

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

NUEVA ÉPOCA
TOMO XXXIV
2018



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
RELACIONES CON LAS CORTES
E IGUALDAD

BOE BOLETIN
OFICIAL DEL
ESTADO

**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: 40,00 € (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
tienda@boe.es

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

NUEVA ÉPOCA
TOMO XXXIV
2018

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
RELACIONES CON LAS CORTES
E IGUALDAD
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2018

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 2018

El volumen XXXIV (nueva época) del *Anuario de Filosofía del Derecho* contiene las secciones habituales de la *Revista*. En esta ocasión, como han tenido lugar las jornadas bianuales de la *Sociedad Española de Filosofía jurídica y política*, celebradas en Girona a principios del mes de mayo, se ha elaborado una sección monográfica con siete trabajos y la habitual sección con nueve trabajos bajo la rúbrica 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 cuatro reseñas de libros recientes de autores vinculados a la filosofía jurídica y política; mientras que la sección dedicada a *Noticias* recoge un comentario de las jornadas celebradas en Girona y en Madrid escritas por Jordi Ferrer y Patricia Cuenca, respectivamente.

Desde hace algún tiempo, son muchos y reiterados 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. Son varios los resultados más satisfactorios y notorios de esta insistencia permanente en la mejora de la calidad científica del *Anuario de Filosofía del Derecho* que se suman a los ya superados en anteriores convocatorias. Cabe recordar que el *AFD* ha obtenido el sello de calidad editorial y científica de las revistas españolas FECYT prorrogado hasta su renovación en 2018 y 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, CNEAI 18, clasificación *B* en el CARHUS plus 2014, o la clasificación *A* en el ANVUR (*Agencia italiana de evaluación*).

Hay dos novedades importantes a reseñar en este número que dan cuenta del compromiso asumido por alcanzar la excelencia e interna-

cionalización de la Revista. De un lado, la inclusión del Anuario en el *Philosopher's Index*, un prestigioso índice que incluye más de 525.000 artículos de revistas y citas de libros de más de 1.500 revistas, 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 contribuciones a antologías. 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 el autor. Y de otro lado, en 2017 ha sido aceptada para su inclusión en la Edición Emerging Sources Citation Index (ESCI), la nueva edición de Web of Science. Los contenidos de este índice están siendo evaluados por Thomson Reuters para su inclusión en Science Citation Index Expanded™, Social Sciences Citation Index®, y Arts & Humanities Citation Index®. Web of Science se diferencia de otras bases de datos por la calidad y solidez del contenido que proporciona a los investigadores, autores, editores e instituciones. La inclusión del Anuario en el Emerging Sources Citation Index pone de manifiesto la dedicación que estamos llevando a cabo para proporcionar a nuestra comunidad científica con los contenidos disponibles más importantes e influyentes.

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 XXXIV sea publicado, en concreto a los miembros del Consejo de Redacción sin cuyo esfuerzo, compromiso y colaboración desinteresada hacia la excelencia de una *Revista* de estas características.

Marzo 2018

MARIO RUIZ SANZ
Director del *AFD*

SUMARIO

	Pág.
PRESENTACIÓN DEL AFD 2018: MARIO RUIZ SANZ (Director del <i>Anuario</i>)	5
I. MONOGRÁFICO	
BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles (Universidad del País Vasco), <i>Filosofías del Derecho antidiscriminatorio. ¿Qué Derecho y qué discriminación?: Una visión contra-hegemónica del Derecho antidiscriminatorio</i>	11
GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (Universidad de Alicante), <i>Tres retos de la neurociencia para el Derecho penal</i>	43
MORESO, José Juan (Universitat Pompeu Fabra), <i>El diálogo judicial como equilibrio reflexivo amplio</i>	73
OLLERO TASSARA, Andrés (Universidad Rey Juan Carlos), <i>La legalidad y la constitucionalidad</i>	95
PAPAYANNIS, Diego (Universitat de Girona), <i>El valor intrínseco de la responsabilidad civil</i>	119
GARCÍA PASCUAL, Cristina (Universitat de València), <i>La naturaleza del derecho internacional. Una cuestión existencial</i>	149
GASCÓN CUENCA, Andrés (Universitat de València), <i>La negación de los delitos de genocidio en la jurisprudencia del Tribunal de Europeo de Derechos Humanos a partir de la sentencia Perinçek contra Suiza</i>	177
II. ESTUDIOS JURÍDICOS	
AGUILÓ REGLA, Josep (Universidad de Alicante), <i>Las presunciones en el Derecho</i>	201
ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier (Universidad Carlos III de Madrid), <i>Institucionalización de la razón y representación argumentativa: la crítica del constitucionalismo garantista</i>	229

	Pág.
ARÁNGUEZ, SÁNCHEZ, Tasia (Universidad de Granada), <i>El papel del estilo en la argumentación jurídica</i>	253
GARRÁN MARTÍNEZ, José María (Universidad de Salamanca), <i>Algunas reflexiones en torno al Derecho y la justicia penal en la filosofía protoanarquista de William Godwin (1756-1836)</i>	277
MEGÍAS QUIROS, José Justo (Universidad de Cádiz), <i>Dignidad y Derecho: de la Antigüedad a la Edad Media</i> .	303
LÓPEZ ZAMORA, Luis A. (Universidad de Kiel, Alemania), <i>La Constitución del Derecho Internacional, su extinción y reconstrucción</i>	333
MONEREO ATIENZA, Cristina (Universidad de Málaga), <i>Vulnerabilidad y solidaridad. Una concreción de la dignidad ...</i>	375
QUERALT, Jahel y SELEME, Hugo (Universitat Pompeu Fabra-Universidad Nacional de Córdoba), <i>La agenda para el desarrollo y los derechos humanos: instrumentos complementarios</i>	403
RODRÍGUEZ-TOUBES, Joaquín (Universidad de Santiago de Compostela), <i>La interpretación a contrario de disposiciones jurídicas</i>	423
 III. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA	
ERIE, Mathew S., <i>China and Islam: The prophet, the party and Law</i> , Nueva York, Cambridge University Press, 2016, 472 pp. (Beñat Gutiérrez, Universidad del País Vasco)	457
GÓMEZ GARCÍA, Juan, <i>La Argumentación Jurídica. Teoría y Práctica</i> . Madrid, Dykinson, 2017, 261 pp. (Aurelio de Prada, Universidad Rey Juan Carlos)	463
HERRERA PARDO, Camila, <i>Aproximación a los fundamentos científicos y filosóficos del iusnaturalismo realista de Javier Hervada</i> , Pamplona, EUNSA, 2016, 631 pp. (José Antonio Santos, Universidad Rey Juan Carlos)	468
PÉREZ GONZÁLEZ, Sergio y SUSÍN BETRÁN, Raúl (coords.), <i>Violencia y derecho a través del cine</i> , Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, 303 pp. (Marta Rodríguez Fouz, Universidad Pública de Navarra)	473
 IV. NOTICIAS	
IV Congreso Internacional «El tiempo de los derechos», Universidad Carlos III de Madrid 6 y 7 de noviembre de 2017 (Patricia Cuenca, Universidad Carlos III de Madrid)	481
 V. NECROLÓGICAS	
<i>Inmemoriam</i> Mario Ruiz Sanz (1967-2018) (J. de Lucas, Universitat de València)	487

I

MONOGRÁFICO

Filosofías del Derecho antidiscriminatorio
¿Qué Derecho y qué discriminación?
Una visión contra-hegemónica
del Derecho antidiscriminatorio

*Philosophies of anti-discrimination law
What law and what discrimination?
A counter-hegemonic view of Anti-discrimination law*

Por M.^a ÁNGELES (MAGGY) BARRÈRE UNZUETA
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea¹

RESUMEN

El Derecho antidiscriminatorio moderno, con medio siglo de historia, tiene sus luces y sus sombras. Este trabajo parte de las últimas o, lo que es igual, de sus límites, y, para solventarlos, propone mirar de otra manera tanto al Derecho como a la discriminación. Atendiendo a este doble objetivo, el trabajo se estructura en tres apartados fundamentales: en el primero se enmarca la caracterización del Derecho dentro de las que se suelen denominar «teorías críticas»; en el segundo se inserta el concepto de discriminación en las teorías sistémicas sobre el poder; y, a partir de lo anterior, en el tercero se sientan las bases para un nuevo paradigma del Derecho antidiscriminatorio basado en el concepto de subordiscriminación. La utilización de este concepto será, precisamente, lo que dará nombre al nuevo modelo de Derecho antidiscriminatorio que, en consecuencia, pasará a denominarse Derecho antisubordiscriminatorio.

¹ Grupo de investigación del sistema universitario vasco IT1056-16.

Palabras clave: *Derecho antidiscriminatorio, teorías críticas, visión contra-hegemónica, iusfeminismo, subordiscriminación, Derecho antisubordiscriminatorio.*

ABSTRACT

Modern anti-discrimination law, with half a century of history, has its lights and its shadows. This work starts from the last ones, i.e., from its limits, and to solve them it is proposed to look at both the law and discrimination from a counter-hegemonic view. With this aim, the work is structured in three fundamental sections: in the first one it is framed the characterization of the law within what are often called «critical theories»; in the second one the concept of discrimination is inserted into the systemic theories of power; and in the third one the foundation for a new paradigm of antidiscrimination law based on the concept of subordiscrimination is laid. The use of this last concept will be precisely what will give name to the new model of antidiscrimination law that, consequently, will be renamed anti-subordiscrimination law.

Key words: *Anti-discrimination law, critical theories, counter-hegemonic view, iusfeminism, subordiscrimination, anti-subordiscrimination law.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.-2. UNA TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO. 2.1 *El derecho «positivo».* 2.2 *El derecho como práctica.* 2.3 *Apertura a lo social y repolitización del derecho.*-3. UNA TEORÍA SISTÉMICA DEL PODER. 3.1 *El pensamiento crítico.* 3.2 *La perspectiva sistémica.* 3.3 *El poder como sistema de dominación.* 3.4 *El concepto de sistema revisitado.*-4. EL DERECHO ANTISUBORDISCRIMINATORIO. 4.1 *Sistemas, derecho y subordiscriminación.* 4.2 *Discriminación institucional, estructural y sistémica.* 4.3 *El porqué de «subordiscriminación».* 4.4 *La discriminación indirecta a examen.* 4.5 *Los tratos por omisión (inacción).*-5. CONCLUSIONES.-BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.-2. A CRITICAL THEORY OF LAW. 2.1 *The «positive» Law.* 2.2 *Law as practice.* 2.3 *The importance of opening to a social and political jurisprudence.*-3. A SYSTEMIC THEORY OF POWER. 3.1 *Critical thinking.* 3.2 *The systemic perspective.* 3.3 *Power as a system of domination.* 3.4 *The system revisited.*-4. THE ANTISUBORDISCRIMINATION LAW. 4.1 *Systems, Law and Subordiscrimination.* 4.2 *Institutional, structural and systemic discrimination.* 4.3 *The reason for «subordiscrimination».* 4.4 *Indirect discrimination under examination.* 4.5 *Treatments by omission (inaction).*-5. CONCLUSIONS.-REFERENCES.

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho antidiscriminatorio moderno, entendiendo por tal el que se origina en los EE. UU. a mediados del siglo xx y se va implantando progresivamente en Europa en las décadas sucesivas, tiene su luces y sus sombras. Hacer hincapié en unas u otras dependerá, fundamentalmente, del acuerdo o desacuerdo con las premisas relativas al concepto de Derecho, al de discriminación y al papel asignado al primero en relación a la segunda. Desde hace un par de décadas vengo fijándome sobre todo en las sombras. De hecho, he dedicado bastante espacio en trabajos previos (1997, 2001, 2002, 2005, 2008, 2010, 2011, 2014) a exponer algunos límites del tratamiento de la discriminación en la cultura jurídica hegemónica (normativista-formalista), intentando poner de relieve que en la actual dialéctica entre el Derecho y la discriminación no se abordan satisfactoriamente cuestiones determinantes como, por ejemplo: a) el falso universalismo, pues se prioriza injustificadamente la igualdad como indiferenciación; b) los tipos de discriminación, introduciéndose un falso binomio a través de la discriminación directa o indirecta; c) el ámbito de la discriminación, que se reconduce al empleo y las relaciones laborales; d) la utilización del concepto de discriminación indirecta, que da frutos insignificantes, cuando no indeseables o perversos; e) la cuestión de la intencionalidad y su prueba, que no termina de separarse de la relativa a la discriminación; f) la utilización de términos erróneos y/o tendenciosos, como los de «discriminación inversa» y «discriminación positiva»; g) la reconducción de la acción positiva o afirmativa a la igualdad de oportunidades y a cierta acepción de «mérito», que se presume neutral; o h) la necesaria incorporación de la interseccionalidad como principio general del Derecho antidiscriminatorio.

Evidentemente, en muchas de estas críticas no he estado sola, pero no todas las compañías en la crítica al Derecho antidiscriminatorio han seguido los mismos derroteros. Por otro lado, los límites manifestados se han ido introduciendo de manera fragmentada, sin un paradigma claro de inserción jurídica. De ahí que en este trabajo se avance en esta línea, subrayando la necesidad de mirar de otra manera tanto al Derecho como a la discriminación. Más concretamente, se pretende llamar la atención de la cultura jurídica sobre la necesidad de conceptualizar el Derecho como una *práctica* y la discriminación desde una *perspectiva sistémica*.

Atendiendo a este doble objetivo, el trabajo se estructurará en tres apartados fundamentales: en el primero se enmarcará la caracterización del Derecho dentro de las que se suelen denominar «teorías críticas»; en el segundo se insertará el concepto de discriminación en las teorías sistémicas sobre el poder; y, a partir de lo anterior, en el tercero se sentarán las bases de un nuevo paradigma del Derecho antidiscriminatorio basado en el concepto de *subordiscriminación*.

2. UNA TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO

2.1 El Derecho «positivo»

Este trabajo se inscribe en un congreso dedicado a las «Filosofías del Derecho positivo» y ya se me perdonará que inicie con una pedantería de corte analítico. Es así que –me pregunto– por qué razón se habrá introducido en el título del Congreso una mención expresa al Derecho *positivo*. Dicho de otra manera: ¿por qué no hablar sólo de «Filosofías del Derecho» añadiendo a continuación la especificación de los ámbitos disciplinares (constitucional, internacional, administrativo, penal, antidiscriminatorio, etc.)?

Está lejos de mi intención alimentar el conocido debate histórico sobre el positivismo jurídico que, aun viviendo su momento álgido en los años sesenta del pasado siglo, de un modo u otro ha seguido ocupando un espacio privilegiado en la literatura iusfilosófica durante las décadas sucesivas. Sin embargo, y dicho esto, tampoco me resigno a que la mención al «Derecho positivo» pueda servir para elevar a premisa indiscutible de este Congreso el concepto de Derecho positivo propio de cualquier iuspositivismo. Y es que, tal y como se han formulado el título y el programa, pareciera que las filosofías del Derecho tuvieran que partir de «el» concepto de Derecho positivo, presumiendo un concepto de Derecho positivo indiscutido y, sobre todo, indiscutible. En este sentido, si bien comprendo que, circunscribiendo los discursos de las ponencias al Derecho *positivo* se pretendan evitar, por un lado, discursos sobre el Derecho que eleven éste a una entelequia aprehensible únicamente a los espíritus mejor dotados (como considerarlo producto de la naturaleza de las cosas o de la divinidad) o, por otro lado, concebir a la Filosofía del Derecho como esa «panfilosofía separada de cualquier disciplina específica científica o técnica» que, con acierto, el propio Tarello (1970: 112, en Guastini y Rebuffa 1995: 8) consideraba instancional, también temo que presumir un concepto unívoco del Derecho positivo propicie una imagen de consenso sobre un común iuspositivismo que, en mi opinión, resulta precipitada. Por ello, y para evitar falsos implícitos, comenzaré precisando que, en lo que respecta al ámbito de mi reflexión filosófica, el Derecho antidiscriminatorio es *positivo* en tanto en cuanto es un *producto humano*², y es únicamente en este «sentido amplio» de la expresión «positivismo

² Éste sería para Tarello ([1988] 1995: 180) el significado de *ius positivum* en el latín medieval: «el derecho que ha sido *puesto*, y producido, o impuesto, por un sujeto individualizado, para contraponerlo a aquel derecho que no ha sido *puesto* por ninguno pero está inscrito en la naturaleza, en el orden natural de las cosas, y que se llamaba –con una locución antiquísima– *ius naturale*». Otra cosa es que en el siglo XIX por «positivo» se entendiera el derecho del Estado considerándose «positivo» un adjetivo pleonástico para indicar que «no existe otro derecho que el positivo, o sea estatal» (*ibidem*).

jurídico» (La Torre 1993: 76) en el que mi filosofía del Derecho antidiscriminatorio podrá considerarse iuspositivista.

2.2 El Derecho como práctica

Partiendo de que es imposible que el concepto de Derecho pueda ser usado al margen de las preferencias o finalidades de quien opera con tal concepto³, a la hora de escoger alguna definición del Derecho (positivo) para «mi» filosofía del Derecho antidiscriminatorio diría, sin desprestigiar otras conceptualizaciones⁴, que –como afirma Atienza (2013a: 26)– el Derecho es «una práctica en la que se participa (en la que todos participamos), dotada de una extraordinaria ductilidad (aunque, naturalmente, no carente de límites), y que resulta esencial tanto en los procesos de explotación como en los de emancipación social».

Me sumo a la definición de Atienza no porque –como alguien pudiera pensar– después del escaso interés que he mostrado por abrazar al iuspositivismo, me incline hacia el iusnaturalismo⁵, sino porque la consideración del Derecho como una práctica (en nuestro caso de emancipación) se adapta muy bien al *papel activo* en el que necesariamente descansa algo caracterizado como *antidiscriminatorio*, y que, a mi juicio, merece la pena reforzarse ante la tendencia creciente, particularmente en el ámbito de la Unión Europea, a desactivar la aspiración activa o proactiva del «anti» mediante la sustitución de la expresión anglosajona «Anti-discrimination Law» por otras en las que desaparece la partícula «anti», como «Non-discrimination Law» (Schiek, Waddington y Bell 2007; Shieck y Chege 2008; Schieck y Lawson 2011) o, simplemente, «Discrimination Law (Fredman [2002]2010, Sargeant 2004, McColgan 2005, Hellman & Moreau 2013, Khaitan 2015)⁶.

Por otro lado, la caracterización del Derecho como una práctica general en la que participa todo el mundo (y, en consecuencia, en la que no sólo participan juristas) permite mostrar muy bien que, desde nuestra filosofía del Derecho antidiscriminatorio, el Derecho no se positiviza justo en el momento de hacerse oficial, sino que empieza a positivizarse con las actuaciones o las prácticas de los «agentes socia-

³ Como bien señala Luzzati ([2005] 2013: 23): «es necesario admitir con franqueza que el derecho se “conoce” dentro de un marco valorativo, ya sea el marco de las convicciones personales de cada estudioso, ya sea el marco constituido por los valores socialmente compartidos, y que por lo tanto no se trata nunca de un “dato puro” identificable independientemente de las preferencias, de las finalidades y de los *modi operandi* de la doctrina y de la jurisprudencia».

⁴ Incluso dispares, como la teoría institucional del Derecho (MacCormick & Weinberger 1986) o la teoría del Derecho como estructura del conflicto (Tomeo [1981] 2013).

⁵ En cuyas filas, por cierto, el propio Atienza declara no militar.

⁶ Una excepción en este sentido Barbera (2007).

les» que –como precisa incluso un iuspositivista genuino como Ferrajoli– «del derecho son al mismo tiempo intérpretes, críticos y *productores*» (1994: 480, énfasis añadido)⁷.

2.3 Apertura a lo social y repolitización del Derecho

Es cierto que no son frecuentes las definiciones iuspositivistas del Derecho que vinculan la producción de éste a los agentes sociales (es decir, a las también consideradas «fuentes materiales»)⁸ y, en este sentido, la definición del Derecho de Ferrajoli puede considerarse excepcional. Pero, así formulada, tampoco la encontramos muy distante de otras bien alejadas del iuspositivismo formalista, como –por ejemplo– las procedentes del feminismo o, incluso, de las de cierto postmodernismo que propugna «un nuevo sentido común en el derecho» (Santos 2009).

Dentro del feminismo, Encarna Bodelón (2009) refleja perfectamente la necesidad no sólo de conocer el Derecho desde lo social sino también de abrir la producción del Derecho a la acción político-social. Como bien señala esta autora: «generando un nuevo *focus* que no es la norma jurídica, sino las relaciones sociales (...) el feminismo se adelantó históricamente a muchas de las perspectivas jurídicas que se han desarrollado en los últimos años y que confluyen en la necesidad de entender las estructuras jurídicas como una parte de nuestras relaciones sociales, y que por lo tanto, tienen que ser estudiadas y comprendidas con las herramientas de las ciencias sociales» (Bodelón 2009: 95-6); además, «el derecho es una herramienta que ha dado soporte durante mucho tiempo a relaciones sociales patriarcales, pero también es una herramienta que ha ayudado a romper estas relaciones» (Bodelón 2009: 109) por lo que fundamental, entonces, será «conocer las limitaciones de esta herramienta y situarla en el contexto de una transformadora acción política, social y económica» (Bodelón 2009: 109-10).

⁷ Para no desvirtuar la última frase de Ferrajoli la reproduciremos en su contexto: «Il diritto –tutto il diritto– altro non è che un mondo di segni e di significati associati a quei particolari segni o testi linguistici che sono le leggi. E questi significati, per il tramite dei quali leggiamo e valutiamo normativamente la realtà, non sono dati una volta per sempre, ma cambiano con il mutare delle culture, della forza e della coscienza degli attori sociali che del diritto sono al tempo stesso interpreti, critici e produttori».

Según se interpreten los términos «signos» y «significados», una definición de este tipo puede circunscribir –a nuestro juicio– excesivamente el Derecho al lenguaje, pero permite considerar al Derecho como una instancia abierta a la interpretación y, además, bifuncional: por un lado (la ley) es lenguaje que normativiza la realidad social; pero, por otro, ese lenguaje permite no sólo ser interpretado y criticado sino también «producido» por los agentes o actores sociales.

⁸ De hecho, un planteamiento de este tipo choca con el de la producción genealógica de las normas en el sistema jurídico, propio del formalismo kelseniano, hoy por hoy hegemónico en la cultura jurídica.

En cuanto a Santos, nada más lejos de nuestra intención que introducirnos en la producción teórica de uno de uno de los intelectuales más prolíficos (y polémicos) en el panorama actual, tanto del ámbito jurídico, como de las ciencias sociales. Sin embargo, hay una idea de su «posmodernismo de oposición» que no podemos menos que compartir. Se trata de la necesaria apuesta por una «repolitización del derecho» que, como sostiene el sociólogo portugués, «es la condición necesaria para devolverle al derecho sus energías emancipatorias» (Santos 2009: 48). Precisamente, que el Derecho pueda ser emancipatorio depende, para Santos, de «la práctica de grupos y clases socialmente oprimidos» (Santos 2009: 51); una práctica que, no por nada –añadimos aquí– fue el detonante del Derecho antidiscriminatorio moderno.

No vamos a negar que el planteamiento de Santos tenga puntos oscuros⁹, sin embargo, buena parte de esa oscuridad se puede considerar esclarecida cuando, a la hora de dar una definición del Derecho, el autor lusitano se refiere a éste como «un cuerpo de procedimientos regularizados y estándares normativos que se considera exigible –es decir, susceptible de ser impuesto por una autoridad judicial– en un grupo determinado» (Santos 2009: 56). Efectivamente, de este modo encuentran matización los límites del Derecho conceptualizado por Santos. Si el Derecho, para ser considerado tal, debe de ser «susceptible de ser impuesto por una autoridad judicial», no es algo ajeno al Derecho «oficial»¹⁰.

En cualquier caso, en lo que aquí respecta, «politizar» o «repolitizar» el Derecho no significa ir «contra el Derecho» o renunciar a la «*illusio*» de la que habla Bourdieu (creer que el juego del Derecho merece ser jugado, que vale la pena hacerlo) (Bourdieu 2003)¹¹, sino

⁹ En relación al tema que ahora nos ocupa, concretamente, el de la delimitación del Derecho a partir de esas «diferentes formas» en las que identifica la práctica de su «cosmopolitismo subalterno»: «[l]uchando contra la opresión, la exclusión, la discriminación y la destrucción del medio ambiente, estos grupos recurren al derecho o, más bien, a *diferentes formas del derecho*, como un instrumento más de oposición. Lo hacen ahora dentro o fuera de los límites del derecho oficial moderno, movilizándolo diversas escalas de legalidad (locales, nacionales y globales) y construyendo alianzas translocales e incluso transnacionales. Estas luchas y prácticas son las que alimentan lo que llamo (...) globalización contrahegemónica. En general, no privilegian las luchas jurídicas, pero en la medida en que recurren a ellas, devuelven al derecho su carácter insurgente y emancipatorio. A estas prácticas, tomadas en su conjunto, las designo como cosmopolitismo subalterno» (Santos 2009: 51, énfasis añadido).

¹⁰ De ahí que se pueda señalar que este tipo de reconocimiento del discurso judicial como campo de actuación «presupone cierto grado de aceptación del Derecho» (Atienza 2013b: 28).

¹¹ Para Bourdieu el Derecho se realiza en un «campo», es decir, en «un universo en el que se juega a un juego determinado según determinadas reglas, y en el que no se entra si no se ha pagado algún derecho de entrada, como el hecho de poseer una competencia específica, una cultura jurídica indispensable para jugar al juego, y una disposición a propósito del juego, un interés por el juego». Es a esto último a lo que denomina «*illusio*», y resulta determinante en tanto, «Lo que un campo exige, funda-

ir «más allá del Derecho» (Atienza 2011: 18). Según Atienza, ir «más allá del Derecho» significa (por ejemplo, en el contexto reciente de los desahucios) utilizar la técnica jurídica «para evitar (...) que, en ciertos casos, el Derecho se distancie de la justicia» (*ibidem*)¹². Politizar el Derecho significa –añado yo–, en ese mismo contexto, reconocer, como hace Juan Luis Ibarra¹³ que: «[e]l hecho de que en el curso de un procedimiento ejecutivo muera una persona de forma violenta es una clara expresión del fracaso del derecho, en su finalidad fundamental de conseguir justicia»; o que, en respuesta a la pregunta «¿qué puede hacer un juez para frenar un desahucio de acuerdo con la ley?», responda «comprometerse (...) a hacer una aplicación del derecho en la que primemos el derecho a la dignidad de la persona sobre el derecho del acreedor a cobrar una deuda económica»; o mantener una actitud siendo juez según la cual «[a] veces, es difícil sacar justicia del pedernal del derecho pero lo intentamos». En una línea parecida, politizar el Derecho sería, como hace Bengoetxea, interpelar a la comunidad jurídica en general¹⁴, o proponer a la judicatura de la Unión Europea «usar el Derecho creativamente en el espíritu de los derechos humanos y los instrumentos constitucionales y eventualmente provocar cambios coherentes en los niveles legislativos» cuando, en el marco de un análisis sobre los derroteros del «sueño europeo», y ante una crisis que afecta de pleno al modelo social, «quien legisla no sabe qué hacer, o está adoptando decisiones erráticas, o emanando leyes que socavan algunos de los derechos y aspiraciones programáticas proclamadas en la Constitución» (Bengoetxea 2015: 1105).

En definitiva, a una apertura del Derecho a concepciones y prácticas emancipatorias es a lo que responde, en líneas generales, la filosofía del Derecho antidiscriminatorio que se propone, sólo que, en nuestro caso, la interpelación a la comunidad jurídica de Bengoetxea va más allá, al incluirse una ruta de acción concreta, como es la relativa a la visibilización de los sistemas de poder¹⁵. De este modo, nuestra propuesta pasa a inscribirse en las llamadas «teorías críticas del Derecho» (Atienza 2013b: 28) o, más ampliamente, en el pensamiento crí-

mentalmente, es que se crea en el juego y que se le conceda al juego que merece ser jugado, que vale la pena» (Bourdieu 2003: 3).

¹² Atienza se expresa en esos términos en el comentario a un par de decisiones judiciales en el citado contexto y, más concretamente, en relación a la virtualidad de la figura del abuso de derecho aplicada a un supuesto de *laguna axiológica* (entendiendo por tal «un caso resuelto por las reglas del sistema, pero de manera contraria a los principios, a las razones subyacentes a las reglas») (Atienza 2011: 18).

¹³ Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en una entrevista a RTVE realizada en octubre de 2012.

¹⁴ «The question is then what we, as jurist, do, i. e. what we can, what we should, and what we shall do» (Bengoetxea 2015: 1105).

¹⁵ Enseguida nos extenderemos sobre esta cuestión. Por el momento baste con señalar que «visibilizar los sistemas de poder» significa poner de relieve los límites de la teorización y desarrollo aplicativo del principio de igualdad y no discriminación propios de la cultura jurídica hegemónica (formalista-normativista).

tico, que comparte algunas ideas, pero que no es identificable con otras corrientes jurídicas también adjetivadas como críticas¹⁶.

3. UNA TEORÍA SISTÉMICA DEL PODER

3.1 El pensamiento crítico

«¿De qué es crítico el pensamiento crítico?» (Grimson y Caggiano 2015: 12). Buena pregunta ésta para el tema que nos ocupa, y buena respuesta la que, a nuestro juicio ofrecen estos mismos autores: «Es crítico de las apropiaciones desiguales e injustas de todas las formas de la plusvalía, desde las propiamente económicas hasta las expropiaciones simbólicas ancladas en formas de producción, regímenes económicos, modelos o sistemas políticos. Es crítico de los pensamientos naturalizados de los dispositivos hegemónicos, es decir, de las figuraciones culturales que legitiman asimetrías y ocultan las relaciones de poder sobre las que se sustentan, que convierten diferencias en desigualdades y construyen desigualdades como diferencias. Asimismo, de las construcciones teórico-metodológicas con pretensión de neutralidad técnica, y del tráfico de supuestos que descripciones presuntamente asépticas proponen como datos indiscutibles» (*ibidem*).

Compartiendo este planteamiento, pero de manera algo más precisa, por «pensamiento crítico»¹⁷ se entiende aquí el que, aun partiendo de la Modernidad, ajusta cuentas con ella pivotando sobre tres ideas: 1) el funcionamiento de la sociedad (y del Derecho como parte de la misma) es conflictualista; 2) en ese funcionamiento son determinantes las categorías sistémicas de poder (clase, género, raza, etc.); y 3) el motor de la teoría (que no se reduce a lo producido en la Academia) debe ser tanto explicar las desigualdades como elaborar instrumentos (también jurídicos) que permitan modificar el *statu quo* (en términos marxianos, que no basta con entender el mundo, sino que hay que cambiarlo). A partir de tales premisas se puede decir que, como bien señalan Cardinaux y Palombo (2007: 133), el pensamiento cumple una función crítica: 1) cuando devela las relaciones

¹⁶ Tal es el caso del «Modelo Crítico» de Luzzati (2013: 18), con quien, sin embargo, se coincide en que «el jurista contemporáneo no puede ya esconder sus propias elecciones detrás de la máscara artificial de la neutralidad» (Luzzati: 2013: 17); o del *Critical Legal Thought* (Joerges y Trubeck 1989), aun participando de la importancia dada por esta corriente a la adopción de una postura activa en los procesos y procedimientos jurídicos de las personas que se consideren implicadas en los mismos (Pérez Luño 2016: 28).

¹⁷ De manera similar a Pitch para referirse al feminismo (Pitch [1998]2003: 20), se utiliza el término «pensamiento» porque lo que aquí designa la expresión «pensamiento crítico» no se puede definir como una teoría, tanto en el sentido de que no existe un solo pensamiento crítico, como en el sentido de que no permite que se le encierre en alguna de las definiciones corrientes de teoría.

de poder; 2) cuando nada a contracorriente produciendo igualdad allí donde reina la discriminación: y 3) cuando instituye sujetos de Derecho donde antes sólo había seres que esperaban beneficencia.

Un planteamiento similar al expuesto se puede rastrear en infinidad de aportaciones teóricas (teorías marxistas, feministas, *Critical Race Theory*, etc.) que, en general, son teorías que descansan sobre una determinada concepción del poder que se ha solido denominar grupal, sistémico, estructural y que responde a la idea de la opresión o «poder sobre» (León 1997, Rowlands 1997, Veneklasen & Miller 2007), así como sobre sujetos excluidos o subordinados que adquieren, en su conciencia y calidad de tales, identidad política.

Naturalmente, también hay otras teorizaciones críticas sobre el poder que resultan relevantes para el pensamiento crítico, pero siempre que no se pierda de vista que no todas ellas ponen el énfasis en las mismas premisas ni en los mismos objetivos y que, por lo tanto, no todas resultan igualmente transformadoras para todas las problemáticas. Es más, según sostenemos aquí, una teoría crítica del Derecho antidiscriminatorio no puede prescindir del «poder sobre» (grupal, sistémico, estructural), como, dicho sea de paso, y en contra de lo que se suele presuponer, tampoco prescinde de esta concepción del poder uno de los filósofos más influyentes para buena parte del pensamiento crítico en el último medio siglo como es Michel Foucault. Interesa poner de relieve esta cuestión porque Foucault ha dejado especial huella en el postmodernismo (especialmente en la teoría sobre la performatividad del género) cuya pretensión antisistémica aquí no se comparte.

