuerdo a la información de la que se dispone, puede afirmarse que «el cambio climático es la primera causa de migración en el mundo» y posiblemente dichas migraciones forzadas van a continuar especialmente desde países pobres a otros que también lo son. Ese sufrimiento, que es transversal en la movilidad humana, queda duramente documentado en los testimonios que se recogen para cerrar este primer apartado, tan impactantes que, como el autor apunta, permanecen en la memoria.

¿Qué hace ante esta realidad la «Europa insolidaria»? La segunda parte del volumen analiza con precisión cómo la política europea está centrada en fortalecer las fronteras, incluso acudiendo a instrumentos que bordean los límites legales, aunque ello suponga un sacrificio del desarrollo en pro de la cooperación policial. Un recorrido exhaustivo por los diferentes instrumentos a los que ha acudido la Unión en la última década, muestran la política de externalización que se ha priorizando, incluso realizando pactos con Estados que no respetan los derechos humanos.

Esa opción por un tratamiento policial de la inmigración ha afectado también a los solicitantes de asilo que pasan a ser recibidos en las fronteras europeas por Frontex (la antigua Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión que, con tareas ampliadas, ha dado lugar a la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas) en una etapa claramente marcada por una mayor preocupación en materia de seguridad. Todo ello justifica que proliferen los centros de retención, detención y acogida, en los que convergen migrantes, refugiados y solicitantes de protección internacional, que van más allá del territorio europeo expandiéndose hacia los Balcanes y África. La colaboración de terceros países se ha convertido en un elemento para fortalecer y asegurar la externalización.

En la búsqueda de alternativas, las dos opciones más distantes que van desde abrir las fronteras hasta cerrarlas completamente, no son posibles ni viables, puesto que pueden generar resultados perversos, como ya está ocurriendo. En opinión del autor la vía intermedia sería la más adecuada para progresivamente aumentar el número de entradas legales, pactar con los países emisores, alentar incentivas políticas de desarrollo local mediante la coo-

peración descentralizada, instaurar documentos de ida y vuelta para facilitar la libertad de circulación y de trabajos temporales, cooperar con la creación de mercados regionales en la vecindad europea y articular un plan para el desarrollo de África. Todo ellos constituyen objetivos que no pueden alcanzarse a corto plazo, pero que son necesarios para una política de gestión organizada y común.

Esta no es, sin embargo, la opción que se está siguiendo en la Unión. Más bien al contrario, asistimos a lo que puede considerarse un «estallido del sistema migratorio europeo» en el que ha quedado claro que el conjunto de los Estados miembros no comparten los mismos valores, ya que algunos cuestionan el respeto a los derechos humanos y a instrumentos internacionales como la Convención de 1951.

La respuesta de los diferentes Estados ha sido dispar en función de la realidad que, especialmente por su situación geográfica, se han visto obligados a afrontar. Este estudio realiza un recorrido detallado de cómo Grecia e Italia han tenido que soportar el mayor volumen de acogida pasando, respectivamente y según los flujos han ido aumentando, a las deportaciones y a demanda de militarización. Otros países como Austria han limitado al máximo su solidaridad optando por construir vallas junto con otras medidas de extranjería como la de restringir la reagrupación familiar. España, por su parte, ha continuado con una política poco respetuosa con los derechos en la frontera de Ceuta y Melilla, con prácticas como las devoluciones en caliente. Francia ha asumido una política de mínimos, centrándose en acabar con los asentamientos en Calais y promover la creación de centros de acogida y protección (hotspots) especialmente en Italia y Grecia para distinguir entre inmigrantes económicos y refugiados.

La crisis ha supuesto también el fin del mito relativo a la solidaridad de los países nórdicos. Dinamarca fue el primer gobierno que declaró tener entre sus objetivos reducir la inmigración y tomó, entre otras, medidas como el aumento del copago de los refugiados para su estancia en el país, adoptando así una de la políticas de asilo más estricta respecto a los Estados de su entorno. Suecia, aunque en menor medida, tampoco ha podido escapar al endurecimiento de su política de asilo, aún sin perder su tradición liberal de acogida. En 2015 introdujo controles fronterizos provisionales, completados más tarde con controles de identidad en transportes de pasajeros desde Dinamarca, al mismo tiempo que eliminó los permisos permanentes para los refugiados y limitó la reagrupación familiar. Con todo, Suecia y Alemania fueron los Estados que más solicitudes de asilo procedentes de personas sirias recibieron entre 2011 y 2015. Alemania ha sido el Estado que mayor esfuerzo ha realizado en el ámbito europeo hasta que finalmente, fruto en buena medida de la persisten insolidaridad que provocó incluso el incumplimiento de las cuotas de reubicación y reasentamiento pactadas, a nivel europeo se ha pasado de una actitud de apertura selectiva a las expulsiones masivas que violan los principales instrumentos del derecho internacional de asilo.

Como se denuncia en este estudio, con cifras que no dejan lugar a dudas, los Estados que más acogen a los refugiados no son los europeos. Sorprendentemente, si se compara con el PIB del que disponen, los países que más refugiados acogen son Turquía, Pakistán, Líbano, República Islámica de Irán, Etiopía y Jordania. Otros Estados que se sitúan entre los de mayor riqueza a nivel mundial no han ofrecido plazas de reasentamiento, entre ellos, Qatar, Emiratos Árabes Unidos, Arabia Saudí, Kuwait y Bahrein.

Tampoco lo han hecho países de altos ingresos como Rusia, Japón, Singapur y Corea del Sur.

La situación es trágica en el Mediterráneo mientras se discute qué políticas arbitrar para cumplir las obligaciones internacionales. Así se constatan en el testimonio de voluntarios que trabajan en ONGs rescatando a personas en Lesbos que ponen de manifiesto que ni siquiera es posible saber cuántos mueren en el trayecto.

Las medidas que se han adoptado son difíciles de calificar desde una dimensión jurídica y muy cuestionables. Ante la presión a la que se ha sentido sometida la Unión Europea, se acabó adoptando el acuerdo UE-Turquía, auspiciado por Alemania pero con el beneplácito y la colaboración del resto de Estados entre ellos Grecia. Naïr denuncia el carácter ilegal de este acuerdo y destaca una cuestión fundamental del mismo: se hace referencia a inmigrantes y no a refugiados dando así un giro a la baja en la protección que se pretende conceder a dichas personas. Dicho acuerdo ha supuesto para Turquía distintas contraprestaciones de carácter económico y político, además de situarla entre los terceros Estados seguros, de tal forma que como país de acogida forzada ha intentado gestionar de la mejor manera posible sus propios intereses. La Unión Europea por su parte ha incumplido, entre otros, la Convención de Ginebra, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Protocolo n.º 4, y la Carta de Derechos Fundamentales.

Esa insistencia en el blindaje de las fronteras y los evidentes fallos tanto del sistema Schengen (control de fronteras exteriores) como el de Dublín (asilo), ha propiciado que el tráfico de personas se haya convertido en el negocio más rentable para las mafias. Su éxito obedece en buena medida a la falta de criterios comunes entre los diferentes Estados (precisamente lo contrario a lo que se buscaba con el Sistema Europeo Común de Asilo) y la utilización fraudulenta de los canales legales. Varias rutas son controladas por las mafias, entre ellas la más clásica del Mediterráneo oriental, y también la que supone el paso previo por África para llegar a la ruta central del Mediterráneo. La ruta de Libia se ha convertido en una de la más peligrosas, estando controlada por milicianos locales y exsoldados del régimen de Gadafi.

La actuación de las mafias no acaba con la llegada a territorio europeo. Las grandes mafias tradicionales como la Camora, Cosa Nostra y 'Ndranghata hacen negocio con los refugiados, con su viaje, alojamiento, medicinas y manutención. Utilizan las redes sociales para hacer publicidad de sus servicios y escapan a las medidas de seguridad para ser localizadas. Frente a esta situación la Unión Europea, hasta ahora, ha movilizado a la antigua Frontex y a la OTAN, como si estuviéramos en una situación de guerra, consiguiendo así militarizar la gestión de los flujos migratorios. Este tipo de política es, sin embargo, insatisfactoria aunque que se pretenda legitimar con la existencia de las mafias. Para aliviar la presión migratoria y salvar a los refugiados es necesaria una concepción europea común de gestión de las fronteras diferente, que ponga el acento, a corto plazo, en flexibilizar y aumentar el nivel de las entradas legales para la inmigración, invirtiendo en desarrollo económico y ambiental en los lugares de origen de estas personas, y actuando solidariamente con los refugiados.

Mientras tanto, las víctimas más vulnerables de esta situación son las mujeres y los niños. Las mujeres refugiadas están sometidas a todo tipo de violencia sin posibilidad de denunciar su situación y procediendo a menudo de un contexto cultural machista, con sociedades dogmáticamente patriarcales en las que la religión se organiza entorno al sometimiento de la mujer.

Instrumentos internacionales como la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (2000) abogan por tomar en consideración la perspectiva de género protegiendo a las mujeres y a las niñas en la repatriación y el reasentamiento así como en la rehabilitación, la reintegración y la reconstrucción después de los conflictos, lo cual no se ha conseguido en la práctica porque el mundo de la guerra supone la ausencia de ley. Los otros grandes desprotegidos son los niños, especialmente los no acompañados, que sufren situaciones de violencia semejantes a las de las mujeres, rechazo y maltrato durante la acogida, están privados de derechos tan básicos como la educación, y desaparecen de territorio europeo. Se generalizan así situaciones de vulneraciones de derechos que son inadmisibles y que por su reiteración no pueden «normalizarse» porque constituyen una tragedia humana.

Esta desoladora situación que Naïr presenta y documenta de forma magistral desemboca en Europa, también, en un política de odio a los forasteros, los inmigrantes y los refugiados, el racismo y la xenofobia cobra cada vez más vigor. Ese rechazo utiliza las estrategias del racismo social y el desprecio cultural que se retroalimenta en un bucle de odio e injusticia. Asistimos así a la radicalización de las posturas de los partidos y movimientos que están especializados en la manipulación del odio y el temor, propiciando un giro cultural que lleva hacia la ideología de la exclusión y el enfrentamiento. En Estados como Francia y Alemania el auge de los movimientos de extrema derecha evidencia la crisis de la democracia europea en el contexto de la globalización, alimentado el odio a los refugiados condicionado por los fracasos sociales vinculados a la construcción europea. La situación es diferente y, si cabe, más alarmante en Estados como Polonia, República Checa, Eslovaquia, Bulgaria y Hungría. Como subraya el autor en estos países del Este no puede decirse que la cultura democrática haya arraigado realmente, es más, ante la crisis de los refugiados se ha evidenciado su falta de compromiso con los valores democráticos y los principios éticos de la Unión Europea.

En ese contexto los refugiados son víctimas de un conflicto geopolítico en el que Europa tiene una grave responsabilidad y esta les responde con indiferencia y rechazo: Pero también lo son del «Estado Islámico» que pretende sembrar la violencia para provocar un enfrentamiento global entre los musulmanes y quienes no lo son. En este punto el ISIS coincide con la estrategia identitaria de la extrema derecha europea, compartiendo el objetivo de provocar un choque de identidades. Entre ambos los refugiados son percibidos por la opinión pública como un peligro, quedando en situación de abandono como constata el testimonio que cierra esta tercera parte del libro al relatar las penurias a las que se ven sometidos aquellos que salen huyendo de sus países buscando seguridad, pero solo acaban teniendo la certeza de que «en algún lado nos quedaremos».

Tras todo lo expuesto, con un análisis serio y documentado que no permite cuestionar la gravedad de la situación y de las constantes vulneraciones del derecho internacional, cabe preguntarse si es posible otra respuesta diferente a la que ha dado la Unión hasta este momento. Naïr en la parte final de este estudio, dedicada al «gran camino», ofrece propuestas concretas frente a las políticas de contención de los últimos treinta años que han desembocado en la acumulación de una enorme demanda migratoria insatisfecha de la población migrante y en una Unión que no tenía una política común de gestión de la misma en su entorno geoeconómico. Hay que comenzar por asumir que la movilidad humana, de migrantes y refugiados, va a continuar sin que sea posible encontrar una solución a corto plazo. Por ello, puede comenzarse por

articular medidas urgentes que aborden la situación actual tomando en cuenta tanto a los refugiados políticos como a los medioambientales, que a menudo coinciden. Es imprescindible reexaminar la noción de «países seguros», articulando vías legales para solicitar asilo, también en las embajadas y consulados en los países de origen, limítrofes y de tránsito.

Otra de las medidas indispensables es la de activar los visados humanitarios en la línea planteada por la Directiva Europea de Protección Temporal. La actual situación de emergencia humanitaria no puede ser una excusa para aplazar la necesidad de ampliar la jurisdicción de la Convención de 1951. Sami Naïr propone que el documento de viaje que la misma contempla podría transformarse en un «pasaporte de tránsito». Se les otorgaría a aquellas personas que proceden de zonas en las que haya intervención militar, cuando se aceptara su petición de asilo, dándoles derecho a circular por los países europeos hasta que uno los acepte. ACNUR podría definir un listado de países para acoger a peticionarios de asilo. Al mismo tiempo, habría que ayudar a los países fronterizos, establecer corredores humanitarios protegidos por las fuerzas europeas o por la ONU en las rutas de salida de los países en guerra y ayudar militarmente a los países en tránsito en su lucha contra las mafias. La declaración de Naciones Unidas relativa a los principios Nansen, sería el instrumento que podría hacer factible la aplicación de este pasaporte. Además se debe apoyar los planes de desarrollo, la prevención del desplazamiento, y la asistencia y protección de las personas afectadas por una movilidad forzada.

Sólo con medidas como las sugeridas, que además deberán desglosarse a largo plazo, pueden superarse los errores derivados de la ausencia de un proyecto político común europeo. Errores como el inicial de los padres fundadores que concibieron la Unión desde una dimensión estrictamente económica, que ha llevado a la hegemonía de las grandes empresas transnacionales y de los países más ricos; el no optar por una confederación política europea, puesto que la Unión está más lejos que nunca de una cohesión, especialmente tras el Brexit; o la apertura «frívola» a los países del Este.

En definitiva, este libro desde el rigor, la coherencia y la fuerza crítica de Sami Naïr constituye una de las mejores aportaciones académicas sobre un reto tan complejo como el de la movilidad humana, es por ello una lectura imprescindible para quienes consideren que es posible otra Europa que no menosprecie los derechos humanos.

Ángeles SOLANES CORELLA
Universitat de València



IV
NOTICIAS



Crónica del I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino (Alicante, 26-28 de mayo de 2016)

1. Durante los días 26, 27 y 28 de mayo de 2016 tuvo lugar en el Paraninfo de la Universidad de Alicante el *I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino*, organizado por el Área de Filosofía de la misma Universidad bajo la dirección de Manuel Atienza¹. El Congreso respondía en su origen a un proyecto, largamente meditado, cuya idea básica giraba alrededor de la necesidad de articular y reforzar la comunidad de intereses iusfilosóficos del conjunto de los países del área latina. Como se señalaba en la Presentación del Congreso (en su página web: *iusfilosofiamundolatino.ua.es*):

«En el contexto de la filosofía del Derecho del mundo latino se ha ido formando en los últimos tiempos una corriente de opinión favorable a la vertebración de algo así como una “iusfilosofía regional”, cuyo cometido principal tendría que ser el desarrollo de un pensamiento capaz de incidir en la cultura jurídica (y en la cultura en general) y, por tanto, de transformar las instituciones jurídicas, políticas y sociales del mundo latino.»

No se trata, sin embargo, de un proyecto de pretensiones «aislacionistas» ni tampoco «a la contra» de otras comunidades iusfilosóficas, particularmente la anglosajona, dominante actualmente en el panorama internacional:

«La iniciativa podría contribuir también a equilibrar la filosofía del Derecho a nivel mundial y a reducir, por ello, el excesivo peso que en las últimas décadas está teniendo la cultura anglosajona. Con ello no se trata, naturalmente, de embarcarse en una batalla cultural dirigida a excluir la presencia entre nosotros de las grandes figuras del mundo anglosajón. En cierto modo, es todo lo contrario. Está claro que a los autores importantes de esa tradición (y de otras) hay que seguir leyéndolos, discutiéndolos y obteniendo provecho de sus aportaciones. Pero junto a esa necesidad de apertura, de no exclusión (consustancial a cualquier filosofía que merezca la pena), resulta también ampliamente compartida la idea de que debería evitarse un

¹ El Comité organizador lo formaban M. Atienza (director), J. Aguiló, M. Alemany, D. González Lagier, I. Lifante, A. Lozada, H. Ortiz, J. A. Pérez Lledó, V. Roca, C. Roesler (U. de Brasilia) y J. Vega (secretario).

colonialismo cultural que no parece estar justificado en términos intelectuales y que condena a quienes se dedican a la filosofía del Derecho en el mundo latino (en América y en Europa) a jugar un papel subordinado, lo que ciertamente no hay por qué aceptar.»

El Congreso vino precedido por un período de consultas previas a las principales figuras de la filosofía jurídica de los países latinos, europeos y americanos, en el que pudo constatarse un amplio consenso en torno a tal propósito. Seis consagradas figuras «senior» integraban el Comité de Honor del Congreso: Eugenio Bulygin, Juan Ramón Capella, Elías Díaz, Luigi Ferrajoli, Ernesto Garzón Valdés y Boaventura de Sousa Santos. El Comité Asesor reunía a destacados iusfilósofos de todas las orientaciones de los países latinos².

2. En consonancia con su vocación fundacional, para este Primer Congreso se pensó una selección de aquellos temas de discusión que fueran representativos de los principales intereses de discusión actual para la iusfilosofía de los países latinos. Los temas elegidos fueron los siguientes: 1. ¿Qué filosofía del Derecho para el mundo latino?; 2. Los derechos sociales en el Estado constitucional; 3. Pluralismo jurídico, multiculturalidad, Derecho indígena; 4. Anomia y Estado de Derecho; 5. Argumentación, racionalidad y Derecho; y 6. Nuestros clásicos. También se quiso adoptar una metodología de funcionamiento novedosa respecto del formato común de los congresos que propiciase una discusión de carácter colectivo, no fragmentada por especialidades o grupos de trabajo. Para ello se optó por un sistema de relatorías en el que las distintas ponencias serían sistematizadas y presentadas en una sesión única, de mañana o tarde, por un relator siguiendo una discusión abierta en plenario dirigida por un moderador. Se proyectaba asimismo dedicar la última sesión del Congreso a celebrar una Asamblea para constituir una Asociación de Filosofía del Derecho del Mundo Latino.

La acogida del Congreso fue magnífica. Se inscribieron un total de 418 participantes, 337 de ellos presenciales y 81 en la modalidad «en línea» (que pudieron seguir las transmisiones en vivo de todas las sesiones a través de la web del Congreso, donde desde entonces están disponibles los vídeos). La distribución de inscritos por países fue la siguiente: España (87), México (76), Colombia (46), Brasil (37), Perú (33), Argentina (31), Italia (18), Ecuador (18), Chile (15), República Dominicana (9), Bolivia (8), Costa Rica (7), Francia (5), Guatemala y Paraguay (4), Bélgica, El Salvador, Portugal, Uru-

² J. P. Alonso (Universidad de Buenos Aires, Argentina), R. Arango (U. de Los Andes, Colombia), A.-J. Arnaud (U. París X, Francia, lamentablemente fallecido pocos meses antes), C. Bernal (U. Externado, Colombia), M. Campos Galuppo (U. Federal de Minas Gerais, Brasil), C. M. Cárcova (U. Buenos Aires), J. A. Cruz Parcerro (UNAM), J. de Lucas (U. Valencia, España), F. J. Ezquiaga (U. País Vasco, España), J. Ferrer (U. Girona, España), J. A. García Amado (U. León, España), R. Guastini (U. Génova, Italia), E. P. Haba (U. Costa Rica), A. M. Hespanha (U. Lisboa, Portugal), M. Jori (U. Milán, Italia), F. J. Laporta (U. Autónoma de Madrid, España), D. Mendonca (U. Católica de Asunción, Paraguay), J. J. Moreso (U. Pompeu Fabra, España), F. Ost (U. Bruselas, Bélgica), A. Pintore (U. Cagliari, Italia), C. Peña (U. Diego Portales, Chile), R. Pérez-Perdomo (U. Caracas, Venezuela), L. Prieto (U. Castilla-La Mancha, España), O. Sarlo (U. Uruguay), A. Squella (U. Valparaíso, Chile), M. Troper (U. París X, Francia), R. Vázquez (Instituto Tecnológico Autónomo de México), R. L. Vigo (Pont. U. Católica Argentina) y F. Viola (U. Palermo, Italia).

guay y Venezuela (3), Alemania, Polonia y Suiza (1). Se presentaron 202 ponencias al Congreso (todas ellas colgadas en la web y de acceso libre) procedentes de: España (57), Brasil (23), Argentina y México (21), Colombia (20), Italia (16), Perú (14), Chile y Ecuador (7), Venezuela (3), Alemania, Bélgica, Francia y Portugal (2), Bolivia, Costa Rica, Guatemala, Paraguay y Uruguay (1). La página del congreso ha registrado más de 42000 visitas a la fecha (febrero 2017). Estas cifras dan idea del interés suscitado por el Congreso, y por el proyecto general en que se inscribe, en el conjunto de los países latinoamericanos.

3. El Congreso fue oficialmente inaugurado por el Rector de la Universidad de Alicante con la presencia de Luigi Ferrajoli y Juan Ramón Capella, en representación del Comité de Honor. El director del Congreso hizo una declaración de bienvenida a los asistentes agradeciendo el apoyo institucional y moral recibido. Tras dedicar un recuerdo a la memoria de A.-J. Arnaud, expresó el propósito principal del Congreso: que la iusfilosofía del mundo latino pueda tener un mayor peso en el contexto internacional construyéndose como un espacio intermedio entre instituciones como la IVR y las distintas asociaciones nacionales de filosofía del Derecho. Explicó también la mecánica de las relatorías proyectadas en cada una de las sesiones e indicó que en la documentación entregada a los participantes se incluía una propuesta de Estatutos de la asociación a ser debatida en la asamblea constituyente del último día. Concluyó su presentación leyendo una poesía náhuatl del s. xv: «Aquí [a la tierra] solamente hemos venido a conocernos». De inmediato dio paso a la primera de las sesiones.

4. La relatoría de la sesión inicial («¿Qué filosofía del Derecho para el mundo latino?») corrió a cargo de Rodolfo Vázquez (ITAM), quien marcó perfectamente la línea a seguir para las sucesivas sesiones. El relator hizo una completa presentación sintética de las 32 ponencias recibidas clasificándolas en torno a varios puntos temáticos: el debate sobre el carácter «regional» y universal de la filosofía jurídica y su dimensión práctica (ponencias de Atienza, Vega, Viola, Vigo, González Lagier, Andrade y Rivera), diferentes aspectos de la conexión entre iusfilosofía, racionalidad práctica y constitucionalismo (E. Moreira, Gaviria, P. Moreira, Ortega y Mercier, Albagli, Santos, Figueroa y Cachapuz), la concepción positivista y analítica de la filosofía jurídica (Guastini, Alonso, Chiquetti, Jori y Belloni), las visiones críticas de la iusfilosofía (Duquelsky, Tapia, Ávila, Oliveira, Weyl/Moura, Muñoz y Ulloa) y, por último, un conjunto de trabajos que abordaban el problema del lugar de la filosofía jurídica entre las disciplinas filosóficas, la enseñanza del Derecho en general y de los jueces en particular (Peña, Calvillo, Contreras y Ramírez). El relator planteó a continuación una serie de preguntas abiertas para la discusión ulterior que afectaban a las cuestiones nucleares suscitadas por la diversidad de enfoques concurrentes: cómo compatibilizar el carácter «regional» o «particular» de la filosofía del Derecho en cuanto relativo a una agenda temática característica del mundo latino y en cuanto enfoque filosófico con vocación de universalidad, la necesidad de una redefinición crítica de la «familia constitucionalista» en vista de sus distintas versiones (neoconstitucionalismo, constitucionalismo garantista y constitucionalismo popular) o las dificultades de conciliar un positivismo desde el «senso comune» con la pretensión simultánea de neutralidad valorativa.