Como revela el excelente análisis de Grosz (1990), en la obra del filósofo francés se produce un cambio en el concepto del poder. Así, en sus textos de la fase arqueológica (antes de 1970), su concepto del poder es fundamentalmente «negativo, inhibitorio o represivo» (Grosz 1990, 85)¹⁸, cambiando luego este concepto del poder en la fase genealógica (a partir de 1970), cuando el filósofo lo ve como «una red productiva de fuerzas que conexionan, produce objetos para el conocimiento, y utiliza los efectos de los conocimientos» (Grosz 1990, 85)¹⁹.

¹⁸ Como se refleja en las propias palabras de Foucault recogidas y extractadas por Grosz (1990, 85) del texto de Morris & Patton (1978, p. 36): «Now I believe that this is a wholly negative, narrow and skeletal conception of power... If power was anything but repressive, if it never did anything but say no, do you really believe that we should manage to obey it? What gives power its hold, what makes it accepted, is quite simply the fact that it does not weight like a force which says no, but that it runs through, it produces things, it induces pleasure, it forms knowledge, it produces discourse; it must be considered as a productive network which runs through the entire social body much more than as a negative instance whose function is repression».

¹⁹ De nuevo las palabras de Foucault recogidas esta vez por Grosz (1990, 85-86) de la entrevista del filósofo francés con Lucette Finas (Morris & Patton 1978, p. 68) resultan ilustrativas: «The case of penalty convinced me that the problem (of power) was not so much to be seen in terms of right, law, but in terms of tactics and strategies

Obviamente, el cambio del concepto del poder en Foucault no se produce porque sí, sino porque cambian sus intereses en lo relativo a su objeto de investigación. Él mismo confiesa su decisión de «extender las dimensiones de una definición del poder» para utilizar «esta definición en el estudio de la objetivación del sujeto» (Foucault 1988: 4) en el concreto «dominio de la sexualidad» (Foucault 1988: 3). Pero esto no quiere decir que niegue la existencia de formas de dominación y explotación (y de luchas en su contra), sino que le parece que, en el momento en el que escribe, la dimensión subjetiva es más relevante. Sus palabras resultan, de nuevo, esclarecedoras: «hoy en día, la lucha contra las formas de sujeción –contra la sumisión de la subjetividad– se vuelve cada vez más importante, aun cuando no hayan desaparecido las luchas contras las formas de dominación y explotación, sino todo lo contrario» (1988:7)²⁰.

En definitiva, Foucault sitúa su perspectiva sobre el poder en una dimensión estratégica. No pretende elaborar una teoría del poder²¹, ni tan siquiera cuestiona aportaciones del feminismo (como que las mujeres constituyan un grupo oprimido) o postulados del marxismo (la opresión de la clase trabajadora) (Grosz 1990: 88) sino que lo que busca es –por decirlo de alguna manera– contrarrestar el peso de las teorías del poder edificadas *únicamente* sobre «sistemas de opresión» (sea el patriarcado o el capitalismo).

Aun así, no cabe duda de que, debido a la influencia de Foucault, su postura será indicativa de la pérdida de interés de cierto pensamiento crítico posterior sobre la perspectiva sistémica²² y, paralelamente, un aumento de la atención prestada a las experiencias subjetivas. Tal es el caso del postmodernismo en general y, más en concreto, del referido a la sexualidad (Butler 2006)²³. No será, sin embargo, el nuestro. Como hemos sostenido recientemente al tratar sobre la interseccionalidad (Barrère 2016a) y la vulnerabilidad (Barrère 2016b), y como

and it was this substitution of a technical and strategic grid for a juridical and negative grid that I tried to set up in *Disciplin and Punish*».

²⁰ Merece la pena precisar que cuando Foucault habla de esas formas de dominación y explotación no se refiere concretamente a la que tiene que ver con las mujeres. Así, mientras las formas de dominación se reducen a las de naturaleza étnica, social y religiosa (prevalentes en la época feudal), las de explotación se centran en la de naturaleza económica (prevalentes en el siglo XIX).

²¹ Pues, como advierte Grosz, el mismo Foucault describe su trabajo como una «analítica del poder», que aquél interpreta como «a series of methods that make no claim to lasting or eternal value (as does truth) but which may be useful at some times, and within some struggles, and is eventually disposable once strategic goals have been accomplished» (Grosz 1990: 86).

²² De hecho hay quien, como Posada (2015: 39), le acusará de hacer tabla rasa de los «ismos» o los sujetos revolucionarios. Por nuestra parte, ya hemos tenido oportunidad de ilustrar que tal consideración nos parece exagerada.

²³ Sobre la influencia de Foucault en los llamados «nuevos feminismos» *vid.* Gil (2011). Y sobre su proyección en la filosofía jurídica española *vid.* García López (2016).

más específicamente se verá a continuación, sin negar la enorme importancia de las aportaciones del filósofo francés sobre el poder, e incluso del necesario contrapeso de las mismas²⁴, aquí se reivindica la necesidad de seguir contando con una teorización del poder en términos de opresión o de «poder sobre».

3.2 La perspectiva sistémica

Nuestra filosofía del Derecho antidiscriminatorio requiere, por tanto, hablar del poder en clave sistémica, pero definirla no es tarea fácil. Esto implica bucear en las teorías sobre la clase, la raza o el sexo cuya teorización, además, está en continua evolución. En este sentido, si bien es difícil negar que la «clase» está presente y condiciona la experiencia y la interacción social²⁵, también es verdad que se complejiza por la enorme tipología de lo que puede considerarse «clase trabajadora». En cuanto a la raza, no obstante haya acuerdo para romper con la aparente impresión de que viene determinada por la biología o las características físicas (color de la piel, rasgos faciales, forma de los ojos, textura capilar)²⁶, y no como el final de un proceso movido por intereses de diverso tenor²⁷, también se complica debido al «carácter mutable, escurridizo y polifacético (...) que caracterizaría a la discriminación racial» (Fallada 2016: 17) en la actualidad. A este respecto, el «sexo» presenta una perspectiva sistémica más amplia²⁸ y

²⁴ Y cuya oportunidad será puesta de relieve más adelante, cuando critiquemos una determinada concepción de lo sistémico que no admite fisuras.

²⁵ Como bien subraya Buechler (2014: 126): «Class is “there” before we are, in differences in prenatal care across social classes. Our family provides our initial class position, which in turn influences how much education we receive, what adult roles become available to us, what types of work we do, who we marry, where we live, where we shop, how we spend our leisure time, how we respond to stresses that affect our health, what our retirement options are, and the quality and cost of the funeral service that marks our passing».

²⁶ El proceso histórico de la «construcción» de la raza, de cómo tras la conquista y colonización del «Nuevo Mundo» en 1492 es cuando se va definiendo a los «otros», a «los salvajes» (en este caso los grupos indígenas) en términos raciales ha sido ampliamente ilustrado (Winant 2004). Es por ello que se dice que el concepto de raza es racista: no sólo porque las creencias sobre la superioridad y la inferioridad forman parte del concepto (Buechler 2014: 133), sino porque son esas creencias las que determinan la selección de las características físicas.

²⁷ Así lo prueba la manera en la que se antepone la esclavitud al racismo. En contra de lo que pudiera parecer, la esclavitud fue primero; la captura de mano de obra esclava en África (más barata que, por ejemplo, la procedente de Europa o de la población americana Nativa) fue la que, una vez consumada, se «racializó» (Omi & Winant 1994) mediante la construcción de estereotipos y creencias que servirían para justificar (legitimar) la utilización de mano de obra negra por «amos» blancos. En este sentido, como señala Winant (2004: 84): «es sabido que no fue el racismo el que creó la esclavitud, sino la esclavitud la que creó el racismo».

²⁸ En el sentido de que: a) el «poder sobre» que se ejerce sobre cualquier ser humano que se autodesigne o heterodesigne como mujer existe en todas las socieda-

clara²⁹. Es Kate Millet quien, en su tesis doctoral (1975) utiliza la expresión «patriarcado» para subrayar que las relaciones sexuales entre hombres y mujeres son políticas (son relaciones de poder), pero, como pone de relieve Izquierdo (1998, 220 y ss), la referencia al patriarcado atraviesa de un modo u otra la obra de muchas otras teóricas feministas (como Mitchell, Eisenstein, Delphy, Walby o Pateman).

Todas estas autoras feministas subrayan la importancia de definir el patriarcado en términos de «sistema» o «en clave de sistema»³⁰. Precisamente, en un intento de síntesis de las múltiples definiciones de patriarcado, Alda Facio lo define como: «*un sistema* familiar, social, ideológico y político mediante el cual los hombres, por la fuerza, usando la presión directa o por medio de símbolos, ritos, tradiciones, leyes, educación, el imaginario popular o inconsciente colectivo, la maternidad forzada, la heterosexualidad obligatoria, la división sexual del trabajo y la historia robada, determinan qué funciones podemos o no desempeñar las mujeres. *En este sistema*, el grupo, casta o clase compuesto por mujeres, siempre está subordinado al grupo, casta o clase compuesto por hombres, aunque pueda ser que una o varias mujeres tengan poder, hasta mucho poder como las reinas o las primeras ministras, o que todas las mujeres ejerzan cierto tipo de poder, como es el poder que ejercen las madres sobre los y las hijas» (Facio 1993: 20-21, énfasis añadido).

También insiste en la idea de *sistema*, pero más en concreto de *dominación*, Amelia Valcárcel: «El patriarcado es el *sistema de dominación* genérico en el cual las mujeres permanecen genéricamente bajo la autoridad a su vez genérica de los varones; *sistema* que dispone de sus propios elementos políticos, económicos, ideológicos y simbólicos de legitimación y cuya permeabilidad escapa a cualquier frontera cultural o de desarrollo económico» (Valcárcel 1991, 142, énfasis añadido). La referencia al «sistema» resultará clave asimismo para el otro planteamiento constructivista como es el relativo al llamado, precisamente, *sistema sexo-género*. La teorización parte de la antropóloga feminista Gayle Rubin en un ensayo publicado a mediados de los setenta (Rubin [1975] 1986). Como señala Méndez (2007, 123), en su particular lectura de las obras de Lévi-Strauss y Freud, Rubin declara

des, inclusive en las que las desigualdades de clase y raza han sido mínimas o inexistentes (o, dicho de otra manera, puesto que en ninguna sociedad existen datos fidedignos de que las mujeres han sido un grupo dominante, sean de la clase que sean o sean de la raza que sean); b) la cantidad de personas afectadas es, hoy por hoy, incomparablemente mayor a la de cualquier otro grupo socio-político.

²⁹ Lo cual no quiere decir que el sistema sexual no interseccione con otros. Sobre el tratamiento de esta cuestión me remito a Barrère (2016a) y, más en general, al monográfico de *Sociología del diritto* coordinado por Mancini y Bello (2016).

³⁰ Aun cuando haya quienes, como la misma Izquierdo, prefieran sustituir la palabra sistema por «*una estructura de relaciones sociales* que se apoya en las diferencias físicas de edad y de sexo y al mismo tiempo las dota de significado social, por lo que quedan reificadas y producen subjetividades» (Izquierdo 1998: 223, énfasis añadido).

empezar a vislumbrar «un aparato social sistemático que emplea mujeres como materia prima y modela mujeres domesticadas como producto» (Rubin 1986; 97, énfasis añadido). La defensa de este planteamiento frente al del patriarcado derivaría, entre otras cosas, de la existencia de muchas sociedades etnográficas en las que los hombres oprimen a las mujeres pero cuyo poder «no se basa en sus papeles de padres o patriarcas, sino en su masculinidad adulta colectiva» (Rubin 1986, 105); de ahí que el concepto de patriarcado se quedase corto en tanto sólo constituiría una «forma específica de dominación masculina» (*ibidem*, en Méndez 2007, 124).

Como resulta fácil de apreciar, cuando el feminismo habla del patriarcado como un sistema, o cuando se refiere al sistema sexo-género, está empleando una noción compleja o no tecnicada de «sistema» en la que se entrelazan varios significados: dos significados lexicales de la palabra (según el DRAE: a) conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí; y b) conjunto de cosas que relacionadas entre sí ordenadamente que contribuyen a determinado objetivo, combinados con la idea de la repetición (sistemático) y la amplitud de los efectos (el todo social). Aun así, la parte más compleja de la teorización se refiere al objetivo, para el que se utiliza la palabra «dominación». A mi juicio, la utilización de esta palabra da lugar a malos entendidos y le hace merecedor al feminismo de críticas injustas.

3.3 El poder como sistema de dominación

La continua referencia del feminismo al patriarcado como sistema de dominación es interpretada con una visión de las mujeres como sujetos sin capacidad de resistencia. El ejemplo paradigmático de esta idea de la dominación lo encontramos en Marcuse. Para el autor de *El hombre unidimensional* ([1953] 1993), ninguna manifestación cultural escapa al mercado (sistema de dominación). La cultura de masas que sirve a ese mercado produce beneficiarios y víctimas de la dominación en un «círculo vicioso» (Marcuse 1993: 126). No es que no sea imaginable una escapatoria, pero ésta no es real, pues para ello serían necesarios «individuos liberados de toda propaganda, adoctrinamiento o manipulación»; se requeriría un «sujeto histórico esencialmente nuevo» (Marcuse 1993: 127) cuya aparición se vería imposibilitada en la etapa de desarrollo de las sociedades industriales avanzadas en la que él vive y se fija.

La teoría de la dominación de Marcuse, el determinismo sin escapatoria de la Escuela de Frankfurt (también de Horkheimer y Adorno), pasó factura a la teoría sistémica del poder, a pesar de que dicho determinismo fuera cuestionado por el pensamiento crítico posterior, sacando a la luz realidades de resistencia que, desde los años sesenta, han venido demostrando que la idea de los individuos sin capacidad

plausible de reacción no responde a la realidad; que puede que, efectivamente, ese esquema contribuya decisivamente al marco significativo sin el cual no se puede comprender cómo la gente corriente (las «víctimas») siguen conductas y estilos de vida contrarios a sus intereses (y que son los que benefician a las élites), pero que presentar a los individuos como marionetas sin agencia es una exageración (Buechler 2014: 111).

Resulta pertinente esta aclaración porque, como se ha visto, es cierto que desde el feminismo el patriarcado se define como un sistema de dominación, sin embargo, la referencia a la «dominación» no debe de entenderse en el sentido de Marcuse antes explicitado³¹. Muy al contrario, el reconocimiento de este esquema no es óbice para constatar que «prácticamente todas las autoras que durante este período [1967-1975] se ocuparon del análisis teórico respecto de los problemas de la mujer dentro de la estructura de dominación tuvieron también una importante participación en los movimientos de protesta» (Álvarez 2001: 105). Es más, como bien ilustra Amorós (2008: 19), el feminismo, en tanto que movimiento social es un laboratorio de teoría crítica que produce «un sentido común alternativo», que «transforma las presuntas evidencias y construye otras evidencias nuevas, dando lugar de ese modo a cambios históricos y sociales», algo impensable en sujetos sin capacidad de respuesta, según la idea de dominación de Marcuse.

Esto demuestra que con la expresión «sistema de dominación» lo que se pretende evidenciar es que la situación de las mujeres se significa en estructuras de poder y no en su naturaleza o particular biología, con el consiguiente horizonte de lucha y posibilidades de cambio de esa situación (*int. al.*, Tubert 2003, 361; Martín Casares 2006, 38-9). De ahí que, como también se ha tenido ocasión de señalar más arriba, esta crítica referida al feminismo patriarcalista resulte injusta: una cosa es que la situación de las mujeres encuentre significación en un sistema de dominación y otra que el feminismo utilice *sólo* una morfología de la dominación según la cual las mujeres carecen de escapatoria. En este sentido, una crítica que bien podría servir para la teoría de la dominación de Marcuse carecería de fundamento en el caso del feminismo.

3.4 El concepto de sistema revisitado

He considerado procedente insertar esta precisión sobre la perspectiva sistémica del poder como dominación dado el éxito que está

³¹ Y que es el que se utiliza desde los llamados «nuevos feminismos» para criticar al feminismo «patriarcalista»: un concepto de poder que «se presentaba como un absoluto que totalizaba todas las vivencias y reducía la capacidad de respuesta de las personas envueltas en él» (Gil 2011: 156).

adquiriendo la construcción de ese discurso postmoderno antisistémico al que ya se ha hecho referencia y que ha llevado a hablar de un «postfeminismo», un «transfeminismo» o, simplemente, de «nuevos feminismos», debido a que basan su crítica al feminismo patriarcalista por su concepto del poder «como un absoluto que totalizaba todas las vivencias y reducía la capacidad de respuesta de las personas envueltas en él» (Gil 2011: 156). Sin embargo, esta pequeña digresión no debe hacer olvidar que nuestro objetivo al abordar la perspectiva sistémica radica en posibilitar su visibilización en la cultura o «comunidad jurídica».

El primer paso para ello será ubicar el Derecho en lo Social, y se hará a través del planteamiento de la socióloga feminista Sylvia Walby (2007)³². Con el fin de abordar el tema de la interseccionalidad, Walby propone revisar el «viejo» concepto de sistema social (inspirado en Marx, Weber y Simmel), aunque sin abandonarlo del todo. En este sentido, y siguiendo la estela de Bertalanffy, Walby propone una visión en la que cada sistema social (economía, política, violencia nexus, sociedad civil) toma a los otros como su entorno (environment), lo que estima posible si se prescinde de la (vieja) idea de que las partes de un sistema conforman el todo. Del mismo modo, cada conjunto de relaciones sociales (por ejemplo, de género, etnia o clase) configura un sistema que toma a los otros como su entorno, sin que exista una presunción de jerarquía entre los fenómenos interconectados (Walby 2007: 458).

También utiliza Walby la distinción entre estructuras institucionales y estructuras relacionales de López y Scott, según la cual las estructuras institucionales serían modelos culturales o normativos que definen las expectativas de los agentes y organizan sus acciones, mientras las estructuras relacionales serían los modelos de interconexión e interdependencia causal entre los agentes y la posición que ocupan, y, a partir de la misma, distingue dos clases de sistemas sociales: 1) los dominios (*domains*) institucionalizados de la economía, política, violencia y sociedad civil; y 2) el conjunto de relaciones sociales como la clase, el género y la etnia. Fijándose en este último tipo, entiende que cada uno de estos conjuntos de relaciones sociales tiene profundidad ontológica plena, constituyéndose en los ámbitos institucionales de la economía, la política, la violencia, y la sociedad civil. Esto significa que no son sólo las relaciones de género las que se constituyen en los ámbitos institucionales, sino también las relaciones étnicas y de clase (Walby 2007: 460).

En relación a la intercolocación de estos sistemas de relaciones sociales la postura de Walby es clara: se trata de sistemas superpues-

³² En otro lugar (Barrère 2016a) nos hemos servido de la aportación de otra socióloga, Leslie McCall, para abordar un tema parcialmente concomitante con el de este texto de Walby (la interseccionalidad). Sin embargo, el texto de Walby ofrece aquí mejores posibilidades para explicar nuestra postura en relación al Derecho.

tos (*overlapping*), no saturadores (*non-saturating*) y no anidados (*non-nested*). El género –explícita Walby– no está contenido en las relaciones de clase; las relaciones de género y de clase no están anidadas, sino que las relaciones de género constituyen un sistema separado. El sistema género se superpone al de clase, pero ninguno de los dos satura los ámbitos institucionales (Walby 2007: 460). Es más, esta falta de saturación es la que, a diferencia de la teoría tradicional de los sistemas, «permite la posibilidad de analizar desigualdades múltiples, simultáneas y complejas, a la vez que mantiene los conceptos de estructura social y sistema» (Walby 2007: 460). Clase, género y etnicidad son para Walby sistemas adaptativos complejos que coevolucionan (*coevolve*) en un paisaje cambiante de formas. Las relaciones de género coevolucionan en un entorno que incluye tanto a las relaciones de clase como a las de etnia. Este entorno o paisaje adaptativo (*fitness landscape*) puede conducir al desarrollo de una o de otra forma de «régimen de género» (Walby 2007: 463).

Por lo demás, frente a las teorías que descansan en la idea de equilibrio, la teoría de la complejidad adoptada por Walby se basa en la idea de que los cambios no son necesariamente graduales, sino que pequeños acontecimientos pueden producir grandes cambios dependiendo de la trayectoria que tomen (*path dependency*). Particular importancia adquiere también el concepto de «bucle de retroalimentación» (*feedback loop*)³³. El bucle de retroalimentación puede ser positivo o negativo. El concepto de bucle de retroalimentación *negativo* se asocia a la noción de sistema que tiende al equilibrio. Cualquier cambio o perturbación hacia el sistema se encuentra con una respuesta interna que lo restaura a su estado original, es decir, lo mantiene en equilibrio³⁴. Como contraste, un bucle de retroalimentación *positivo* es un mecanismo que impulsa pequeños cambios o una escalada de cambios en un sistema en marcha. Así, más que restaurar un sistema hacia el equilibrio, los bucles de retroalimentación positivos alejan al sistema del equilibrio (Walby 2007: 464).

Esta somera referencia al planteamiento de Walby nos sirve para varias cosas. En primer lugar, para confirmar que la perspectiva sistémica de lo social sigue dando frutos; en segundo lugar, para esclarecer la visión de algunos planteamientos sistémicos (por ejemplo, el patriarcalista) donde –usando la terminología de la propia Walby– dominios y relaciones aparecen mezclados; en tercer lugar, porque la ausencia del Derecho en la referencia a los sistemas sociales nos da la oportunidad de reflexionar al respecto; y, en cuarto lugar, porque ofre-

³³ Que Walby toma de Fritjof Capra: «a circular arrangement of causally connected elements, so that each element has an effect on the next, until the last “feeds back” the effect into the first element of the cycle».

³⁴ Un termostato sería el ejemplo de tal mecanismo, que responde a pequeños cambios en la temperatura a fin de mantener el sistema a una temperatura constante.

ce un concepto útil para la filosofía del Derecho antidiscriminatorio, como es el de «bucle de retroalimentación positivo».

4. EL DERECHO ANTISUBORDISCRIMINATORIO

4.1 Sistemas, Derecho y subordiscriminación

En efecto, en su teoría de los sistemas sociales Walby no habla del Derecho. Pero esto, que podría causar extrañeza, considerarse un inconveniente o, incluso, ser tachado como una «laguna» de su teoría, brinda la posibilidad de reflexionar al respecto. Para empezar basta con preguntarse cómo es posible pensar en dominios institucionales y en conjuntos de relaciones como la clase, la raza y el sexo sin la intervención del Derecho y/o de la práctica jurídica. En este sentido, aunque el Derecho no aparezca, no puede menos que considerarse un instrumento indispensable, no sólo para institucionalizar los dominios y construir las relaciones de clase, raza y sexo, sino también para articular la conexión entre ambos tipos de sistemas. Es más, ciertas prácticas jurídicas pueden funcionar como bucles de retroalimentación positiva (es decir, como mecanismos de cambio y desequilibrio) para los propios sistemas. Así entendemos que puede funcionar, por ejemplo, la introducción del concepto de subordiscriminación (frente al actualmente operativo de discriminación) en la cultura jurídico-política.

Una compañía especialmente inspiradora para la propuesta de este concepto ha sido la de autoras feministas estadounidenses como Iris Marion Young ([1990] y Catherine MacKinnon (1987, 1991) o, más cercanas geográficamente, la iusfeminista británica Nicola Lacey (1987 [1992]1998) y la italiana Letizia Gianformaggio (1991).

«La oppression, y no la discriminación, es el concepto primario para designar la injusticia relative a los grupos», advierte expresamente Young (1990: 195). De parecido tenor es la postura de MacKinnon (1991) en relación a la igualdad de género. Para esta jurista estadounidense, la igualdad jurídica, basada en el mandato de igualdad de trato y en la discriminación como su ruptura, descansa en un patrón de similitud-diferencia que, al tomar al hombre como medida de todas las cosas, se convierte en un callejón sin salida para las mujeres. De ahí que proponga el «*dominance approach*», que en síntesis significa que la desigualdad de las mujeres no es una cuestión de similitud o diferencia sino «de poder (...), más específicamente de supremacía masculina y subordinación femenina» (1991: 87). En la misma línea que las anteriores se expresará Gianformaggio (1995: 143) cuando propone que «se considere violación del principio jurídico de la igualdad la *opresión* además de la mera *discriminación*, o más bien la *opresión* en lugar de la *discriminación*», y en un marco teórico similar se

inscribe la fina crítica de Lacey (1987) a la legislación antidiscriminatoria, que terminaría desembocando en casos individuales. Críticas parecidas se encuentran en iusfeministas más cercanas, que partiendo de la crítica al planteamiento liberal, requieren hablar en términos de opresión y grupos sociales subordinados (Rubio 2006: 30 y ss.) y que manifiestan que «definir la exclusión de género en términos de “discriminación” y no de opresión, plantea muchas insuficiencias» (Bodión 2010: 88).

Como ya he señalado, el planteamiento de fondo de estas autoras resulta aquí ampliamente compartido. Sin embargo, esta coincidencia en el fondo difiere respecto a la estrategia, en el sentido de que no se comparte la idea de que el iusfeminismo deba de abandonar el Derecho antidiscriminatorio. Por el contrario, aquí se plantea politizarlo a través de su resignificación (Amorós 2008: 19). Esto supondría hacerlo pivotar sobre el concepto de *subdiscriminación*³⁵. Se podrá decir que en el pensamiento crítico ya existen conceptos parecidos y designados con expresiones menos complejas (como discriminación estructural, discriminación institucional y discriminación sistémica), sin embargo, como se intentará justificar a continuación, la referencia a la subdiscriminación presenta una virtualidad específica que lo hace preferible al resto.

4.2 Discriminación institucional, estructural y sistémica

Una referencia obligada al tratar el concepto de «discriminación institucional» es el artículo de Christopher McCrudden titulado con esa misma expresión (McCrudden 1982). En el mismo, el profesor de la Universidad de Oxford inserta el concepto de discriminación institucional en un cambio de perspectiva sobre la discriminación racial en el mundo anglosajón (concretamente, en EE. UU. y Gran Bretaña) Así, mientras hasta finales de los años cincuenta la discriminación era vista «como la manifestación externa del *prejuicio* blanco» (McCrudden 1982: 305, énfasis añadido) y, en consecuencia, no hacía referencia a la vinculación de la situación de los grupos raciales o étnicos «con los sistemas económicos y políticos de la sociedad en general», para finales de los años sesenta la perspectiva predominante en los EE. UU. enfatizaba «las razones estructurales e institucionales» (McCrudden 1982: 306).

A raíz de este cambio, el uso de los adjetivos institucional «o» estructural tras «discriminación» o «racismo» se habría convertido en algo habitual para describir la exclusión de la población negra del acceso a la vivienda o el empleo por la razón que fuera (MacCrudden

³⁵ Término con cierta acogida ya en la doctrina jurídico-crítica (Gil Ruiz 2012: 14; Rodríguez 2013: 77, 78, 82, 92, 94, 96, 100; Salazar 2015: 22, 30; De la Cruz-Ayuso 2016: 92, 93, 108, 111; La Spina 2016: 190, *int. al.*).

1982: 306). Leon Mayhew habría usado el término «discriminación estructural» en 1968 precisamente para hacer referencia a esa exclusión, mientras L. Knowles y K. Prewit habrían utilizado la expresión «racismo institucional» en 1969 para hacer referencia a que «la conducta ha sido institucionalizada tan bien que por lo general el individuo no necesita elegir para actuar de una manera racista. Las reglas y los procedimientos de la gran organización han pre-estructurado ya la elección. El individuo sólo tiene que actuar de conformidad con las normas de la organización y la institución será la que discrimine por él».

Desde esta teorización inicial, las expresiones discriminación institucional y discriminación estructural se han utilizado profusamente en el pensamiento crítico (Pincus 1996; De Lucas 1998, Kamali 2009, Lippert-Rasmussen 2014, int. al.), pero esa utilización ha acarreado no poca confusión, admitida incluso por quienes se han embarcado en su separación conceptual³⁶.

Una propuesta diferenciadora entre discriminación institucional y discriminación estructural reciente es la de Lippert-Rasmussen (2014: 77-78). Para este autor danés, la distinción entre el significado de ambas expresiones se basa, respectivamente, en los conceptos de institución y estructura; el «problema» es que no aporta ninguna definición al respecto. A mayor exactitud, el concepto de institución se define extensionalmente: una institución será, por ejemplo, el Estado, una empresa, la Iglesia Católica o una universidad. Por otra parte, mientras soslaya la necesidad de definir lo que sea una estructura social³⁷, señala que se puede hablar de discriminación estructural «donde, y sólo donde, las estructuras sociales sean tales que determinados grupos socialmente significativos resulten desaventajados en relación a otros y donde al menos parte de la explicación del porqué se dan esas estructuras provenga del hecho de que esos grupos están o

³⁶ Así Kamali (2009). Según este autor: «*Institutional discrimination* takes place because of established institutional policies, routines, norms, and functions, as well as those individuals with power and influence who control institutions» (2009: 5-6); mientras «*Structural discrimination* is about the institutional order, arrangements, and organizations of a society that often indirectly and unintentionally discriminate against individuals and groups with ethnic backgrounds different to those of the majority society» (2009: 6). Sin embargo, como él mismo reconoce, «the theoretical differentiation between structural and institutional discrimination is not clear and creates many methodological problems for studies of routinized and systematic discrimination in society» (*ibidem*). De ahí que confirme cómo «some researchers choose to combine the terms and do not do make any distinction between them» (*ibidem*).

³⁷ Soslaya la definición, aunque no del todo: «Different social theorists will give different accounts of what a social structure is and for the present purposes I need not address the huge question of what exactly a social structure is. A very abstract account says that social structures are enduring orderly and patterned relationships between the elements of a society. A less, but still very, abstract account says that social structures are rules that constitute and regulate the major sectors of life such as family relations, property ownership and exchange, and political powers and responsibilities» (Lippert-Rasmussen 2014: 78).

han estado sujetos a diferentes formas de discriminación directa» (Lippert-Rasmussen 2014: 77-8).

En definitiva, la distinción entre discriminación institucional y discriminación estructural sigue sin estar clara, si bien Lippert-Rasmussen efectúa una interesante consideración cuando precisa que, mientras las instituciones son «agentes colectivos», las estructuras «no son agentes, aunque tengan poderes causales» (Lippert-Rasmussen 2014: 77), pues deja abierta la cuestión de en qué sentido se puede decir que las estructuras (que no son agentes) discriminan.

En cuanto a la expresión «discriminación sistémica», su utilización contribuye no poco a la confusión reinante. Así, por un lado, suele utilizarse en el mismo o parecido sentido que la expresión «discriminación estructural» (Agocs 2004, Craig 2007)³⁸, pero, incluso utilizándola con ese sentido, también hay quien se refiere explícitamente a ella como «discriminación institucionalizada»³⁹ (Bernard 2017). Además, también se emplea, y *únicamente*, para designar el efecto o impacto producido, siendo éste, sin ir más lejos, el significado que le otorga la Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo estadounidense, que define la discriminación sistémica (*systemic discrimination*) en función de su «amplio impacto» («en una industria, profesión, empresa o área geográfica»). En definitiva, ya no es sólo que el uso de las tres expresiones resulte confuso, sino que en este último caso mencionado, la utilización de la expresión «discriminación sistémica» (que hace descansar lo sistémico *únicamente* en la *amplitud de efectos* de algo) resulta, en relación a lo que aquí se ha denominado perspectiva sistémica, despolitizadora.

4.3 El porqué de «subdiscriminación»

Este breve repaso sobre el uso de las expresiones discriminación institucional, discriminación estructural y discriminación sistémica es suficiente para destacar varias cuestiones. En primer lugar, que los adjetivos institucional, estructural y sistémica resultan hasta tal punto intercambiables que pierden una significación propia; en segundo lugar, que ninguno de los términos se refieren, por sí mismos, al poder sobre; y, en tercer lugar, que en las diferentes definiciones queda eclipsado el elemento básico del concepto de discriminación, como es el «trato».

Estas observaciones son, precisamente, las que nos llevan a acuñar un nuevo término, «subdiscriminación» para describir el concepto básico de nuestra filosofía del Derecho antidiscriminatorio. El uso de

³⁸ Por ejemplo, Agocs (2004, p. 2) define la discriminación sistémica como los «modelos de conducta que forman parte de las estructuras sociales y administrativas del lugar de trabajo».

³⁹ En este sentido Bernard (2017): «La discriminación sistémica, también conocida como discriminación institucionalizada, es una cultura de la discriminación que impregna el lugar de trabajo...».

dicho término tiene varias ventajas. En primer lugar, evita otros ya gastados sin renunciar a aspectos centrales de su significado⁴⁰; en segundo lugar, visibiliza el «poder sobre» mediante la inclusión de la partícula «subor»; y, en tercer lugar, al incluirse la partícula «subor» precediendo a –pero fundida con– la palabra «discriminación», evidencia que sigue siendo el «trato» (es decir, una conducta)⁴¹ el elemento conceptual básico del Derecho antidiscriminatorio⁴². «Subordiscriminación» sería entonces el término para designar el conjunto de tratos que, adquiriendo significación en uno o varios sistemas de poder, inferiorizan el estatus de ciertos grupos sociales e impiden que ese estatus cambie (es decir, que lo reproducen). A su vez, un trato subordiscriminatorio sería un *token* del *type* subordiscriminación.

En definitiva, que a diferencia de lo que ocurre con las otras expresiones, en un único vocablo quedaría explicitada *la significación del poder sobre* en los tratos –por ello– subordiscriminatorios. Esa significación resultaría, además, una necesidad epistemológica, en tanto el estatus de inferioridad de ciertos grupos no podría ser explicado como una simple acumulación de tratos⁴³, siendo en definitiva los análisis del pensamiento crítico sobre cómo los grupos dominantes construyen sus privilegios y su superioridad los que permitirían llevarla a cabo.

4.4 La discriminación indirecta a examen

Para ejemplificar lo que implica la significación del poder en los tratos (eso que se ha denominado subordiscriminación) se utilizará el concepto de discriminación indirecta.

Según se ha avanzado en la introducción, sobre el uso del concepto de discriminación indirecta (a partir de demandas interpuestas por mujeres en el ámbito laboral) me he detenido en otros lugares, siendo la conclusión en todos ellos de parecido tenor: resulta penoso ver que un concepto que prometía avances significativos en la visibilización de los sistemas de poder en la cultura jurídica (tanto por la vinculación

⁴⁰ Tanto es así que nuestro empleo de subordiscriminación coincide en buena parte con el concepto de discriminación *institucional* de Knowles y Prewit, con el concepto de discriminación *estructural* de Lippert-Rasmussen y con el de discriminación *sistémica* de Agoos, Craig y Bernard.

⁴¹ Siguiendo a Westen (1990: 94), un «trato» equivale a una conducta que un sujeto individual o colectivo manifiesta hacia sí o hacia otra/s persona/s o cosa/s.

⁴² Ya que el concepto de discriminación usado en la legislación antidiscriminatoria y, por lo tanto, en la cultura jurídica coincide con el de la ruptura de la regla aristotélica de la igualdad de trato.

⁴³ Sobre esta cuestión me detuve en Barrère (2001). Al margen de lo allí señalado creo que no hay mejor ejemplo para explicitar esta cuestión que hacer referencia a la violencia de género o violencia patriarcal, que no puede ser vista como una mera acumulación de casos aislados sino que requiere –como magistralmente observa Celia Amorós (2008: 18) el paso «de la anécdota a la categoría».

del *trato* discriminatorio al *estatus* grupal como, paralelamente, por la desvinculación de lo discriminatorio con lo intencional), los deja intactos⁴⁴, cuando no origina efectos perversos⁴⁵ y, al final, está reduciendo su ámbito de eficacia a la obtención de reclamaciones económicas –además, de escasa cuantía– en el ámbito del empleo⁴⁶.

Para precisar en qué medida sucede esto y, a la vez, hasta qué punto puede cambiar el escaso juego que está dando este concepto, nos detendremos en un caso extraído de la jurisprudencia del TJUE, que sigue la tónica de los que se han considerado efectos perversos.

Un tema clave en los casos de discriminación indirecta por razón de sexo es el que tiene que ver con los *permisos parentales* y un caso representativo del tratamiento jurídico al respecto es, por ejemplo, el contemplado en la Sentencia de 20 de junio de 2013 del TJUE (Asunto C-7/12, caso *Riezniece*). El hilo conductor de este caso es el de una funcionaria letona, la Sra. Riezniece, que es despedida tras su regreso al trabajo después de haber disfrutado de un permiso parental. La demanda se sustenta en que el despido se había producido por circunstancias derivadas de no haber superado una evaluación en la que se habían utilizado criterios diferentes a los de la evaluación rutinaria que, con anterioridad a la solicitud del permiso parental, la Sra. Riezniece había superado sin problemas. El tenor de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo letón se refiere, expresamente, a la discriminación indirecta: «¿Ha de considerarse una discriminación indirecta la evaluación del trabajo y los méritos de [una trabajadora], que tiene en cuenta la última evaluación anual de su actividad y de sus resultados antes del permiso parental, en comparación con la evaluación, realizada con arreglo a nuevos criterios, del trabajo y los méritos de otros funcionarios que siguieron en servicio activo (lo cual, entre otros, les permitió incrementar sus méritos)?»

Para responder a esta cuestión prejudicial, el Tribunal de Luxemburgo comienza por remitirse al concepto de discriminación indirecta barajado en anteriores sentencias: «existe discriminación indirecta cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudique de hecho a un número mucho mayor de mujeres que de hombres» (apdo. 39), aunque remitiéndose también a una sentencia previa para constatar que «las mujeres recurren al permiso parental con mucha mayor frecuencia que los hombres» (apdo. 40), siendo precisamente éste, es decir, «que un número muy superior de mujeres que de hombres disfruten de un permiso parental»

⁴⁴ Así consideramos que ocurrió, por ejemplo, con los casos relativos al pago de inferior salario de la hora de trabajo a tiempo parcial (Barrère 2001).

⁴⁵ Vid. al respecto Barrère (2014: 261 ss.), siguiendo una impecable estela argumentativa de García Amado (2007).

⁴⁶ Vid. en este sentido, entre las más recientes, las sentencias del TJUE de: 20 octubre de 2011 (Asunto C-123/10, caso Waltraud Brachner), 28 de febrero de 2013 (Asunto C-427/11, caso Margaret Kenny y otros), de 14 de abril de 2015 (Asunto C-527/13, caso Lourdes Cachaldora Fernández).

(dato cuya comprobación atribuye al órgano jurisdiccional letón) (aptd. 56) el elemento decisorio que ampara la conceptualización del caso como discriminación indirecta.

Desde mi punto de vista –ya lo he dicho– esta argumentación tiene consecuencias perversas en tanto confirma (naturalizándolo) el rol de cuidadoras de las mujeres y, además, y a la postre, les afecta negativamente en el mercado de trabajo en la medida en que no terminan siendo personal laboral atractivo: si son las mujeres y sólo las mujeres las que van a ver reconocidos ciertos derechos laborales por realizar labores de cuidado ¿qué empresa va a preferir contratarlas a ellas (y no a ellos)?

En ese sentido, si bien se puede considerar loable que, en un caso concreto como es el de la Sra. Riezniece, el tribunal trate de identificar condiciones laborales sobre las que modelar la «desventaja» sufrida por haberse acogido al permiso parental, ni ese intento ni su resultado pueden considerarse realmente de alcance antisubdiscriminatorio. Ante casos de este tipo, una práctica jurídica antisubdiscriminatoria debería proteger sí, situaciones como las contempladas en el caso de la Sra. Riezniece, pero apelando a la introducción de normativas de conciliación que impidan tales supuestos o, yendo más allá, incentivando solicitudes de permisos planteadas por hombres. Ahondando en esta cuestión: supóngase que, en lugar de tratarse de la Sra. Riezniece, hubiera sido un varón el despedido a consecuencia de haber disfrutado del permiso parental. A todas luces, una demanda de este tipo no habría tenido cobertura por el Derecho antidiscriminatorio⁴⁷ y, sin embargo, desde el Derecho antisubdiscriminatorio, la protección de la misma resultaría fundamental para romper con la norma sistémica que atribuye a las mujeres el rol de cuidadoras.

En definitiva, y para concluir con el análisis del caso, la utilización del concepto de discriminación indirecta podría jugar un papel fundamental en el Derecho antidiscriminatorio, evitándose además efectos perversos, si se utilizara en relación con el de subdiscriminación, en tanto en cuanto exigiría tomar en consideración la perspectiva sistémica del poder. Tal y como lo vemos, este *modus operandi* interpelaría a la comunidad jurídica sobre el sentido y el alcance del concepto de discriminación indirecta⁴⁸ y, paralelamente, introduciría un bucle de retroalimentación positivo en el propio sistema de poder (en este caso, en el sistema sexo-género).

⁴⁷ O, para tenerlo, el varón en cuestión tendría que haberse embarcado en una guerra de sexos que resultaría un despropósito también a nivel argumentativo (demostrar que el uso de conceptos del Derecho antidiscriminatorio, como la discriminación indirecta en este caso, les colocan en desventaja respecto de las mujeres, es decir, les «discriminan»).

⁴⁸ ¿Qué es lo que se busca con la introducción del concepto de discriminación indirecta en la legislación antidiscriminatoria?; ¿en qué sentido se puede decir que la introducción de este concepto resulta eficaz (busca identificar y erradicar la discriminación hacia las mujeres)? En definitiva, ¿a dónde conduce el concepto de discriminación (en este caso indirecta) utilizado por la cultura jurídica?

4.5 Los tratos por omisión (inacción)

En este epígrafe pondremos de relieve la importancia de reivindicar el trato como elemento básico de la discriminación.

Tal y como se concretan hoy en día las cláusulas antidiscriminatorias, la discriminación viene tipificada *situacionalmente*⁴⁹, ocupando el concepto de trato un papel residual. A nuestro juicio, esta manera de proceder no sólo es empobrecedora (porque una cosa es el trato y otra –pero diferente– las consecuencias de ese trato), sino que eclipsa la subdiscriminación por omisión⁵⁰ (o subdiscriminación por inacción o pasividad), cuando no resulta aventurado decir que, en la medida en que no se actúa (y principalmente el poder político) contra la subdiscriminación, se contribuye a su reproducción. Los ejemplos son abundantes, pero extraeremos uno del día a día⁵¹: una pareja constituida por un hombre y una mujer, con un recorrido investigador idéntico (Master, doctorado e investigación en el Reino Unido y Dinamarca) solicitan una beca postdoctoral a un organismo público. Para obtenerla hay que realizar una entrevista en el día y hora señalados, y quien no se presente pierde la oportunidad de obtener la beca. Dada la coincidencia de la fecha de la entrevista con la del previsible nacimiento de su criatura, solicitan una modificación de la fecha de la entrevista para ella. La respuesta es que la fecha es única para todo el mundo y que no se puede hacer nada.

Es cierto que, ante supuestos de este tipo, se podría pensar en activar la maquinaria judicial y, eventualmente, demandar al organismo público por discriminación (por cierto, tanto directa como indirecta), pero, de esta manera: a) se perpetúa un modelo de Derecho antidiscrimi-

⁴⁹ A tenor de las diversas Directivas antidiscriminatorias de la Unión Europea, las denominadas «discriminación directa» y «discriminación indirecta», son definidas como «*la situación* en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable» (énfasis añadido) y «*la situación* en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios» (énfasis añadido), respectivamente. *Vid.* así, y por todas, el art. 2, apdo. 1 de la última: Directiva 2006/54/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) (*DOUE* de 26 de julio de 2006). En idénticos términos se recogen ambas nociones en el art. 6 (apartados 1 y 2) de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

⁵⁰ Que, conviene precisar, no es lo mismo que la llamada «discriminación por indiferenciación o igualación» (Rey Martínez 2001: 171), para designar la cual también se suele emplear la expresión «discriminación por omisión». De hecho, la discriminación por inacción puede proceder de la omisión de un trato, tanto diferenciador como indiferenciador.

⁵¹ Se trata de una carta dirigida al Gobierno Vasco y publicada en el diario *Berria* (17 de octubre de 2015).

minatorio basado en el litigio (y no, por ejemplo, en la prevención del mismo), además individual; b) no se evidencia el papel reproductor de la subdiscriminación de los poderes públicos *por omisión*; y c) se prescinde de una vía de exigencia de responsabilidad a los poderes legislativo y ejecutivo en la auto-revisión (o revisión *ad intra*) de normas generales (es decir, presuntamente igualitarias)⁵².

De ahí que consideremos como un asunto de particular relevancia que en el Derecho se especifique la posibilidad de clasificar a los tratos (subdiscriminatorios) en tratos de *acción* y tratos de *omisión* (o, si se quiere, en tratos activos y en tratos pasivos). Se podrá decir –y es cierto– que no resulta fácil identificar los tratos por omisión⁵³, pero que no sea tarea fácil no quiere decir que sea tarea imposible⁵⁴ y, en cualquier caso, no justifica la negación del concepto⁵⁵. Por lo demás, tipificar la subdiscriminación en función de los tratos abre un abanico de posibilidades clasificatorias en el Derecho antidiscriminatorio de las que resulta injustificado prescindir⁵⁶.

En un estudio reciente sobre los efectos de las legislaciones antidiscriminatorias (Vrieling 2015) se pone de relieve cómo prestar «una atención demasiado moralizadora a la discriminación» puede llevar asociados efectos contraproducentes. Como tal efecto se considera el hecho de que «cuanto más se refuerza el estigma ideológico y moral

⁵² De los efectos de esa falta de responsabilidad dan buena muestra los estudios sobre los resultados (decepcionantes) de la incorporación de los Informes de Evaluación del Impacto de Género (Gil Ruiz 2012).

⁵³ De ahí que se suela hablar de discriminación «difusa».

⁵⁴ Las estadísticas sobre la situación de las mujeres en relación al trabajo a tiempo parcial, al nivel salarial y en los puestos de poder, ofrecen un campo abonado para esa labor de identificación. Y ello sin mencionar la violencia de género.

⁵⁵ En su sentencia de 9 de junio de 2009 (Asunto Opuz c. Turquía), el TEDH da un paso en esta dirección cuando considera que *la omisión* por parte de las autoridades turcas de proteger a la demandante y a su madre contra los actos de violencia del ex-marido de la primera *viola*, entre otros, el artículo 14 de la CEDH, relativo a la *prohibición de discriminación* (agradezco a Ruth Mestre la mención de este caso).

⁵⁶ Como advierte Westen, dado que un trato no es más que una conducta hacia alguien o algo, ésta podrá ser: consciente o inconsciente; activa o pasiva; benevolente, neutral o maliciosa; buena, mala o ni buena ni mala (alguien trata bien la madera frotándola con un limpiador de muebles; alguien se trata bien a sí mismo/a cuidándose la salud; alguien trata mal a su esposo/a olvidándose de su cumpleaños). Por lo demás, así como alguien puede actuar en solitario tratándose a sí mismo/a o a otros/as, también puede unirse a otras personas para efectuar un trato colectivo (una hermandad puede tratarse a sí misma celebrando un banquete anual; un gobierno puede tratar a su pueblo justo o injustamente). A su vez, los tratos pueden ser medidos en relación a sus elementos constitutivos, esto es, en referencia a *quién* manifiesta *qué* conducta y *hacia quién* (Westen 1990: 94). El concepto de «trato» y la determinación del «hacia quién» resulta fundamental en nuestra teoría del Derecho antidiscriminatorio. Así, hay quienes, siguiendo la estela del TEDH, considera que, por ejemplo, determinados comentarios que estigmatizan («for example, comments made by a local mayor concerning the willingness of certain immigrant groups to integrate or by a senior minister invoking the laziness of the unemployed in general») no constituirían discriminación «in the absence of treatment» (Quinn 2017: 2). Aquí no se comparte tal consideración.

en el discurso sobre la legalidad y la no-discriminación, mayor es la tendencia de las personas a resistirse a la idea de que ellas mismas y su organización practican la discriminación» (Vrieling 2015: 62, ambas citas). Pues bien, a nuestro juicio, este tipo de análisis no demuestra la necesidad de restar importancia moral a la discriminación sino, por el contrario, la necesidad de actuar contra esa tendencia a la resistencia en el reconocimiento de que se discrimina. Y con ello no se quiere decir, ni mucho menos, que se esté apelando a la intervención del Derecho penal (que sea discriminatorio no quiere decir que sea delito). Todavía queda mucho por explorar en lo relativo a las sanciones positivas y –no digamos– a las sanciones políticas.

5. CONCLUSIONES

El concepto de Derecho es operativo, lo que quiere decir que responde a preferencias y finalidades más o menos explícitas de quien lo define. Cuando la finalidad del Derecho es eliminar la discriminación (es decir, cuando el Derecho se concibe como *antidiscriminatorio*), más que como un conjunto de normas debe ser concebido como una práctica.

Para que esa práctica resulte a su vez operativa se requiere un concepto de discriminación. En el Derecho antidiscriminatorio tradicional (liberal, formalista), la configuración de la discriminación descansa sobre la ruptura de la igualdad de trato (discriminación directa o indirecta). Para el nuevo modelo que se propone, la discriminación descansa en tratos significados por sistemas de «poder sobre», siendo tales sistemas los que a la postre determinarán qué tratos resultan discriminatorios o no.

Como ni el Derecho oficial ni la cultura jurídica hegemónica reconoce los sistemas de poder, la labor prioritaria de quien practique el Derecho antidiscriminatorio radicará en hacer visibles dichos sistemas, resultando esencial en esa labor el concepto de subdiscriminación. La utilización de este concepto será, precisamente, la que dé nombre al nuevo modelo de Derecho antidiscriminatorio que, en consecuencia, pasará a denominarse Derecho antisubdiscriminatorio.

BIBLIOGRAFÍA

- AGOCs, C., «Surfacing racism in the workplace: qualitative and quantitative evidence of systemic discrimination», *Canadian Diversity*, 3 (3), 2004, pp. 25-28.
- ÁLVAREZ, S. «Feminismo radical», en Beltrán, E. y Maquieira, V. (eds.) *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Alianza, Editorial, Madrid, 2011, pp. 104-115.

- AMORÓS, C., «Conceptualizar es politizar» en Lorenzo, P., Maqueda, M. L. y Rubio, A. (coords.) *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 15-25.
- ATIENZA, M., «La autoridad y los límites del Derecho. A propósito de dos decisiones recientes de la Audiencia Provincial de Navarra», *Notario*, 37, 2011, pp. 15-19.
- *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, Pasos perdidos, Madrid, 2013.
- BARBERA, M. (ed.) *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, 2007.
- BARRÈRE, M. A., *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Madrid, IVAP/Civitas, 1997.
- «Problemas del Derecho antidiscriminatorio: Subordinación *versus* discriminación y acción positiva *versus* igualdad de oportunidades», *Revista Vasca de Administración Pública*, 60, 2001, pp. 145 y ss.
- «Igualdad y “discriminación positiva”: un esbozo de análisis teórico-conceptual», en García Inda, A. y Lombardo, E. (coords.) *Género y Derechos Humanos*, Mira Editores, Zaragoza, 2002, pp. 15-34.
- (con MORONDO, D.) «La difícil adaptación de la igualdad de oportunidades a la discriminación institucional: el asunto Gruber del TJCE», en Barrère, M. A. y Campos, A. (Coords.) *Igualdad de oportunidades e igualdad de género: Una relación a debate*, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 143-160.
- «Iusfeminismo y Derecho antidiscriminatorio: Hacia la igualdad por la discriminación», en Mestre, R. (coord.) *Mujeres, Derechos y ciudadanías*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 45-71.
- «La interseccionalidad como desafío al *mainstreaming* de género en las políticas públicas», *Revista Vasca de Administración Pública*, 87-88, 2010, pp. 225-252.
- (con MORONDO, D.) «Subordiscriminación y discriminación interseccional: Elementos para una teoría del Derecho antidiscriminatorio», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 45, 2011, págs. 15-42.
- *El Derecho antidiscriminatorio y sus límites. Especial referencia a la perspectiva iusfeminista*, Lima, Grijley, 2014.
- «Derecho antidiscriminatorio, interseccionalidad y categorías sistémicas: análisis y propuestas con proyección legislativa», en La Barbera, MC. y Cruells, M. (coords.) *Igualdad de género y no discriminación en España: evolución, problemas y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016a, cap. 19, pp. 455-479.
- «Martha A. Fineman y la igualdad jurídica: ¿Vulnerabilidad vs. Surbor-discriminación?», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 34, 2016b, pp. 17-34.
- BENGOETXEA, J., «The End of the European Dream and the Euro-crisis Wake Up Call», en Jochum, H., Elicker, M., Lampert, S., Bartone, R. (eds.) *Freiheit, Gleichheit, Eigentum-Öffentliche Finanzen und Abgaben*. Berlin: Duncker & Humblot, 2015, pp. 1091-1106.
- BERNARD, D., «What is Systemic Discrimination?» (<http://www.hrzone.com/hr-glossary/what-is-systemic-discrimination>).
- BODELÓN, E., «Feminismo y derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico», en Nicollas, G. y Bodelón, E. (Comps.) *Género y dominación. Críti-*
- AFD, 2018 (XXXIV), pp. 11-42, ISSN: 0518-0872

- cas feministas del derecho y el poder*, Anthropos, Barcelona, 2009, pp. 95-116.
- BODELÓN, E., «Las leyes de igualdad de género en España y Europa: ¿Hacia una nueva ciudadanía?», *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXVI, 2010, pp. 85-106.
- BOURDIEU, P., «Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva», *Jueces para la democracia*, n.º 47, 2003, pp. 3-5.
- BUECHLER, S. M., *Critical Sociology*, Boulder/London, Paradigm Publishers, 2014.
- BUTLER, J. *Deshacer el género*, Barcelona, Paidós Ibérica, [2004]2006.
- CARDINAUX, N., y PALOMBO, M. A., «El pensamiento crítico: llaves, rutas y señuelos», *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, 10, 2007, pp. 117-140.
- CRAIG, R., *Systemic Discrimination in Employment and the Promotion of Ethnic Equality*, Leiden/Boston, Nijhoff Publishers, [2006]2007.
- DE LA CRUZ-AYUSO, C., «Exclusión Financiera, Vulnerabilidad y Subordinación. Análisis crítico sobre el derecho al acceso a servicios bancarios básicos en la Unión Europea», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 34, 2016, pp. 91-114.
- DE LUCAS, J. «Contra el racismo institucional», en Álvarez-Uría, F. *et al.* (comp.) *Neoliberalismo vs. Democracia*, Madrid, La Piqueta, 1992, pp. 328-352.
- FACIO, A., «El Derecho como producto del patriarcado», en Facio, A., y Camacho, R. (eds.) *Sobre patriarcas, jerarcas, patrones y otros varones (Una mirada género sensitiva del Derecho)*, Ilanud, San José de Costa Rica, 1993, pp. 7-29.
- FALLADA, J. R., *Las políticas del racismo. Métodos e ideologías*, Valencia, Tirant lo Blanc/PUV, 2016.
- FERRAJOLI, L., «Il significato del principio di uguaglianza», *Democrazia e Diritto*, 1994 (2-3), pp. 475-488.
- FREDMAN, S., *Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford [2002] 2010.
- FOUCAULT, M., «El sujeto y el poder», *Revista Mexicana de Sociología*, ([1982]1988). 50 (3): 3-20 (disponible en: <http://links.jstor.org/sici?sici=0188-2503%28198807%2F09%2950%3A3%3C3%3AESEYEP%3E2.0.CO%3B2-A>).
- GARCÍA AMADO, J. A., «Discriminaciones indirectas y equívocos derechos (A propósito de la STC 3/2007, de 15 de enero, y del ATC 200/2007 de 27 de marzo)», *La Ley*, n.º 6748, 2007.
- GARCÍA LÓPEZ, D. J., «¿Teoría jurídica queer? Materiales para una lectura queer del derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXII, 2016, pp. 323-348.
- GIANFORMAGGIO, L., *Filosofía e critica del diritto*, Torino, Giappichelli, 1995.
- GIL, S., *Nuevos feminismos. Sentidos comunes en la dispersión*, Madrid, Traficantes de sueños, 2011.
- GIL RUIZ, J. M., «Los Informes de Evaluación de Impacto de Género (IEIG) como garantía del *gender mainstreaming* y su incidencia en la normativa y jurisprudencia española», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 92, 2012, pp. 17-55.
- *Las nuevas técnicas legislativas en España*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2012.

- GRIMSON, A., y CAGGIANO, S., «Introducción» en Caggiano, S y Grimson, A. (coords.), *Antología del pensamiento crítico argentino contemporáneo*, Buenos Aires, Clacso, 2015, pp. 11-31.
- GROSZ, E., «Contemporary Theories of Power and Subjectivity», en Gunew, S. (Ed.) *Feminist Knowledge. Critique and Construct*, Routledge, London, 1990, pp. 59-120.
- GUASTINI, R., y REBUFFA, G., «Introducción», en TARELLO, G., *Cultura jurídica y política del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 7-33.
- HELLMAN, D., y MOREAU, S. (eds.) *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- IZQUIERDO, M. J., *El malestar en la desigualdad*, Madrid, Cátedra/Feminismos, 1998.
- KAMALI, M., *Racial Discrimination. Institutional Patterns and Politics*, Routledge, New York/Abingdon, 2009.
- KHAITAN, T., *A Theory of Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- LACEY, N., «Legislation against sex discrimination: questions from a feminist perspective», *Journal of Law and Society*, 1987, 14 (4), pp. 411-421.
- LA SPINA, E., «Situaciones de vulnerabilidad vs. Exclusión para los inmigrantes en el contexto sureuropeo de crisis económica», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 34, 2016, pp. 182-204.
- LA TORRE, M., «Derecho y conceptos de derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 16, 1993, pp. 67-93.
- LEÓN, M., «Introducción», en León, M. (ed.), *Poder y Empoderamiento de las Mujeres*, Bogotá, Tercer Mundo, 1997.
- LIPPERT-RASMUSSEN, K., *Born Free and Equal?*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2014.
- LUZZATI, C. *La política de la legalidad. El rol del jurista en la actualidad*, Madrid, Marcial Pons, [2005] 2013.
- MACCRUDDEN, Ch., «Institutional discrimination», *Oxford Journal of Legal Studies*, 1982, 2, pp. 303-367.
- MCCOLGAN, A., *Discrimination Law. Text, Cases and Materials*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2005.
- MCCORMICK, N., y WEINBERGER, O., *An Institutional Theory of Law*, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht, 1986.
- MACKINNON, C. A., «Difference and Dominance: On Sex Discrimination», en Bartlett, K. T. & Kennedy, R. (eds.) *Feminist Legal Theory*, San Francisco, Westview Press [1984, 1987] 1991, pp. 81-94.
- MANCINI, L., y BELLO, B. G. (coords.), *L'intersezionalità tra diritto e società*, monográfico de *Sociologia del diritto*, vol. XLIII, 2016/2.
- MARCUSE, H., *El hombre unidimensional. Ensayo sobre la ideología de la sociedad industrial avanzada*, Buenos Aires, Ed. Planeta Argentina, [1954]1993.
- MARTÍN CASARES, A., *Antropología del género. Culturas, mitos y estereotipos sexuales*, Cátedra/Feminismos, Madrid, 2006.
- MÉNDEZ, L., *Antropología feminista*, Madrid, Editorial Síntesis, 2007.
- MORRIS, M. & PATTON, P. (eds.) *Michel Foucault: Power, Truth, Strategy*, Feral Publications, Sydney, 1978.
- OMI, M., & WINANT, H., *Racial Formation in the United States*, New York, Routledge, 1994.

- PÉREZ LUÑO, A-E., «Nuevo derecho, nuevos derechos», *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXXII, 2016, pp. 15-36.
- PINCUS, F. L. «Discrimination comes in many forms: Individual, institutional and structural», *American Behavioral Scientist*, 40 (2), 1996, pp. 186-194.
- PITCH, T. *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Madrid, Trotta, [1998] 2003.
- QUINN, P., «The problem of stigmatizing expresiones: The limits of anti-discrimination approaches», *International Journal of Discrimination and the Law*, 2017, pp. 1-28.
- REY MARTÍNEZ, F., «¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45, 2011, pp. 167-181.
- RODRÍGUEZ, B., «¿Identidad o Autonomía? La autonomía relacional como pilar de la ciudadanía democrática», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 17, 2013, pp. 75-104.
- ROWLANDS, J., *Questioning Empowerment. Working with Women in Honduras*. Oxford, Oxfam, 1997.
- RUBIN, G., «El tráfico de mujeres: notas sobre la economía política del sexo», *Nueva Antropología*, VIII (30), [1975]1986, pp. 95-145.
- RUBIO, A., «Ciudadanía y sociedad civil: avanzar en la igualdad desde la política», en Rubio, A. y Herrera, J. (coords.) *Lo Público y lo Privado en el contexto de la Globalización*, Instituto Andaluz de la Mujer, 2006, pp. 24-65.
- SALAZAR, O., «Ciudadanía, género y poder: la paridad como principio constitucional», *Cuestiones de género: de la igualdad y la diferencia*, n.º 10, 2015, pp. 16-37.
- SANTOS, B. de S., *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta, 2009.
- SARGEANT, M. (ed.), *Discrimination Law*, Essex, Pearson, 2004.
- SCHIEK, D., WADDINGTON, L. y BELL, M., *Non-Discrimination Law. Cases, Materials and Text on National, Supranational and International*, Hart Publishing, Oxford/Portland/Oregon, 2007.
- SCHIEK, D., y CHEGE, V. (eds.) *European Union Non-Discrimination Law. Comparative perspectives on multidimensional equality law*, New York, Routledge-Cavendish, 2009.
- SCHIEK, D., y LAWSON, A. (eds.) *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality. Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability Discrimination*, Farnham, Ashgate, 2011.
- TARELLO, G., «Riforma, dipartimenti e discipline filosofiche», *Rivista critica di Storia della filosofia*, I, 1970, pp. 109-112 (y en *Politica del diritto*, I, 1970, pp. 140-143).
- *Cultura jurídica y política del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica [1988]1995.
- TOMEIO, V., *Il diritto come struttura del conflitto. Una analisi sociológica*, Rubbettino Editore, Soveria Mannelli (CZ), [1981] 2013.
- TUBERT, S., «La crisis del concepto de género», en Tubert, S. (ed.) *Del sexo al género. Los equívocos de un concepto*, Madrid, Cátedra, 2003, pp. 7-37.
- VALCÁRCCEL, A., *Sexo y filosofía. Sobre «mujer» y «poder»*, Anthropos, Barcelona, 1991.

- VENEKLASSEN, L. & MILLER, V., *A New Weave of Power, People & Politics: The Action Guide for Advocacy and Citizen Participation*, [2002] 2007 (<http://www.syluspur.com>).
- VRIELINK, J., «Le droit de l'égalité fait-il la différence? Les effets du droit antidiscriminatoire à la lumière des recherches en sciences sociales», en Ringelheim, J., Herman, G. y Rea, A. (dirs.) *Politiques antidiscriminatoires*, Louvain-la-Neuve, De Boeck, 2015, pp. 51-66.
- WALBY, S., «Complexity Theory, Systems Theory, a Multiple Intersecting Social Inequalities», *Philosophy of the Social Sciences*, 37, 2007, pp. 449-470.
- WESTEN, P., *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of «Equality» in Moral and Legal Discourse*, Princeton University Press, Princeton, 1990.
- WINANT, H., *The New Politics of Race*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2004.
- YOUNG, I. M., *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid, Cátedra, [1990] 2000.

Fecha de recepción: 31/03/2017. Fecha de aceptación: 31/10/2017

Tres retos de la neurociencia para el Derecho penal¹

Three challenges of neuroscience for Criminal Law

Por DANIEL GONZÁLEZ LAGIER
Universidad de Alicante

«Se paseaba por el día con una lámpara encendida,
diciendo: “Busco un hombre”»

Diógenes Laercio sobre Diógenes de Sínope, el cínico, el perro.

«A media madrugada un borracho, al lado de una farola, busca algo por el suelo sin encontrarlo. Se acerca otro y le pregunta qué está haciendo. El borracho le explica que busca las llaves de casa. Los dos empiezan a buscar alrededor de la farola. En un momento dado, el hombre le pregunta al borracho si está seguro de que las ha perdido ahí. El borracho contesta que no, que en realidad las perdió a unos metros de allí. Entonces, le pregunta el hombre: “y por qué las estás buscando al lado de la farola”. El borracho le dice: “hombre, porque aquí hay más luz y se ve mejor”.»

Chiste popular

RESUMEN

En este trabajo se discuten tres retos que la neurociencia plantea para el Derecho penal: El problema del libre albedrío, el de la reducción de los

¹ Esta investigación se ha desarrollado con la financiación del Convenio de Atracción de Capital Humano Avanzado del Extranjero PAI80160084 (convocatoria 2016) entre la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica de Chile (CONICYT) y la Universidad Austral de Chile.

estados mentales a meros procesos neuronales y el de la reducción de la normatividad a una especie de leyes de la naturaleza. El autor reclama que para enfrentar estos retos se eludan actitudes reduccionistas que den la espalda a la dimensión natural o a la dimensión moral y social de la naturaleza humana.

Palabras clave: *Neurociencia, libre albedrío, estados mentales, normatividad, responsabilidad penal.*

ABSTRACT

There are three theses in the field of neuroscience which are considered as a challenge for Criminal Law: the free will denial, the reduction of mental states to mere neuronal processes and the reduction of normativity to something alike the Laws of nature. The author claims that to meet and overcome those three challenges it is required to avoid two kinds of reductionism, namely that of neglecting the natural dimension of human nature (a charge against Criminal Law elaborations) and that of neglecting its moral and social ones (a charge against neuroscience's approaches).

Keywords: *Neuroscience, free will, mental states, normativity, criminal responsibility.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EN BUSCA DE LA NATURALEZA HUMANA.—II. NEUROCIENCIA Y LIBERTAD.—III. NEUROCIENCIA Y ESTADOS MENTALES.—IV. NEUROCIENCIA Y NORMATIVIDAD.—V. CONCLUSIONES.

SUMMARY: I. INTRODUCTION: THE QUEST FOR HUMAN NATURE.—II. NEUROSCIENCE AND FREEDOM.—III. NEUROSCIENCE AND MENTAL STATES.—IV. NEUROSCIENCE AND NORMATIVITY.—V. CONCLUSIONS.