Estas cuestiones concitaron buena parte del debate plenario que siguió a la relatoría –moderado por J. Aguiló–, después de un breve turno de palabra otorgado a aquellos ponentes que desearon hacer alguna puntualización sobre

su trabajo. La discusión se concentró fundamentalmente sobre la primera de las cuestiones apuntadas (la posibilidad de una «filosofía del Derecho latina»), diferenciándose al respecto dos puntos de vista principales. Por un lado, Moreso manifestó sus dudas acerca de la existencia de verdaderos problemas filosóficos del mundo latino y no más bien propios de todas las culturas jurídicas. No puede haber propiamente una «agenda regional» para la filosofía del Derecho sino universal. Aunque la dimensión emancipatoria de ésta se conciba como discusión de problemas regionales, esta discusión puede llevarse a cabo de muy diversas maneras y debe hacerse analizando todas las posiciones con una vocación universalista. En el mismo sentido se pronunció Ferrer, subrayando que el carácter local de los problemas del mundo latino (como la anomia, o el debate sobre el sistema acusatorio) son muy diversos entre sí y de carácter contingente, mientras que la agenda teórica de la filosofía del Derecho ha de ser universal. Atienza, por otro lado, insistió en que la universalidad de la filosofía jurídica no es realmente tan universal como aparenta cuando resulta ser la globalización de una perspectiva ella misma local como la anglosajona. La discusión universalismo/regionalismo no es excluyente sino dada en función del nivel de abstracción que se adopte con respecto a los problemas e intereses en discusión (no es lo mismo la teoría de la norma que la interpretación constitucional o los problemas de organización política). Ferrajoli subrayó la especificidad histórico-política de los ordenamientos jurídicos latinos y su estructura constitucional, destacando la amenaza común que supone la ideología neoliberal para los logros del constitucionalismo en materia de control del poder político y derechos sociales. El papel de la filosofía del Derecho reside, afirmó, en teorizar críticamente la hegemonía cultural del mercado y de los «poderes salvajes» para recuperar el lugar del Derecho frente a la economía en el lenguaje de la política. Vigo vinculó la dimensión regional de la filosofía jurídica latina con la vertiente de ésta como filosofía distintivamente práctica, no especulativa. Diferentes intervenciones incidieron en la necesidad de armonizar ambos aspectos –universal y regional– de la filosofía jurídica (Rabbi-Baldi, Serbena, Elorza), destacando aspectos como la ausencia de homogeneidad del propio mundo latino (Figueroa), el ser resultado de sucesivas oleadas globalizadoras lo que impone un sentido principalmente emancipatorio (Duquelsky), la necesidad de clarificar qué aportaciones originales puede hacer el mundo latino a la iusfilosofía (Sarlo, Ulloa, Alvarado) o ponderar las que ya ha hecho en países como Italia (Belloni), la existencia de un lenguaje común como elemento básico para encarar el pluralismo cultural (Linares), la necesaria aproximación a la historia social del Derecho y la sociología (Pérez Perdomo) o, en fin, el riesgo de incurrir de nuevo en errores del pasados como la dependencia y la colonización cultural (Malem). El relator contestó a estas diferentes intervenciones concluyendo que el sentido del debate sobre la regionalización es en última instancia dependiente del carácter justificativo-práctico de la filosofía jurídica. Sobre el segundo de los temas (el auge constitucionalista en América Latina) el relator intervino por último para dar respuesta a las intervenciones de Lozada y Villanueva quienes, ante la disyuntiva planteada en la relatoría entre «más constitución» o «más Estado», subrayaron los rasgos peculiares de un constitucionalismo propio de países en que la labor legislativa del Estado ha tenido que ser suplida por los tribunales constitucionales. Vázquez respondió apuntando a la necesidad institucional de reequilibrar la parte orgánica de las constituciones a fin de soportar la inflación de derechos generada por el garantismo constitucional.

5. La segunda relatoría («Los derechos sociales en el Estado constitucional») fue desempeñada por O. Sarlo (U. de Uruguay), quien agrupó las cerca de 40 ponencias recibidas en tres ejes: a) cuestiones generales de concepto y fundamentación, b) discusión específica de derechos sociales particulares y c) experiencias nacionales en torno a los derechos sociales. En la primera categoría, que encuadraba la mayoría de ponencias, el relator hizo varias subdivisiones según se ocupasen de cuestiones de marco epistemológico, histórico-cultural e ideológico, como el análisis crítico de Cruz Parcerro sobre la Constitución mexicana de 1917 y su evolución política, la discusión de Lozada sobre el «reduccionismo iusfundamental» de Ferrajoli o las relaciones entre derechos sociales y política (Gatti); de cuestiones de fundamentación conceptual, como el encaje unitario de los derechos sociales entre los derechos fundamentales (Prieto, Valcárcel), el papel fundamentador de la dignidad humana (López, Sosa) o las relaciones entre derechos sociales e igualdad (García Amado); de cuestiones de orden estructural, como la justificación de su diseño institucional (Comanducci) y su dualidad (Arriagada), o la tensión subjetividad-socialidad subyacente (García Manrique); y finalmente de cuestiones prácticas, como la exigibilidad o justiciabilidad de los derechos sociales (Aguirre), su no regresividad (Añón), las relaciones entre Estado social y mercado (Jiménez), el litigio social como forma de judicialización (Ucín), derechos sociales y gobernanza global (Bolio, Estévez/Ramos), el papel de los jueces en los derechos sociales (León) y el lugar de la ponderación (Cubero). Dentro de la segunda categoría, diversas ponencias discutieron casos especiales de derechos sociales, sin abandonar por ello la perspectiva de fundamentación: derecho a la vivienda digna (Fagúndes), al trabajo (Scotto), a la educación (Cruz, García Costa, Díaz Mejía), derechos sexuales y reproductivos (González Moreno), derecho a no ser pobre (Estévez/Ramos), la renta mínima (Vieira), el derecho a la ciudad (Alvarado), al medioambiente (Saravia, Bartra), al cuidado (Marrades), derechos del menor (García Medina). En la última categoría el relator incluyó análisis especiales sobre la justiciabilidad de diversos derechos sociales en Argentina (Scarpone/Ariza), México (Márquez) y Colombia (Latorre/Rodríguez) y sobre la responsabilidad patrimonial de los tribunales constitucionales en la materia (Leiva).

En el largo debate posterior, moderado por I. Lifante (U. de Alicante), salieron a relucir todos los problemas teóricos y prácticos característicos de la discusión sobre los derechos sociales: su definición propia, su relación con los derechos civiles y políticos, sus bases ideológicas, sus condiciones de implementación institucional. Ferrajoli subrayó la necesidad de distinguir el plano conceptual (donde los derechos sociales deben entenderse como expectativas universales de hacer que implican obligaciones a cargo del Estado cuya garantía es ante todo primaria) y el plano axiológico (los derechos sociales como corolarios del derecho a la vida que vuelven ilegítima su no actuación o violación). La cuestión de la justiciabilidad de los derechos sociales y del activismo judicial centró buena parte de las intervenciones. Moreso sostuvo que el diseño institucional idealmente más adecuado pasa por su protección por vía legislativa y ejecutiva; cuando esta actuación falla se produce una situación trágica que sin duda genera deberes para los jueces, pero este no es el modo óptimo de implementar los derechos sociales. Lozada y Arriagada plantearon la devaluación que supone entender estos derechos en términos de mínimo justiciable. Duquelsky subrayó que la oposición garantismo/activismo es una falsa dicotomía que solo sirve para poner lími-

tes a la actuación redistributiva del Estado. Ucin destacó como tópicos especiales de los derechos sociales aún por repensar su litigiosidad, las formas de respuesta jurisdiccional que demanda su formato colectivo-prestacional y los cauces procesales adecuados. Otro importante eje de discusión fue la cuestión de la subjetividad-socialidad de los derechos sociales. Cruz Parcero afirmó que esta cuestión está mal planteada cuando se aborda como un dilema: ni hay que elegir entre ambas dimensiones ni las técnicas respectivas se excluyen, sino que la cuestión de fondo es el alcance de la concepción de los derechos que se mantenga (mínima o neoliberal, máxima o socialista). En el mismo sentido, León afirmó que una teoría sustantiva de los derechos sociales permite superar la disyuntiva entre una visión legalista o procedimental, eludiendo las antinomias del activismo. El relator expuso el caso uruguayo como exponente de que la mejor manera de garantizar los derechos sociales es fortalecer una cultura política republicana en donde la intervención parlamentaria y la habilitación de políticas públicas hagan innecesaria la toma de decisiones colectivas por vía judicial. Distintas intervenciones incidieron en el lastre teórico que, en diferentes frentes, supone abordar los derechos sociales adoptando como referencia exclusiva el esquema de los derechos civiles y políticos de tradición liberal. García Manrique argumentó en esta línea que la subjetivización de los derechos sociales conduce a confundir el medio o técnica de protección con los fines o ideales políticos que los justifican. Se destacó por otros intervinientes en el debate el papel de control contramayoritario de los jueces en el ámbito latinoamericano como «jurisprudencia del más débil» (Silva), la relevancia de la ponderación como método de razonamiento en el Estado social (Cubero), el rol fundamentador indispensable de la idea de dignidad (Melero) y la importancia de los principios rectores en esta materia en cuanto directrices (Atienza).

6. La segunda jornada del Congreso dedicó su sesión de mañana a la relatoría del tema «Pluralismo Jurídico, Multiculturalidad, Derecho Indígena», presentada por Th. Bustamante (U. Federal de Minas Gerais), quien clasificó las 34 ponencias presentadas en cinco categorías. La primera («Pluralismo jurídico y redefinición de la filosofía del Derecho») recogía aproximaciones críticas a los problemas del pluralismo jurídico desde perspectivas tan diversas como la teoría socio-jurídica (Calvo/Oliver-Lalana), el liberalismo rawlsiano (Alonso), el multiculturalismo liberal (Tassara), la visión hartiana del Derecho internacional (García Pascual), el uso alternativo del Derecho (Hurtado), la regulación técnica global en materia alimentaria (Marichal), el «Derecho penal del enemigo» en los Estados pluralistas (Chanjan), la coexistencia de la justicia penal indígena y estatal en Argentina (Ucedo) o las llamadas «sentencias mestizas» en Colombia (Carvajal). El segundo grupo («Una concepción de los derechos humanos para el Estado pluralista») englobaba ponencias cuyos temas eran los distintos modelos de la noción de «comunidad» (Cammarata), la concepción evolutiva e interdisciplinar del sistema interamericano de protección de los derechos humanos (Torrens), los principios y procedimientos de la justicia penal andina (Nieves), el enfoque «intercultural» como vía media superadora entre universalismo y multiculturalismo de los derechos humanos (Rabbi-Baldi, Porras), las relaciones entre TIC's y democracia deliberativa (Leiva) y la conciliación entre libertad de expresión y libertad religiosa en los Estados multiculturales (Solanes). Una tercera categoría iba referida específicamente a la rúbrica «Derechos indígenas» e incluía trabajos sobre el estudio histórico de algunas instituciones jurídicas del periodo colonial como las encomiendas o las mitas

(Castillo), el derecho de consulta previa de las comunidades indígenas en diferentes países latinoamericanos (Dorado, Morales, Molina, Paco), las insuficiencias de la integración de los derechos indígenas en Argentina (Álvarez), el alcance del derecho a la traducción de los actos procesales en México (Torres), o estudios críticos de sistemas normativos especiales como el de la policía comunitaria en la Sierra de Guerrero (Melgarito) o el sistema de justicia itinerante fluvial del archipiélago amazónico de Bailique (Palheta/Pelaes). El cuarto grupo versó sobre «Conflictos de derechos y valores en el Estado democrático» y agrupaba ponencias de calado más filosófico, sin dejar de elaborarse sobre una interesantísima casuística, sobre las tensiones axiológicas abiertas por el pluralismo cultural en materia de libertad y seguridad (Barberis), de discriminación por razón de género y violación de los derechos de las mujeres (Cueva, Villanueva) y de diversidad de modelos de familia (La Spina), planteándose, en definitiva, los límites que la razón pública impone a la diversidad cultural en el Estado constitucional (Marciani). Por último, el quinto grupo de ponencias («Derecho e ideologías») recogía aportaciones sobre la estereotipación ideológica ejercida sobre ciertos grupos en las sociedades democráticas (Tinajero) y la imposibilidad de neutralidad ideológica en la interpretación del Derecho (Giuffrè).

J. P. Alonso (U. de Buenos Aires) condujo la sesión de discusión. Diversos ponentes tomaron el turno de palabra para hacer alguna precisión. En el turno abierto varios intervinientes aprovecharon algunas de las preguntas abiertas que el relator había formulado para el debate. Una de ellas –qué desafíos plantea el multiculturalismo para la filosofía jurídica– fue retomada por Atienza para defender que este es en efecto un problema central para la filosofía jurídica actual en la medida en que revela la inadecuación del concepto del Derecho propio del paradigma positivista en su principal rasgo: la separación. Duquelsky afirmó que la concepción estadocéntrica dominante dejaba paradójicamente desarmado al Estado frente a violaciones de los derechos fundamentales provenientes de las transnacionales. A propósito de la debilidad teórica del uso alternativo del Derecho (corriente que había sido objeto de la ponencia de Hurtado) Duquelsky afirmó que se trataba de una práctica en busca de teoría y que ésta debía ser la teoría crítica del Derecho. El relator intervino para decir que se trataba más bien de un movimiento político por el que sentía simpatía pero que presentaba autocontradicciones teóricas derivadas de la negación de la necesidad de universalizar las justificaciones en el sentido propugnado por las teorías superadoras del positivismo como las de Dworkin o Alexy. Guastini tomó la palabra para introducir dos aclaraciones conceptuales: que el no positivismo equivale al Derecho natural (no habría *tertium*) y que el concepto de «multiculturalismo liberal» era una *contradictio in adiecto* por cuanto el multiculturalismo supone la atribución de derechos a entidades colectivas y el liberalismo es una forma de individualismo metodológico. Rabbi-Baldi planteó como la cuestión clave en el debate multiculturalismo-universalismo la de si es posible una interculturalidad que no sea relativista. Barberis retomó otra de las preguntas del relator (¿es el modelo «conflictualista» de derechos fundamentales adecuado o debe buscarse una perspectiva «integradora»?) para afirmar que, en relación con el par seguridad-libertad, las decisiones judiciales individualmente tomadas y *ex ante* responden a un modelo conflictualista, mientras que tomadas en conjunto y *ex post* obedecen a un modelo integrador. También replicó a Atienza que las discusiones sobre libertad y seguridad podían formularse igualmente, y mejor, desde dentro del paradigma positivista. Ruiz alertó

sobre los peligros de la idealización romántica de lo indígena tanto en materia de protección de la naturaleza (hay evidencia de prácticas indígenas contaminantes) como de protección de los derechos de ciertos grupos (mujeres, niños, minorías sexuales y disidentes religiosos son objeto de opresión en muchas comunidades), e indicó que la protección constitucional ante la injusticia indígena muchas veces no es accesible ni operativa. Moreso afirmó que el riesgo relativista del multiculturalismo solo podía neutralizarse mediante un acuerdo razonable sobre una moral mínima, la representada por la declaración de los derechos humanos, desde la cual cabe acoger las demandas de comunidades históricamente maltratadas. También subrayó que el positivismo jurídico no podía ser identificado con el rechazo del objetivismo moral. Linares reflexionó, por último, sobre la existencia no solo de un «colonialismo cultural» reflejado en el monismo jurídico de la filosofía, sino también de un «colonialismo interno» derivado del antagonismo entre comunidades indígenas, tal como sucede en el caso boliviano.