I. INTRODUCCIÓN: EN BUSCA DE LA NATURALEZA HUMANA

1. La naturaleza del ser humano es un problema clásico de la filosofía, un presupuesto de las distintas fundamentaciones del Derecho penal y un continuo trasfondo en las especulaciones a partir de los conocimientos aportados por la neurociencia. Por ello, el interés por encontrar una respuesta a la pregunta por la naturaleza humana es un punto de contacto entre estas tres disciplinas y puede explicar las estrechas relaciones entre ellas. No es fácil, sin embargo, precisar qué puede entenderse por la «naturaleza de x»: en oca-

siones, esta expresión puede hacer referencia a la indagación por la esencia de x , por el tipo de cosa que x es; pero otras veces la expresión se usa para indicar que x no depende de la interferencia humana, esto es, que no es algo social, cultural, artificial o convencional. Cuando nos preguntamos por la naturaleza humana en el primer sentido buscamos si hay algunas características necesarias del ser humano, aquello que no puede cambiar sin que éste se transforme en algo distinto; en el segundo sentido, el ser humano puede situarse dentro de la naturaleza (la *physis*) o fuera de ella, esto es, se puede tener una concepción naturalista o no naturalista del mismo (o una concepción más o menos naturalista)². Dado que son sentidos distintos de «naturaleza» y «natural», lejos de ser una redundancia o una contradicción, tendría sentido decir que el ser humano tiene una naturaleza (en el primer sentido) natural o no natural (en el segundo sentido).

Como es conocido, para Aristóteles el ser humano tiene una naturaleza mixta: natural, pero también racional y social. A lo largo de la historia de la filosofía, sin embargo, el péndulo ha oscilado entre acentuar la dimensión natural del ser humano o destacar su especificidad como ser social y capaz de vivir en un mundo de normas, razones y convenciones, fuera de la naturaleza. Hoy en día, dentro mismo de la filosofía, hay una tendencia fuerte hacia la «naturalización de la naturaleza humana», propiciada por los avances en biología y neurociencia. La posibilidad de que la neurociencia explique el funcionamiento del cerebro y el lugar central que éste ocupa en todas las actividades humanas ha hecho que la neurociencia inspire propuestas de una nueva concepción del ser humano (y de las humanidades), marcadas por un fuerte reduccionismo. Por el contrario, el Derecho penal, tras los embates de la Escuela Positiva, ha reclamado que –al menos desde el punto de vista jurídico– el ser humano tiene una dimensión social y normativa que impide que quede sometido a las leyes de la naturaleza. Por ello, el reduccionismo propiciado por la neurociencia es visto como un desafío para el Derecho penal, y basta con un repaso de la literatura jurídico penal de los últimos años para darse cuenta del enorme interés –y de la sensación de amenaza– que se ha despertado en sus estudiosos³.

2. Para ser precisos, no hay que confundir la neurociencia con las diversas «neuro-disciplinas» que han proliferado a su sombra. En 1888 Santiago Ramón y Cajal descubrió que el cerebro es una red de células, las neuronas. Este descubrimiento suele señalarse como el nacimiento de la neurociencia moderna. Posteriormente, Charles She-

² Jesús MOSTERÍN, *La naturaleza humana*, Espasa, 2006, Madrid, p. 26.

³ Para una muestra en España véase la compilación de Eduardo DEMETRIO CRESPO y Manuel MAROTO CALATAYUD *Neurociencias y Derecho Penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Edisofer, Madrid, 2013.

rrington analizó las conexiones entre ellas y Edgard Adrian registró actividad bioeléctrica en todo el sistema nervioso. Los avances en psicofarmacología a mediados del siglo xx y, sobre todo, la aparición de las técnicas de neuroimagen en los noventa y principios del siglo xxi, dieron un impulso decisivo a la neurociencia. La gran mayoría de noticias espectaculares que trascienden a la opinión pública tienen que ver con estas técnicas de neuroimagen, que han dado lugar a lo que se ha llamado la neurociencia cognitiva, esto es, el estudio del funcionamiento del cerebro en los procesos de adquisición del conocimiento y de la formación de estados mentales. Del tronco central de la neurociencia se han ramificado nuevas disciplinas que pueden verse como aplicaciones de la misma a distintos ámbitos. En 2002 se celebró en San Francisco el congreso «Neuroética: esbozando un mapa del terreno», que consagraba esta nueva disciplina dedicada a la aplicación de la neurociencia a los temas tradicionales de la ética; y en 2007 la MacArthur Foundation creó el proyecto «Derecho y Neurociencia» para reunir a varios conocidos neurocientíficos, filósofos y juristas de diversos países con el fin de profundizar en la intersección entre las neurociencias y el Derecho⁴. Hay que distinguir, por tanto, entre la neurociencia y sus aplicaciones a diversos ámbitos, como la «neuroética» y el «neuroderecho». La neurociencia es una ciencia en sentido estricto, aunque aún no parece haber un corpus de teorías comúnmente aceptadas; la neuroética y el neuroderecho, por el contrario, aunque pretenden tener una conexión estrecha con la ciencia y parten de los descubrimientos de los neurocientíficos, cuando extrapolan a sus ámbitos estos descubrimientos hacen inevitablemente interpretaciones que les sumergen en problemas conceptuales y metodológicos propios de la filosofía y las ciencias sociales. Por ejemplo, no es lo mismo constatar –como veremos más adelante– que cuando se va a realizar una acción sencilla (como mover un dedo) el potencial de preparación del cerebro humano se activa 350 milisegundos antes del momento de la toma de decisión consciente por parte del agente, que inferir de ese dato que no existe el libre albedrío. La primera es una constatación de la neurociencia; la segunda, una interpretación de la neuroética.

3. Hay también una precisión que hacer a propósito de las maneras de entender el «neuroderecho» (y la «neuroética»). Podemos

⁴ Una descripción detallada de la evolución del conocimiento del cerebro desde el Antiguo Egipto puede verse en J. P. CHAUNGEUX, *El hombre neuronal*, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1985. Véase también, J. M. GIMÉNEZ ANAYA y J. I. MURILLO, «Mente y cerebro en la neurociencia contemporánea. Una aproximación a su estudio interdisciplinar», en *Scripta Theologica*, 39, 2007, pp. 607 y ss. Una reflexión acerca del impacto que la neurociencia puede tener en el Derecho puede verse en Maribel Narváez «El impacto de la neurociencia en el Derecho: El caso de la responsabilidad subjetiva», en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 15, 2012. Una muestra de los temas tratados bajo el rótulo de neuroderecho puede verse en S. Zeki y O. Goodenough, *Law & the Brain*, Oxford University Press, 2006

entenderlos (1) como Derecho (o ética) de la neurociencia, una parte del Derecho (o la ética) que trataría de establecer un marco jurídico (o ético) para las investigaciones neurocientíficas y sus aplicaciones; y (2) como neurociencia del Derecho (o de la ética), el estudio de problemas jurídicos (o de la conducta ética) desde el punto de vista de las investigaciones sobre el cerebro. Algunos problemas del Derecho y la ética de la neurociencia son los siguientes: Si está justificado o no el uso de los descubrimientos neurocientíficos para la mejora de las capacidades mentales o sensoriales de los humanos (el llamado «transhumanismo»), en qué condiciones es legítimo el uso en los tribunales de pruebas basadas en técnicas neurocientíficas (como la prueba P300 o *brainfingerprinting*, que permite determinar si el sujeto miente observando las variaciones en las ondas cerebrales ante ciertos estímulos), qué valor en relación con la atribución de responsabilidad hay que conceder a determinadas disfunciones cerebrales, o si es correcto –y en qué casos– usar técnicas de control de la conducta basadas en conocimientos neurocientíficos. Y algunos problemas de la neurociencia del Derecho y de la ética: La discusión general sobre el libre albedrío y su relación con la responsabilidad, la cuestión de la fundamentación de las normas penales en emociones como la repugnancia, el análisis del papel de la oxitocina o de las llamadas «neuronas espejo» en nuestra conducta ética, o si la neurociencia puede fundamentar conclusiones normativas acerca de la corrección de nuestros juicios morales o nuestras decisiones jurídicas. Lo que nos interesa aquí no es la parte del Derecho penal que pueda ocuparse de la regulación de las investigaciones neurocientíficas, sino las aportaciones que la neurociencia puede hacer para la fundamentación –y quizá transformación– del Derecho penal.

4. La mayoría de los estudios de los penalistas en torno al impacto de la neurociencia para el Derecho penal se han centrado en el problema de la culpabilidad y el libre albedrío. Algunos experimentos neurocientíficos apuntan a la idea de que el ser humano carece de libre albedrío, de que nuestra sensación de libertad es sólo una ilusión, y de que nuestras elecciones, decisiones y acciones no están controladas por nuestras actitudes inconscientes. La idea de culpabilidad y de responsabilidad penal, por el contrario, parece presuponer la libertad (de acuerdo con las concepciones clásicas de la culpabilidad).

Sin embargo, el problema del libre albedrío es sólo uno de los puntos en los que la neurociencia puede ser relevante para la responsabilidad penal (y para una concepción del ser humano). En mi opinión, un mapa de las relaciones entre neurociencia y Derecho penal debería abordar tres temas: 1) La cuestión del libre albedrío; 2) la cuestión ontológica acerca de qué son los estados mentales y la cuestión epistemológica de cómo podemos conocer los estados mentales de otras personas y 3) la cuestión de la autonomía de las normas penales (en realidad, de las normas en general) frente a las leyes de la naturaleza. Se trata de tres frentes que es necesario plantearse en relación con la

naturaleza del ser humano; en cada uno de estos frentes, la neurociencia plantea un reto para el Derecho penal y la filosofía. El primer reto consiste en la afirmación de que los seres humanos no escapan al determinismo causal que parece regir los fenómenos naturales, con lo que la responsabilidad penal no puede descansar en ideas como la de libertad o culpabilidad. El segundo reto consiste en la afirmación de que los estados mentales (también aquellos que fundamentan la responsabilidad, como las creencias y las intenciones) no existen como tales, son simplemente procesos cerebrales, y la comprensión de esto llevará a su eliminación del lenguaje (al menos, del lenguaje científico), con lo que la responsabilidad penal estaría dando carta de existencia a entidades realmente ficticias. El tercer reto afecta directamente a la autonomía de las normas frente al mundo natural, a la idea de que entre el mundo del ser y el del deber ser existe un abismo infranqueable, afirmando que las normas morales (y, por ende, las normas penales más básicas) son reducibles a leyes de la naturaleza. Trataré de dar mi opinión sobre cada uno de estos retos, aunque, dada su extensión y complejidad, ésta sólo puede quedar apuntada. El espíritu que anima mis propuestas es encontrar una vía para naturalizar (dar cuenta de manera compatible con el materialismo) la naturaleza humana, pero sin incurrir en el reduccionismo de eliminar su dimensión social.

II. NEUROCIENCIA Y LIBERTAD

1. En la década de los ochenta del siglo pasado, Benjamin Libet realizó unos experimentos que han llegado a situarse (probablemente, a su pesar) en la referencia central de las discusiones sobre el libre albedrío desde un punto de vista neurocientífico⁵. Los experimentos de Libet son bastante sencillos. Cuando tomamos la decisión de realizar un movimiento simple, por ejemplo, flexionar un dedo, el córtex motor del cerebro envía una señal eléctrica a los nervios motores implicados en el movimiento. En unos experimentos anteriores se había descubierto que previamente a ese proceso se puede detectar ya cierta actividad eléctrica en el cerebro, cuya función parece ser preparar el movimiento. A esta actividad se le denomina «potencial de preparación». Libet diseñó su experimento con el fin de señalar en qué momento de la secuencia de actividad cerebral (que supuestamente se inicia con la toma de decisión y concluye con el movimiento) se produce el potencial de preparación. Para ello reunió una serie de volun-

⁵ Benjamin LIBET, 1999: «Do we have free will», *Journal of Consciousness Studies*, 6, núms. 8-9. Soon, Ch. S.; Braas, M., y Haynes, J.-D.: «Unconscious determinants of free decisions in the human brain», *Nature Neuroscience*, 11. Véase también SOLER GIL, F. J., «Relevancia de los experimentos de Benjamin Libet y de John-Dylan Haynes para el debate en torno a la libertad humana en los procesos de decisión», *Thémata. Revista de Filosofía*, núm. 41. 2009.

tarios, cada uno de ellos frente a un cronómetro, y les pidió que tomaran en un momento determinado la decisión de levantar un dedo e indicaran en qué posición se encontraba la aguja del reloj en el momento en que tomaron la decisión consciente de mover el dedo. A través de unos electrodos se medía el momento en que tenía lugar el potencial preparatorio y se contrastaba con el momento en que cada voluntario databa su decisión consciente de mover el dedo. Sorprendentemente, el potencial preparatorio no se encontraba entre la decisión y el movimiento, sino que era previo a la decisión consciente (unos 350 milisegundos antes), lo que se interpretó como prueba de que el cerebro tomaba la decisión por su cuenta, antes de que fuéramos conscientes de ella. Posteriormente, otros experimentos (con medios más refinados) parecen avalar estos resultados. En el año 2008 J. D. Haynes y sus colaboradores detectaron hasta siete segundos antes de la decisión consciente pautas cerebrales que permitían predecir cuál sería la acción de un sujeto enfrentado a la elección entre presionar uno u otro botón, obteniendo un 60 por 100 de aciertos en la predicción.

De estos experimentos suele inferirse (1) que nuestra decisión consciente no tiene efecto causal en la acción realizada y (2) que la sensación o impresión de actuar libremente y a consecuencia de nuestra decisión consciente es un efecto causal de la propia actividad cerebral⁶. Ahora bien, para que pueda hablarse de libertad y responsabilidad suelen exigirse dos requisitos: a) que haya posibilidades alternativas de acción y b) que tengamos el control último de nuestras decisiones y acciones. El primero es el *Principio de Posibilidades Alternativas*. Si un agente no tuvo opción de actuar de un modo distinto a como lo hizo, entonces no fue libre de escoger y no es responsable moralmente de las consecuencias de su conducta. El segundo es el *Principio del Control*; si el agente no se autodetermina, si no es en cierta medida la última causa o fuente de sus acciones, sino que éstas derivan de fuerzas que no controla, entonces tampoco es libre ni responsable. Los experimentos de Libet parecen excluir ambas condiciones de la libertad, porque si nuestras deliberaciones, elecciones, decisiones, intenciones, etc. no tienen eficacia causal, entonces el sujeto no tiene el control de sus acciones y está sometido a acontecimientos del pasado vinculados por leyes deterministas, por lo que su futuro no está abierto, esto es, no puede actuar de otra manera.

En realidad, los experimentos de Benjamin Libet están abiertos a muchas objeciones. Desde un punto de vista metodológico, el grado de confirmación de una hipótesis depende (a) de la fiabilidad de los experimentos en los que se basa, (b) de su encaje con otras teorías y principios, (c) de su capacidad explicativa y (d) de la existencia de más o menos hipótesis alternativas compatibles con los mismos expe-

⁶ Francisco RUBIA: *El fantasma de la libertad. Datos de la revolución neurocientífica*, Crítica, Barcelona, 2009.

rimientos. Pero los experimentos de Libet (a) plantean problemas en la determinación del tiempo en el que tiene lugar la decisión consciente (Pérez del Manzano), (b) van en contra de la arraigada intuición de que tenemos cierto control sobre nuestras acciones; (c) no logran explicar cómo la evolución ha desarrollado la experiencia de la decisión consciente, que queda como un mero epifenómeno sin ninguna función; y (d) son compatibles con la libertad entendida como «derecho de veto» de la actividad iniciada por el cerebro (es la sugerencia del propio Libet) o con la hipótesis de que el potencial de preparación es previo a las decisiones en el caso de las acciones simples realizadas sin requerir una deliberación de razones (como mover el dedo o levantar uno u otro brazo), pero no en las acciones relevantes que requieren sopesar razones a favor o en contra.

A menudo la doctrina penal ha reaccionado frente a los argumentos de la neurociencia destacando este tipo de problemas⁷ y señalando que la neurociencia realmente no ha refutado todavía el libre albedrío. Sin embargo, estas respuestas dejan abierta la puerta a que algún día se alcance ese objetivo. Ante esta posibilidad, creo que puede generalizarse afirmando que la mayoría de autores penalistas se han refugiado en lo que los filósofos llaman una postura compatibilista.

2. En las discusiones filosóficas sobre el determinismo y el libre albedrío es usual clasificar las distintas posiciones en incompatibilistas y compatibilistas⁸. Para los primeros, si el determinismo fuera cierto no podría hablarse de libre albedrío (o de responsabilidad). Por lo tanto, si el Principio de Posibilidades Alternativas y el Principio de Control son falsos, no hay posibilidad de fundamentar la idea de culpabilidad. Estos pueden ser libertaristas (niegan la verdad del determinismo) o deterministas duros (niegan la verdad del libre albedrío). Para el compatibilismo, por el contrario, es posible conciliar la idea del determinismo con la del libre albedrío (o la de responsabilidad). Hay varias estrategias para lograr esta conciliación, pero creo que podrían sintetizarse como sigue:

a) Estrategias redefinicionistas: Consisten en proponer un significado para «libertad» o «responsabilidad» que las hace compatibles con el determinismo. Por ejemplo, de acuerdo con el compatibilismo clásico de autores como Hobbes o Hume ser libre es hacer lo que uno quiere hacer. De esta manera, se distingue entre libertad de acción y libertad de voluntad y se define el libre albedrío como libertad de acción, aunque carezcamos de libertad de voluntad. Otras veces se distingue entre determinismo ontológico y determinismo epistemológico y se define la libertad como el desconocimiento de las causas que

⁷ Mercedes PÉREZ MANZANO, «El tiempo de la consciencia y la libertad de decisión: Bases para una reflexión sobre neurociencia y responsabilidad penal», en *Doxa.*, núm. 35, 2012, pp. 471-498.

⁸ José MANUEL MUÑOZ, «Hacia una sistematización de la relación entre determinismo y libertad», *Διαμύων*. Revista Internacional de Filosofía, n.º 56, 2012, 5-19.

nos impulsan a actuar y la imposibilidad de predecir el comportamiento. Esta sería la posición de Spinoza. H. Frankfurt, por su parte, ha propuesto entender la libertad como la aceptación en un segundo nivel de nuestros deseos de primer nivel: «Disfrutar de libre albedrío –escribe– supone la satisfacción de ciertos deseos –deseos de segundo orden o de órdenes superiores–, mientras que su ausencia significa su frustración»⁹. Tenemos libre albedrío porque podemos tener deseos acerca de qué deseos tener (con independencia de cómo se foman estos deseos de segundo nivel).

El problema de estas posturas redefinicionistas es que tienen un concepto superficial de libre albedrío. La compatibilidad con el determinismo se consigue debilitando la noción de libertad, de manera que ya no satisface nuestras intuiciones. Como ha señalado J. Searle: «el compatibilismo hace un planteamiento lógico sobre los conceptos de “libre” y “determinado” y señala, con acierto, que hay un uso de estos según el cual decir que una acción es libre no significa, hasta aquí, formular interrogante alguno acerca de si está determinada o no, en el sentido de la existencia de condiciones causales previas suficientes. Pero una vez aceptado este planteamiento lógico, todavía queda abierta una cuestión empírica fáctica. ¿Es verdad que toda acción humana ocurrida en el pasado, que ocurre ahora o que ocurrirá alguna vez fue, es y será causada por condiciones previamente suficientes?»¹⁰.

b) Argumentos a partir de ejemplos y personajes: Otra estrategia muy extendida consiste en negar que el principio de posibilidades alternativas sea un requisito de la libertad o la responsabilidad. Esto es lo que ha tratado de demostrar H. Frankfurt a partir de ejemplos con personajes en determinadas circunstancias que hacen que el sujeto actúe de cierta manera en una situación en la que, de todas formas, algo le hubiera obligado a actuar de esa misma manera¹¹. Por ejemplo, Jones se plantea si matar o no a Smith. Finalmente decide hacerlo, sin saber que un malvado neurocirujano está dispuesto a hacerle tomar esa misma decisión si ve que no va a tomarla por sí mismo. En este caso Jones sería responsable, aunque no podía haber actuado de otra manera. Locke anticipó un argumento de este tipo, cuando afirmaba que llamaríamos libre a una persona que permanece de buen grado en una habitación, sin saber que ésta está cerrada y, por tanto, no puede salir de ella. Supongamos que aceptamos que este tipo de ejemplos muestran que el sujeto realmente no tiene alternativas pero sigue siendo responsable moralmente. Lo único que demostrarían entonces es que la responsabilidad no requiere alternativas de acción, pero quedaría abierta la cuestión del principio de control. Se podría pensar que, en estos casos, nuestra intuición de que el sujeto es responsable se

⁹ Harry G. FRANKFURT, *La importancia de lo que nos preocupa. Ensayos filosóficos*, Ed. Katz, Buenos Aires, 2006, p. 41.

¹⁰ John SEARLE, *La mente. Una breve introducción*, Ed. Norma, 2006, p. 278

¹¹ H. G. FRANKFURT, *La importancia de lo que nos preocupa*, cap. 1.

basa en el hecho de que la decisión que toma tiene su origen último en él mismo (aunque si no la hubiera tomado, otro se la hubiera inducido). Lo que esto sugiere es que el principio de control último (entendido como la capacidad de dar por sí mismo, o no, el impulso que conduce a la acción) es más básico que el de posibilidades alternativas. Este último sólo es relevante (esto es, sólo es necesario para la responsabilidad) cuando su ausencia es síntoma de falta de control por parte del sujeto.

c) Una tercera estrategia sería la del «error categorial»: de acuerdo con este argumento, pensar que el determinismo físico o neurofisiológico puede afectar al sentido relevante de libertad (al sentido que permite fundar la responsabilidad) es realizar una transposición ilegítima de ideas de las ciencias naturales a las ciencias humanas¹², especialmente a las disciplinas normativas. Este argumento tiene varias versiones: puede aludir a las consecuencias de la renuncia al principio de libre albedrío y responsabilidad para la vida social, señalando que ésta sería imposible o inimaginable porque las ideas de libertad, reproche, culpa y responsabilidad forman parte inherente de nuestra visión de nosotros mismos, de nuestra manera de entendernos y entender nuestra relación con los demás. Puede tomar la forma del argumento de Strawson, que señala que nuestras actitudes emocionales reactivas no pueden suspenderse globalmente y forman parte de nuestra vida social¹³. Puede insistir en que la idea de libertad y de culpabilidad son ideas normativas, o juegos de un lenguaje¹⁴ o modo de vida al que no podemos renunciar o que son necesarios para la posibilidad de la moral (como afirma Liborio Hierro, recordando a Alf Ross: «El libre albedrío actúa (...) no como un dato empírico que el juez debiera comprobar, sino como un presupuesto valorativo general del sistema que convierte a la reacción penal en un reproche con contenido moral»¹⁵).

Lo que hay en el trasfondo de este tipo de argumentos es que o bien es imposible renunciar a la idea de libertad, dadas las consecuencias que se siguen de ella para la vida social (dándole una justificación pragmática profunda), o bien que esa idea tiene un significado distinto del que le dan las ciencias de la naturaleza. Sin embargo, el argumento deja insatisfecha la fuerte intuición de que el control último de nuestras acciones es un elemento necesario para el reproche. Si la libertad y la responsabilidad son elementos inevitables en nuestra manera de concebirnos, la idea de que la libertad descansa en el control último de nuestras acciones también lo es. Nuestras propias prácticas morales y

¹² Georg Henrik von WRIGHT, «El determinismo y el estudio del hombre», en Juha Manninen y Raimo Tuomela, *Ensayos sobre explicación y comprensión*, Alianza Editorial, 1980, p. 184.

¹³ Peter F. STRAWSON, *Libertad y resentimiento*, Ed. Paidós, 1995.

¹⁴ Tomás VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, 1996, Ed. Tirant Lo Blanch, p. 334.

¹⁵ Liborio HIERRO, «Libertad y responsabilidad penal», Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares, 1991-1992, vol. 1, pp. 568 y ss.

jurídicas lo consideran de esa manera, cancelando la responsabilidad si en un caso concreto el agente no tenía el control de sus actos. Una huida hacia la normatividad, dando la espalda a los conocimientos empíricos, no parece la dirección adecuada. Que el mundo de las normas constituya un ámbito con cierta autonomía respecto del mundo de la naturaleza es algo aceptable, pero no lo es una total independencia. Principios como el de superveniencia o «debe implica puede» establecen esa conexión.

Entre los penalistas, sin embargo, esta última estrategia parece la más extendida. Hassemer ha sostenido esta postura de una manera muy clara y vehemente, al sostener que la neurociencia comete un «error categorial»: «Este error consiste en la suposición de que las ciencias de método empírico podrían enjuiciar científicamente si otras ciencias están autorizadas a desarrollar un concepto de libertad o no, es decir: si «existe» la libertad o no. Tal suposición tiene como presupuesto necesario afirmar la existencia de hegemonía entre las ciencias, y esta hegemonía no existe. Tampoco existe un concepto general de libertad que flote encima de todas las ciencias, y mucho menos habría capacidad de disposición a favor de las ciencias empíricas si tal concepto existe»; «Quien –por las razones que fuere– niegue que los seres humanos pueden ser responsables de lo que hacen, elimina una pieza clave no sólo de nuestro ordenamiento jurídico, sino también de nuestro mundo. Vulnera el fundamento normativo de nuestro trato social, el reconocimiento como personas. La base de ese reconocimiento es la expectativa recíproca de que nuestros congéneres no nos ven como un sistema compuesto por huesos, músculos y nervios, sino que nos perciben también como persona y se conducen en función de esa percepción»; por ello, «responsabilidad e imputación no descansan en conocimientos de la biología humana, sino en razones sociales»¹⁶. El auge del funcionalismo y normativismo, despojando a los conceptos de imputación, culpabilidad, responsabilidad, etc. de su dimensión empírica, es otra manifestación de este trayecto. Pero creo que tiene razón Demetrio Crespo cuando sugiere que estas actitudes pueden ser precisamente las que incurren en un error categorial, al construirse de espaldas a las ciencias empíricas¹⁷.

3. Si el compatibilismo no convence, las alternativas son aceptar el determinismo duro o el libertarismo. A su vez, el libertarismo puede defenderse desde posturas dualistas o materialistas. Me siento inclinado por un libertarismo materialista, que confíe en las propias afirmaciones de muchos neurocientíficos señalando que la investigación sobre el cerebro está aún apenas comenzando y que una mejor com-

¹⁶ Winfried HASSEMER, «Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal», In *Dret*, abril de 2011, pp. 7 y ss.

¹⁷ Eduardo DEMETRIO CRESPO, «Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal», en *In Dret*, 2, 2011, p. 31

prensión de algunas características del mismo, como su plasticidad, y una profundización en ciertos tipos de causalidad no determinística, podrían abrir la puerta a una explicación no dualista del libre albedrío. Pero esto no deja de ser una esperanza. Lo que sí puede resultar un asidero suficientemente sólido para mantener la hipótesis de la libertad como fundamento del Derecho penal es la conjunción de dos ideas:

1) La experiencia (por introspección) de la libertad es sumamente fuerte, hasta el punto de que su negación parece destinada a ser una posición meramente teórica, pero no «vívida».

2) La demostración empírica del determinismo universal y la falsación empírica del libre albedrío podrían ser imposibles por razones conceptuales. No es que aún no se haya demostrado; es que es imposible demostrarlo.

Centrémonos en esta segunda tesis.

4. Georg Henrik von Wright ha tratado de mostrar que el determinismo universal no puede ser una amenaza para la libertad, porque se trata de una hipótesis que no es demostrable empíricamente¹⁸. El punto central de su argumento está en la noción de causa. De acuerdo con von Wright, comprendemos la noción de causa porque podemos interferir por medio de nuestras acciones en el curso de la naturaleza.

La noción más extendida de causa es la que considera que la causalidad no es una mera regularidad universal. Cuando afirmamos que p causa q , estamos asumiendo que entre p y q hay algún tipo de necesidad natural y, por tanto, que, en un momento en que p no tuvo lugar, si hubiera ocurrido, hubiera tenido como efecto q . Para distinguir entre meras regularidades universales, pero accidentales, y genuinas relaciones causales es necesario recurrir a la experimentación y la observación, producir p y abstenerse de producir p , y observar en uno y otro caso qué ocurre con q . De manera que la noción de causa presupone la de acción: no es sólo que por medio de la acción descubrimos relaciones causales, es que nuestra comprensión de lo que es una relación causal depende de la acción. Ahora bien, la noción de acción presupone a su vez que aquello que hemos producido con nuestra acción no estaba determinado: presupone que los resultados de nuestras acciones son realizados por medio de nuestros movimientos corporales, no por causas distintas a ellos. Por ello, cada vez que tratamos de establecer que entre p y q hay una relación causal, estamos presuponiendo que p es contingente (que podemos producirlo o no con nuestra acción), no un suceso determinado.

Veámoslo con un ejemplo: supongamos que queremos aumentar la temperatura en un sistema químico para observar si se produce deter-

¹⁸ Georg H. von WRIGHT, *Explicación y comprensión*, Alianza Editorial, Madrid, 1987, pp. 106 y ss.

minada reacción. Debemos aumentar la temperatura y observar qué ocurre, si se produce o no la reacción. Después debemos observar qué ocurre si la temperatura no aumenta. Al hacerlo estamos presumiendo que el aumento o no de la temperatura es una contingencia que depende de nuestra intervención. Establecer que la reacción química es una necesidad causalmente determinada en un mundo en el que se produce el aumento de temperatura requiere asumir que el aumento de temperatura no está determinado (ocurrirá si lo producimos; en caso contrario, no ocurrirá). Supongamos que antes de que hayamos podido interferir la temperatura aumenta. Algo ha causado el aumento de temperatura y presumimos que este aumento también estaba determinado. Pero ahora necesitamos comprobarlo y para ello buscamos un hecho previo que pueda explicar el aumento de temperatura. ¿Será el aumento de la presión que se produjo en el sistema? Debemos manipular el contexto de manera que aumente la presión del sistema por nuestra intervención y observemos qué sucede, y después debemos abstenernos de aumentar la presión (o evitarlo) y de nuevo observar. Es decir, estamos nuevamente asumiendo que el aumento de la presión es contingente, que no ocurre necesariamente, sino sólo si lo provocamos.

Proyectemos ahora este argumento sobre los experimentos de Libet. Al sujeto voluntario que colabora en el experimento se le pide que tome la decisión de levantar el dedo y lo levanta. Los experimentadores observan que el potencial preparatorio se activa antes de que el sujeto haya tomado la decisión, de lo que deducen que hay una causa previa que dispara el potencial preparatorio. Lo que creían una contingencia (el dedo se levantaría o no dependiendo de lo que decidiera el voluntario) se muestra como una necesidad ontológicamente determinada (estaba determinado: el dedo se levanta en todo caso). ¿Qué es lo que hizo que el dedo se levantara? Hay que buscar una causa de la acción. El experimentador debería ser capaz de identificar cierta actividad cerebral como causa del levantamiento del dedo. Puede que tenga la hipótesis de que estimular la zona *x* del cerebro hace que el sujeto voluntario «sienta» que ha tomado una decisión y que su dedo se levante. Para contrastar esta hipótesis debe diseñar un nuevo experimento, y en este experimento tendrá que estimular esa zona del cerebro y ver qué sucede, y después no estimularla y ver qué sucede. Es decir, tiene que asumir que la estimulación de la zona *x* es una contingencia ontológica, algo que no está determinado. Porque si ocurriera en todo caso, no podría comprobar que ésta es la causa de la acción. Supongamos ahora que llega a la conclusión de que el cerebro del voluntario se pone en marcha reaccionando ante algún estímulo externo, por ejemplo, las instrucciones que él mismo ha dado al voluntario. Si el experimento ha de tener sentido, ha de asumir que si él no hubiera dado las instrucciones al voluntario, éste (o su cerebro) no hubiera levantado el dedo. Y, de nuevo, si cree que son sus instrucciones las que causaron todo eso y desea comprobarlo, ha de asumir que

estas instrucciones son una contingencia ontológica: algo que puede o no ocurrir. Cada vez que tratamos de confirmar una relación causal, debemos asumir que una parte del mundo es una contingencia. Luego es imposible demostrar que todo está determinado.

5. Este es sólo uno de los posibles argumentos contra la posibilidad de demostrar el determinismo universal. Es plausible que puedan ofrecerse otros argumentos de este tipo. Creo que todos ellos apuntarían a la idea de que los conceptos y la perspectiva necesarios para demostrar si la causalidad es una amenaza o no para la libertad no pueden ser construidos desde nuestra perspectiva. No se trata sólo de que los conceptos de libertad, responsabilidad, causalidad, determinismo, etc. son centrales para nuestra concepción de nosotros mismos y en nuestra manera de relacionarnos con los demás; se trata de que constituyen el sistema conceptual que está implicado en cualquier proceso de conocimiento, también cuando pretendemos conocer el mundo natural o nuestra posición en él. Establecer si estamos o no determinados nos obligaría a adoptar un punto de vista totalmente objetivante, pero para ello deberíamos abandonar nuestros esquemas conceptuales, que están construidos a partir de nuestra perspectiva (y aplicarlos autoreferencialmente), esto es, asumir una perspectiva «desde ningún lugar», lo cual, obviamente, es imposible. De ahí se derivan, probablemente, paradojas como la de pretender atribuirse el mérito (lo cual presupone libertad) de haber demostrado el determinismo, o el hecho de que quienes defienden el determinismo no parecen advertir que los pensamientos también estarán determinados: por tanto, si el determinismo es verdadero, entonces los deterministas están determinados a creerlo y defenderlo al margen de si hay buenas razones para hacerlo, y si es falso, entonces están equivocados.

Esta postura que sugiero, sin embargo, no es un tipo de compatibilismo. No sostiene que el determinismo y la libertad sean hipótesis simultáneamente verdaderas. Sostiene: 1) que ambas cosas son incompatibles, 2) que el determinismo no puede demostrarse empíricamente y 3) que la libertad viene avalada por una experiencia subjetiva ineliminable. Podríamos dudar de su fiabilidad, como también podemos dudar de nuestra percepción del mundo externo. Pero eso no nos lleva a ningún lado.

III. NEUROCIENCIA Y ESTADOS MENTALES

1. El segundo punto de contacto entre la neurociencia, la filosofía y el Derecho penal lo encontramos a propósito de la comprensión de los estados mentales, esto es, la construcción de una teoría de la mente. Se trata de un asunto relevante para el Derecho penal, porque la culpabilidad y la adscripción de responsabilidad, tal como la concebimos, presuponen la existencia de estados mentales con ciertos ras-

gos básicos, y también la posibilidad de conocerlos. Somos responsables de nuestras acciones en la medida en que éstas sean causadas por deseos y creencias respecto del mundo sobre los que tenemos cierto control. Pero, ¿qué son los estados mentales?

Wilder Penfield fue un conocido neurocirujano canadiense que, a mediados del siglo XX, trataba de curar casos de epilepsia por medio de cirugía cerebral. Dado que los tejidos cerebrales que él pensaba que eran los causantes de los ataques no se distinguían de los tejidos normales, Penfield aplicaba pequeñas descargas eléctricas en el cerebro de sus pacientes, con la finalidad de hallar las zonas afectadas y no extirpar una zona funcional. En aquél momento las operaciones cerebrales se realizaban sin anestesia general, puesto que los tejidos cerebrales no son sensibles al dolor, de manera que los pacientes estaban conscientes y podían hablar. Penfield les preguntaba por sus sensaciones cuando aplicaba las pequeñas descargas. La estimulación de una zona del cerebro les podía hacer ver luces brillantes, otra decir frases incoherentes, otras hacer ciertos movimientos, otras oír sonidos... Penfield incluso les retaba a que se resistieran a mover un brazo cuando él aplicaba las zonas que pensaba que regían el movimiento correspondiente. De esta manera, pudo trazar un mapa del cerebro, dividiéndolo en zonas y asignando a cada zona distintas funciones. Posteriormente, con las actuales técnicas de neuroimagen, este mapa ha ido reelaborándose y completándose, hasta el punto que parece posible que en un futuro no tan lejano se pueda establecer una correspondencia entre la actividad en ciertas zonas cerebrales, por un lado, y deseos, creencias, emociones, etc., por otro lado; esto es, entre estados cerebrales y estados mentales. Por ejemplo, se ha logrado cierto grado de predicciones exitosas en los sueños de varios sujetos (durante un tiempo se registra su actividad cerebral mientras duermen y se anotan los sueños que refieren al despertarse; posteriormente, un ordenador puede, a la vista de los patrones de actividad cerebral, acertar el sueño que están teniendo).

2. ¿Quiere todo esto decir que los estados mentales son estados cerebrales? Esto es lo que defiende el materialismo reduccionista y el aún más radical materialismo eliminacionista. Para los defensores de la tesis de la identidad entre estados mentales y estados cerebrales todos los conceptos mentales pueden ser traducidos al lenguaje de los estados cerebrales sin ninguna pérdida significativa y, por tanto, la psicología puede traducirse al lenguaje de la neurociencia. A lo sumo, el reduccionismo acepta que puede ser útil que sigamos hablando de deseos, creencias, etc. y mantengamos una «psicología popular» (el eliminacionismo ni siquiera admite esto), pero sólo como un lenguaje no científico y siendo conscientes que hace referencia a entidades inexistentes¹⁹.

¹⁹ Carlos MOYA, *Filosofía de la mente*, Universidad de Valencia, Valencia, 2006. Paul CHURCHLAND, *Materia y conciencia*, Gedisa, Barcelona, 1999.

Muchos autores han señalado que ésta es una postura excesivamente radical²⁰ (en relación con el Derecho: Taruffo, Patterson y Pardo). Los estados mentales tienen ciertos rasgos (en lo que sigue me referiré a ellos como «las propiedades de lo mental») que parecen encajar mal en una concepción materialista y naturalizada del ser humano: En primer lugar, nuestros estados mentales nos son accesibles a nosotros mismos, por introspección, de una manera directa, al margen de la evidencia empírica y de inferencias a partir de ella (es el rasgo de la conciencia). En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, hay cierta diferencia cualitativa en cómo emergen a mi conciencia los dolores, deseos o preocupaciones, o en la manera en que experimentamos escuchar un concierto de Bach o el sabor de un trozo de chocolate. Puede decirse, entonces, que estos estados mentales se corresponden con diferentes sensaciones internas, que los filósofos –en analogía con el término *quanto* usado en física– llaman *qualia*. En tercer lugar, muchos estados mentales (las creencias, las intenciones,...) poseen un contenido, un significado, versan sobre otros hechos (es el rasgo de la «intencionalidad» o «contenido mental»). En cuarto lugar, los estados mentales se relacionan con nuestra conducta externa, pareciendo tener eficacia causal sobre ella, pero no en virtud de su dimensión física, sino de su contenido representacional (es el fenómeno de la causación mental). Consciencia, carácter cualitativo, contenido representacional y eficacia causal son cuatro características de la mente que no es evidente que puedan explicarse por referencia exclusiva a procesos físico-químicos y leyes empíricas.

Estos problemas de tipo «ontológico» tienen también un lado «epistemológico»: Las dificultades para conocer (y, en el ámbito jurídico, probar) los estados mentales de un sujeto tienen que ver con su carácter subjetivo: Aunque, como hemos visto, podemos tener información acerca de nuestros propios estados mentales sin necesidad de observación empírica, respecto de los estados mentales de terceros sólo podemos tratar de inferirlos a partir de su conducta externa y ciertos datos contextuales. Existen varios argumentos que debilitan nuestra confianza en esas inferencias: Se ha señalado, por ejemplo, que no existen leyes o generalizaciones fiables que nos permitan correlacionar la conducta de los demás con sus estados mentales (y así, por ejemplo, un estado mental como una intención se puede tratar de llevar a cabo por medio de cursos de acción distintos, o es posible que dos personas reaccionen de manera distinta ante un mismo tipo de emoción); que al atribuir a otro un estado mental determinado puede que sólo estemos proyectando sobre él lo que nosotros sentiríamos, pensaríamos o querríamos en su situación; o que no hay ningún tipo

²⁰ En relación con el Derecho, Michele TARUFFO, «Proceso y neurociencia», en M. Taruffo y J. Nieva (Dirs.), *Neurociencia y proceso judicial*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013 y M. S. PARDO y D. PATTERSON, «Fundamentos filosóficos del Derecho y la Neurociencia», en *In Dret*, 2/2011.

de hecho que permita verificar la corrección de una atribución de un estado mental, más allá de los propios criterios que hemos usado para hacer la atribución. Todo ello explica que muchos juristas –e, incluso, nuestros tribunales– hayan asumido que los estados mentales relevantes para la adscripción de responsabilidad jurídica deben entenderse como hechos normativos cuya prueba es en realidad una atribución o adscripción a partir de criterios fijados normativamente y no la determinación de algún hecho empírico²¹. De nuevo, la tendencia del Derecho penal ha sido hacia la normativización de conceptos como el de dolo, vaciándolos de su contenido empírico (muchas veces, estipulando cierta función del Derecho penal distinta del reproche). En palabras de Hruschka: «No ‘existen’ hechos dolosos como tales, es decir, en el mismo sentido en que ‘existen’ hechos externos. ‘Existen’ en tan escasa medida como ‘existe’ la voluntad o la libertad humana, las acciones, la responsabilidad o la culpabilidad. Nos parecerá aun más sencillo si pensamos en que ningún científico natural, en tanto que tal, daría con estas cosas (...) Como todo lo espiritual, tampoco el dolo se determina y prueba, sino que se imputa. El juicio que emitimos al decir que alguien ha actuado dolosamente no es un juicio descriptivo, sino adscriptivo»²². Sin embargo, si la relación entre estados cerebrales y estados mentales fuera correcta, entonces la neurociencia podría ofrecer técnicas que permitirían superar los problemas de la prueba de los hechos psicológicos, tratándolos como hechos empíricos y no como ficciones normativas y «levantando» su velo de subjetividad.

3. La alternativa parece ser, entonces, mantener el dualismo cartesiano mente-cerebro o asumir el materialismo reductivista, con lo que habría que llevar los estados mentales al terreno de la normatividad: se verían como ficciones normativas que deben presumirse en ciertas circunstancias, sin importar su correspondencia con estados subjetivos de los agentes, pues tales estados en realidad no existen como entidades mentales. Sin embargo, hay una salida a este dilema, porque el materialismo no tiene por qué ser eliminacionista o reductivista. Un tipo de materialismo no reductivista es el emergentismo de autores como John Searle o Mario Bunge²³.

4. El emergentismo es una postura materialista que identifica los estados mentales con propiedades emergentes o sistémicas, es decir, propiedades que surgen a partir de cierto grado de complejidad de un sistema. Son propiedades del conjunto del sistema, pero no de cada una de sus partes. Para explicar qué es una propiedad emergente John Searle recurre al siguiente ejemplo: «Supongamos que tenemos un

²¹ Daniel GONZÁLEZ LAGIER, «La prueba de la intención y el principio de racionalidad mínima», *Jueces para la democracia*, núm. 50, 2004.

²² J. HRUSCHKA, *Kleinecht-Fs*, pp. 200 y 201. Tomo la cita de Ramón RAGUÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, J. M. Bosch, Editor, Barcelona, 1999, p. 299

²³ Mario BUNGE, *El problema mente-cerebro*. Un enfoque psicobiológico, Ed. Tecnos, Madrid, 2002

sistema S, compuesto de los elementos a, b, c... Por ejemplo, S podría ser una piedra y los elementos podrían ser moléculas. En general, habrá rasgos de S que no son, o no necesariamente, rasgos de a, b, c... Por ejemplo, S podría pesar 20 kilogramos, sin que las moléculas individualmente pesen 20 kilogramos. Denominemos a estos rasgos ‘rasgos del sistema’. Algunos rasgos del sistema pueden ser deducidos, o determinados, o calculados a partir de los rasgos a, b, c..., simplemente por la forma en que se componen y ordenan (y, a veces, por sus relaciones con el entorno). Ejemplos de ellos serían la forma, el peso y la velocidad. Pero algunos otros rasgos del sistema no pueden ser determinados sólo a partir de los elementos que los componen y de las relaciones con el entorno: han de ser explicados a partir de las relaciones entre los elementos. Llamémosles “rasgos del sistema causalmente emergentes”. La solidez, la liquidez y la transparencia son ejemplos de rasgos del sistema causalmente emergentes»²⁴. De manera que, para Searle, una propiedad emergente es una propiedad que surge a partir de los elementos que componen el sistema, de las relaciones del sistema con el entorno y –esto parece lo decisivo– de las relaciones de esos elementos entre sí. Los estados mentales se identifican con propiedades emergentes de los cerebros. Los cerebros son sistemas físicos que han ido adquiriendo complejidad a lo largo de su historia evolutiva. El naturalismo biológico es descrito por Searle a partir de cuatro tesis: 1) Los estados mentales, con su ontología subjetiva de primera persona, son fenómenos reales del mundo real. 2) Los estados mentales son causados en su totalidad por procesos neurobiológicos de nivel inferior localizados en el cerebro. 3) Los estados mentales son rasgos del sistema cerebral en su conjunto y existen, por tanto, en un nivel superior al de las neuronas y sus sinapsis («Por sí misma –dice Searle–, una neurona no es consciente, pero las partes del sistema cerebral compuestas por ella sí lo son»). 4) Los estados mentales, en la medida en que son reales, tienen eficacia causal («Mi sed consciente, por ejemplo, me lleva a tomar agua»)²⁵.

El materialismo emergentista no es reductivista. De acuerdo con Searle, aunque los estados mentales pueden ser reducidos causalmente a –en el sentido de explicados por– los componentes del cerebro y sus relaciones, esta explicación no es suficiente, porque lo característico de lo mental es que es un fenómeno en primera persona, requiere un lenguaje subjetivo que no puede ser descrito con el lenguaje objetivo de la neurociencia.

5. El emergentismo, desde un punto de vista neurocientífico, es hoy en día poco más que una hipótesis con escaso fundamento empírico (pero quizá eso no diga nada contra esta concepción, sino contra

²⁴ John SEARLE, *El redescubrimiento de la mente*, Ed. Crítica, Barcelona, 1996, p. 121.

²⁵ John SEARLE, *La mente. Una breve introducción*, Ed. Norma, Cali, Colombia, 2006, pp. 147 y 148.

el desarrollo de la neurociencia, que comienza a vislumbrar que las funciones más complejas del cerebro no dependen de zonas concretas, sino del funcionamiento holista del mismo); sin embargo, desde un punto de vista filosófico, aparece como la única alternativa para conciliar el materialismo con la existencia de las propiedades de lo mental. En realidad, el emergentismo es un monismo de sustancias, pero un dualismo de propiedades.

Si es una reconstrucción correcta de la relación entre estados mentales y estados cerebrales, la neurociencia puede proporcionar técnicas útiles para la prueba²⁶. Una de ellas es la prueba neurológica llamada *brainfingerprinting* («toma de huellas cerebrales»), también es conocida como la prueba P300. Su fundamento consiste en que diversos estímulos (tanto sensoriales como internos) provocan en el cerebro ciertas modificaciones de la actividad eléctrica que queda registrada en el encefalograma como secuencias de fluctuaciones u ondas características (los «potenciales evocados»). Una de las ondas más estudiadas es la P300 (se trata de una onda que aparece como un pico en un electroencefalograma 300 milisegundos después de que se presente un estímulo ante un sujeto en ciertas condiciones). A partir de ella se ha desarrollado una técnica que permite someter a un sujeto a un encefalograma y medir las respuestas de su cerebro ante estímulos como fotos, frases, etc. relacionadas con el delito que se investiga, de manera que un programa informático es capaz de determinar el grado de probabilidad de que la información que se le ha mostrado sea conocida o no por este sujeto, con independencia –en principio– de sus manifestaciones verbales o su conducta intencional.

El uso de este tipo de «neuropruebas» plantea dudas de diverso tipo. Por un lado está la cuestión técnica de su fiabilidad. Los investigadores discuten el grado de precisión y fiabilidad de la prueba P300 y otras similares y si es posible adoptar «contramedidas» que la tergiversen. Por otro lado, está la cuestión deontológica de su admisibilidad ética y jurídica: ¿Afectan este tipo de pruebas al derecho de defensa? ¿Equivalen a una confesión? ¿Afectan a la dignidad de la persona? ¿Es necesario el consentimiento del sujeto para que sea jurídicamente aceptables? Por último, plantean también clásicos problemas filosóficos, en especial el de la relación mente-cuerpo, porque dependiendo de cómo se entienda esta relación se podrá asignar uno u otro valor o sentido a la lectura de las variaciones en la actividad cerebral. En particular, se requiere que haya una correlación entre tipos de estados cerebrales y tipos de estados mentales, sin eliminar a éstos últimos o sus propiedades, cosa que el emergentismo puede satisfacer.

²⁶ Daniel GONZÁLEZ LAGIER, «Neuropruebas y filosofía», en *Jueces para la democracia*, núm. 84, 2015. María Luisa VILLAMARÍN LÓPEZ, *Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014.

IV. NEUROCIENCIA Y NORMATIVIDAD

1. Hemos visto en los apartados anteriores que la respuesta de la doctrina penal ante la negación del libre albedrío o de la existencia de los estados mentales (tal como los concebimos) consiste en la normativización de la idea de libertad y de conceptos como el de dolo, culpa, etc. El mundo de las normas se concibe como un mundo distinto del de la naturaleza, esto es, un mundo construido social y culturalmente. Sin embargo, también la neurociencia ha aportado argumentos con los que se ha tratado de mostrar que el mundo de las normas no tiene tal autonomía o independencia. La principal vía para esta «naturalización de la normatividad» tiene relación con ciertas conclusiones a las que se ha llegado a partir de la realización de «experimentos éticos» de tipo psicológico y neurocientífico. Jonathan Haidt, por ejemplo, ha realizado una gran cantidad de encuestas en las que planteaba ciertos problemas morales, llegando a la conclusión de que las respuestas se basaban en rápidas intuiciones que luego los sujetos no sabían cómo racionalizar. A partir de ahí propuso que la moral es más una cuestión de intuiciones y emociones que de razones²⁷. Posteriormente Joshua Greene examinó con técnicas de neuroimagen la actividad cerebral de sujetos a los que se le planteaban diversos dilemas morales, llegando a la conclusión de que en los problemas morales que afectaban más personalmente a los sujetos, había una mayor actividad de la zona que regula las emociones²⁸. Marc Hauser, también por medio de encuestas que apuntan a rasgos morales universales, ha propuesto la hipótesis de la existencia de un órgano moral, esto es, de una capacidad innata para el desarrollo de códigos morales que determina en parte el contenido de los mismos (algo así como una gramática moral universal, en analogía con la gramática universal postulada por Chomsky)²⁹. En esta línea, William Casebeer ha afirmado que la teoría moral aristotélica de la virtud es más plausible desde un punto de vista neurobiológico que la teoría moral kantiana o la de John Start Mill. El punto de partida de Casebeer es que cada una de estas teorías contienen implícitas una psicología moral específica que exige capacidades cognitivas diferentes. Así, la teoría de Kant parecería requerir «al menos la capacidad de comprobar la consistencia lógica de máximas universalizadas de una manera independiente de la contaminación del afecto y la emoción», capacidad que se correspondería con las funciones de la

²⁷ Jonathan HAIDT, «El perro emocional y su cola racional: Un enfoque intuicionista social del juicio moral», en Adela Cortina (Ed.), *Guía Comares de Neurofilosofía práctica*, Ed. Comares, Granada, 2012.

²⁸ Joshua D. GREENE, «Del ‘es’ neuronal al ‘debe’ moral: ¿Cuáles son las implicaciones morales de la psicología moral neurocientífica?», en A. Cortina (ed), *Guía Comares de Neurofilosofía práctica*, Ed. Comares, Granada, 2012.

²⁹ Marc D. HAUSER, *La mente moral. Cómo la naturaleza ha desarrollado nuestro sentido del bien y del mal*, Paidós, Barcelona, 2008.

región frontal del cerebro. La teoría utilitarista de Mill requiere la capacidad de realizar cálculos utilitarios y el cultivo de emociones que nos muevan a procurar la felicidad de los demás, lo que implicaría las regiones pre-frontal, límbica y sensorial del cerebro. La ética aristotélica de la virtud, por último, sería la más exigente, porque requiere educar nuestro carácter de manera que nuestros apetitos se coordinen con las buenas razones; esto implica una «psicología global» que requiere una intervención coordinada de las regiones del cerebro anteriormente mencionadas. Pues bien, nuestro autor cree que hay pruebas para aceptar, tentativamente, que la «cognición moral» pone en marcha de manera coordinada diferentes sistemas y redes cerebrales relacionadas tanto con la cognición como con las emociones (es decir, las regiones pre-frontal, frontal, límbica y sensorial: lo que podría llamarse «la zona de la cognición moral»), lo que muestra que «existe una clara convergencia entre la neuroética contemporánea y la psicología moral aristotélica»³⁰.

Como vemos, de lo que se trata es de derivar conclusiones acerca de la moral a partir de descripciones empíricas, de explicar la moral a partir del funcionamiento del cerebro. Sin embargo, algunas propuestas no se quedan en un nivel meramente descriptivo y explicativo, sino que tratan de derivar conclusiones normativas (como parece ser el caso de Casebeer). En sus versiones más radicales, se trata de reducir los valores o las normas morales a regularidades naturales, a los valores o las pautas de comportamiento que surgen de nuestra naturaleza física, asumiendo su carácter normativo y construyendo de esta forma un *realismo moral naturalizado*. De acuerdo con esto, la moral puede descubrirse por medios empíricos y las normas no forman parte de un reino distinto de la naturaleza.

Podemos caracterizar este «realismo moral neurocientífico» (que sostendrían autores como M. Hauser, Patricia Churchland, M. Gazzaniga³¹...) a partir de los siguientes rasgos³²:

A) Intuicionismo: Nuestras opiniones morales proceden más de la intuición que de la razón. Es frecuente que resolvamos los dilemas morales de manera automática e intuitiva, sin que luego podamos aportar razones para nuestra solución.

³⁰ William D. CASEBEER, «Moral cognition and its neural constituents», en *Nature Reviews/Neuroscience*, vol. 4, 2003.

³¹ Marc D. HAUSER, *La mente moral. Cómo la naturaleza ha desarrollado nuestro sentido del bien y del mal*, Paidós, Barcelona, 2008; Patricia Churchland, *El cerebro moral. Lo que la neurociencia nos cuenta sobre la moralidad*, Paidós, 2012, Barcelona; M. S. Gazzaniga, *El cerebro ético*, Paidós, Barcelona, 2015.

³² Para un análisis más detenido véase Daniel GONZÁLEZ LAGIER, *A la sombra de Hume. Un balance crítico del intento de la neuroética de fundamentar la moral*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

B) Emotivismo: Estas intuiciones morales dependen fundamentalmente de nuestras emociones o son la expresión de estas emociones, como demuestran las pruebas neurofisiológicas.

C) Innatismo: Se trata de intuiciones y emociones innatas, transmitidas genéticamente, aunque luego pueden ser moldeadas culturalmente.

D) Evolucionismo: Las intuiciones morales se ven como mecanismos que la evolución ha seleccionado porque aseguran la supervivencia de la especie. Uno de los principios que estaría detrás de estas intuiciones, según muchos neuroéticos, sería el altruismo, la cooperación o el principio de beneficiencia. Pues bien, en opinión de autores como Michel Ruse, el «altruismo biológico» (la necesidad de cooperación) es tan esencial para los seres humanos que «la naturaleza nos ha llenado de ideas sobre la necesidad de cooperar»: «Pensamos que debemos ayudar, que tenemos obligaciones para con los demás, porque tener estas ideas va en nuestro interés biológico. Pero desde una perspectiva evolutiva estas ideas existen sencillamente porque aquellos de nuestros antepasados que las tuvieron sobrevivieron y se reprodujeron mejor que los que no. En otras palabras, el altruismo es una adaptación humana, igual que lo son nuestras manos y ojos y dientes y brazos y pies. Somos morales porque nuestros genes, modelados por la selección natural, nos llenan de ideas sobre la conveniencia de serlo»³³.

E) Normativismo: ¿Es posible construir una ética basada en el funcionamiento de nuestro cerebro? Esto es lo que parecen pensar algunos filósofos y neuroéticos. Patricia Churchland, por ejemplo, critica la idea de que la ciencia no puede decirnos cómo debemos vivir y afirma que al igual que la salud «es un ámbito en el que la ciencia puede enseñarnos, y ya lo ha hecho, gran parte de lo que deberíamos hacer», también en «el ámbito de la conducta social (...) podemos aprender mucho de la observación común y de la ciencia acerca de las condiciones que favorecen la armonía y la estabilidad social, así como la calidad de vida individual»³⁴. También Gazzaniga propone la construcción de una ética universal basada en el funcionamiento del cerebro. La idea, tal como la expresa (críticamente) Adela Cortina sería que «entre el mundo del ser natural y el del deber ser (los códigos morales) existiría un lazo adaptativo que prescribiría establecer como normas éticas aquellas conductas capaces de favorecer la supervivencia»³⁵. Por cierto, si la moral tiene este fundamento natural, entonces el Derecho penal no es ajeno a esta ligazón con la naturaleza,

³³ Michel RUSE, «La significación de la evolución», en Peter Singer, *Compendio de ética*, Alianza Editorial, 2004, Madrid, pp. 671 y ss.

³⁴ Patricia CHURCHLAND, *El cerebro moral. Lo que la neurociencia nos cuenta sobre la moralidad*.

³⁵ Adela CORTINA, «Neuroética: ¿Las bases cerebrales de una ética universal con relevancia política?», *Isegoría*, núm. 25, 2010, p. 137.

pues claramente es el sector del Derecho más permeable a la moralidad social.

2. El intento de encarar la moral con herramientas de la neurociencia y otras ciencias experimentales resulta un tanto ambiguo. Para aclarar esta ambigüedad conviene distinguir entre las tesis explicativas de la moral y las tesis normativas. Las tesis explicativas, a su vez, pueden tratar de explicar la capacidad del ser humano para tener una conducta ética (para evaluar las conductas como correctas o incorrectas desde el punto de vista moral) o tratar de explicar (lo que es más ambicioso) el contenido de la moral, esto es, tratar de explicar por qué creemos que ciertas conductas son correctas o por qué algunos principios o valores están tan extendidos³⁶. Para las tesis explicativas la neuroética recurre a la idea de que comportarse moralmente o adecuar el comportamiento a ciertos principios es un rasgo que ha facilitado la evolución de la especie y su supervivencia. Las tesis normativas añaden que, puesto que eso es así, son esos principios los que deben seguirse.

De las dos primeras tesis, creo que debe afirmarse que se trata de hipótesis no suficientemente establecidas. Respecto de la tercera tesis, creo que es directamente el resultado de varios errores.

Tomemos la tesis según la cual lo que explica la capacidad humana de evaluar conductas como buenas o malas y de ajustar la conducta a determinados principios es que esta capacidad es una ventaja evolutiva. Para aceptarla concluyentemente esta tesis debe rechazar la hipótesis alternativa (igualmente plausible) planteada por Francisco Ayala según la cual el comportamiento ético no es directamente un resultado de la evolución, sino sólo indirectamente y en la medida en que es una consecuencia del desarrollo de la inteligencia humana; es decir, lo que tiene valor adaptativo y ha sido favorecido por la evolución es la inteligencia humana, no el hecho de ser capaz de comportarse moralmente (que es consecuencia a su vez de la inteligencia humana)³⁷. Si, por el contrario, lo que se afirma es que los códigos morales vienen determinados por la evolución, el problema es que no parece encontrarse un conjunto de principios relevantes, que no estén formulados de una manera excesivamente vaga y vacía, que sean realmente universales; y, además, es posible encontrar tipos de conducta, como la agresividad o la territorialidad, que son importantes evolutivamente y no pueden ser aceptados como ejemplos de conducta moral. La moral que se deriva de la evolución podría ser terrible.

Por su parte, la tesis que trata de reducir lo que debemos hacer a aquello que es bueno para la supervivencia de la especie se enfrenta a la obvia objeción de que viola la ley de Hume: pasa de descripciones acerca de lo que es evolutivamente útil a prescripciones acerca de qué

³⁶ FRANCISCO AYALA, *Evolución, ética y religión*, Universidad de Deusto, 2013, p. 61.

³⁷ FRANCISCO AYALA, *Evolución, ética y religión*, p. 66.

debemos hacer, cómo debemos vivir. Por ello, los autores que defienden esta postura tratan de argumentar contra la validez de la ley de Hume. Examinemos con más detalle estos argumentos.

3. Me parece que los argumentos que usualmente se esgrimen contra la ley de Hume suelen ser de dos tipos:

1) El primer tipo es el de los argumentos basados en contraejemplos: Una manera frecuente de mostrar que es posible fundar normas o valores en descripciones consiste en presentar ejemplos de argumentos en los que aparentemente se realiza esta derivación. Esta es la estrategia seguida, en un famoso artículo, por John Searle. Entre los neuroéticos también se ha recurrido a este tipo de argumentos. Marc Hauser, por ejemplo, propone el siguiente:

«*Hecho*: La única diferencia entre un médico que aplica anestesia a una criatura y otro que no se lo aplica es que, sin ella, el niño sufrirá enormemente en el curso de una operación. La anestesia no tendrá ningún efecto pernicioso para el niño, sino que le hará perder temporalmente la conciencia y la sensación de dolor. Luego despertará, una vez acabada la operación, sin ninguna secuela negativa y con mejor salud, gracias al trabajo del médico.

Juicio valorativo: por consiguiente, el médico debe administrar anestesia al niño»³⁸.

Sin embargo, este tipo de argumentos parecen incurrir en uno de los siguientes errores: o bien confunden lo que es bueno o debido desde un punto de vista técnico con lo que es bueno o debido desde un punto de vista moral o normativo, o bien presentan como un argumento completo lo que en realidad es un argumento entimemático que incluye una premisa oculta, que es precisamente la norma o la valoración de la que se deriva la conclusión.

Para evitar el primer error, hay que advertir que no siempre que un enunciado incluye el término «deber» es un genuino enunciado normativo. A veces, «debe» expresa una conjetura («debe ser así» puede significar «probablemente es así»), otras veces, se puede sustituir por «tiene que» y expresa una necesidad práctica. Es importante distinguir entre deberes deónticos o genuinos y deberes técnicos, prudenciales o necesidades prácticas. Muchos de los ejemplos que se ofrecen como derivación de «debe» a partir de «es» no concluyen genuinos deberes deónticos, sino necesidades prácticas. Como señala von Wright, podemos «encontrar dos respuestas principales a la cuestión de por qué una cierta cosa debe o puede o no tiene que ser hecha. Una es que existe una norma ordenando o permitiendo o prohibiendo la realización de esa cosa. La otra es decir que los fines y las conexiones nece-

³⁸ Marc D. HAUSER, *La mente moral*, p. 28.

sarias hacen (o no) la realización u omisión de esa cosa una necesidad práctica»³⁹.

Por lo que respecta al segundo error, es fácil darse cuenta de que muchas veces los argumentos que formulamos en contextos cotidianos no incluyen todas sus premisas. Es, incluso, factible pensar que en algunos casos es imposible en la práctica enunciar todas las premisas necesarias para llegar a la conclusión. Pero de ello lo que se sigue es la derrotabilidad o revisabilidad de la conclusión, no que su corrección no dependa de la premisa implícita⁴⁰. El ejemplo de Hauser presupone, para su corrección, una premisa según la cual se debe evitar el sufrimiento innecesario.

2) El segundo tipo de argumentos restringe la Ley de Hume a los argumentos deductivos: se afirma que lo que la Ley de Hume proscribire es derivar deductivamente un deber ser a partir del ser, pero que existen otro tipo de inferencias aceptables, como la inducción o la inferencia a la mejor explicación, por medio de las cuales sí se puede pasar de descripciones de hechos a normas. Una manera de defender que la Ley de Hume se refiere exclusivamente a inferencias deductivas consiste en entenderla como una consecuencia del principio de conservación de la lógica: en una deducción no es posible que se concluya algo que no estuviera incluido ya en las premisas. Las deducciones pueden hacer que seamos conscientes de un dato nuevo, pero éste se encontraba ya en las premisas. Por ello, sólo de proposiciones descriptivas no podemos deducir enunciados de deber ser. Esto ocurre con cualquier cosa. Como observa Pigden «existe un salto similar entre las conclusiones sobre los erizos y las premisas que no hacen mención de ellos. No se pueden obtener conclusiones sobre «erizos» a partir de premisas carentes de erizos (al menos no sólo por la lógica)»⁴¹. Ahora bien, a diferencia de las deducciones, las inducciones y las abducciones sí amplían nuestro conocimiento, por lo que no rige para ellas el principio de conservación. Por tanto, si la Ley de Hume es sólo una manifestación del principio de conservación de los argumentos deductivos, entonces tienen razón los que sostienen que ésta no es aplicable a las inferencias no deductivas.

Pero, ¿es sólo eso la Ley de Hume? Probablemente, no. Puede sostenerse que entre enunciados descriptivos y enunciados normativos existen importantes diferencias –a veces se habla de un «abismo lógico» entre ellas, o entre hechos, por un lado, y normas y valores, por otro: Así, los enunciados descriptivos tienen una *dirección de ajuste*⁴²

³⁹ G. H. von WRIGHT, «The Foundation of Norms and Normative Statements», en *Practical Reason*, Basil Blackwell, 1963, p. 74.

⁴⁰ Daniel González Lagier, *A la sombra de Hume*, Cap. IV, apartado 5.

⁴¹ Charles R. PIGDEN, «El naturalismo», en Peter Singer, *Compendio de ética*, Alianza Editorial, 2004, Madrid, p. 570.

⁴² Una explicación de la idea de «dirección de ajuste» puede encontrarse en John Searle, «Una taxonomía de los actos ilocucionarios», *Teorema*, vol. VI/1, 1976.

descendente (esto es, palabras a mundo: se pretende que las palabras se ajusten al mundo) mientras que los enunciados normativos tienen una dirección de ajuste ascendente (esto es, mundo a palabras: se pretende que el mundo se ajuste a las palabras). Los enunciados descriptivos son verdaderos o falsos, mientras que las normas o valores no lo son. Los enunciados que expresan deberes presuponen un punto de vista interno, en el que los términos deónticos (obligatorio, prohibido) son usados, mientras que si una descripción se refiere a una norma o a un deber, lo hace desde un punto de vista externo en el que los términos deónticos son sólo mencionados. Todas estas diferencias entre descripciones y normas hacen que las primeras no puedan servir de razones, ni expresar razones, para justificar las segundas. No es sólo que una justificación deductiva requiera que entre las premisas esté aquello que se quiere deducir, es que –aun cuando se admita que la inducción o la abducción puedan tener alcance justificatorio– ningún enunciado descriptivo puede, por sí solo, ser una razón que justifique un enunciado prescriptivo. Puede aportar una razón explicativa de por qué aceptamos ciertas normas o valores; puede ser también una razón explicativa o, incluso, justificatoria, de otros enunciados descriptivos. Pero si se quiere concluir la justificación de una norma a partir de descripciones y por medio de argumentos no deductivos, se tiene la carga de la prueba. Y es interesante observar que los neuroéticos no lo han hecho.