7. La sesión vespertina estuvo dedicada al tema «Anomia y Estado de Derecho», cuya relatoría desempeñó F. Poggi (U. De Milán). La relatora presentó una elaborada reexposición de las principales tesis contenidas en las 15 ponencias enviadas. Diferenció distintos sentidos del concepto de anomia a partir de tres aproximaciones clásicas (Durkheim, Bobbio y Nino) para conectarlo a continuación con la idea de crisis del Derecho, en dos frentes principales: crisis del imperio de la ley y crisis del Estado constitucional. Ambos frentes abarcaban las temáticas de la mayoría de ponencias, que abordaban desde diferentes puntos de vista las tensiones entre democracia, imperio de la ley, Estado constitucional, constitucionalismo y globalización. Hierro planteó este conjunto de problemas centrándose en la crisis del imperio de la ley y el tránsito al Estado constitucional, mientras que otras ponencias (Fariñas Dulce, Giménez Merino/Gordillo, Trujillo, Escudero) se enfocaron en los fenómenos de desregulación y re-regulación (*soft law*, *lex mercatoria*) en diferentes ámbitos de la actividad socioeconómica a escala supraestatal. Marcilla analizó la función normativa de los códigos éticos y en particular del Código Iberoamericano de Ética Judicial. Iosa abordó la constitucionalización del principio de libertad negativa a partir de la noción de autonomía. Otro grupo de ponencias se ocuparon de los fenómenos de anomia como incumplimiento generalizado por parte de actores sociales y de autoridades con especial referencia al ámbito latino (Laporta, Pérez Perdomo, Ibarra), tocándose también la anomia en la función pública (Lifante) y problemas concomitantes como la disfunción en la justificación del castigo (Torres), la consistencia normativa (Romero) o el deber de reparación de injusticias históricas como la esclavitud (Silva).

La discusión fue moderada por D. Sarapu (U. Federal de Minas Gerais). Pérez Perdomo hizo una interpelación a la totalidad de ponencias en el sentido de que el problema de la anomia, quizá por tratarse de un congreso de juristas, había sido tratado menos como problema externo de las relaciones normas sociales-Derecho que como problema interno del Estado de Derecho. Quintero planteó, a propósito de la ponencia de Silva sobre reparación de injusticias pretéritas, si esto debía verse como un asunto de justicia transicional y se refirió al caso colombiano subrayando la importancia de las medidas de justicia distributiva de restitución de tierras. Duquelsky puso en conexión el problema de la anomia con el problema de la legitimidad: la inexistencia de razones para obedecer el Derecho cuando éste ha sido históricamente un medio de dominación explica que la anomia pueda tener también sentido

emancipatorio. A esto contestó la relatora que debía diferenciarse entre desobediencia civil e incumplimiento rutinario del Derecho. Escudero expuso su discrepancia con la valoración positiva del *soft law* hecha en la ponencia de Trujillo: lo definió como terreno abonado para *lobbistas* y fenómeno normativo caracterizado por la falta de transparencia y de rendición de cuentas. Moreso apuntó que no debía imponerse una visión pesimista en exceso ni sobre la crisis de la ley ni sobre los nuevos fenómenos como el *soft law*; a su juicio, la democracia constitucional ha demostrado ser un diseño institucional exitoso cuyos tres ideales fundamentales (imperio de la ley, democracia y derechos) pueden exhibir tensiones permanentes pero también pueden armonizarse y deben ser fortalecidos, del mismo modo que es tarea de los juristas la construcción de instituciones internacionales más transparentes y democráticas que permitan el control de los poderes económicos en el marco de un constitucionalismo global. Atienza aludió como causas del mundo anómico en que vivimos la inflación y burocratización del Derecho, se mostró en desacuerdo con las propuestas de inaplicar ciertas normas del Derecho por los jueces (Ibarra) y de fundar la libertad negativa solo en la autonomía y no también en la dignidad (Iosa), e insistió en que los códigos éticos no debían verse como un supuesto de desregulación sino como modelos normativos de excelencia profesional que no pueden sustituirse por la regulación legal. Manrique preguntó sobre si la ponencia de Iosa presuponía que la libertad negativa constituye en sí misma un valor o más bien una condición necesaria de la autonomía. Este último ponente aclaró que el sentido de su ponencia era dejar fuera de la interferencia estatal aquellas acciones que no supongan daño al valor de la autonomía aun si suponen inmoralidad. Vigo enfatizó como el principal factor del debilitamiento del Derecho contemporáneo el problema de su indeterminación, acrecentado en el Estado constitucional por el hecho de que prácticamente cualquier conflicto involucra principios y derechos; en su opinión, la respuesta a esta indeterminación solo puede venir dada por dispositivos institucionales como el precedente anglosajón y por una ética de la virtud que haga confiable la labor judicial. Ibarra respondió a Atienza aclarando que su propuesta de inaplicación de ciertas normas operaba solo en casos respecto de los que ya existían precedentes de inconstitucionalidad (también, a propósito de este punto, García Castillo defendió la corrección de la inaplicación en casos difíciles del ámbito médico). Preguntada por un participante, Lifante explicó que su clasificación de las formas de incumplimiento encaja dentro de la desviación de poder, puesto que se trata de poderes públicos, pero va más allá del sentido en que esta noción es usada en el Derecho administrativo.

8. La tercera y última jornada del Congreso fue con mucho la que mayor número de ponencias congregó y constituyó sin duda su momento culminante. La sesión matutina se dedicó al tema «Argumentación, racionalidad y Derecho», en el que se recibieron 55 ponencias, contando como relator con J. C. Bayón (U. Autónoma de Madrid). La relatoría, que fue calificada con justicia por varios participantes como «hercúlea», consistió en realidad en una presentación crítica del *status quaestionis* de la teoría de la argumentación jurídica contemporánea (TAJ) en la que Bayón organizó las ponencias en torno a diez puntos fundamentales respecto de los cuales formuló una serie de preguntas e incitaciones para la discusión. El primer punto –cuál ha de ser el objeto de una TAJ estándar– planteaba si ésta tiene que extenderse desde el razonamiento judicial a otros contextos relegados hasta el momento del campo de la argumentación, tales como la negociación, la mediación, el

arbitraje... La ponencia de Aguiló proponía en tal sentido una reclasificación de los modos de debatir en función de su estructura cooperativa o conflictiva, finalidades, reglas específicas, etc., mientras que otras ponencias planteaban la incorporación de nuevas perspectivas como la funcionalidad de la emociones y las creencias subyacentes en los procesos negociadores (Quintero), el papel de la razonabilidad en los medios alternativos de resolución de conflictos (Silva/Stamile) o la relevancia de la dimensión narrativa y el contexto de descubrimiento (Ost). En segundo lugar, señaló Bayón, es preciso fijar la función y pretensiones de la TAJ: ¿tiene ésta un rol exclusivamente ideológico (Haba), como instrumento de persuasión retórico (Costa) o tópico (Pinho), o bien aborda la práctica argumentativa del Derecho con el propósito de identificar en ella estándares objetivos de corrección? Esta identificación ¿es de alcance solamente descriptivo o tiene también un aspecto normativo y reconstructivo? La pregunta se suscitaba a propósito de diferentes ponencias que utilizan el instrumental de la TAJ para el análisis de casos concretos resueltos por cortes constitucionales latinoamericanas (Carrillo, Higa, Albagli, Guette, López Ruf, Pereira/Carrillo, Abache). La dimensión normativa de la TAJ ¿incluye afirmaciones sobre cómo deberían argumentar los jueces o supone un control de alcance únicamente lógico-formal o pragmático (Guastini)? El tercer punto cuestionaba los presupuestos teóricos de la TAJ: ¿qué concepción del Derecho subyace a ésta? Diversas ponencias son mencionadas aquí para subrayar la relevancia de ciertas tomas de postura previas de carácter ontológico, epistemológico y axiológico sobre cuestiones tales como la objetividad del Derecho (Delgado, González Neves, Lacombe, De Prada, Riofrío), su indeterminación (Aguero/Gorra/Saharrea), su dimensión valorativa (Jourdan, Lage, Santos) o la aplicabilidad de la lógica a las normas (Mendonca, Serbena). Un cuarto frente de cuestiones gira en torno a la teoría de la interpretación y plantea la necesidad de construir una teoría del significado que determine los límites semánticos de la argumentación jurídica—inherentes a su carácter autoritativo— en cuanto diferenciados de una teoría de la corrección. Las ponencias de Santacoloma sobre el debate Klatt-Neumann, con el inferencialismo como trasfondo, y de Rodríguez Toubes sobre la opacidad referencial avanzaban en esta dirección. El quinto punto afecta al problema del objetivismo moral y las relaciones entre argumentación jurídica y racionalidad práctica moral. Hay aquí dos flancos principales de discusión: no solo se trata de la fundamentación general del constructivismo de raigambre kantiana y rawlsiana (sobre lo que versaban las ponencias de Villa Rosas y De Mitri) sino también de qué argumentos-puente deben llevarnos de la argumentación jurídica a la moral. Esto conduce a problemas más amplios acerca de la forma o estructura del razonamiento práctico jurídico que Bayón trató como puntos sexto y séptimo de su exposición: por un lado, la cuestión de la coherencia y el pluralismo de valores, y por otro la cuestión del particularismo y la derrotabilidad. Sobre lo primero se plantea en qué términos debe aceptarse el coherentismo (Moreira, Teixeira) y cómo se afrontan desde éste los problemas de inconmensurabilidad, conflicto o indeterminación de los valores (Barberis). Lo segundo suscita en qué medida las propuestas contextualistas (Moreso) constituyen realmente un *tertium* entre generalismo y particularismo. El relator lanzó en especial la pregunta de si las propuestas de comprensión del razonamiento práctico en términos de *phrónesis* o prudencia, que subrayan cualidades como la responsabilidad y carácter del agente, que remiten a la razonabilidad (Mangini), o que cuestionan los límites de la autoridad del precedente (Pulido), excluyen completamente la deliberación y

subsunción bajo reglas generales opacas a las razones subyacentes. La cuestión de si hay o no reglas en el razonamiento jurídico (problema del particularismo) es distinta de la de si deben ser tratadas o no como reglas más o menos transparentes. El punto octavo abordó el problema de la ponderación, a propósito de enfoques generales críticos como los de Guastini y García Amado y análisis jurisprudenciales sectoriales como los abordados por Garzón y Teixidor. Puntos de discusión son aquí si el componente discrecional o no deductivo de las operaciones ponderativas las convierte necesariamente en subjetivas y contingentes, si todo caso jurídico puede presentarse como un conflicto de derechos, si el tratamiento de éstos es siempre materialmente ponderativo independientemente de que se use el lenguaje de la ponderación, si éste encubre o no el activismo indebido o regresivo, si existen derechos absolutos... El noveno eje de discusión versaba sobre la dimensión institucional del razonamiento jurídico. La incorporación a éste de principios formales y de deferencia condiciona enteramente su alcance. Ello tanto a nivel interno, donde el razonamiento constitucional está en función de diferentes diseños de control difuso o concentrado y de diferentes modos de configurar su relación con las políticas públicas (López Sterup), como a nivel supranacional, en donde está en dependencia de diferentes modos de articular la construcción de sistemas jurisprudenciales internacionales (Melero, Ezquiaga, Lara, Andrade). El último de los puntos es la argumentación en materia de hechos, que plantea problemas específicos referentes a la racionalidad epistémica del proceso y su relación con la verdad (Reyes), la identificación de falacias y malas prácticas probatorias (Igartua, Ruiz Resa), la arquitectura holística o atomista de la motivación fáctica (Accatino) o el papel de la prueba pericial o científica (Gascón, García Castillo).