4. Si las anteriores consideraciones son correctas, cuando se propone que debemos seguir aquellas pautas de conducta que tienen un valor adaptativo, o bien simplemente éstas se recomiendan como medidas prudenciales para mantener la supervivencia de la especie humana, pero entonces no tienen carácter moral, o bien se asume que la supervivencia de la especie es un fin moralmente valioso, en cuyo caso la normatividad no viene de los hechos, sino de esta asunción valorativa. ¿Quiere decir todo lo anterior que la neurociencia no puede aportar nada relevante para la comprensión de la normatividad? Ésta sería una conclusión equivocada. Todo razonamiento práctico-normativo (esto es, si no se trata de necesidades prácticas o deberes técnicos) tiene una premisa normativa y una premisa fáctica. La neurociencia puede contribuir al establecimiento de esta premisa fáctica y, más aún, si asumimos el principio «debe implica puede» puede establecer límites a las normas que tiene sentido establecer. Lo que no puede es justificar por sí sola respuestas a los problemas éticos.

V. CONCLUSIONES

En las anteriores páginas hemos tratado tres temas en los que se da una estrecha relación entre la neurociencia, la filosofía y el Derecho

penal. Para cada uno de estos temas la neurociencia ha planteado profundos retos.

El primer reto es la negación del libre albedrío. Frente a los argumentos de la neurociencia negando que la libertad pueda ser un fundamento de la responsabilidad, ya que ésta no existe, una buena parte de penalistas ha tendido a refugiarse en un normativismo que da la espalda a los conocimientos empíricos. La postura de la neurociencia es reductivista, porque olvida la dimensión social del ser humano; pero también lo es la postura de estos penalistas, en el sentido de que desconectan la responsabilidad del mundo natural, cuando en realidad es un punto de encuentro entre ambas dimensiones. Cabe una alternativa: ser conscientes de que, desde nuestra perspectiva, es imposible demostrar empíricamente el determinismo universal (y, quizá también, el libre albedrío), dado que la capacidad de acción, esto es, de ser en ocasiones la fuente última de lo que hacemos (no en el sentido de ausencia de todo determinante, sino en el sentido de que sólo nos mueven las razones, y no mecanismos causales), es un presupuesto de nuestra manera de conocer las relaciones causales en el mundo.

El segundo frente es el de la comprensión de los estados mentales. La neurociencia apunta a que los estados mentales se localizan en ciertas zonas del cerebro, esto es, vienen causados por procesos físicos en esas zonas, dando pie a un materialismo eliminacionista o reductivista de acuerdo con el cual los estados mentales son estados cerebrales, de manera que, una vez conocida la correspondencia entre unos y otros, el lenguaje de lo mental puede ser traducido sin pérdida al lenguaje de lo cerebral. Esta postura es respondida por el Derecho penal normativizando los conceptos básicos de la responsabilidad relativos a estados mentales, como el dolo o la culpa, y despojándolos de su dimensión empírica. De esta manera, no sólo la prueba del dolo se hace depender (por medio de presunciones) de que se den ciertas circunstancias contextuales y externas, sino que el concepto mismo de dolo se identifica con esas circunstancias (dicho en términos *Wittgenstenianos*: tales circunstancias se convierten en criterio del dolo, no sólo en síntoma del mismo). Sin embargo, se desconecta de nuevo la responsabilidad del mundo natural, dando pasos peligrosos hacia la instrumentalización del individuo o la responsabilidad objetiva. Esto podría ser innecesario si hubiera alguna manera de dar cuenta de las propiedades de lo mental (consciencia, contenido, eficacia causal, etc.) a partir del materialismo. Una vía a explorar en esta dirección es el materialismo emergentista.

Por último, el tercer reto, planteado por los neuroéticos, radica en la afirmación de que la moralidad es una cuestión de intuiciones y emociones innatas que tienen su fundamento en su utilidad evolutiva. Las normas morales (y las penales que encuentran su fundamento en ellas) no son otra cosa que leyes que la naturaleza, por medio del mecanismo de la selección natural, ha «inscrito» en nuestros cerebros. Si esto fuera así, tratar de reforzar el componente normativo de las

nociones de culpa, dolo, responsabilidad, etc. en detrimento de sus elementos empíricos es una ilusión. Sin embargo, las tesis normativas de la neuroética adolecen de graves confusiones y errores, como la no distinción entre la explicación y la justificación de las normas, entre las necesidades prácticas o lo bueno en un sentido instrumental y los genuinos deberes normativos o lo bueno en sentido moral. El papel de los conocimientos neurocientíficos en el razonamiento normativo es el de permitir conocer mejor al mundo y a nuestra dimensión natural, lo que es necesario para una correcta aplicación del Derecho y para una moral adecuada, pero no el de fijar los valores o fines que debemos perseguir.

¿Presupone todo esto que nuestra naturaleza es mixta, natural y social? Sí (aunque sin olvidar que nuestra dimensión social es posible por nuestra racionalidad, y que la racionalidad es un producto de la selección natural). La neurociencia y el Derecho penal han buscado la naturaleza humana por separado, cada una debajo de su propia farola, pero quizá deberían unir ambas luces.

BIBLIOGRAFÍA

- AYALA, F. (2013), *Evolución, ética y religión*, Universidad de Deusto.
- BUNGE, M. (2002), *El problema mente-cerebro. Un enfoque psicobiológico*, Ed. Tecnos, Madrid.
- CASEBEER, W. D. (2003), «Moral cognition and its neural constituents», en *Nature Reviews/Neuroscience*, vol. 4.
- CHAUNGEUX, J. P. (1985), *El hombre neuronal*, Ed. Espasa-Calpe, Madrid.
- CHURCHLAND, Paul (1999), *Materia y conciencia*, Gedisa, Barcelona.
- CHURCHLAND, Patricia (2012), *El cerebro moral. Lo que la neurociencia nos cuenta sobre la moralidad*, Paidós, Barcelona.
- CORTINA, A. (2010), «Neuroética: ¿Las bases cerebrales de una ética universal con relevancia política?», *Isegoría*, núm. 25.
- DEMETRIO CRESPO, E. (2011) «Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal», en *In Dret*, 2.
- DEMETRIO CRESPO E., y MAROTO CALATAYUD, M. (2013), *Neurociencias y Derecho Penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Edisofer, Madrid.
- FRANKFURT, H. G. (2006), *La importancia de lo que nos preocupa. Ensayos filosóficos*, Ed. Katz, Buenos Aires.
- GAZZANIGA, M. S. (2015), *El cerebro ético*, Paidós, Barcelona.
- GIMÉNEZ ANAYA, J. M., y MURILLO, J. I. (2007), «Mente y cerebro en la neurociencia contemporánea. Una aproximación a su estudio interdisciplinar», en *Scripta Theologica*, 39.
- GONZÁLEZ LAGIER, D. (2004), «La prueba de la intención y el principio de racionalidad mínima», *Jueces para la Democracia*, núm. 50.
- (2015), «Neuropruebas y filosofía», en *Jueces para la Democracia*, núm. 84.

- GONZÁLEZ LAGIER, D. (2017), *A la sombra de Hume. Un balance crítico del intento de la neuroética de fundamentar la moral*, Marcial Pons, Madrid.
- GREENE, J. D. (2012), «Del “es” neuronal al “debe” moral: ¿Cuáles son las implicaciones morales de la psicología moral neurocientífica?», en A. Cortina (ed), *Guía Comares de Neurofilosofía práctica*, Ed. Comares, Granada.
- HAIDT, J. (2012) «El perro emocional y su cola racional: Un enfoque intuicionista social del juicio moral», en A. Cortina (Ed.), *Guía Comares de Neurofilosofía práctica*, Ed. Comares, Granada.
- HASSEMER, W. (2011), «Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal», *In Dret*.
- HAUSER, M. D. (2008), *La mente moral. Cómo la naturaleza ha desarrollado nuestro sentido del bien y del mal*, Paidós, 2008, Barcelona
- HIERRO, L. (1991-1992), «Libertad y responsabilidad penal», *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*.
- LIBET, B. (1999), «Do we have free will», *Journal of Consciousness Studies*, 6, núms. 8-9.
- MOSTERÍN, J. (2006), *La naturaleza humana*, Espasa, Madrid
- MOYA, C. (2006), *Filosofía de la mente*, Universidad de Valencia.
- MUÑOZ, J. M. (2012), «Hacia una sistematización de la relación entre determinismo y libertad», *Δαμων. Revista Internacional de Filosofía*, n.º 56.
- NARVÁEZ, M. (2012), «El impacto de la neurociencia en el Derecho: El caso de la responsabilidad subjetiva», en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 15.
- PARDO M. S., y PATTERSON, P. (2011), «Fundamentos filosóficos del Derecho y la Neurociencia», en *In Dret*, 2.
- PÉREZ MANZANO, M. (2012), «El tiempo de la consciencia y la libertad de decisión: Bases para una reflexión sobre neurociencia y responsabilidad penal», en *Doxa*, núm. 35.
- PIGDEN, Ch. R. (2004), «El naturalismo», en P. Singer, *Compendio de ética*, Alianza Editorial, Madrid
- RAGUÉS, R. (1999), *El dolo y su prueba en el proceso penal*, J. M. Bosch, Editor, Barcelona.
- RUBIA, F., (2009) *El fantasma de la libertad. Datos de la revolución neurocientífica*, Crítica.
- RUSE, M. (2004), «La significación de la evolución», en Peter Singer, *Compendio de ética*, Alianza Editorial, Madrid
- SEARLE, J. (1976), «Una taxonomía de los actos ilocucionarios», *Teorema*, vol. VI/1
- (1996), *El redescubrimiento de la mente*, Ed. Crítica, Barcelona.
- (2006), *La mente. Una breve introducción*, Ed. Norma. Cali.
- SOLER GIL, F. J. (2009), «Relevancia de los experimentos de Benjamin Libet y de John-Dylan Haynes para el debate en torno a la libertad humana en los procesos de decisión», *Thémata. Revista de Filosofía*, núm. 41.
- SOON, Ch. S.; BRAAS, M., y HAYNES, J.-D. (2008), «Unconscious determinants of free decisions in the human brain», *Nature Neuroscience*, 11.
- STRAWSON, P. F. (1995), *Libertad y resentimiento*, Ed. Paidós, Barcelona.
- TARUFFO, M (2013), «Proceso y neurociencia», en M. Taruffo y J. Nieva (Dir.), *Neurociencia y proceso judicial*, Ed. Marcial Pons, Madrid.
- VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L. (2014), *Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid.

- VIVES ANTÓN, T. (1996), *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- VON WRIGHT,, G. H. (1980), «El determinismo y el estudio del hombre», en Juha MANNINEM y Raimo TOUMELA, ENSAYOS SOBRE EXPLICACIÓN Y COMPRENSIÓN, Alianza Editorial, Madrid.
- (1987), *Explicación y comprensión*, Alianza Editorial, Madrid.
- ZEKI, S., y GOODENOUGH, O. (2006), *Law & the Brain*, Oxford University Press.

Fecha de recepción: 31/03/2017. Fecha de aceptación: 31/10/2017.

El diálogo judicial como equilibrio reflexivo amplio
The judicial dialogue as a wide reflective equilibrium

Por JOSÉ JUAN MORESO¹
Universitat Pompeu Fabra

Judges are expected to have a deeper understanding
of society's conception of political justice than others,
and a greater facility in applying its principles
and in reaching reasonable decisions, especially
in the more difficult cases. The judicial virtues
depend on acquired wisdom and require special training.

Rawls (1993: 80)

Omnes populi qui legibus et moribus reguntur
partim suo proprio, partim communi omnium
hominum iure utuntur.

Inst. Gaius 1.1

RESUMEN

En este trabajo se defiende la tesis de que el uso del Derecho constitucional vigente en otra jurisdicción, nacional o internacional, por parte de los Tribunales nacionales o internacionales mejora la calidad de las decisiones judiciales y los razonamientos judiciales que las justifican, sobre todo en los

¹ Catedrático de Filosofía del Derecho, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona. e-mail: josejuan.moreso@upf.edu. Este trabajo fue presentado en varias audiencias: en un Workshop, sobre Representative democracy and its discontents', en la Universidad de Bochum en febrero de 2017, en las XXVI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, como ponencia invitada, en la Universidad de Girona en mayo de 2017, también en el mes de mayo en un seminario de Homenaje al Prof V. Villa, en la Universidad de Palermo y en el Curso de Máster en Argumentación Jurídica

casos controvertidos. Esta idea es defendida de algunas objeciones, sobre todo de la que al hacerlo así se abdica de la capacidad de autogobernarnos. Para mostrar la fecundidad del diálogo judicial se usan dos ideas de John Rawls: la idea del equilibrio reflexivo amplio y la idea del razonamiento de los jueces como expresión privilegiada de la razón pública.

Palabras clave: *Diálogo judicial, equilibrio reflexivo amplio, razón pública, John Rawls.*

ABSTRACT

In this paper, the thesis that the use of Constitutional Law in force in other jurisdiction, either national or international, by National and International Courts, improves the quality of judicial decisions and judicial reasoning which grounds them is defended, mainly in controversial cases. The objection that the use of foreign Law supposes an abdication of the self-government is replied. In order to show the fecundity of the idea of judicial dialogue, two ideas of John Rawls are called: the idea of wide reflective equilibrium and the idea of judicial reasoning as privileged expression of public reason.

Keywords: *Judicial Dialogue, wide reflective equilibrium, public reason, John Rawls.*

SUMARIO: 1. EL USO DEL DERECHO EXTRANJERO EN LA ADJUDICACIÓN.—2. LAS OBJECIONES.—3. EL MODELO DE LA IMBRICACIÓN.—4. RAWLS, EL EQUILIBRIO REFLEXIVO Y EL USO DE LA RAZÓN PÚBLICA.—5. EL DIÁLOGO JUDICIAL COMO EXPRESIÓN DE LA RAZÓN PÚBLICA.—6. CONCLUSIONES.

SUMMARY: 1. THE USE OF FOREIGN LAW IN ADJUDICATION.—2. OBJECTIONS.—3. THE MODEL OF IMBRICATION.—4. RAWLS, THE REFLECTIVE EQUILIBRIUM AND THE USE OF PUBLIC REASON.—5. JUDICIAL DIALOGUE AS AN EXPRESSION OF PUBLIC REASON.—6. CONCLUSIONS.

ca en la Universidad de Alicante, y finalmente en el Congreso «Global Democracy and Global Constitutionalism», en el mes de junio en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Quedo agradecido a todas estas audiencias y, en especial, por los comentarios y sugerencias, de palabra o por escrito, a los profesores Marcelo Alegre, Francisco J. Ansuátegui, Manuel Atienza, Juan Carlos Bayón, Paola Bergallo, Samantha Besson, Carlos Espósito (mi *discussant* en Barcelona), Eusebio Fernández, Jordi Ferrer, Roberto Gargarella (que me dio la réplica en Bochum), Matthias Kumm, Nico Krisch, José Luis Martí, Ángeles Ródenas, Juan Ruiz Manero, Vittorio Villa y Francesco Viola, también a dos evaluadores anónimos de la revista. El agradecimiento mayor es para Chiara Valentini, con la que preparamos la ponencia del Congreso de Barcelona y estamos desarrollando, para un trabajo futuro, algunas de las ideas de este paper. La investigación se ha beneficiado de la ayuda financiera del Ministerio español de Economía y Competitividad y de la AGAUR de la Generalitat de Cataluña a los proyectos de investigación DER 2013-48066-C2-1-R y SGR 626. 2014-2, respectivamente.

1. EL USO DEL DERECHO EXTRANJERO EN LA ADJUDICACIÓN

Este trabajo está escrito desde la convicción de que los debates sobre la naturaleza y los límites de lo que, en la práctica jurídica, se denomina *la cultura del constitucionalismo*, se ve enriquecida si a ella añadimos la perspectiva de la filosofía. Muchas cuestiones centrales de dicha cultura, así la interpretación constitucional o la justificación del control de constitucionalidad, se benefician de los argumentos que proceden de la filosofía: desde la filosofía del lenguaje a la filosofía política².

No se trata aquí, sin embargo, de estas grandes cuestiones, sino que se trata de una cuestión que, sin ser todavía crucial para nuestras prácticas constitucionales, está cada vez suscitando mayor interés en la discusión. Se trata del lugar que el derecho extranjero (y, en concreto, las decisiones de los altos tribunales, supremos o constitucionales o tribunales internacionales) ha de tener, si ha de tener alguno, en el razonamiento de los jueces cuando aplican la constitución en su propia jurisdicción. Lo que se conoce con metáforas como *préstamos*, *trasplantes*, *fertilización cruzada*, *migraciones* y, similares, y que aquí voy a denominar, por las razones que espero mostrar claramente, *diálogo judicial*³.

Como es obvio, la aplicación del derecho extranjero no es extraña a nuestra cultura jurídica. En derecho privado estamos acostumbrados a que los jueces en una jurisdicción estén obligados a justificar sus decisiones aplicando normas de otros sistemas jurídicos a los casos que, como se dice, contienen *elementos de extranjería*. Deben hacerlo en virtud de las normas de sus propios sistemas, denominadas *normas de conflicto*, que así lo establecen.

Sin embargo, es mucho más controvertido si nuestros altos Tribunales deben tomar en cuenta, en las decisiones de su jurisdicción, las decisiones tomadas por otros tribunales extranjeros (nacionales o internacionales) en casos de aplicación de la Constitución.

Supondré aquí que nos referimos a jurisdicciones de democracias constitucionales, caracterizadas por la existencia de constituciones escritas y rígidas (o, al menos, pensemos en el Reino Unido, de declaraciones de derechos asumidas como parámetro para enjuiciar las leyes, que no pueden ser cambiadas por la actividad ordinaria del poder legislativo), y también por algún tipo de control de la constitucional de las leyes (*sea fuerte*, en el sentido de que los jueces tienen la última palabra acerca de la constitucionalidad de las leyes, disponen

² He tratado de mostrarlo en Moreso 2009.

³ Pueden verse cuatro presentaciones generales en Choudhry (1999), Perju (2012), Malmai (2012), Canale (2015).

de supremacía judicial; sea *débil*, en el sentido de que pueden pronunciarse al respecto aunque su palabra no resulte definitiva)⁴.

De hecho nuestro Tribunal Constitucional, aunque ha usado en sus argumentaciones algunas veces las decisiones de otros Tribunales extranjeros, nacionales e internacionales, no ha tomado una posición firme al respecto ni ha habido controversia en su seno acerca de esta cuestión. Sin embargo, veamos algunos de esos casos.

Comencemos con un caso no especialmente controvertido⁵, en el cual una empresa de construcción que deseaba someterse a un proceso concursal solicitó al Colegio de Abogados de Oviedo el beneficio de justicia gratuita, previsto por el art. 119 de la Constitución. Pues bien, al argumentar que ese derecho estaba limitado a las personas físicas, las únicas de las que puede predicarse un «nivel mínimo de subsistencia personal o familiar», añadió con el ánimo de fortalecer su posición que también lo había entendido de ese modo, de acuerdo con su constitución y su ordenamiento procesal, el Tribunal Constitucional Alemán en sentencia de 3 de julio de 1973⁶.

En el más relevante caso Ribogerta Menchú⁷, nuestro Alto Tribunal reconoce la jurisdicción universal y anula una decisión del Tribunal Supremo que sólo la reconocía parcialmente, refiriéndose a otras decisiones nacionales e internacionales. Lo hace en estos términos:

Como se afirma por los Magistrados discrepantes de la mayoría [del Tribunal Supremo], las resoluciones alemanas citadas no representan el *status quaestionis* en ese país, en tanto en cuanto decisiones del Tribunal Constitucional alemán posteriores a las resoluciones citadas por la Sentencia combatida han venido a avalar un principio de jurisdicción universal sin necesidad de vínculos con intereses nacionales (citándose, a título de ejemplo, la Sentencia de 12 de diciembre de 2000, donde se ratificó la condena por delito de genocidio dictada por Tribunales alemanes a ciudadanos serbios por crímenes cometidos en Bosnia-Herzegovina contra víctimas bosnias). Por lo que respecta a la Sentencia del Tribunal Internacional de La Haya en el caso Yerodia, ha de concluirse que ésta no puede ser empleada como precedente de las pretendidas restricciones a la competencia universal, pues limitó su conocimiento a la cuestión de si se habían vulnerado o no las normas internacionales de inmunidad personal, no habiéndose pronunciado, en cambio, acerca de la jurisdicción universal en materia de genocidio, dado que así lo había solicitado expresamente la República Democrática del Congo

⁴ Para una caracterización del constitucionalismo en esta línea Guastini (1998), Raz (1998). El autor que más contundentemente ha defendido la versión fuerte del constitucionalismo tal vez sea Dworkin. Versiones críticas, que abogan por una versión débil en Gargarella (1996), Bayón (2004), Waldron (2006), Tushnet (2009), Gardbaum (2010), por ejemplo.

⁵ STC 117/1998, de 2 de junio.

⁶ BVerfG (1 BvR 153/69), JurionRS 1973, 16303.

⁷ STC 237/2005, de 26 de septiembre.

en su demanda. Y lo mismo debe afirmarse en relación a la Sentencia de la Corte de Casación belga de 12 de febrero de 2003, de cuyo contenido el Tribunal Supremo alude solamente a los aspectos relacionados con la inmunidad de los representantes estatales en ejercicio, y en cambio omite toda mención al reconocimiento expreso que en dicha resolución se formula de la jurisdicción universal establecida en la legislación belga.

Poco después⁸, el Tribunal hubo de pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 607.2. del código penal, que castiga la apología del genocidio e incluía el caso de la difusión de ideas o doctrinas que negasen o justificasen la existencia de hechos históricos calificados como genocidios. El Tribunal, como es sabido, declaró inconstitucional y nula la inclusión de la expresión «nieguen» en este artículo. Uno de los votos particulares, debido al Magistrado Jorge Rodríguez-Zapata, disiente afirmando que con ello la legislación española se aleja de la regulación del llamado «discurso del odio» de un número importante de países europeos, como Alemania, Austria, Bélgica, la República checa, Eslovaquia, Francia, Holanda, Liechtenstein, Lituania, Polonia, Rumania, Suiza y también Israel. Además trae a colación un conocido pasaje del juez Black, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que en un voto particular en el caso *Milk Wagon Drivers Union of Chicago v. Meadowmoor* defendía la libertad de expresión⁹, con las siguientes palabras: «La libertad para hablar y escribir acerca de cuestiones públicas es tan importante para la vida de nuestro gobierno como lo es el corazón para el cuerpo humano. De hecho, este derecho es el corazón de nuestro gobierno. Si el corazón es debilitado, el resultado es la extenuación; si se para, el resultado es la muerte». Lo hace para resistir dicha doctrina precisamente, en la que dice se inspira la opinión de la mayoría del Tribunal, con esta curiosa argumentación:

Tal amplitud de la libertad de expresión representa, sin embargo, un retroceso inoportuno y grave en las garantías del pluralismo que regían en España y en los países de la Europa democrática actual que acabo de citar. En el año 1941, cuando el Juez Black escribía su famoso Voto particular, el viaje a Estados Unidos no era una travesía virtual por Internet. Cruzaban el Atlántico miles de barcos en los que huían de la Shoá, holocausto o sacrificio por fuego, miles de seres portadores de «vidas indignas de ser vividas». Entretanto la vieja Europa contemplaba el sacrificio de seis millones de judíos, que no habían podido alejarse de una realidad monstruosa que desconocía la dignidad que todo ser humano tiene, en su irrepetible individualidad. Cada continente genera sus propios monstruos y la frialdad burocrática de un régimen que practicaba científica-

⁸ STC 235/2007, de 7 de noviembre.

⁹ 312 U. S. 287 (1941).

mente todas las conductas genocidas que tipifica hoy nuestro art. 607 CP no se produjo en América, sino en Europa. Por eso la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos contempla, fiel a la tradición de los pilgrim fathers de la Unión americana, una «precious freedom of expression», mientras que –con la excepción del Reino Unido y los países escandinavos– los Estados democráticos europeos no encuentran reparo en adoptar leyes que incriminan a quienes niegan o trivializan los crímenes del holocausto nazi o el genocidio. En Europa el puesto de honor en la lista de los derechos fundamentales lo ostenta la dignidad del ser humano, por lo que no nos debemos dejar deslumbrar por categorías ajenas a la experiencia europea.

Si cito este pasaje es precisamente porque aquí, aunque sea de un modo indirecto, se da una razón para la resistencia a usar préstamos de otras jurisdicciones, cuando son ajenos a la propia experiencia nos dice.

Se podrían citar muchos otros casos de altos tribunales que hacen un uso mucho más habitual del derecho extranjero en sus decisiones. En la literatura se suelen citar los casos de la Corte Suprema del Canadá y de la Corte constitucional de Sudáfrica (véase por ejemplo Moon 2003, para la Unión europea puede verse Arnulf 2012). Pero tal vez no haya un caso más claro de discusión y controversia en el propio seno del tribunal que en la Corte Suprema de Estados Unidos. En *Roper v. Simmons*¹⁰, la Corte tuvo que decidir acerca de la constitucionalidad de la aplicación de la pena de muerte a los jóvenes menores de 18 años, en especial debía pronunciarse acerca de si dicha medida vulneraba la prohibición contenida en la enmienda octava de los Estados Unidos que excluye los «cruel and unusual punishments». La Corte decidió anular una decisión anterior, con arreglo a la cual dicho castigo no era cruel, en el caso *Stanford v. Kentucky*¹¹, y en palabras del ponente de la sentencia (el juez Kennedy) en nombre de la mayoría, una mayoría exigua de cinco contra cuatro, estableció:

Es adecuado que reconozcamos el peso abrumador de la opinión internacional contra la pena de muerte juvenil, que descansa en gran parte en la comprensión de que la inestabilidad y el desequilibrio emocional de los jóvenes puede a menudo ser un factor en el delito. Véase el Informe para los Derechos Humanos del *Committee of the Bar of England and Wales et al.*, como *Amici Curiae 10-11*. La opinión de la comunidad mundial, aunque no gobierna nuestro resultado, suministra una confirmación respetada y significativa para nuestras conclusiones.

¹⁰ 543 U. S. 551 (2005).

¹¹ 492 U. S. 361 (1989).

Sin embargo, el voto particular escrito por el juez Scalia (al que se unieron el presidente Rehnquist y el juez Thomas) discrepaba con trazo grueso de esta opinión:

La premisa básica del argumento de la Corte –según la cual el derecho americano debe conformarse a las leyes del resto del mundo– debe ser rechazada de plano.

En dos relevantes sentencias anteriores, ya Scalia había sostenido la misma opinión acerca del uso del derecho extranjero. Se trata de *Atkins v. Virginia*¹², en donde se consideró inconstitucional la aplicación de la pena de muerte a los deficientes mentales, y *Lawrence v. Texas*¹³, en la cual se anuló la jurisprudencia anterior que consideraba constitucional para las legislaciones de los estados de la Federación castigar penalmente las prácticas homosexuales¹⁴. En ambos casos, la mayoría usa el derecho extranjero de las democracias constitucionales y la jurisprudencia de sus tribunales, así como la del TEDH como apoyo a su decisión. La opinión doctrinal de Scalia (2004: 306) al respecto es rotunda:

Mi punto de vista es que los materiales jurídicos extranjeros contemporáneos *nunca* pueden ser relevantes para ninguna interpretación de –para atribuir significado a– la Constitución de los Estados Unidos.

Siguiendo a Vicki C. Jackson (2005-6, véase también 2010) llamemos a este modelo de Scalia, el modelo de la resistencia (*the Resistance Model*). Jackson lo contrapone al modelo de la convergencia (*the Convergence Model*), el modelo que Scalia supone que asume la mayoría en *Roper*, según el cual nuestras prácticas constitucionales están destinadas a converger, mediante el uso del derecho internacional y del derecho de otras jurisdicciones. Un modelo que, en muchas ocasiones, apunta hacia un horizonte deseable, pero que en otras ignora la pluralidad de nuestras culturas constitucionales, ignora el hecho de que pueden haber diversos senderos para transitar hacia la realización de los valores constitucionales últimos que nuestras democracias comparten. Por dicha razón, Jackson propone y defiende un tercer modelo, el modelo de la imbricación (*the Engagement Model*). Según dicho modelo (Jackson 2005-6: 114), «los intérpretes de la constitución no tratan los materiales extranjeros o internacionales como obligatorios ni como presuntivamente vinculantes. Pero tampoco se ciegan para excluir las fuentes y la experiencia del derecho extranjero. Las fuentes trasnacionales son contempladas como interlocutores que ofrecen un modo de evaluar la com-

¹² 536 US 304 (2002).

¹³ 539 US 558 (2003).

¹⁴ *Bowers v. Hardwick*, 478 US 186 (1986).

prensión de las tradiciones propias y como posibilidades para examinarlas en la reflexión de las tradiciones ajenas». Un modelo *dialogico*, un modelo que privilegia el *diálogo judicial*.

Este es también el modelo que voy a defender en mi contribución. Y, una vez presentada la cuestión, voy a hacerlo del siguiente modo: en el segundo apartado, voy a presentar algunas de las objeciones que pueden hacerse a este modelo, en el tercero, a partir de las objeciones, voy a tratar de caracterizarlo, en el cuarto intentaré reconstruir las ideas acerca del equilibrio reflexivo y la razón pública de John Rawls para, ya en el quinto, mostrar que son una adecuada justificación para el modelo que defiendo, en el sexto apartado concluiré.

2. LAS OBJECIONES

Voy a presentar las objeciones tanto al modelo de la imbricación como al de la convergencia, esto es una defensa del modelo de la resistencia, de la mano de un trabajo en donde se hallan muy perspicuamente presentadas. Se trata de un trabajo de Carlos Rosenkrantz (2003, en castellano 2005), ahora Juez de la Suprema Corte en la Argentina.

Rosenkrantz, después de exponer la génesis histórica de la Constitución argentina de 1853 en la Constitución de los Estados Unidos, y la importancia que ello ha tenido para el desarrollo de la jurisprudencia de su Corte Suprema, distingue entre *préstamos* y otros usos no-autoritativos del derecho extranjero. Los préstamos se dan en aquellos casos en que una decisión de un Tribunal extranjero se considera dotada de autoridad para gobernar la decisión en la propia jurisdicción. Los otros usos no-autoritativos guardan relación con la intención de los jueces de ingresar en una conversación universal, en un diálogo, destinados a auxiliarnos en la interpretación doméstica de nuestra constitución.

Ambos usos le parecen criticables. Pero antes de ver el porqué, Rosenkrantz imagina cuatro posibles defensas del diálogo judicial. Se trata de los siguientes argumentos: el argumento genealógico, el argumento contextual, el argumento procedimental y el argumento expresivo. El argumento genealógico (que toma de Choudhry 1999, Rosenkrantz 2003: 278) dispone que usar el derecho extranjero está justificado cuando una Constitución desciende genéticamente de otra, como es claro en el caso de la argentina en relación con la estadounidense¹⁵. El argumento contextual establece que si en una jurisdicción

¹⁵ Aunque un caso como el argentino no es tan frecuente, los trasplantes más fragmentarios son muy frecuentes. Pensemos en algunos aspectos de la Constitución española: el mecanismo de censura constructiva, para producir un cambio en la presidencia del ejecutivo, establecido por los artículos 112 a 115 del texto constitucional

un caso es decidido de determinado modo (la inconstitucionalidad de la pena de muerte aplicada a menores, por ejemplo), un caso igual en todos los aspectos relevantes en otra jurisdicción habrá de ser decidido del mismo modo. El argumento procedimental señala que si un caso ha sido decidido conforme a determinados procedimientos que acreditan una deliberación cabal de todos los puntos de vista, dicha decisión puede servir de inspiración en otra jurisdicción (pensemos en, para referirme a algo muy actual en España, si la opinión consultiva de la Corte Suprema del Canadá acerca de la secesión del Quebec¹⁶, podría ser inspiradora de nuestro Tribunal Constitucional para el caso de Cataluña). El argumento expresivo se refiere al hecho de adoptar determinadas cláusulas constitucionales para mostrar el compromiso con determinados valores, como ocurre con las declaraciones de derechos de las democracias constitucionales después de una dictadura, como es el caso de España, que normalmente van acompañadas (como en el art. 10 de nuestra Constitución) del establecimiento del deber de interpretarlas de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos y el resto de Tratados internacionales sobre la materia ratificados por el país de referencia.

A continuación, Rosenkrantz desarrolla un argumento en contra del uso dotado de autoridad de los préstamos. Un argumento que concibe como apto para socavar los cuatro argumentos a favor. En síntesis este es el argumento (Rosenkrantz 2003: 512):

Si aceptamos la idea de que se supone que cumplimos con las normas solamente cuando ellas son el resultado de decisiones colectivas de la entidad política a la que pertenecemos, entonces podríamos objetar los «préstamos» o «trasplantes» constitucionales simplemente porque ellos consisten, esencialmente, en la deferencia a decisiones colectivas tomadas por otros. La adopción consciente de una norma constitucional extranjera como derecho vinculante por una autoridad constitucional o por un juez son dos casos en que los temas más básicos de nuestra vida interpersonal son decididos por personas con quienes no tenemos relación política alguna, y quienes no son miembros de la misma entidad política. Esta deferencia de la última palabra en asuntos constitucionales a otros es lo que torna la práctica de los «préstamos» o «trasplantes» incompatible con el principio según el cual la coerción sólo puede ser justificada cuando es la consecuencia directa de una decisión colectiva y, por lo tanto, los «préstamos» resultan de imposible validación en el contexto de una democracia constitucional. [notas omitidas.]

siguen fielmente lo establecido en los artículos 67 y 68 de la Ley Fundamental de Bonn y no sería extraño, si se produjera alguna duda interpretativa en su implementación, acudir a la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht*.

¹⁶ Reference Re Secession of Quebec (1998), 2 SCR 217.

Es decir, usar el derecho extranjero para tomar decisiones constitucionales comporta renunciar al autogobierno al que aspiran las democracias constitucionales.

Los argumentos en contra de los usos no-autoritativos del derecho extranjero son más matizados. Son dos (Rosenkrantz 2003: 593-594): a) que introducen una complejidad innecesaria en la justificación de las decisiones judiciales, una complejidad que hace más difícil la comprensión por parte de los ciudadanos que suelen desconocer las vicisitudes de la práctica jurisprudencial extranjera y b) que dificultan el desarrollo de una cultura constitucional diferenciada.

En el próximo apartado, trataré de mostrar cómo el modelo de la imbricación puede anular la fuerza de las objeciones presentadas por Rosenkrantz y rescatar la fuerza de los cuatro argumentos por él presentados. Sin embargo, deseo añadir ahora dos observaciones previas.

En primer lugar, Rosenkrantz no distingue el uso del derecho extranjero del uso del derecho internacional por parte de los Tribunales. Creo, sin embargo, que es preciso hacerlo¹⁷. Las obligaciones internacionales contraídas con la ratificación de Convenios y Tratados internacionales hace del uso del derecho internacional una práctica necesaria, en virtud de nuestras constituciones. Pensemos, en el caso de Europa, en el papel que representa el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la primacía en la aplicación del derecho europeo o en la fuerza creciente de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Las decisiones de Estrasburgo y las de Luxemburgo son susceptibles de cambiar el derecho interno, como bien sabemos¹⁸.

En segundo lugar, y respecto de la complejidad innecesaria añadida por el uso del derecho extranjero, deseo señalar que la complejidad de la aplicación del derecho contemporáneo, a menudo trezado con un vocabulario técnico y argumentos extraños a los profanos hace que

¹⁷ Carlos Espósito llamó amablemente mi atención al trabajo de Filippini (2007) que replica a Rosenkrantz de este modo. La contrarréplica de Rosenkrantz (2007) no me parece convincente.

¹⁸ Véanse dos ejemplos, recientes y significativos, de decisiones internacionales que afectan a la aplicación del derecho en España: *Caso Del Río Prada versus España*, de 21 de octubre de 2013, (proced. 42750/09), en donde el Tribunal de Estrasburgo declara contraria al Convenio la decisión del Tribunal Supremo español, ratificada por el Tribunal Constitucional, que cambiaba una jurisprudencia estable acerca del modo de contar los años de condena penal establecidos por sentencias condenatorias, la llamada *doctrina Parot* y la STUE de 16 de diciembre de 2016, sobre el carácter abusivo de las denominadas *cláusulas suelo*, que establecían un límite inferior a los intereses de las hipotecas, y las responsabilidades que el reconocimiento de ese carácter abusivo comportaban para las entidades financieras, resolviendo diversas cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales españoles. Tal vez el ahora juez Rosenkrantz, que se ha sumado a la mayoría en la sentencia de la Suprema Corte de Argentina de 14 de febrero de 2017 limitando los efectos internos de una decisión de la CIDH de Costa Rica, también desee limitar esta jurisprudencia bien asentada en Europa. Pero estos argumentos no se hallan en el artículo que comento, aunque algo dice en Rosenkrantz (2007).

la sencillez que desea Rosenkrantz no sea un ideal esperable, a lo más que podemos aspirar es a que el fallo sea claro y las razones principales que lo sustentan puedan ser compartidas en el foro de la razón pública. Que en los fundamentos de la decisión se evalúe o no el derecho extranjero creo que es irrelevante a estos efectos.

3. EL MODELO DE LA IMBRICACIÓN

La hipótesis que quiero defender es la siguiente:

Los tribunales que aplican la constitución en las democracias constitucionales, sean tribunales constitucionales o cortes supremas, adoptarán decisiones más perspicuas en los casos controvertidos de su jurisdicción si toman en cuenta en su razonamiento las justificaciones ofrecidas por Tribunales de otras jurisdicciones, nacionales de otras democracias constitucionales o internacionales.

La idea puede ser defendida mediante las tres siguientes razones aducidas por Jackson (2005-6: 116-117): a) en casos en los que varias interpretaciones pueden ofrecerse, de acuerdo con las prácticas interpretativas de una jurisdicción, contribuciones ofrecidas por tribunales de otras jurisdicciones pueden suministrar información empírica y argumentos conceptuales nuevos a favor de una de las interpretaciones, b) algunas veces la comparación puede hacer más claro en qué sentido la propia jurisdicción es distinta de las comparadas y aboga por una interpretación diversa y c) las fuentes jurídicas extranjeras o internacionales pueden mostrar modos distintos de incorporar el razonamiento moral a la interpretación de la protección de los derechos fundamentales, por ejemplo.

Estas ideas conducen a defender un modo de lo que ha sido denominado el *diálogo judicial*¹⁹. En dicho diálogo las opiniones de los jueces en otras jurisdicciones distintas a la propia no despliegan una autoridad concluyente o decisiva²⁰, despliegan una autoridad que, siguiendo una sugerencia de Glenu (1987) y Slaughter (2003), podemos denominar una *autoridad persuasiva*²¹.

Se trata de imaginar una conversación global y cosmopolita entre todos los altos tribunales de las democracias constitucionales y los tribunales internacionales a la búsqueda de una mejor comprensión de

¹⁹ La idea procede de L'Hereux-Dubé (1998).

²⁰ No despliegan usos dotados de autoridad en el sentido raziano (Raz 1985, por ejemplo), es decir no constituyen razones de segundo orden aptas para desplazar las otras razones que dirigen la decisión en sentido contrario, no son ni siquiera independientes del contenido.

²¹ Sobre en qué sentido puede decirse que el derecho extranjero está dotado de autoridad en la propia jurisdicción véase el sugerente ensayo Schauer (2008).

los presupuestos que nos unen y, también, de aquellos que nos hacen plurales y diversos. Todo ello con el objeto de converger en aquello que nos une y de divergir en aquello que, de un modo legítimo, es propio de cada uno. Pensemos, por ejemplo, en las diversas, y legítimas según creo, opiniones acerca del denominado «discurso del odio» (véase, por ejemplo, Waters 2008).

Sin embargo, y dado que comparto la afirmación de Alford (2005: 639) según la cual: «El comparativismo constitucional –la noción de que el material internacional y extranjero debe ser usado para interpretar la Constitución de los Estados Unidos está ganando terreno. Sin embargo, los proponentes de esta práctica raramente ofrecen una justificación teórica firme para dicha práctica», a continuación trataré de ofrecer una posible, y espero que plausible, justificación para tal práctica procedente de las ideas de Rawls acerca del equilibrio reflexivo.

4. RAWLS, EL EQUILIBRIO REFLEXIVO Y EL USO DE LA RAZÓN PÚBLICA

T. M. Scanlon (2003: 139) en un relevante trabajo sostiene con razón que en la obra de Rawls hay tres nociones de justificación: el método del equilibrio reflexivo, la derivación de los principios en la posición original y la idea de la razón pública. A pesar de la relevancia de la noción de los principios surgidos de la posición original, dejaré esta cuestión de lado en esta presentación por dos razones: a) porque constituye el núcleo de la concepción rawlsiana de la justicia como equidad y es por ello más conocida y b) porque guarda menor relación (aunque debemos recordarla como trasfondo) con lo que aquí deseo mostrar.

Aunque quizá la primera vez en la que Rawls presenta algunas ideas que después se convertirán en el equilibrio reflexivo sea en el temprano Rawls (1951), la idea fue desarrollada en la filosofía de la lógica como justificación de los resultados que obtenemos mediante el uso de inferencias, deductivas e inductivas, por Nelson Goodman (1955: 64) con estas palabras (pero sin denominarlo *equilibrio reflexivo*):

He dicho que las inferencias deductivas están justificadas por su conformidad con las reglas generales válidas y que las reglas generales están justificadas por su conformidad con las inferencias válidas. Pero este círculo es virtuoso. La cuestión reside en que las reglas y también las inferencias particulares están justificadas por lograr el acuerdo unas con otras. *Una regla es revisada si de ella se obtiene una inferencia que somos remisos a aceptar; una inferencia es rechazada si viola una regla que somos remisos a revisar.* El proceso de justificación reside en aquel delicado punto de hacer ajustes mutuos entre las reglas y las inferencias aceptadas. En el acuerdo alcanzado reside la única justificación necesaria para ambas.

Pues bien, Rawls en *A Theory of Justice* (1971: 46-52, 1999a: 40-46) propone un método similar para la justificación de nuestras decisiones prácticas, para la filosofía moral. Comenzamos con un conjunto de *juicios considerados*, de intuiciones, aunque Rawls no usa este término, y las sometemos a revisión de acuerdo con los principios morales a los que adherimos, que consideramos más razonables. Si algunas intuiciones no encajan bien unas con otras o se apartan de lo que los principios cubren, entonces tal vez estemos dispuestos a sacrificar algunas de ellas. Pero puede también suceder que, al evaluar las intuiciones, descubramos que algunos de los principios necesitan ser modificados o revisados. El proceso de la justificación práctica reside en esta operación *coherentista* de procurar que nuestros principios morales y nuestros juicios considerados resulten en un *equilibrio reflexivo*.

Pero Rawls nos advierte de que el procedimiento no acaba cuando hemos realizado esta operación con arreglo a los principios de la teoría moral a la que adherimos, es preciso que amplíemos el método y que transitemos del equilibrio reflexivo *estrecho* al equilibrio reflexivo *amplio*, en el cual debemos poner en tela de juicio nuestras intuiciones con los principios de todas las teorías morales razonables y buscar un equilibrio más ambicioso²². Así nos lo explica Rawls (1974, 1999b: 289):

[...] porque nuestra indagación está motivada filosóficamente, estamos interesados en qué concepciones afirmarían las personas cuando hubieran logrado un equilibrio reflexivo amplio y no sólo uno estrecho, un equilibrio que satisfaga determinadas condiciones de racionalidad. Es decir, mediante la adopción del papel de observadores teóricos morales, investigamos qué principios las personas reconocerían y aceptarían sus consecuencias cuando ellas hubiesen tenido la oportunidad de considerar otras concepciones plausibles y evaluar los fundamentos que las soportan. Si se toma este proceso hasta el fin, se halla la concepción, o la pluralidad de concepciones, que sobrevivirían a la consideración racional de todas las concepciones realizables y de todos los argumentos razonables para ellas. No podemos, es claro, realmente llevar a cabo esta tarea, pero podemos hacer lo que parece acercarse más a ello, a saber, caracterizar la estructura de las concepciones familiares predominantes para nosotros desde la tradición filosófica, y obtener los refinamientos ulteriores que se nos revelan como más prometedores.

²² En *A Theory of Justice* (Rawls 1971, 1999a), el autor introduce la distinción sin usar las expresiones *estrecho* y *amplio* (y se arrepiente de no haberlas usado según propia confesión, Rawls 2001: 31) que no aparecen hasta Rawls (1974, ahora en 1999b: ch.15).

Obviamente hay mucho más que decir, y muchas críticas a las que responder, acerca del equilibrio reflexivo²³. Pero creo que esto basta para lo que quiero mostrar. Sobre todo si se a ello añadimos que Rawls concibe el razonamiento judicial de un modo semejante: (1971: 237, 1999: 209):

El precepto según el cual las decisiones similares dadas en casos similares limita de un modo significativo la discreción de los jueces y otros operadores dotados de autoridad. El precepto les fuerza a justificar las distinciones que hacen entre las personas por referencia a las normas y principios jurídicamente relevantes. En cada caso particular, si las normas son irremediabilmente complejas y exigen ser interpretadas, puede ser fácil justificar una decisión arbitraria. Pero en la medida que el número de casos aumenta, las justificaciones plausible para juicios sesgados deviene más difícil de construir. El requerimiento de consistencias se mantiene, como ha de ser claro, para la interpretación de todas las normas y para la justificación de todos los niveles.

La otra idea rawlsiana que deseo introducir es la idea de la razón pública. En *A Theory of Justice*, Rawls suponía (véase Scanlon 2003: 158-159) que una sociedad bien ordenada, una sociedad organizada a partir de los dos principios de la justicia (el principio de las libertades básicas y el principio de la igualdad de oportunidades junto con que las desigualdades sólo están justificadas cuando benefician a los peor situados, el principio de la diferencia) sería una sociedad *estable*. En una sociedad así estructurada las personas, según Rawls, adquirirán un apropiado sentido de la justicia y un deseo de apoyar dichos principios (Rawls 1971: 454, 1999a: 398).

Sin embargo, en *Political Liberalism* (1993)²⁴, Rawls concluye que este modo de asegurar la estabilidad no toma en cuenta lo que denomina «el hecho del pluralismo razonable». El hecho de que en una sociedad bien ordenada las personas tendrán todavía diferentes concepciones acerca de cuestiones tan fundamentales como son el significado de la propia vida y de aquello que constituye el mejor modo de enfocar sus propias vidas. Y en su anterior punto de vista la estabilidad era proporcionada por personas que adherían a una versión de la autonomía personal, a menudo característicamente kantiana (Scanlon 2003: 159), que dicho enfoque suponía. Ahora, en cambio, Rawls piensa que el sentido de la justicia ha de hallar fundamentos no sólo

²³ Una excelente presentación puede verse en Daniels (2016, vd. también Daniels 1996). Algunas críticas especialmente perspicuas a la dificultad de que el método del equilibrio reflexivo pueda proporcionarnos la *convergencia* que garantice la estabilidad, tempranamente en Brandt (1979, 1990), Hare (1973), y más recientemente en (Kelly, McGrath 2010). Una poderosa crítica al procedimiento constructivo rawlsiano porque ofrece una relevancia impropia a las circunstancias empíricas en su establecimiento de los principios de justicia en Cohen (2008).

²⁴ Véase el iluminador prefacio a la edición en *paperback* del libro (Rawls 1996).

en el liberalismo kantiano, sino también en otros enfoques: el liberalismo milliano o versiones de las grandes confesiones religiosas, como el cristianismo o el islamismo que aceptan el liberalismo, por ejemplo. Se trata, dice Rawls, de concepciones *comprehensivas* razonables. Por lo tanto es preciso hallar un consenso por superposición (un *overlapping consensus*) entre estas doctrinas razonables²⁵. Y este consenso es algo que solamente podemos obtener restringiendo aquellos argumentos que pueden introducirse en el foro público, porque sólo ellos responden al requisito de la *reciprocidad*. Y aquí es donde aparece la doctrina de la razón pública.

Dicha doctrina no apela a cuestiones controvertidas que fundan nuestros valores políticos, apela solamente a cuestiones de justicia institucional básica y a lo que denomina los «elementos constitucionales esenciales» («constitutional essentials»), que pueden ser aceptados por diversas concepciones *comprehensivas*.

Y aquí, según Rawls, el papel de los jueces es crucial (Rawls 1997: 767, ahora 1999b: ch. 26, 574):

Es imperativo darse cuenta de que la idea de la razón pública no se aplica a todas las discusiones políticas de las cuestiones fundamentales, sino sólo a las discusiones de aquellas cuestiones a las que me refiero como el fórum político público. Este fórum puede dividirse entres partes: el discurso de los jueces en sus decisiones, y especialmente el de los jueces de la corte suprema; el discurso de los miembros del gobierno, especialmente de los ejecutivos y de los legisladores; y finalmente, el discurso de los candidatos a puestos públicos y de sus responsables de campaña, especialmente en su oratoria pública, plataformas de los partidos y discursos políticos.

Es decir, para Rawls, los jueces ocupan un muy relevante lugar en el foro de la razón pública. Es más, ese lugar privilegiado le sirve a Rawls (1997: 797, ahora en 1999b, ch. 26: 605) para caracterizar el modo en que todos los ciudadanos debemos comportarnos en el espacio público:

Recordemos que la razón pública considera la tarea de ciudadano con su deber de civilidad como análoga al del juez con su deber de decidir los casos. Igual como los jueces han de decidir los casos mediante los fundamentos jurídicos de los precedentes, los cánones reconocidos de interpretación jurídica, y otros fundamentos relevantes, también los ciudadanos han de razonar mediante la razón pública y han de guiarse por el criterio de reciprocidad, siempre cuando los elementos constitucionales esenciales y las cuestiones de la justicia básica están en juego.

De este modo, cuando parece que están a la par, esto es, cuando los argumentos jurídicos parecen balanceados de modo parejo, los jueces no pueden resolver el caso simplemente apelando a sus pro-

²⁵ Rawls (1987, ahora 1999b: ch. 20; 1989, ahora 199b: ch. 22).

pios puntos de vista políticos. Hacerlo de este modo es para los jueces violar su deber. Lo mismo se mantiene con la razón pública: si, cuando la situación está a la par, los ciudadanos invocan las razones que fundan sus concepciones comprensivas, el principio de reciprocidad es violado. Desde el punto de vista de la razón pública, los ciudadanos deben votar a favor de la ordenación de los valores políticos que ellos consideran sinceramente más razonable. En otro caso no alcanzan a ejercer el poder político en un modo que satisfaga el criterio de reciprocidad.

5. EL DIÁLOGO JUDICIAL COMO EXPRESIÓN DE LA RAZÓN PÚBLICA

Me propongo, ahora, aplicar estas ideas al diálogo judicial. Imaginemos, con espíritu cosmopolita²⁶, que los altos tribunales de las democracias constitucionales y, también, los tribunales internacionales (el Tribunal Internacional de Justicia, el Tribunal Penal Internacional, el Tribunal Europeo de los derechos humanos, la Corte Interamericana de los derechos humanos, el Tribunal de la Unión europea, por ejemplo) se consideran así mismos como integrando una «comunidad global de Tribunales» (Slaughter 2003)²⁷. Por lo tanto, se consideran a sí mismos como llevando a cabo una *deliberación compartida*²⁸. Ahora bien, ¿en qué consiste dicha deliberación compartida? ¿Qué es lo que hace que pueda decirse que estos tribunales actúan *conjuntamente*?

Creo que aquí la idea rawlsiana del equilibrio reflexivo puede venir en nuestro auxilio. En los casos controvertidos, los jueces se hallan a menudo en la situación que las interpretaciones admisibles de sus textos constitucionales y sus propios precedentes no son concluyentes. Hay varias formas de tomar una decisión que no son claramente contrarias a los materiales de los que el juez dispone en su propia jurisdic-

²⁶ Tal vez no hace falta ser tan optimista como, a veces, lo son los defensores del cosmopolitismo (como yo mismo) y semejantes conclusiones puedan ser obtenidas de un enfoque más atento al denominado *pluralismo jurídico* (véase Krisch 2010)

²⁷ Una concepción que podría descansar en la idea de una comunidad internacional presente en los poderes constituyentes de los Estados, una comunidad internacional de personas libres e iguales. Véase esta sugerencia recientemente en Kumm (2016).

²⁸ La idea es de Bratman (2014: ch. 7). Bratman está pensando en deliberaciones cuando es obvio que formamos parte de un plan conjunto: pintar una casa juntos, decidir juntos en una comisión los candidatos a profesor que van a ser admitidos, dar un paseo juntos, etc. Pero no veo graves inconvenientes en imaginar que los Tribunales se consideren a sí mismos como partes de un plan de decidir los casos de acuerdo con los fundamentos comunes de nuestras democracias constitucionales. Uno podría también intentar fundar esta práctica en las ideas acerca de la comunidad de diálogo habermasiana (vd. Habermas 1992 y su debate con Rawls, Habermas 1993, Rawls 1993), pero este sendero quedará aquí sólo apuntado.

ción. Y, tal vez, hay varios modos de alcanzar un equilibrio entre sus juicios considerados, las proposiciones jurídicas que consideran aceptables (pensemos, por ejemplo, en la cuestión de si es verdadera la proposición jurídica que afirma que la pena de prisión perpetua es un trato inhumano y degradante, en la jurisdicción española) y los principios de su práctica constitucional. Dworkin (1977), como es sabido, distingue dos dimensiones en la operación de la aplicación del derecho, la dimensión de adecuación («dimension of fit») y la dimensión de justificación («dimension of justification»). Pues bien, en la dimensión de adecuación los jueces no hallan argumentos concluyentes a favor de una decisión ni de la contraria. Deben pasar a la dimensión de la justificación. Y aquí el equilibrio reflexivo es realmente crucial. Deben establecer cuál es el modo más coherente de armonizar los materiales jurídicos con los principios que mejor reconstruyen su práctica constitucional. Ahora bien, si se limitan a su práctica doméstica, el equilibrio reflexivo que alcanzarán será estrecho. Si, por el contrario, deciden acudir a los que han hecho los tribunales en otras jurisdicciones o los tribunales internacionales, entonces ampliarán su visión. Obviamente, el resultado de esta operación no se halla predeterminado, dado que su responsabilidad consiste en decidir el caso en *su* jurisdicción. Pero una deliberación razonada, a la vista de lo que otros decidieron, puede iluminar de un modo insospechado alguno de los propios precedentes, o puede mostrar que una interpretación minoritaria de un texto constitucional armoniza mejor con otros presupuestos de nuestra práctica constitucional. Alcanzar un equilibrio reflexivo amplio es el propósito de esta deliberación compartida.

No obstante, creo que las ideas rawlsianas de la razón pública vienen a aclarar esta propuesta. En primer lugar, la deliberación compartida que es el núcleo de este diálogo judicial debe aparecer restringida a los tribunales de las democracias constitucionales. Sólo las concepciones presupuestas por las democracias constitucionales pueden ser consideradas *razonables* en el sentido rawlsiano. Esto excluye, por ejemplo, las concepciones fundadas en la singularidad de alguna raza, como fue el nazismo, o las concepciones fundadas en alguna confesión religiosa, como fue tal vez el derecho de la dictadura franquista en relación con el catolicismo o como son hoy en día, algunos países que aplican directamente la ley de la sharia. Eso no presupone, deseo aclararlo, cuál deba ser la regulación de la libertad religiosa: caben desde sistemas de laicismo como el francés a sistemas, como el británico, en los cuales la máxima autoridad religiosa del país reside en la figura del monarca. Pero el respeto a las libertades básicas exige que el derecho admita la pertenencia a cualquier confesión religiosa, o a ninguna, y la posibilidad de abandonar dicha pertenencia.

Y, en segundo lugar, otra restricción debe ser aceptada de acuerdo con la doctrina de la razón pública. No todos los presupuestos de un ordenamiento extranjero deben ser admitidos en la deliberación, porque no todos los presupuestos de nuestros sistemas jurídicos naciona-

les están en condiciones de pasar el filtro de la razón pública. Por ejemplo, el hecho de que una determinada concepción del laicismo en Francia y del ejercicio de la función pública de acuerdo con las convicciones del laicismo, lleve a considerar aceptable para la práctica constitucional francesa la prohibición a las personas responsables de la educación y a los alumnos de vestir con signos que puedan ser considerados religiosos (así la prohibición de usar el chador o la sotana en las escuelas), no debe formar parte de la deliberación al respecto de otros tribunales²⁹. No debe hacerlo porque dicha prohibición se funda en una concepción comprensiva que el derecho francés adopta, pero la libertad religiosa no la exige. Hay formas de respetar la libertad religiosa de todos compatibles con permitir diversas formas de vestir, aunque muestren las convicciones religiosas, a todas las personas que ejercen de docentes en determinada sociedad. Tal vez, por cierto, esta idea pueda servir para acomodar la controvertida doctrina del TEDH referida al denominado *margen de apreciación*³⁰.

Si esta internacionalización del derecho constitucional fuese alcanzada, mediante el *diálogo judicial*, sería sin duda el mejor modo de procurar una, en mi opinión deseable, constitucionalización del derecho internacional.

6. CONCLUSIÓN

Si esta deliberación compartida que, como hemos visto ya ha comenzado, no se detiene, entonces puede alcanzar un consenso acerca de los presupuestos comunes de los sistemas jurídicos de las democracias constitucionales, un nuevo *Ius Gentium*. Waldron (2005: 146-147), al que se debe esta sugerencia, lo dice así:

El contraste verdadero entre aquellos que se oponen y aquellos que defienden el uso del derecho extranjero en el razonamiento jurídico americano *no* consiste en que los juristas del primer grupo son provincianos y los segundos cosmopolitas. Aquellos que contemplan el derecho como una cuestión de la voluntad no ven ninguna razón por la cual las expresiones de voluntad de otros lugares en el mundo deban afectar nuestras expresiones de voluntad en los Estados Unidos. Pero aquellos que consideran el derecho como una cuestión de razón pueden querer depositar su confianza, con espíritu científico, no sólo en nuestro propio razonamiento sino también en algunas relaciones racionales con la que otros se han enfrentado y que otros han descifrado.

²⁹ Desde el temprano *avis* de su Consejo de Estado: Conseil d'Etat, Section de l'intérieur, 27 novembre 1989, n.º 346893, Avis «Port du foulard islamique».

³⁰ Aplicado por primera vez, como es sabido, en el caso *Handyside v United Kingdom* (1976). Véase por ejemplo Letsas (2007).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALFORD, Roger P. (2005): «In Search of a Theory for Constitutional Comparativism», *UCLA Law Review* 52: 639-714.
- ARNULL, Anthony (2012): «Judicial Dialogue in the European Union», in J. Dickson, P. Eleftheriadis (eds.), *Philosophical Foundations of European Union Law* (Oxford: Oxford University Press), ch. 5.
- BAYÓN, Juan Carlos (2004): «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo» en J. Betegón, F. J. Laporta, J. R. Páramo, L. Prieto Sanchís (eds.), *Constitución y derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales): 67-118.
- BRANDT, Richard (1979): *A Theory of the Good and the Right* (Oxford: Oxford University Press).
- (1990): «The Science of Man and Wide Reflective Equilibrium», *Ethics*, 100: 259-278.
- BRATMAN, Michael E. (2014): *Shared Agency. A Planning Theory of Acting Together* (Oxford: Oxford University Press).
- COHEN, Gerald A. (2008): *Rescuing Justice and Equality* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).
- CANALES, Damiano (2015): «Comparative Reasoning in Legal Adjudication», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 28: 5-27.
- CHOUHRY, Sujit (1999): «Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation», *Indiana Law Journal*, 74: 819-892.
- DANIELS, Norman (1996): *Justice and Justification: Reflective Equilibrium in Theory and Practice* (Cambridge: Cambridge University Press).
- (2016): «Reflective Equilibrium», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = «<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/reflective-equilibrium/>».
- DWORKIN, Ronald (1977): «Hard Cases», en Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously* (London: Duckworth), ch. 4.
- (2006): «Does Britain Need a Bill of Rights?», en R. DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of American Constitution* (Oxford: Oxford University Press): 352-372.
- FILIPPINI, Leonardo G. (2007): «El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo: Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz», *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 8: 191-202.
- GARDBAUM, Stephen (2013): *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice* (Cambridge: Cambridge University Press).
- GARGARELLA, Roberto (1996): *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial* (Barcelona: Ariel).
- GAYO (1904): *Gai Institutiones or Institutes of Roman Law by Gaius*, with a Translation and Commentary by the late Edward Poste, M. A. Fourth edition, revised and enlarged by E. A. Whittuck, M. A. B. C. L., with an historical introduction by A. H. J. Greenidge, D. Litt (Oxford: Clarendon Press). 12/4/2017. <http://oll.libertyfund.org/titles/1154>
- GOODMAN, Nelson (1955): *Fact, Fiction, and Forecast* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).
- GLENU, H. Patrick (1987). «Persuasive Authority», *McGill Law Journal*, 32: 261-297.

- GUASTINI, Riccardo (1998): «La «costituzionalizzazione» dell'ordinamento italiano», en *Region Pratica*, 11: 185-206.
- HABERMAS, Jürgen (1992): *Faktizität und Geltung* (Frankfurt am Main: Shurkamp Verlag).
- (1995): «Reconciliation through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls's Political Liberalism», *The Journal of Philosophy*, 92: 109-131.
- HARE, Richard M. (1973): «Rawls» Theory of Justice», *Philosophical Quarterly*, 23: 144-55; 241-51.
- JACKSON, Vicki C. (2005-6): «Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement», *Harvard Law Review*, 119: 109-128.
- (2010): *Constitutional Engagement in a Transnational Era* (Oxford: Oxford University Press).
- KELLY, Thomas; McGRATH, Sara (2010): «Is Reflective Equilibrium Enough?», *Philosophical Perspectives*, 24: 325-359.
- KRISCH, Nico (2010): *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law* (Oxford: Oxford University Press).
- KUMM, Matthias (2016): «Constituent Power, Cosmopolitan Constitutionalism, and Post-positivist Law», *International Journal of Constitutional Law* 14: 697-711.
- LETSAS, George (2007): *A Theory of Interpretation of the European Convention of Human Rights* (Oxford: Oxford University Press).
- L'HEREUX-DUBÉ, Claire (1998): «The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court», *Tulsa Law Journal*, 34: 15-45.
- MALMAI, Gábor (2012): «The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation», en Michael Rossenfeld, Andras Sajó (eds.) (2012): ch. 64.
- MORESO, J. J. (2009): *La Constitución: modelo para armar* (Madrid: Marcial Pons).
- MOON, Cody M. (2003): «Comparative Constitutional Analysis: Should the United States Supreme Court Join the Dialogue?», *Washington University Journal of Law & Policy*, 12: 229-247.
- PERJU, Vlad: «Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations», *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford: Oxford University Press), ch. 63.
- RAWLS, John (1951): «Outline of a Decision Procedure for Ethics», *Philosophical Review*, 60: 177-97.
- (1971): *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).
- (1974): «The Independence of Moral Theory», *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*, 47: 5-22.
- (1987): «The Idea of Overlapping Consensus», *Oxford Journal of Legal Studies*, 7: 1-25.
- (1989): «The Dominion of the Political and Overlapping Consensus», *New York University Law Review*, 64: 233-255.
- (1993): *Political Liberalism* (New York: Columbia University Press).
- (1995): «Political Liberalism: Reply to Habermas», *The Journal of Philosophy*, 92: 132-180.
- (1996): *Political Liberalism*, Paperback edition (New York: Columbia University Press).
- (1997): «The Idea of Public Reason Revisited», *The University of Chicago Law Review*, 64: 765-807.

- RAWLS, John (1999a): *A Theory of Justice*, 2nd edition (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).
- (1999b): *Collected Papers*, Samuel Freeman (ed.) (Cambridge Mass.: Harvard University Press).
- (2001): *Justice as Fairness: A Restatement* (Cambridge Mass.: Harvard University Press).
- RAZ, Joseph (1985): «Authority, Law, and Morality», *The Monist*, 68: 295-324.
- (1998): «On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries», en Larry Alexander (ed.), *Constitutionalism. Philosophical Foundations* (Cambridge: Cambridge University Press), ch. 4.
- ROSENFELD, Michael; SAJÓ, András (eds.) (2012): *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford: Oxford University Press).
- ROSENKRANTZ, Carlos F. (2003): «Against Borrowings and other Nonauthoritative Uses of Foreign Law», *International Journal of Constitutional Law*, 1 (2003): 269-295.
- (2005): «En contra de los “Prestamos” y de otros usos «no autoritativos» del derecho extranjero», *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 6: 71-96.
- (2007): «Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo)», *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 8: 203-213.
- SCALIA, Antonin (2004): «Kenote Address: Foreign Legal Authority in the Federal Courts», *American Association of International Law. Proceedings*, 98: 305-310.
- SCANLON, T. M. (2003): «Rawls on Justification», en Samuel Freeman (ed.), *The Cambridge Companion to Rawls* (Cambridge: Cambridge University Press), ch. 3.
- SCHAUER, Frederick (2008): «Authority and Authorities», *Virginia Law Review*, 94: 1931-1961.
- SLAUGHTER, Anne-Marie (2003): «A Global Community of Courts», *Harvard International Law Journal*, 44: 191-219.
- TUSHNET, Mark (2009): *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law* (Princeton: Princeton University Press).
- WALDRON, Jeremy (2006): «The Core of the Case Against Judicial Review», *The Yale Law Journal*, 115: 1346-1406.
- (2005): «Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*», *Harvard Law Review*, 119: 129-147.
- WATERS, Melissa A. (2008): «The Role of Transnational Judicial Dialogue in Shaping Transnational Speech: International Jurisdictional Conflicts in Hate Speech and Defamation Law», en Russell A. Miller, Rebecca M. Bratspies (eds.), *Progress in International Law* (Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers).