El debate posterior fue moderado por R. Villanueva (Pont. Univ. Católica del Perú). Varios participantes tomaron la palabra para aclarar el sentido de sus ponencias dentro del anterior mapa de problemas propuesto por el relator. Lozada y Vigo destacaron que este mapa no solo constituía una guía para el desarrollo de la TAJ sino también para replantear la agenda de la propia teoría y filosofía del Derecho. López Sterup subrayó la involucración de éstas con la filosofía política a través de una teoría jurídica de las políticas públicas. Guette enfatizó la necesidad de trasladar los resultados del debate académico al plano profesional en términos de pautas y criterios orientativos de la práctica jurídica. Se discutieron también algunos de los puntos sustantivos propuestos por el relator. Moreso recogió la pregunta de si existen reglas opacas en el Derecho para responder afirmativamente y rechazar que el contextualismo comporte una posición escéptica sobre la subsunción, sin que ello excluya hacerse cargo de que el razonamiento judicial debe estar abierto a mecanismos de incorporación de nuevas propiedades relevantes. Guastini puso de relieve las dificultades de justificar desde el punto de vista jurídico-normativo las relaciones políticas entre poderes y contrapoderes que subyacen al Estado constitucional. Mendonca mencionó el debate irresuelto Kelsen-Klug sobre lógica y Derecho como un buen ejemplo de cómo la filosofía jurídica continúa girando recurrentemente en torno a cuestiones abiertas como qué son las normas. Melero atribuyó el déficit de la metodología de la proporcionalidad en cuanto a los principios formales al hecho de estar pensada exclusivamente para la posición superior del juez constitucional continental, a diferencia del *common law* en donde su intervención en materia de bienes públicos está mediada por la doctrina de la deferencia debida. Atienza resaltó que la presentación del relator combinaba magníficamente el análisis

con la síntesis y habló de la necesidad de construir un «sentido común jurídico» a partir de los consensos establecidos como condición para un progreso del enfoque argumentativo que, afirmó, no es solo un enfoque filosófico sobre los temas tradicionales de la teoría jurídica sino que también debe dar cabida a las ciencias sociales. Bustamante retomó la polémica sobre la ponderación y la teoría alexiana de los principios para preguntarse si su justificación teórica originaria (restringir la discrecionalidad judicial) no se ve traicionada en la práctica al ser utilizada en ciertos casos para retirar el poder del legislador democrático. Duquelsky apostilló que los esquemas de ponderación siempre suponen privilegiar diferentes relaciones de poder. Rabbi-Baldí identificó como tareas de las TAJ la explicitación de las comprensiones implícitas en toda interpretación y la clarificación del proceso de concretización norma-caso, complejo incluso en presencia de normas claras. Pérez Perdomo calificó la relatoría como una buena «muestra sociológica» del «trabajo de campo» de la filosofía del Derecho, sugiriendo incluir también en la agenda de la TAJ el análisis de la argumentación académica.

9. La sesión vespertina se inició con la relatoría del tema «Nuestros clásicos», a cargo de M. Atienza, quien comenzó encomiando la importancia de recuperar la obra de autores importantes de nuestras tradiciones como parte del proyecto de construir una comunidad iusfilosófica. Estos clásicos existen, y merece la pena ocuparse de ellos para rescatarlos del olvido y hacer que su obra perdure entre las nuevas generaciones. El conocimiento de nuestro pasado intelectual, afirmó, puede contribuir bastante a entender nuestras insuficiencias del presente. La relatoría consistió en una síntesis de las 29 ponencias que se presentaron siguiendo un orden cronológico de autores y yendo del viejo al nuevo mundo. Comenzó con la ponencia de Pérez Luño, quien hizo un retrato de la escuela clásica española del Derecho Natural y de Gentes, ocupándose en especial de la teoría de la ley de Suárez, tema que también desarrolló la ponencia de Amezúa. Rivaya se centró en el exilio iusfilosófico español posterior a la guerra civil, dos de cuyos principales representantes fueron objeto de ponencias específicas: L. Recaséns (Cuadros) y F. González Vicén (E. Fernández). Bañuls reivindicó la categoría de clásico contemporáneo para E. Díaz, sin el cual no se entiende la filosofía del Derecho española actual. Lo mismo hicieron las ponencias de Ruiz Miguel y Mastromartino con la figura de N. Bobbio, el padre de la filosofía jurídica en Italia. Sobre las aportaciones de otro clásico perteneciente a esta misma tradición, L. Muratori, escribió M. Fernández, mientras que Sartea dedicó su ponencia a S. Cotta. Los dos principales discípulos de Bobbio, U. Scarpelli y G. Tarello, de quienes arrancan las dos escuelas fundamentales de la iusfilosofía jurídica italiana contemporánea –Milán y Génova– fueron objeto de sendas semblanzas por Morales, y Barberis y Chiassoni. Dentro de la tradición francesa, Fariñas recordó *in memoriam* la figura de A.-J. Arnaud. Da Rocha se aproximó a la filosofía del Derecho internacional del tunecino R. J. Dupuy. Pasando ya al área latinoamericana, dos ponencias (Garza y Vázquez) reivindicaron la importancia de E. García Máynez como uno de los más importantes filósofos del Derecho del panorama mexicano. Mattei-Gentili analizó las contribuciones de R. Tamayo, mientras que Orihuela y González Ibarra escribieron sobre la influencia de Bobbio y Ferrajoli en el constitucionalismo mexicano. Otras ponencias recuperaron pensadores importantes pero más desconocidos fuera de sus fronteras como el chileno discípulo de Kelsen J. Millas (Cofré) o los brasileños C. Maximiliano (Miozzo), Machado Neto (Albagli/Muricy) y L. A. Warat (Wollmann). De un aspecto de la teoría

de las falacias del uruguayo C. Vaz Ferreira se ocupó Abache. La filosofía del Derecho argentina, aquella que en palabras del relator ha conocido un mayor desarrollo en el pasado reciente dentro del ámbito latinoamericano, fue también objeto de tratamiento por varias ponencias. Luna dedicó su contribución al primer iusfilósofo latinoamericano que creó una escuela (la egológica) con repercusiones fuera de su país: C. Cossio. M. Fernández rescató la obra del tomista T. Casares. Las importantísimas aportaciones de C. Alchourrón y E. Bulygin a la teoría del Derecho y la lógica jurídica fueron glosadas por Almanza. Roca sistematizó las principales líneas del pensamiento de C. Nino, a quien algunos califican como el filósofo del Derecho latinoamericano más relevante, prematuramente fallecido en 1993. Y Malem, por último, hizo un recorrido por la vida y obra de E. Garzón Valdés, miembro del Comité de Honor del Congreso pero que no pudo estar presente, con especial referencia a sus aportaciones en ética y filosofía política. El relator concluyó remarcando el trabajo que aún queda por hacer en la rehabilitación de los clásicos de la iusfilosofía latina (citó en tal sentido como lagunas, «casi océanos», a autores como Ch. Perelman o M. Reale) y encomendó la tarea de culminarlo como una de las más importantes a cumplir por la futura asociación *I-Latina*.

10. La sesión «Nuestros clásicos» no fue seguida de discusión sino que en su lugar se celebró una mesa redonda sobre «El futuro de la Filosofía del Derecho en el mundo latino» en la que participaron E. Díaz, Luigi Ferrajoli y J. R. Capella, oficiando P. Comanducci (U. de Génova) como moderador. Se dio lectura antes de ello a un manifiesto en el que los profesores e investigadores de filosofía del Derecho reunidos en Alicante expresaron su rechazo a la actual política de la Unión Europea respecto a los refugiados por poner en peligro los derechos de miles de personas que huyen de la guerra, la persecución y la miseria contradiciendo frontalmente los ideales de justicia y libertad que inspiran sus Tratados fundacionales. El moderador planteó a los ponentes la cuestión titular no solo como predicción sino ante todo como directiva: qué metodología debería tener a su juicio en el futuro la filosofía del Derecho en nuestros países. Intervino en primer lugar Capella, quien defendió que la tarea que tienen ante sí los juristas y filósofos del Derecho en las próximas décadas es la de actualizar un «Derecho de la desigualdad» como condición del cambio socioeconómico y político frente al «Derecho de la igualdad» que hemos heredado. Las profundas desigualdades reales producidas por el Derecho formalmente igual de la sociedad capitalista, dentro del actual escenario de «paroxismo excluyente del mercado absoluto» y de «desregulación extrema», solo pueden ser superadas inventando medidas que toman paradójicamente la forma de «privilegios» (como la discriminación positiva) que permitan dejar atrás los privilegios realmente existentes. Esta acción compensatoria, gradual y por etapas, exigirá una economía del postcapitalismo o socialismo parcialmente pública y regulada bajo nuevos marcos, no necesariamente estatales, así como el afianzamiento de las instituciones igualitarias y los procedimientos democráticos. Elías Díaz, después de ironizar sobre el concepto de «clásico», señaló que no le gusta hablar de crisis de la filosofía del Derecho, porque este siempre ha sido su estado natural, aunque sí constató que tiene «serios problemas» en el presente. Destacó entre ellos el de cierta indefinición o falta de identidad en su planteamiento metodológico, achacable sobre todo a la falta de complemento de una visión internalista o analítica del Derecho, necesaria pero insuficiente, con la consideración del contexto histórico-social en el que debe predominar la referencia a valores, la

crítica del poder y la perspectiva de las ciencias sociales externas. El filósofo del Derecho no puede limitarse a ser un «decorador de interiores» sino que debe poner atención también al paisaje circundante. A fin de cuentas el Derecho es una ciencia social, una técnica para la implementación de la justicia. Recordó que esta había sido la tónica en su propia manera de entender la filosofía del Derecho desde los tiempos de vigencia oficial del Derecho natural durante el período franquista, cuando publicó sus libros *Estado de Derecho y sociedad democrática* (1966, obra cuya publicación fue secuestrada por el régimen) y *Sociología y Filosofía del Derecho* (1971). Finalizó con la propuesta de un realismo crítico para la filosofía jurídica del mundo latino. Ferrajoli, por su parte, arrancó de un diagnóstico acerca de las afinidades que el Congreso había puesto de manifiesto por encima de las divergencias de enfoque y cultura, cifrándolas en un consenso general en torno al papel de la razón como factor de civilización y crítica del Derecho. Dos características estructurales de nuestras democracias constitucionales, tras la superación de períodos autoritarios dominados por un pensamiento fuertemente metafísico, han abierto el paso a este planteamiento racionalista, laico y más centrado en la práctica del Derecho positivo: el principio de legalidad como norma de reconocimiento del Derecho y la constitucionalización rígida de los principios de libertad, igualdad y derechos sociales. El verdadero problema del futuro de la filosofía del Derecho en el mundo latino (puesto que estos rasgos estructurales no se presentan igual en los sistemas del *common law*, algo que según Ferrajoli nuestra subordinación a la cultura anglosajona nos hace olvidar a veces) estriba en dar cuenta críticamente del Derecho en lugar de presentarlo ante estudiantes y juristas como una mera técnica burocrática del poder o del control social. Ello entraña asumir el carácter artificial y construido del Derecho como lenguaje de la política y de los problemas sociales y sus soluciones, así como la distancia existente entre la normatividad fuerte constitucional y las desigualdades y violaciones de los derechos en un mundo globalizado. Surge así un doble punto de vista crítico correlativo a las dos características mencionadas: la crítica externa de la validez jurídica en términos de justicia y su crítica interna en términos de legitimidad constitucional. Ferrajoli alertó también sobre las falacias del realismo jurídico y político consistentes en la naturalización de los sistemas sociales, sobre todo la economía, y en la legitimación del Derecho realmente practicado como si en ambos casos no hubiera alternativa política. La anomia del Derecho ilegítimo por acción u omisión es el mayor reto del constitucionalismo en una época en la que el imperio de la ley ha sido sustituido –no por los tribunales constitucionales sino– por el imperio del contrato. Es preciso, finalizó, repensar la geografía de los poderes sociales para llenar el vacío actual de Derecho público mediante reglas heterónomas que sometan de nuevo el poder económico y financiero transnacional a las soluciones políticas del Derecho en lugar de a las del mercado. Por último, Comanducci cerró la mesa redonda con unas palabras de conclusión en las que recalcó igualmente los elementos en común existentes entre la diversidad de concepciones representadas en el Congreso (analíticos, iusnaturalistas, críticos, argumentativistas), dentro las que constató un «parecido de familia» no solo lingüístico-cultural sino también en cuanto a una manera compartida de entender y practicar la filosofía del Derecho como fuerza crítica y transformadora. Calificó el encuentro como una operación de política cultural: la institucionalización de redes intelectuales ya existentes que debía avanzar en dos direcciones. Por un lado, profundizar el conocimiento del Derecho de manera que unas tradiciones se

enriquezcan en el intercambio con las otras y, por otro, fortalecer la función que la filosofía del Derecho ha ejercido siempre como conciencia crítica de los juristas. Finalizó agradeciendo al Director del Congreso, Manuel Atienza, y al grupo de Alicante el impulso en la construcción de puentes dentro de la cultura latina a ambos lados del océano.

Se formó a continuación con todos los asistentes la asamblea constituyente de la *Asociación Iusfilosofía del Mundo Latino (i-Latina)*. Tras debatir la propuesta de Estatuto previamente suministrada a los participantes del Congreso se acordó aprobarla y declarar constituida la Asociación. Como órgano originario de la misma se establece la Asamblea General, a la que pertenecen como miembros natos los inscritos en el primer congreso y todos aquellos que deseen integrarse en la misma en el futuro. La Asamblea se reunirá en los Congresos bienales a celebrar desde ahora en los años pares. Se nombra también un Comité Ejecutivo formado por 24 miembros que se renovarán por mitad cada dos años y cuya misión es organizar los Congresos a partir de 2018, crear y mantener una página web de la Asociación y editar la revista «I-Latina» que será el órgano de expresión de la Asociación. Son designados como miembros del Comité: D. Accatino (Chile), J. P. Alonso (Argentina), N. Bersier (Suiza), E. Bodelón (España), J. Calvillo (México), V. J. Carvajal (Colombia), J. Cruceta (República Dominicana), J. A Cruz Parceros (México), D. Duquelsky (Argentina), R. García Manrique (España), I. Lifante (España), M. Lacombe (Brasil), H. López Sterup (Colombia), A. Lozada (Ecuador), D. Mendonca (Paraguay), E. Millard (Francia), R. Ortega (México), F. Poggi (Italia), M. C. Quispe (Perú), J. C. Riofrío (Ecuador), R. Rabbi-Baldi (Argentina), C. Roesler (Brasil), J. Vega (España) y R. Villanueva (Perú). Como Secretario fue elegido J. Vega. Finalmente se nombra también un Consejo Asesor integrado por todos los miembros de los Comités de Honor y Asesor del Congreso, a los que se añaden J. Aguiló, M. Atienza, J. C. Bayón, M. Gascón, A. Rubio y A. Ruiz Miguel. La Asamblea emite su opinión favorable sobre la propuesta de organización del Segundo Congreso en Brasil, encomendándose al Comité Ejecutivo recién nombrado la decisión definitiva al respecto. Se levantó la sesión y se puso fin al Congreso con una cena de clausura de todos los asistentes en el Castillo de Santa Bárbara de Alicante.

Actualmente está ultimándose la web de la Asociación (*i-latina.org*). También está poniéndose en marcha, con la colaboración de la Biblioteca Cervantes Virtual, la edición de la revista digital *I-Latina* y la publicación de una sección permanente de clásicos de la filosofía jurídica del mundo latino. La sede del Segundo Congreso, previsto para julio de 2018, será la ciudad de Río de Janeiro.

Jesús VEGA
Universidad de Alicante

III Congreso Internacional «El tiempo de los derechos», 17-18 noviembre de 2017

Los días 17 y 18 de noviembre de 2017 se celebró en el Aulario 1812 de Cádiz el III Congreso internacional «El tiempo de los derechos» organizado en el marco de las actividades de la Red temática del mismo nombre.

La Red «El tiempo de los derechos», financiada por el Ministerio de Economía y Competitividad dentro del programa de Redes de Excelencia, aglutina a 15 grupos de investigación especializados en la docencia e investigación en derechos humanos y da continuidad al proyecto desarrollado por muchos de estos grupos en el periodo 2008-2014 dentro del Programa Consolidar-Ingenio 2010. Esta Red tiene como objetivo desarrollar un programa capaz de ampliar la frontera del conocimiento sobre los derechos humanos y promover su implementación y efectividad.

El III Congreso «El tiempo de los derechos», al igual que los celebrados en ediciones anteriores, tuvo como objetivo estimular el debate entre los diversos grupos de la Red acerca de los desafíos a los que tienen hacer frente en la actualidad los derechos humanos y sumar al mismo a otros investigadores y agentes que desarrollan su trabajo en este campo. En concreto este Congreso se centró en cuatro grandes retos: Crisis migratoria y refugiados; Libertad de Expresión; Internet y Derechos y Resiliencia y respuestas a la vulnerabilidad.

En la inauguración del Congreso participaron Francisca Fuentes Rodríguez, Excm. Secretaria General de la Universidad de Cádiz; Miguel Revenga Sánchez, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz y Rafael de Asís Roig, Catedrático de Filosofía del Derecho y coordinador de la Red «El tiempo de los derechos».

El evento, que contó además de con la financiación de la Red con el apoyo de la Universidad de Cádiz, se dividió en cuatro grandes Paneles temáticos relacionados con cada uno de los retos antes mencionados. Dichos Paneles se estructuraron en torno a una ponencia principal, dos intervenciones que comentaron y discutieron las principales ideas de esa ponencia y una relatoría de las comunicaciones. En total se presentaron en el Congreso más de 25 comunicaciones que se han publicado en los Papeles «El tiempo de los derechos» disponibles en <https://redtiempodelosderechos.com/publicaciones-2/papeles-el-tiempo-de-los-derechos/>

En concreto, el programa del evento fue el siguiente:

Primer panel: Crisis migratoria y refugiados

Presidente de la Sesión: Ignacio Aymerich Ojea (Universitat Jaume I de Castellón).

Ponente: Javier de Lucas Martín (Universitat de València).

Comentaristas: Eduardo Ruiz Vieyetz (Universidad de Deusto) y José Joaquín Fernández Alles (Universidad de Cádiz).

Relator de Comunicaciones: Alberto del Real (Universidad de Jaén).

Segundo panel: Libertad de Expresión

Presidente de la Sesión: David Bondía García (Institut de Drets Humans de Catalunya).

Ponente: Francisco Javier Ansuátegui Roig (Universidad Carlos III de Madrid).

Comentaristas: Olga Sánchez Martínez (Universidad de Cantabria) y Miguel Revenga Sánchez (Universidad de Cádiz).

Relator de Comunicaciones: Mario Ruiz Sanz (Universitat Rovira i Virgili de Tarragona).

Tercer panel: Internet y Derechos

Presidenta de la Sesión: Ana Garriga Domínguez (Universidade de Vigo).

Ponente: Antonio E. Pérez Luño (Universidad de Sevilla).

Comentaristas: Cristina Pauner Chulvi (Universitat Jaume I de Castellón) y José María Martínez de Pisón Cavero (Universidad de La Rioja).

Relatora de Comunicaciones: Susana Álvarez González (Universidade de Vigo).

Cuarto panel «Resiliencia y respuestas a la vulnerabilidad»

Presidente de la sesión: Javier García Medina (Universidad de Valladolid).

Ponente: Cristina Churruca Muguruza (Universidad de Deusto).

Comentarista: Ruth Mestre i Mestre (Universitat de València) y Raúl Susín Beltrán (Universidad de La Rioja).

Relatora de Comunicaciones: María del Carmen Barranco Avilés (Universidad Carlos III de Madrid).

El III Congreso Internacional «El tiempo de los derechos» el que participaron en total más de 60 investigadores de diferentes Universidades, cumplió con su objetivo de promover la investigación de frontera en el campo de los derechos humanos y de fomentar la transferencia y difusión del conocimiento en esta materia.

Tras la clausura del Congreso se celebró una reunión de la Red «El tiempo de los derechos» en la que se expusieron los avances en las líneas de trabajo del equipo, entre ellos la inclusión de su Revista *The Age of Human Rights Journal* (<http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/TAHRJ>) en diversos índices y catálogos, y se debatieron futuras actuaciones, entre ellas, el contenido y la sede del próximo Congreso.

Patricia CUENCA
Universidad Carlos III de Madrid

Seminario Ernesto Garzón Valdés. Homenaje en su 90 cumpleaños, Universitat Pompeu Fabra, 27 de febrero de 2017

El 27 de febrero de 2017 tuvo lugar en la Facultad de derecho de la Universitat Pompeu Fabra un seminario en homenaje a Ernesto Garzón Valdés con motivo de su noventa cumpleaños y su prolífica obra. Asistieron colegas de diversos países y universidades de Latinoamérica y de España.

Ernesto Garzón Valdés nació en Córdoba (República Argentina) el 17 de febrero de 1927 en el seno de una familia vinculada a la historia política y universitaria de esa ciudad.¹ En su Universidad Nacional estudió derecho graduándose como abogado en 1950. En 1949 viajó por primera vez a Europa donde cursó, en el semestre de verano, sociología e historia del arte en las Universidades de Lovaina y en la Libre de Bruselas, respectivamente. En 1953 viaja a Alemania y comienza su especial vinculación con ese país que mantiene en la actualidad.

En 1967 se doctora en la Universidad Nacional de Córdoba con un trabajo sobre *El derecho y la naturaleza de las cosas*,² doctrina iusfilosófica que había tenido gran predicamento en la Alemania Federal después de la segunda guerra mundial. Y desde muy joven se comprometió con actividades docentes, sobre todo en las universidades públicas argentinas de Córdoba, Buenos Aires y La Plata. Toda su vida estuvo vinculada a la actividad intelectual, como investigador y como profesor.

Pero Ernesto Garzón Valdés fue también un diplomático de carrera. Ingresó en el Servicio Diplomático Argentino como Agregado de Embajada y se trasladó a la Embajada Argentina en Bonn como Agregado Cultural en 1958. En 1973, fue designado interinamente Director de Política de la Cancillería por el gobierno constitucional del presidente Héctor Cámpora y tuvo a su cargo la reiniciación de las relaciones diplomáticas entre Argentina y Cuba y el establecimiento de relaciones diplomáticas con Corea del Norte y la República Democrática Alemana. El 27 de marzo de 1974 es expulsado del Servicio Diplomático Argentino por resolución del ministro Alberto J. Vignes y, perseguido, comienza su exilio en la República Federal de Alemania. Vignes, un claro representante del autoritarismo de derechas del peronismo, era miembro conspicuo de la logia masónica Propaganda 2, -P 2-. En 1985, Ernesto Garzón Valdés es reintegrado al Servicio Exterior argentino, por el gobierno democrático, con el rango de Embajador Extraordinario y Plenipotenciario. Y en 1987 pide el retiro del Servicio Diplomático Argentino por disconformidad con la política de derechos humanos del presidente Raúl Alfonsín.

¹ Para una autobiografía, junto a un análisis político de Argentina, véase, Ernesto Garzón Valdés, *El velo de la ilusión. Apuntes sobre una vida argentina y su realidad política*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 2000.

² *El derecho y «la naturaleza de las cosas»*. Análisis de una nueva versión del *Derecho Natural en el pensamiento jurídico alemán contemporáneo*. Universidad Nacional de Córdoba –Argentina- 1971.

Como profesor, Ernesto Garzón Valdés ha enseñado teoría y filosofía del derecho, y filosofía política y moral en universidades americanas y europeas. Dotado de una especial personalidad para la docencia tiene numerosos discípulos a ambos lados del Atlántico. Y ha sido galardonado con numerosas distinciones académicas. Sus nueve doctorados honoris causa así lo atestiguan.

Como investigador, Ernesto Garzón Valdés es un autor de una amplia y variada obra que versa sobre el derecho, la moral y la política.³ Hacer una reconstrucción completa de sus ideas excede con creces el marco de la noticia del homenaje que recibió en la Universitat Pompeu Fabra. Sin embargo, es posible mencionar algunas líneas maestras de su pensamiento.

En el ámbito jurídico, sus preocupaciones por las nociones de validez, eficacia y existencia de las normas, así como por la caracterización del sistema jurídico, ocuparon parte de sus intereses acerca del derecho. Su estudio comparativo de las tesis de Hermann Heller y de John Austin, le llevó a analizar la idea del soberano, estableciendo distinciones ya bien conocidas y muy usadas en nuestros contextos intelectuales. Como teórico de clara formación analítica, su preocupación por el lenguaje jurídico no pueden faltar, y eso se advierte en sus estudios sobre la obra de Francisco Suárez. Por citar solo algunos trabajos entre otros no menos relevantes.

En sus estudios sobre cuestiones éticas, Ernesto Garzón Valdés se ocupó de problemas tales como el paternalismo justificado, la tolerancia o la diferencia entre lo público y lo privado. Sus escritos también aquí son seminales. Si en sus primeros artículos se advierte una posición metaética relativista, en su madurez se inclina por el objetivismo moral. En esa evolución se incardinan trabajos como los que potencian su idea del «coto vedado».

De sus preocupaciones por la teoría y la filosofía política surgen aportaciones sobre la estabilidad de los sistemas jurídico-políticos, la democracia representativa o la corrupción. Buen conocedor de Iberoamérica, ha estudiado diversos aspectos de la vida política, jurídica y social de América Latina.

De prosa fina y elegante, huyó siempre de afirmaciones vacuas o ampulosas. Prefiere la claridad a la ostentación. Claridad que nunca implica trivialidad, nunca hay que confundir –suele recordar– oscuridad con profundidad. De personalidad abierta y crítica, huye también de equipar la defensa de posiciones teóricas con la indoctrinación. Y prefiere asumir una modesta presentación de sus tesis siempre basadas en argumentos a la grandilocuente invocación de la autoridad. Su magisterio y sus enseñanzas siempre nos acompañan.

Estuvo, por otro lado, vinculado desde el comienzo con el grupo de Filosofía del Derecho de la Universidad Pompeu Fabra, que fue creada en 1990 (la década anterior nos había visitado asiduamente en la Universidad Autónoma de Barcelona, y en su –entonces– extensión en Girona, en donde los dos firmantes de esta nota fuimos profesores en diversas etapas). Uno de los promotores de la creación de la Universidad Pompeu Fabra, el Prof Albert Cal-samiglia, al que perdimos hace demasiado tiempo, imaginó la filosofía del derecho con dos ámbitos: uno dedicado a la teoría del derecho, tras el cual colocaba el magisterio del Prof Eugenio Bulygin, y otro dedicado a la filosofía moral y política, pilotado por Ernesto Garzón Valdés. Se tomó esta tarea

³ Precisamente uno de sus libros se denomina *Derecho, moral y política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

con entusiasmo, por lo que su mano se aprecia detrás de cada actividad y proyecto de investigación desarrollado por el grupo. De sus pioneras lecciones surgieron muchas de las cuestiones que después han centrado la actividad del grupo en esta área: la crítica comunitarista al liberalismo, la tensión entre derechos y democracia, el alcance del liberalismo igualitario como teoría de la justicia distributiva, por ejemplo. De él lo aprendimos casi todo, de su espíritu abierto, de su manera de entender los seminarios como un lugar de aprendizaje en común, de su generosidad, de su elegancia, de su sabiduría universal y cosmopolita. No era tan normal hace treinta años este clima en nuestras universidades, las sesiones en grupo eran más bien conferencias magistrales de los catedráticos, no foros para el debate. Ahora, por fortuna, el más reciente de los estudiantes de doctorado puede poner, con una objeción brillante, en aprietos al más experimentado de los profesores.

Y este clima no sólo lo generó en Barcelona, sino que también en todo el mundo hispano: por ejemplo, en ciudad de México y en Santiago de Chile, en Madrid, en Alicante, en Valencia y en todas las múltiples universidades que visitó durante estos años. Por esta razón, quisimos celebrar con él en la Universitat Pompeu Fabra sus noventa años, como decíamos al comienzo de esta nota, intervinieron en la jornada (aparte de los firmantes para abrirla y cerrarla) el Prof Pablo Ruiz Tagle (Universidad de Chile, Santiago de Chile) y el Prof Rodolfo Vázquez (ITAM, México) que glosaron la figura humana, académica e intelectual del maestro, el Prof Roberto Gargarella (Universidad Torcuato di Tella y Universidad de Buenos Aires), el Prof Javier de Lucas (Universidad de Valencia), el Prof José Martínez de Pisón y el Prof Manuel Atienza, que desarrollaron determinadas cuestiones *garzonianas* relevantes en nuestros días; y concluyó estas intervenciones el Prof Francisco Laporta que dijo una bella frase que resume mejor que ninguna otra el legado del maestro. Laporta dijo: 'Lo que sabemos lo sabemos entre todos'. La frase corrió por las redes sociales, y fue un *trending topic* de nuestra pequeña comunidad.

Concluyó Ernesto con una bellísima lección sobre la amistad. La amistad con la que nosotros le rendimos homenaje y con la que él ha querido honrarnos durante tantos años.

Jorge F. MALEM
José Juan MORESO
Universitat Pompeu Fabra

V

OBITUARIO



André-Jean Arnaud, *In Memoriam*

Un pensador itinerante

Conocí a André-Jean Arnaud en Madrid en febrero de 1990. Le invitamos a la Universidad Carlos III a dar una Conferencia sobre la creación del Instituto Internacional de Sociología Jurídica (IISJ) de Oñati en la antigua universidad Sancti Spiritus, cuya fundación coincidió temporalmente (en el año 1989) con la creación de la propia Universidad Carlos III de Madrid, en la que se había introducido una asignatura optativa en los planes de estudios, titulada *Análisis Sociológico del Derecho*. Enseguida se produjo una sintonía entre nosotros debido a una común tarea: introducir los estudios de Sociología Jurídica en España. Fue el primer Director científico y fundador (hoy Miembro Honorario) del Instituto y una de las personas, junto a su entonces reciente compañera de vida y de academia, la profesora Wanda Capeller, que apostó con entusiasmo por conseguir que el proyecto del IISJ se quedara en Oñati. Recuerdo, cómo otro añorado colega también presente en las primeras reuniones del Instituto, Luis Alberto Warat, solía decir coloquialmente que «Oñati se creó por amor».

Fruto de ese primer encuentro fue el proyecto de elaboración de una obra conjunta, sugerida inicialmente por el profesor Elías Díaz «en un banco de la Castellana durante un paseo por el centro de Madrid» (como el propio Arnaud recordaba en el Prólogo de la misma) y respaldada inmediatamente por el profesor y, entonces Rector de la Universidad Carlos III de Madrid, Gregorio Peces-Barba, así como por el profesor Renato Treves (también vinculado al IISJ), que se plasmaría con la primera edición de *Sistemas Jurídicos: Elementos para un Análisis Sociológico*, en el año 1996¹.

El 25 de diciembre de 2015 falleció André-Jean (1936-2015). Jurista de formación, fue uno de los principales exponentes de la sociología jurídica

¹ André-Jean ARNAUD y María José FARIÑAS DULCE, *Sistemas Jurídicos: Elementos para un Análisis Sociológico*, Madrid, Universidad Carlos III-BOE, 1.ª edición 1996, 2.ª edición revisada y ampliada 2006. Esta obra fue traducida al francés, corregida y aumentada con el título, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Prefacio de Jacques Commaille, Bruxelles, Ed. Émile Bruylant, 1998. Posteriormente, traducida al portugués con el título, *Introdução à Analise sociológica dos Sistemas Jurídicos*, Ed. Renovar, Río de Janeiro, 2000.

francesa. Contribuyó a la consolidación de los estudios sociológicos y antropológicos del Derecho en todo el mundo, siempre con la interdisciplinariedad como opción epistemológica para el estudio de los diferentes *campos* jurídicos, tejidos entre la Teoría y la Sociología del Derecho. Pero su itinerante trabajo intelectual no se limitó sólo a las fronteras disciplinarias de la Sociología del Derecho. También trabajó ampliamente la Filosofía del Derecho y del Estado, la Historia del Derecho, así como la Epistemología Jurídica, la Ciencia Política, la Antropología Jurídica..., y transitó innovadoramente entre unas y otras.

Su vida intelectual estuvo llena de creatividad y heterodoxia, tanto en las clases en la Universidad, en sus obras individuales y en las colectivas que con frecuencia impulsaba, como en las diferentes *redes* de trabajo e investigación que él mismo creó. Se ubicó en una perspectiva de teoría crítica de la sociedad y el derecho, convencido de que las ciencias sociales tradicionales ya no estaban en condiciones de dar cuenta de lo que acontecía en la realidad. Fue transgresor en sus planteamientos epistemológicos e innovador en los contenidos. Dio cuenta del tránsito paradigmático que se estaba iniciando ya en el ámbito de las ciencias sociales e incorporó nuevos paradigmas a sus investigaciones.

Resulta difícil reducir su fructífero y peculiar perfil intelectual a unas cuantas páginas. A riesgo de caer en el esquematismo, intentaré dar cuenta de él a través de unos conceptos que pueden reflejar algunos rasgos de una vida de aventura intelectual.

Interdisciplinariedad y transgresión disciplinaria

Ya en su primera gran obra, *Les origines doctrinales du Code civil français*², la interdisciplinariedad, como opción epistemológica, sobrevuela una investigación sobre el ingente Código Civil francés de 1804. Arnaud realiza un estudio desde la Filosofía del Derecho, pero aplicando un método de análisis rigurosamente histórico a una larga tradición de pensamiento jurídico de los siglos XVII y XVIII. Es un ingente esfuerzo de regresión histórica y cultural, la que nuestro autor realiza más allá de las raíces revolucionarias y liberales del Código de 1804, por influencia de sus dos grandes maestros, Jacques Commaille y François Ost.

Hablar de interdisciplinariedad en el ámbito de los estudios jurídicos, como Arnaud siempre quería, implica considerar que el Derecho tiene siempre una dimensión esencialmente plural, compleja³ y contextual. Esto implica, que el conocimiento jurídico debería ser el reflejo de una integración *impura* entre lo político, lo económico, lo social, lo histórico, lo filosófico con lo jurídico. Nuestro autor resaltó especialmente la necesidad de realizar

² André-Jean ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Prefacio de Michel Villey, París, LGDJ., 1969, (acceso libre en <http://www.reds.msh-paris.fr/>); *La regla del juego en la paz burguesa: ensayo de análisis estructural del código civil francés*, trad. al español por Brigitte Bernard, Maracaibo, IFD/LUZ, 1978.

³ Arnaud llevó a cabo, tempranamente, su objetivo de la interdisciplinariedad en el ámbito jurídico al impulsar una importante obra colectiva: *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, Paris-Bruxelles, LGDJ Story Scientia, 1988; nouvelle édition entièrement revue, complétée et refondue, L. G. D. J., Paris, 1993.

trabajos comunes dentro de investigaciones empíricas del derecho, donde los sociólogos veían, en principio, más fácil la interdisciplinariedad.

Arnaud apostó por la trasgresión de las fronteras de la científicidad entre disciplinas académicas jerarquizadas e incomunicadas. Se trataba de superar la concepción positivista *comtiana* de la ciencia moderna, construida en base a un único objeto material y otro formal de conocimiento para cada disciplina académica. Como alternativa propuso la construcción de un «campo de estudio» común y abierto, donde puedan interactuar varias perspectivas cognitivas en un horizonte no sólo interdisciplinar, sino también transdisciplinar. Esto chocaba con las tesis de los que proponían el carácter de *disciplina* diferenciada para la Sociología del Derecho en una yuxtaposición dualista con la Teoría del Derecho, como lo hizo Hans Kelsen y, posteriormente, Renato Treves, y en tensión siempre por la apropiación de un objeto de conocimiento propio y diferenciado.

Sin embargo, hablar de «campo» en las ciencias sociales, y más específicamente de «campo jurídico», no era algo inocente para Arnaud. Siguiendo a Pierre Bourdieu, nuestro autor adoptaba la noción de «campo jurídico», como un «universo social autónomo»⁴, donde se entrecruzan nuevas interacciones cognitivas y autorreferenciales. Este «campo», con alguna influencia *luhmaniana*, comprende no sólo lo que los juristas tradicionalmente designan como el ser del Derecho (un espacio cerrado y jerarquizado de normas legales), sino también los sistemas jurídicos no estatales. Para ello la teoría sistémica de Niklas Luhman fue imprescindible⁵, pero también la influencia empírica anglosajona (la de la *Law and Society Studies*), que le llevó a defender siempre la necesidad de establecer una conexión cognitiva intrínseca entre teoría y práctica. La aplicación efectiva de un sistema jurídico no puede deslindarse de los textos y contextos del sistema social.

Complejidad

La complejidad, como paradigma, presidió todas las propuestas socio-jurídicas de Arnaud, con una clara influencia de la obra de Edgar Morin⁶. El ser humano es un *homo complexus* (*complexus* = lo que está tejido junto).

⁴ André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique. Vol. 1-Où va la sociologie du droit?* CNRS, Paris, 1981, pp. 346-374 (acceso libre en <http://www.reds.msh-paris.fr/>)

⁵ Las referencias a la obra de Luhman son constantes en todos los trabajos de Arnaud. Además, dedicó a este autor unas obras específicas: André-Jean Arnaud y Pierre Guibentif, *Niklas Luhmann, observateur du droit*, Paris, LGDJ, 1993 [Coll. Droit et Société, vol. 5]; André-Jean Arnaud y Dalmir Lopes Jr., *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.

⁶ Edgar Morin propuso tres principios básicos para ayudar a pensar la complejidad, que Arnaud adoptó sin fisuras: a) el *dialógico*, que permite mantener la unidad en el seno de la pluralidad y asocia dos términos complementarios al tiempo que antagonistas; b) el de la *recursividad organizacional*, que ejemplifica con el proceso del remolino y rompe con las ideas lineales de causa/efecto, producto/productor, estructura/superestructura; y c) el *hologramático*, que trasciende el reduccionismo, que solo ve las partes, y el holismo, que solo ve el todo, y consiste en que la parte está en el todo y el todo en la parte conforme a la idea formulada por Pascal: «No puedo concebir al todo sin concebir a las partes y no puedo concebir a al partes sin concebir

Con el término «complejidad» el sociólogo francés quería evocar algo más que la simple complicación. Quería remitir a la idea de recursividad organizacional, interdependencia y entrecruzamiento de las relaciones jurídicas de un nivel institucional a otro, con zonas de legalidad, i-legalidad o a-legalidad. Es lo contrario de la concepción mecanicista, cerrada y simplificadora de la racionalidad jurídica moderna, en base a la cual se ha construido siempre el conocimiento científico del derecho. Define el paradigma de la complejidad por oposición al paradigma de la simplicidad, el cual ha presidido las construcciones de la Ciencia Jurídica moderna en torno a conceptos de validez universal y de totalidad. En el mundo jurídico no existe lo simple, en todo caso existe lo simplificado. El conocimiento jurídico, por lo tanto, ha de construirse en su contexto y alejarse de abstracciones.

El paradigma de la complejidad lo liga nuestro autor con el paradigma sistémico, en cuanto el conocimiento de las partes se ha de relacionar con el conocimiento del todo que, por otra parte, nunca puede ser considerado ni como la simple o simplificadora suma de las partes, ni con la eliminación de las partes en el todo. Y lo enlaza con conceptos como imprevisibilidad, vaguedad, azar, incertidumbre, desorden, multidimensionalidad, contradicciones y contextos que, según, Arnaud, deberían contribuir a renovar la racionalización simplificadora propia de la Ciencia Jurídica tradicional y su *standard* positivista.

Del paradigma de la complejidad transita hacia la epistemología de la complejidad, que la concibe como una manera de evitar, por ejemplo, el determinismo (todo es explicable independientemente del observador), la dualidad entre lo verdadero y lo falso (tercero excluido), los reduccionismos cognitivos, los absolutismos e idealismos jurídicos y los órdenes establecidos, la realidad simplificada y aquel tipo de racionalización que pretende encerrar la realidad en un sistema coherente y sin contradicciones.

Mundialización/Globalización

Globalización o Mundialización⁷, según la *excepción francesa*, fue uno de los temas recurrentes de reflexión en la obra de André-Jean Arnaud. Él fue de los primeros juristas que comenzaron a analizar críticamente el proceso de globalización en relación con los sistemas jurídicos, desde una perspectiva histórica, filosófica, política y sociológica. La globalización estaba revolucionando el mundo jurídico, y esto es algo, según nuestro autor, que los juris-

al todo»: Edgar Morin, *Introducción al pensamiento complejo*, Ed. Gedisa, Barcelona, pp. 107 y ss.

⁷ Este tema pivotó en casi todas sus obras, pero específicamente se ocupó de él en: André-Jean ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation, Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, L. G. D. J. París, 1998; existe traducción castellana de esta edición, *Entre modernidad y globalización, Siete lecciones de historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, traducción de Nathalie González Lajoie. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000 y *Entre modernité et mondialisation, Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, L. G. D. J., París, 2.ª edición, 2004; y *Direito e Globalização II, Fatos e Teorias*, en coautoría con Eliane B. Junqueira (Eds.), Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2006 y *Dictionnaire de la Globalisation-Droit-Science politique-Sciences sociales*, Paris, LGDJ-Lextenso Edit., 2010.

tas no podían ni debían ignorar. Estaba convencido de que el Estado y el Derecho iban a sufrir cambios con el proceso de la globalización. Los juristas y los politólogos deberían estar preparados para saber gestionarlos.

Hizo un recorrido histórico desde la pretensión de universalización, como *leit motiv* de la Modernidad, pasando por los procesos de internacionalización, hasta llegar a la actual Globalización, «un signo de los tiempos», solía afirmar. De su mano, y con una visión crítica de la Modernidad, aparecen en escena conceptos como lo local frente a lo global, lo nacional frente a lo internacional, lo universal frente a lo particular, lo único frente a lo plural, la modernidad frente a la posmodernidad, lo abstracto frente a lo discursivo, la seguridad nacional frente a la seguridad global, la centralidad frente a la fragmentación, regulación frente a desregulación, la igualdad frente a la diferencia. Todos ellos representan para él algunas de las grandes paradojas de la posmodernidad. Dichas paradojas («una manera de progresar», como solía decir) las aborda con un punto de vista didáctico en la dinámica de la globalización y sus contextos, estableciendo diferencias importantes entre la universalización y la globalización.

Pronto vislumbró que la posmodernidad y la globalización constituyen los dos fenómenos contemporáneos que han quebrado algunos de los cánones de la modernidad y han planteado un jaque mate a la regulación jurídica tradicional y a la soberanía estatal, tal y como la definió Jean Bodin.

Pluralismo Jurídico

Arnaud solía denunciar que: «En las facultades de derecho..., se insiste imperturbablemente en formar –si no en deformar– a los estudiantes en la idea de que el derecho es la emanación de un poder soberano único, absoluto, entero, exclusivo: el Estado»⁸.

Apostó sin ambages por sustituir el paradigma del monismo jurídico o, como él lo denominaba, de la «monocentralidad del derecho», por el paradigma del pluralismo jurídico o de la «policentralidad del derecho». Lo definió como una «polisistemia simultanea», esto es, la coexistencia de varios sistemas jurídicos en un mismo tiempo y lugar. Y trabajó para convencer a los juristas que no se puede tener una visión completa de lo jurídico (más allá del derecho estatal), sin incorporar dicho paradigma y abrirse a nuevos espacios analíticos.

Frente a la razón jurídica única, abstracta, universal, totalizante, simplificadora y no susceptible de contradicción, propone una razón jurídica plural, compleja, pragmática, autocrítica y abierta a otras lógicas y saberes. Una razón jurídica real, frente a la construcción mítica o ideal de la razón jurídica moderna. Frente al mito jurídico monista, la realidad consiste en que se pueden construir y/o negociar una pluralidad de racionalidades jurídicas. Además, Arnaud estaba convencido de que dentro de la racionalidad jurídica dominante era difícil ya construir nuevas dimensiones de emancipación social.

Este concepto lo liga estrechamente con el ya analizado de «campo jurídico», donde pueden confluir muchos tipos de legalidades e, incluso de ilegali-

⁸ André-Jean ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation, Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, cit., pp. 73 y ss.

lidades, en diferentes esferas de juridicidad: local, nacional, regional, regional-global, internacional, transnacional, global... Este es el resultado del incremento de complejidad en las relaciones socio-económicas y en las sociedades posmodernas.

Pluralismo y complejidad constituyen, pues, dos de los paradigmas más importantes de los estudios interdisciplinarios de Derecho y Sociedad.

Sociología del Derecho en *Red*

Quizá su faceta más difundida y conocida internacionalmente haya sido la de sociólogo del derecho o, más específicamente, la de impulsor de los estudios de Derecho y Sociedad. Como miembro del Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS), impulsó en Francia el desarrollo de los estudios socio-jurídicos y desde allí al resto del mundo. Esta faceta ha sido reconocida por el Comité de Investigación para la Sociología Jurídica y la Asociación Internacional de Sociología, cuando le concedieron el premio Adam Podgorecki de 2015, por toda una vida dedicada al desarrollo de la sociología jurídica.

Arnaud adoptó también tempranamente la idea del trabajo en *Red*. Comprendió las inevitables ventajas de acceder a estructuras hiperactivas, abiertas, flexibles e ilimitadas del conocimiento y la comunicación, con una gran complejidad del espacio y el tiempo, que rompen la linealidad del conocimiento.

Fue Presidente de l'Association pour la Recherche Européenne sur le Droit et la Société (<http://ds.hypotheses.org/>), co-Director du Réseau Européen Droit et Société/European Network on Law and Society Fondation Maison des Sciences de , *Entre modernité et mondialisation, Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État* l'Homme de Paris, (www.reds.msh-paris.fr); Director de la Cátedra UNESCO sobre *Human Rights, Violence: Public Policies and Governance*, UEC, Bogotá, Colombia – *Red UNITWIN con las Universidades Carlos III, Madrid - PUC-Rio de Janeiro, Brasil - UNISINOS, RS, Brasil - Paris X Nanterre-La Défense - Università degli Studi di Camerino, Italia - Universidade Federal da PARAÍBA (Brasil)* (<http://en.unesco.org/unitwin-unesco-chairs-programme>); Director del Programa Interdisciplinario GEDIM (2002-2005) *Globalização Econômica e Direitos no Mecosur* (www.unesco.org/most/globalisation/Networks_projects.htm) y (*GEDIM*); y Director-Fundador del the Oñati IISL *Institut International de Sociologie Juridique*, (www.iisj.es).

Los estudios de Derecho y Sociedad, que nuestro autor impulsó, se enmarcaban en un análisis interdisciplinario y constructivista, donde se transita del objeto cognitivo clásico al proyecto de investigación construido. La investigación es, pues, una parte del proceso, en base al cual se construye la realidad social. Arnaud percibió en seguida, que el constructivismo surge en el momento en que se admite que los problemas no vienen necesariamente dados *a priori*, no tienen una naturaleza ontológica, sino que deben ser contruidos. Por ejemplo, una norma social se construye también por el que observa.

El conocimiento ya no puede ser el que pivota sobre un objeto y su objetividad, no resulta simplemente de la interacción entre sujeto y objeto, sino que el conocimiento es en sí mismo un proyecto. Así pues, concibe a los estudios socio-jurídicos como un proyecto científico común (principio de

proyectividad), donde el investigador es parte de lo que investiga, actuando como un verdadero artesano del pragmatismo, aun a riesgo de una mayor incertidumbre. Nada está dado, todo ha de ser construido.

Con esta visión plural, compleja e interdisciplinar de los estudios socio jurídicos, podríamos pensar que Arnaud ¿estaba negando la razón jurídica? No, la razón, no. Pero, si, la deificación de la razón jurídica universal. Lo que hizo fue invitarnos a superar el racionalismo jurídico abstracto (fruto de un proceso universal de *racionalización*), sin caer en sus contrarios, fundamentalmente, el irracionalismo o el naturalismo jurídico. Invitarnos, pues, a la superación de las dicotomías clásicas de la Modernidad y de la dialécticas de elementos contrarios. Invitarnos a no encerrar el conocimiento socio-jurídico en los límites de una nueva y única disciplina llamada Sociología del Derecho.

María José FARIÑAS DULCE
Universidad Carlos III de Madrid



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 80.000 caracteres con espacios, en general teniendo en cuenta el añadido obligatorio de una bibliografía final (dos o tres páginas, como máximo) con independencia del sistema de citas escogido. El tipo de letra será «times 12» para el texto principal y en su caso «times 10» para las notas al pie. 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 *keywords* 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 6 páginas DIN A4, a espacio y medio. Aproximadamente, no han de superar los 18.000 caracteres con espacios ni tener una extensión inferior a los 15.000 caracteres con espacios. En todo caso, se recuerda a los autores que deberá utilizarse un lenguaje inclusivo y no sexista.

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 vinculación del autor con la institución pública o privada en la que desarrolla su cargo académico o actividad profesional relacionada con el área de filosofía del derecho (por ejemplo, en el caso de ser profesor universitario o de investigador en formación o postdoctoral, 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 en notas a pie y referencias 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*, *ibidem*, *infra*, *supra*, *apud* o *pássim*, *vide*, cuando así lo exija la investigación serán preferentemente (*id.*, *ib.*, *infr.*, *supr.*, *ap.*, *páss. vid.*). Las palabras extranjeras deben ir en *cursiva*. En las notas a pie y texto, la palabra *página* se abreviará p. o pp., según proceda, siguientes será *ss.*; para especificar conferir se utilizará su abreviación (*cfr.*), si no se trata de cita literal; la abreviatura de artículo será *art.* y sólo se empleará cuando vaya entre paréntesis, en los demás casos deberá ir con todas las letras. Las siglas, abreviaturas y acrónimos irán en mayúsculas sin espacio (pegadas) y sin puntos, salvo la primera vez que se mencionen que deberá constar, entre paréntesis el significado de éstas.

Por último, en la primera cita de textos legales figurará el rango normativo, el número, fecha, nombre del fundamento legal y, entre paréntesis, el *Boletín oficial* en el que se publicó con referencia de número y fecha. Las citas iniciales de jurisprudencia y otras resoluciones contendrán: las siglas de

la resolución y tribunal u órgano, sala y fecha, referencia de repertorio en que se publicó o consultó el original y nombre y apellidos del magistrado ponente.

III. Referencias bibliográficas:

En cualquier caso, al citar la obra completa, deberá ser presentada de la siguiente forma: APELLIDO/S, inicial del nombre, *título*, lugar de edición, nombre del editor, año de aparición, número de páginas (eventualmente colección). Se distinguirá entre libro, artículo de revista, capítulo del libro, etc. Ejemplos:

1. Libro/monografía:

GONZÁLEZ VICÉN, F.; *El Positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1950, 96 pp.

2. Artículo de revista:

GONZÁLEZ VICÉN, F.; «La Filosofía del Derecho como concepto histórico», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1969, pp. 15-65.

3. Trabajo o capítulo del libro:

GONZÁLEZ VICÉN, F.; «Estudio preliminar a la traducción de Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia» de John Austin, en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Santa Cruz de Tenerife, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1979, pp. 17-33.

IV. Proceso de evaluación, admisión y revisión de manuscritos:

Los trabajos enviados a la Redacción del Anuario de Filosofía del Derecho deben ser inéditos y serán evaluados mediante el sistema de «doble *referee*» manteniendo el anonimato en la revisión de los trabajos. 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:

- I. Excederse en la extensión establecida según el tipo de colaboración.
- II. No utilizar uno de los sistemas de citas propuestos en la manera indicada.
- III. No enviar el trabajo en el soporte requerido o sin las formalidades oportunas señaladas.
- IV. Remitir el trabajo fuera de los plazos señalados en la convocatoria anual.
- V. Haber publicado un artículo en la misma sección del número inmediatamente anterior.
- VI. 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, revisión 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*.