Fecha de recepción: 31/03/2017. Fecha de aceptación: 31/10/2017.

Legalidad y constitucionalidad

Legality and constitutionality

Por ANDRÉS OLLERO
Universidad Rey Juan Carlos, Madrid

RESUMEN

El Tribunal Constitucional controla a los Poderes del Estado, pero con un notable esfuerzo de autocontención. Buena prueba de ello fue la reforma que supeditó la admisión de recursos de amparo a la especial trascendencia constitucional de la vulneración de un derecho. Ello obliga a revisar el temor a que un planteamiento neoconstitucionalista pueda poner en riesgo el principio de legalidad. Resulta, por el contrario, comprensible que se lo considere cercano al iusnaturalismo; sobre todo si se suscribe el empeño de considerar morales a todas las exigencias jurídicas no legalizadas, o se estima incompatible con el iusnaturalismo el reconocimiento de la juridicidad de la ley injusta. La STC 11/2016, de 1 de febrero puede, entre otras, ayudar a reflexionar sobre el particular; así como la STC 80/1982 alertó sobre la existencia de exigencias jurídicas no legalizadas.

Palabras clave: *Principio legalidad, control constitucionalidad, neoconstitucionalismo, iusnaturalismo, derecho y moral.*

ABSTRACT

The Constitutional Court controls public powers with a remarkable effort of self-restraint. It can be proved through the legal reform requiring special constitutional transcendence to admit individual appeals for protection («recursos de amparo»). Such a reform challenges a neoconstitutionalist approach about principle of legality. Some may consider this kind of reform close to natural law bases, especially those who consider non-legalized legal

requirements as moral rules or tend to refuse the compatibility between unfair law and natural law. Constitutional Court Judgment number 11/2016, February 1st, among others, may help to think on the issue. So does number 80/1982, which warned about the existence of non-legalized legal requirements.

Key words: Principle of legality, control of constitutionality, neo-constitutionalism, iusnaturalism, law and moral.

SUMARIO: RECURSO DE AMPARO Y ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL. NEOCONSTITUCIONALISMO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD. IUSNATURALISMO MOTEJADO COMO IUSMORALISMO. DERECHO COMO MÍNIMO ÉTICO Y LEY INJUSTA. UN PROBLEMA JURÍDICO: LA STC 11/2016, DE 1 DE FEBRERO. EXIGENCIAS JURÍDICAS NO LEGALIZADAS.

SUMMARY: INDIVIDUAL APPEAL FOR PROTECTION («RECURSO DE AMPARO») AND SPECIAL CONSTITUTIONAL TRANSCENDENCE. NEOCONSTITUTIONALISM AND PRINCIPLE OF LEGALITY. IUSNATURALISM AS IUSMORALISM. LAW AS AN ETHICAL MINIMUM AND UNFAIR LAW. A LEGAL PROBLEM: CONSTITUTIONAL COURT JUDGMENT 11/2016, FEBRUARY 1ST. NON-LEGALIZED LEGAL REQUIREMENTS.

Pocos problemas de teoría jurídica más relevantes para las tareas del Tribunal Constitucional que marcar la difícil frontera entre el plano de la legalidad y el de la constitucionalidad¹. Cuando llega a olvidarse, se distorsiona el papel del Tribunal, convertido inadecuadamente en un presunto superpoder del Estado.

Es fácil que alimente ese perturbador espejismo el hecho indudable de que al Tribunal se encomienda, en defensa de la Constitución, el control de los actos y resoluciones de los tres poderes del Estado. Ciertamente «no hay problema jurídico medianamente serio que no encuentre alguna orientación de sentido en la preceptiva constitucio-

¹ «Algunos intentos de delimitar ambas jurisdicciones me han parecido siempre esfuerzos baldíos, por sustentarse en un desconocimiento del significado de nuestro modelo de justicia constitucional.

Así el que se basa en que el Tribunal Constitucional se limite a los asuntos de estricta constitucionalidad y sean de competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria los de estricta legalidad. Esa distinción no sirve en un ordenamiento como el nuestro, en el que es muy difícil separar constitucionalidad y legalidad, ya que los jueces y tribunales han de interpretar constitucionalmente la ley (e incluso anular actos y reglamentos por inconstitucionales) y el Tribunal Constitucional no sólo ha de interpretar la Constitución sino también la ley que enjuicia», ARAGÓN REYES, M., «Problemas de la justicia constitucional en España», en Enrique Arnaldo Alcubilla y Pedro González-Trevijano (dir.), *En pro de la regeneración política en España*, Cizur Menor, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 604-605.

nal, y con frecuencia más de una. Más técnicamente, esto suele llamarse el efecto impregnación o irradiación: los valores, principios y derechos fundamentales desbordan el marco constitucional e inundan, invaden o saturan el sistema jurídico en su conjunto, de manera que en puridad desaparecen las rígidas fronteras entre cuestiones constitucionales y cuestiones legales»². El cuadro falsea sin embargo la realidad si a dicha circunstancia no se añade otra: el continuo esfuerzo de autocontención que caracteriza la relación del Tribunal con el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial.

Al primero corresponde de modo prioritario el desarrollo de buena parte de los preceptos constitucionales, como pone de relieve la reserva de ley del artículo 53.1 de la Constitución Española (en adelante CE), en lo relativo a los derechos y libertades, con obligado respeto de su contenido esencial. El Tribunal Constitucional procurará en consecuencia no pronunciarse sobre la *constitucionalidad* de los preceptos legales, limitándose a hacerlo sobre su inconstitucionalidad o, en su caso, sobre su *no inconstitucionalidad*. Ello no solo en homenaje a la caracterización kelseniana de su tarea como *legislación negativa* sino, sobre todo, para alejar toda tentación de convertirse en evaluador de la mayor o menor constitucionalidad de las posibles alternativas de desarrollo legal³.

Buena prueba de esta actitud es su afán por dilucidar si, al menos, una determinada interpretación del texto legal impugnado puede considerarse no inconstitucional. Se da así paso a las llamadas *sentencias interpretativas*, que presentan alguna de las interpretaciones posibles como *conforme con la Constitución*. Se trata sin duda de una solución con frecuencia polémica, ante el riesgo de que se acabe atribuyendo tal condición a una interpretación que más bien merezca ser considerada *contra legem*⁴.

² PRIETO SANCHÍS, L., «Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación», en *Argumentación jurídica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 33.

³ «No compete, pues, al Tribunal, en su función de órgano decisor de los recursos de inconstitucionalidad enjuiciar el mayor o menor acierto con que los operadores jurídicos estén llevando a cabo la labor de aplicación. (...) el Tribunal no puede ni debe decidir si es o no constitucional el ordenamiento normativo español de la huelga, entendiendo por tal el sistema o el conjunto de criterios y normas determinantes del modo en que las Autoridades y los Órganos jurisdiccionales españoles están aplicando y entendiendo el derecho de huelga, sino, exclusivamente, si son o no constitucionales los textos del Real Decreto-Ley 17/77, Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 11/1981, de 8 de abril, FJ 4, Pte. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

⁴ Arquetípica al respecto la STC 31/2010, de 28 de junio, Pte. María Emilia Casas Baamonde, sobre el Estatuto de Cataluña, particularmente generosa al acogerse a dichas soluciones. De sus iniciales consecuencias polémicas me he ocupado en «Una gran novela», en *El Juez del Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Javier Delgado Barrio* (Luis Arroyo Jiménez, Margarita Beladiez Rojo, Carlos Ortega Carballo, José María Rodríguez de Santiago coords.) Madrid, Consejo General del Poder Judicial y Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa UAM-Marcial Pons, 2015, pp. 191-210.

Menos directa suele ser la tarea de contraste relativa a las intervenciones del Poder Ejecutivo. Estas se verán sometidas a control de constitucionalidad con ocasión de recursos de amparo por vulneración de derechos fundamentales, una vez agotada la vía previa ante la jurisdicción ordinaria.

Como consecuencia, es fácil advertir que la mayor posible zona de fricción se dará a la hora de que el Tribunal ejerza el control de constitucionalidad sobre la tarea del Poder Judicial. Este habrá sido el primero en ejercer dicho control, sobre actos del Ejecutivo o de los particulares, promoviendo a la vez de modo indirecto respecto a preceptos legales mediante el planteamiento ante el Tribunal de cuestiones de inconstitucionalidad.

Olvidadas situaciones de tensión con el Tribunal Supremo, hoy felizmente superadas, no deja de ser también perceptible el esfuerzo de autocontención del Tribunal Constitucional a la hora de ejercer control sobre las resoluciones de la jurisdicción ordinaria; no en vano la invocación del artículo 24 CE se ha convertido en tónica a la hora de interponer recursos de amparo. No deja de ser significativo al respecto el diverso canon utilizado por el Tribunal⁵, según la posible vulneración del derecho fundamental afecte al *acceso a la jurisdicción* por el ciudadano, o al *acceso a un recurso* por parte de quien ya obtuvo una primera respuesta judicial en anterior instancia. Mientras en este segundo caso el Tribunal se limitará a constatar que la resolución judicial, siempre susceptible de crítica, no puede considerarse manifiestamente irrazonable, vetando solo las que hayan incurrido en error fáctico o quepa considerar abiertamente arbitrarias, en el primero la entrada en juego del principio *pro actione* obligará a calibrar la proporcionalidad del fallo ponderando el interés jurídico sacrificado⁶.

Elocuente respecto a este esfuerzo de autocontención del Tribunal al controlar la constitucionalidad de la labor judicial fue la decantación de su doctrina sobre el principio de *igualdad en la aplicación de*

⁵ Sobre todo a partir de la STC 37/1995, de 7 de febrero, Pte. Rafael de Mendizábal Allende.

⁶ Si bien «el acceso a la jurisdicción es un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 CE, el sistema de recursos frente a las diferentes resoluciones judiciales ha de incorporarse a este derecho fundamental en la concreta configuración que reciba en cada una de las leyes de enjuiciamiento que regulan los distintos órdenes jurisdiccionales, con la excepción del orden jurisdiccional penal por razón del derecho del condenado al doble grado de jurisdicción. Por tanto, la decisión sobre la admisión o no del recurso, es decir, la verificación de la concurrencia de los requisitos materiales y procesales exigidos a tal fin, constituye una cuestión de mera legalidad ordinaria que corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales *ex* artículo 117.3 CE, sin que este Tribunal pueda intervenir salvo que la interpretación de la norma a que se llegue sea arbitraria, irrazonable o manifiestamente infundada o bien producto de un error patente» (entre otras, STC 226/2002, de 9 de diciembre, FJ 3, Pte. Javier Delgado Barrio).

la ley⁷. Ante la llamativa existencia de resoluciones judiciales discrepantes respecto a casos idénticos, el Tribunal limitó inicialmente su control a las emanadas de un mismo órgano judicial, pasando pronto a considerar a cada sección de los colegiados como si se tratara de un órgano judicial diverso. Jugó –con alcance en ocasiones sorprendente– con la posibilidad de considerar como no «consciente» el cambio de criterio experimentado, aunque no se hubiera justificado de modo expreso su fundamento, y acabó por considerar la reiteración del nuevo criterio como motivo suficiente para dar por no vulnerado el artículo 14 CE; con ello una primera resolución que habría incurrido en dicha vulneración, se vería constitucionalizada por su mera repetición. Solo cuando la discrepancia, aun no encajando en estos restrictivos criterios, resultaba llamativa se acogería al artículo 24 CE para conceder el amparo; por ejemplo, al no cumplirse la exigencia de «alteridad», por ser el mismo recurrente el destinatario de las resoluciones discrepantes.

RECURSO DE AMPARO Y ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL

El más claro exponente de esta autocontención, fruto del respeto a la frontera entre legalidad y constitucionalidad, facilitando el llamado *diálogo de tribunales*, fue sin duda la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que dio paso a lo que ha llegado a considerarse como «nuevo recurso de amparo»⁸. A ella se unió la del incidente de nulidad de actuaciones, para otorgar –según el epígrafe II de su Exposición de Motivos– a «los tribunales ordinarios más posibilidades para revisar las violaciones de derechos fundamentales». En realidad, al encomendarse la resolución al mismo órgano judicial que habría incurrido en la vulneración, su resultado práctico ha sido poco relevante⁹.

⁷ De ello tuve oportunidad de ocuparme repetidamente –en 1989 y años después con análisis de nuevas resoluciones– en «Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial», *Cuadernos y debates* n.º 163, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

⁸ «Cabe sostener fundadamente que hay un antes y un después de esta reforma legal, y que por ello puede calificarse como «nuevo» al amparo que resulta», ARAGÓN REYES, M., «Las dimensiones subjetiva y objetiva del nuevo recurso de amparo», *Otrosí*, 2012 (10, abril-junio) p. 9.

⁹ «El incidente sigue teniendo muy escasa utilidad como vía para reducir los amparos, y ese problema deriva de su carácter de remedio horizontal y no vertical. A lo que se suma el hecho de que en ese remedio, que es, creo, un proceso de protección de los derechos fundamentales, no actúa preceptivamente el Ministerio Fiscal, como a mi juicio debiera, dados los términos de la Constitución y del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Probablemente tendría más eficacia si se regulase como un recurso vertical (cuando la última instancia es el Tribunal Supremo, podría entender del

El ya citado artículo 53 CE, en este caso en su epígrafe 2, señala: «Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el Artículo 14 y la Sección 1 del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, *en su caso*, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el Artículo 30.»

Una visión un tanto simplista de la reforma llevó a entenderla como un mero intento de cercenar las posibilidades de acceso al siempre subsidiario y excepcional recurso de amparo. Ciertamente el Tribunal corría riesgo de morir de éxito, dado que en 2006 llegaron a ser 11.471 los amparos presentados, que suponían el 97,7% de su carga de trabajo, con los consiguientes retrasos...

Como la nueva ley recordaba, no era ciertamente novedoso el intento de lograr que la intervención del Tribunal fuera «realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria». La expresión «en su caso» del artículo 53.2 CE recordaba ese carácter del recurso en cuestión, que implicaba el previo agotamiento de una previa intervención judicial, en doble instancia en buena parte de los casos.

El ambicioso alcance de la reforma llevaba consigo lo que se ha caracterizado como *objetivación* del recurso de amparo, descartando su arraigada conversión *subjetiva* en tercera instancia procesal. Como consecuencia, el centro de gravedad del decisivo trámite de admisión se trasladaba de la previa constatación de tasados motivos de inadmisión, incluida la no apreciable *vulneración* de un subjetivo derecho fundamental, a la argumentación justificadora de una objetiva *especial trascendencia constitucional*. Esto debería haber obligado a un cambio de estrategia procesal por parte del recurrente y de sus asesores, a los que se veta toda confusión de ambos aspectos; no solo se les atribuye la carga argumental de justificar la aludida trascendencia, sino que si, al intentarlo, acababan limitándose a insistir en la existencia de una vulneración de su derecho sientan paradójicamente las bases para una drástica inadmisión¹⁰.

mismo la sala en pleno, si la resolución la dictó una sección, o el órgano previsto en el artículo 61 LOPJ si la resolución la hubiese dictado la sala en pleno), ARAGÓN REYES, M., «Algunos problemas del nuevo recurso de amparo», en *Fernando Herrero-Tejedor Algar. Liber amicorum*, Madrid, Colex 2015, p. 263.

¹⁰ Ello ha convertido en tópica en los informes preliminares sobre recursos de amparo la afirmación de que el analizado «no satisface debidamente la carga insubsanable consistente en justificar la especial trascendencia constitucional del recurso (art. 49.1 LOTC), que es algo distinto a razonar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental y que requiere de una argumentación específica (STC 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3, Pte. Pascual Sala Sánchez, y jurisprudencia constitucional allí citada)».

Las tozudas cifras dan fe de que tan relevante cambio no ha sido ni remotamente asimilado. Resulta explicable, dado el alcance del nuevo texto legal, en cuya Exposición de Motivos se reconoce que «se invierte el juicio de admisibilidad, ya que se pasa de comprobar la inexistencia de causas de inadmisión a la verificación de la existencia de una relevancia constitucional en el recurso de amparo formulado». Los amparos se han mantenido en el quinquenio 2011-2015 por encima de los 7.000, en evidente desproporción con el resto de los asuntos ingresados, mientras que las sentencias dictadas sobre ellos al cabo de cada año –obviamente no todas estimatorias– no llegan a cien¹¹.

En un 37% de los casos la inexistencia o insuficiencia de la justificación de la especial trascendencia constitucional llevó a la inadmisión, mientras que en un porcentaje similar la causa fue la previsible ausencia de vulneración; en otro 15% de los casos fueron motivos procesales, como la falta de agotamiento de la previa vía judicial o la mera extemporaneidad, los que llevaron a similar resultado.

La polémica hizo que el problema llegara al Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo que, en sentencia de 20 de enero de 2015, falló por unanimidad el caso *Arribas Antón contra España* (16563/11, HUDOC), avalando los «tres criterios enunciados en la ley, a saber «la importancia [del recurso] para la interpretación, para la aplicación o para la eficacia general de la Constitución, y para la determinación del contenido y del alcance de los derechos fundamentales»».

El propio Tribunal Constitucional había ya intentado –en la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, Pte. Vicente Conde Martín de Hijas– orientar didácticamente a los interesados esbozando un índice de supuestos de previsible admisión. Entre otros: cuando la cuestión constitucional sea novedosa; ante un posible cambio en la doctrina constitucional o casos que requieran aclaración por un proceso de reflexión interna, por la aparición de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental; cuando la vulneración tenga como origen la ley u otra disposición de carácter general o, de modo genérico, cuando el asunto trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o provoque consecuencias políticas. A la vez se recordaba que «tras la reforma llevada a cabo la mera lesión de un derecho fundamental (...) tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el

¹¹ Quizá influya en ello decisivamente lo apuntado por Aragón Reyes, M., La argumentación de la especial trascendencia constitucional lleva consigo que «para redactar una demanda de amparo ha de poseerse una especial cualificación profesional que implica el dominio de la doctrina y jurisprudencia (del propio Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) sobre los derechos fundamentales susceptibles de amparo», ARAGÓN REYES, M., «Las dimensiones subjetiva y objetiva del nuevo recurso de amparo» (*op. cit.* nt. 8), p. 9.

recurso, pues es imprescindible, además, su «especial trascendencia constitucional», frente a la configuración por la que esencialmente se caracterizaba en su anterior regulación, en tanto que recurso orientado primordialmente a reparar las lesiones causadas en los derechos fundamentales y libertades públicas del demandante susceptibles de amparo».

También es verdad que el resultado de las deliberaciones en las cuatro Secciones del Tribunal pone de relieve que tampoco está resultando fácil a los propios Magistrados asimilar el notable sesgo provocado por la reforma, al verse abocados a inadmitir recursos de amparo en los que no cabe descartar una posible vulneración de derechos. Resulta decisivo al respecto si el trámite de admisión se abre, como venía siendo habitual, con el barrunto de una posible *vulneración* o, como ahora es obligado, con el análisis de la justificación de la *especial trascendencia constitucional* ofrecida por el recurrente e incluso el posterior reconocimiento de su existencia por la propia Sección.

NEOCONSTITUCIONALISMO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Si de este escaqueo sobre el día a día del Tribunal pasamos a los problemas de teoría del derecho habría que relativizar la rotunda afirmación de que el afianzarse del llamado *neoconstitucionalismo* puede poner en peligro el *principio de legalidad*. Me temo que ello puede ser fruto de un mero efecto óptico, si –puestos a ocuparnos, siguiendo el imperativo positivista, del derecho como es– tenemos en cuenta la ya señalada autocontención que preside el control de constitucionalidad. No es el protagonismo cobrado por la Constitución lo que puede poner en jaque determinado concepto del principio de legalidad, sino el giro hermenéutico¹² experimentado por la teoría del derecho más de un decenio antes, reflexionando sin duda sobre las normas constitucionales. Habría que trasladarse más bien a hace cincuenta años, cuando ya se nos animaba a profundizar sobre el alcance de la distinción entre *derecho y ley* en la Ley Fundamental alemana¹³.

Fue la irrupción de la filosofía jurídica auspiciada por la obra de Gadamer, con la que tuve la fortuna de familiarizarme trabajando en Múnich junto a Arthur Kaufmann¹⁴, la que generó un cambio de para-

¹² Como fuente de inspiración: GADAMER, H. G., *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1960.

¹³ KAUFMANN, A., *Gesetz und Recht* Saarbrücken, Saarbrücker Universitätsreden, 1966.

¹⁴ Ello me permitió hacerlo también junto a Winfried Hassemer, aun *Privatdozent* pero llamado pronto a la Universidad de Frankfurt, de donde pasaría al Tribunal Constitucional Federal de Karlsruhe, del que sería Vicepresidente; igualmente junto a Ulf Neumann, que sería con el tiempo Decano de la Facultad de Derecho de aquella misma universidad, y con Uli Schroth, que permaneció en Múnich. Aparte de asistir a

digma, más allá de los fervores constitucionales. Como consecuencia, no es el autocontenido control de constitucionalidad del Tribunal sino la cotidiana labor interpretativa de la jurisdicción ordinaria, obligada por el contrario a no contenerse, la que configurará decisivamente el sentido de los textos legales, sin perjuicio de oficiar a la vez como intérprete primario de sus implicaciones constitucionales.

Es ese nuevo paradigma hermenéutico el que arruina las viejas estructuras positivistas. El *normativismo* resultaba relativizado y, con ello, la idea del derecho como sistema de *normas*, para dar entrada al juego de los *principios*. Me llamó mucho la atención en su día que Díez Picazo criticara la invocación del *principio de igualdad en la aplicación de la ley* argumentando que «el principio de igualdad y el control de constitucionalidad que conlleva corren el riesgo de convertirse en control valorativo de la justicia de las soluciones legislativas, lo que a mi juicio no es, en puridad, competencia del Tribunal. La referencia a la naturaleza de las cosas, al carácter razonable y a otros parámetros semejantes a los que se suele recurrir para delimitar la igualdad, permite una fácil inclinación hacia el iusnaturalismo, que debe ser cuidadosamente evitado por una jurisdicción constitucional. La igualdad es igualdad en la ley positiva y significa que a igualdad de hechos hay igualdad de consecuencias jurídicas. Por ello, no es posible reducir cada uno de los supuestos de hecho o cada una de las normas en cuestión a un principio general de derecho, no expresamente formulado por la ley, para decidir la igualdad en él o con arreglo a él, porque entonces no se trata de igualdad ante la ley, sino de igualdad ante los principios, cosa que a quien esto escribe le parece perfecta en términos valorativos, pero no como aplicación del artículo 14 de la Constitución ni como tarea general del Tribunal»¹⁵. Debo reconocer que me ha asombrado más todavía leer recientemente algo no muy distinto, cuando lo que se caracteriza como «ponderación equitativa de las circunstancias fácticas del caso» se contrapone a «la tesis principialista que configura la ponderación como equilibrio no ya de las circunstancias fácticas, sino de los principios normativos en concurso entre sí»¹⁶.

No me parece nada extraño, sin embargo, que esta entrada en juego de los principios lleve a poner en guardia respecto al iusnaturalismo.

alguna clase de Karl Larenz, pude también tomar contacto con Joachim Hruschka, particularmente centrado entonces en dicha temática. Entre los frutos personales de esta enriquecedora experiencia, el libro *Rechtswissenschaft und Philosophie. Grundlagendiskussion in Deutschland*, Ebelsbach, Rolf Gremer Verlag, 1978; incluido en la colección de la Facultad de Derecho de la Universidad de Múnich, con el patrocinio de la Deutsche Forschungsgemeinschaft.

¹⁵ En su Voto Particular a la temprana STC 34/1981, de 10 de noviembre, Pte. Rafael Gómez-Ferrer Morant.

¹⁶ FERRAJOLI, L., «Comentarios a las intervenciones de Manuel Atienza, Juan Antonio García Amado y Alfonso García Figueroa», *Teoría & Derecho*, 2016 (20), p. 137.

No en vano han pasado al museo unos *principios generales del derecho*, que no añadirían nada a lo ya contenido en los textos legales –algo así como la mera legalidad en formato spray, como he comentado más de una vez a mis alumnos¹⁷–, para dar paso a unos principios pre-legales que, incluso en su versión menos incisiva, informarán «la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos» (artículo 53.3 CE).

Entiendo pues que hayan surgido frecuentes referencias a un posible parentesco entre constitucionalismo y derecho natural¹⁸. Valgan algunos ejemplos: «El papel que desempeñaba antes el Derecho natural respecto del soberano, lo desempeña ahora la Constitución respecto del legislador»¹⁹. «El constitucionalismo contemporáneo ha contribuido a la crítica y a los intentos de superación del positivismo metodológico, todo ello en la línea de recuperación de un cierto iusnaturalismo»²⁰.

Todo ello resulta refrendado cuando, partiendo de la distinción kelseniana entre ordenamientos dinámicos y estáticos, se constata que «el «principalismo» de las Constituciones modernas trae a primer plano el criterio o principio estático y aquí la actitud «crítica» cobra todo su valor»²¹. En efecto, en el marco del neoconstitucionalismo «la

¹⁷ En realidad, se ha escrito, «bajo los llamados principios generales del Derecho no se esconde más que un llamamiento a la producción jurídica por vía de razonamiento o argumentación, suponiendo que se pueden obtener normas a partir de normas»; se trata pues de «un caso de creación de Derecho en sede interpretativa», PRIETO SANCHÍS, L. *Neoconstitucionalismo, principios y ponderación*, México D. F., Editorial Ubijus, 2014, pp. 84 y 85.

¹⁸ Yo mismo titulé mi primer trabajo posterior a la Constitución: «Droit naturel et «jurisprudence de principes» (avec référence à la Constitution espagnole de 1978)», en *Contemporary Conceptions of Law*, Stuttgart, Steiner Verlag, 1979 «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie» (Supplementa) vol. I, part 1, pp. 629-639.

¹⁹ «En suma, la Constitución es una ley del Estado, pero actúa como si fuera una norma superior a cualquier norma dictada por un órgano del Estado; en cierto modo, desempeña la función del Derecho natural», PRIETO SANCHÍS, L. *Constitucionalismo y positivismo*, México D. F., Fontamara, 1997, pp. 17 y 35. El mismo FERRAJOLI, L. alude a orientaciones «principalistas de tipo neoiusnaturalista». FERRAJOLI, L., «Argumentación interpretativa y argumentación equitativa: contra el creacionismo judicial», *Teoría & Derecho*, 2016 (20), p. 71.

²⁰ Aunque «sería del todo equivocado trazar una correspondencia absoluta entre Derecho natural y constitucionalismo». «La justicia constitucional, como toda forma de limitación o control del poder, encuentra mejor acomodo en esa ideología iusnaturalista. Hay por tanto en el constitucionalismo y en la justicia constitucional lo que pudiéramos llamar un residuo funcional de iusnaturalismo en el sentido de que las Constituciones vienen a desempeñar la función en otro tiempo desempeñada por cierto Derecho natural, desde luego con un alcance muy diferente», PRIETO SANCHÍS, L. «Iusnaturalismo, positivismo y control de la ley. los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional», en *La rebelión de las leyes. Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional*. Juan Luis Requejo Pagés (coord.), Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 2006, pp. 38, 40 y 102-103.

²¹ PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y positivismo* (op. cit. nt. 19), p. 65. «Recordando la conocida distinción kelseniana entre sistemas estáticos (morales) y

validez de todas las normas y en primer lugar de la ley se hace depender también de su contenido, o sea, de su adecuación a los preceptos sustantivos de la constitución, lo que requiere emprender una argumentación capaz de dotar de alguna objetividad a su significado. En suma, la identificación del Derecho ya no puede seguir concibiéndose como una mera cuestión de hecho independiente del contenido, sino siempre al mismo tiempo como el resultado de juicios de valor que han de ser fundamentados mediante argumentación»²². Ello no deja de aportar consecuencias positivas²³.

En lo que estoy menos de acuerdo es que «si bien es verdad que no todo Derecho natural está sin más en la base del constitucionalismo, sí parece cierto que este último representa una traslación a la esfera del Derecho positivo de los postulados de un cierto Derecho natural, concretamente del iusnaturalismo racionalista, secularizado y contractualista de los siglos XVII y XVIII»²⁴. Es fácil reconocer que ese iusnaturalismo sirvió más bien de matriz a la codificación y, con ella, al positivismo legalista. El constitucionalismo, por el contrario, de emparentar con algún iusnaturalismo, será con planteamientos que se sientan deudores del ya comentado giro hermenéutico y argumentativo; sensibles, en consecuencia, a la dimensión histórica que todo derecho lleva consigo²⁵.

IUSNATURALISMO MOTEJADO COMO IUSMORALISMO

Lo que no acabo de entender, jergas de combate aparte, es que se hable de *iusmoralismo*, y menos que lo haga un admirable supervi-

dinámicos (jurídicos), cabe decir que el constitucionalismo contemporáneo fortalece la dimensión estática del Derecho», PRIETO SANCHÍS, L., «Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación» (*op. cit.* nt. 2), p. 22. Similar afirmación en *Neoconstitucionalismo, principios y ponderación* (*op. cit.* nt. 17), p. 19; en consecuencia, «la imagen del Tribunal Constitucional como legislador estrictamente negativo debe ser revisada», p. 22.

²² PRIETO SANCHÍS, L. «Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación» (*op. cit.* nt. 2), p. 33.

²³ «Ya no basta apelar a la autoridad del órgano y al procedimiento –que es en sustancia lo que hacía el Tribunal Constitucional kelseniano–, sino que es preciso también acudir a los contenidos. Y con esta extensión de la argumentación y, por tanto, de la justificación creo que se amplían las fronteras del Derecho y del Estado de Derecho en detrimento de la esfera más decisionista o política dominada por la libertad de configuración legislativa o por la intuición subjetiva del juez», PRIETO SANCHÍS, L., «Tribunal Constitucional y positivismo jurídico», *Doxa*, 2000 (23), p. 194.

²⁴ PRIETO SANCHÍS, L., «Iusnaturalismo, positivismo y control de la ley. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional» (*op. cit.* nt. 20), p. 102.

²⁵ Valga como precursor KAUFMANN, A., *Naturrecht und Geschichtlichkeit* Tübingen, Mohr Siebeck, 1957.

viente del positivismo jurídico²⁶; planteamiento del que siempre he admirado su afán por no confundir derecho y moral. Si ya los anglófonos *derechos morales* me han sonado siempre atronadoramente a oxímoron, en la versión tipificada por la Real Academia de la Lengua²⁷, no deja de asombrarme que quienes juraron limitarse a describir al *derecho como es* lleguen a la resignada conclusión de que el único modo de que un jurista lo logre es convertirse en coleccionista de juicios morales; todo ello por el tozudo empeño en no considerar jurídicas a determinadas exigencias, pese a formar parte del mínimo ético posibilitador de una convivencia humana, por el mero hecho de no haber sido todavía homologadas en formato legal. Es obligado reconocer, partiendo de la llamada «rematerialización» constitucional, que «no es en la Constitución, sino fuera de ella, en donde el juez ha de buscar el criterio con el que juzgar sobre la licitud o ilicitud de la diferencias establecidas por el legislador»²⁸. Lo que no acabo de entender es el empeño por calificar como morales a tan obvias exigencias jurídicas.

Comprendo que cuando de derecho natural se habla resulte discutible el fundamento y alcance que quepa reconocer al adjetivo *natural*, pero no que ello se extienda a la sustantiva juridicidad de dichas exigencias; precisamente por eso –y no por desvaríos morales– se ven incluidas en la argumentación judicial, sin que el juez de turno pretenda con ello llamar a nadie a la conversión. Sin duda la alergia al iusnaturalismo se alimenta con frecuencia de la torpeza de algunas de sus versiones menos afortunadas, que clonan los planteamientos positivistas diseñando una especie de código alternativo, que no queda claro si habrá que custodiar en la biblioteca o en la sacristía²⁹. No tiene por ello nada de sorprendente que más de uno se haya visto obligado a preguntarse si es realmente iusnaturalista³⁰.

Soy consciente de que mi planteamiento no coincide con el masivamente generado por la literatura anglosajona. El Profesor Moreso

²⁶ GARCÍA AMADO, J. A., «Comentarios sobre los textos de Atienza, García Figueroa y Ferrajoli», *Teoría & Derecho*, 2016 (20), p. 127.

²⁷ «Combinación, en una misma estructura sintáctica, de dos palabras o expresiones de significado opuesto que originan un nuevo sentido, como en *un silencio atronador*.»

²⁸ RUBIO LLORENTE, F., «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1991 (31), p. 30.

²⁹ Quizá piensa en ellos PRIETO SANCHÍS, L. cuando afirma: «Creo que la idea nuclear de una teoría del Derecho iusnaturalista puede resumirse en un lema, la moralización del Derecho, esto es, la idea según la cual la determinación de lo que dice el Derecho depende en alguna medida de lo que dice la moral», «Entre la moralización del derecho y la legalización de la moral. Variaciones sobre la presunta obligatoriedad del derecho», en *Una filosofía del derecho en acción. Homenaje al Profesor Andrés Ollero*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2015, p. 103.

³⁰ Mi caso, sin ir más lejos: «¿Soy en realidad iusnaturalista?», en *Liber amicorum. Homenaje al Profesor Luis Martínez Roldán*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 2016, pp. 515-534.

ha tenido a bien afirmar cortésmente, con apoyo en dos acertadas citas, que desde mis primeras publicaciones he «mantenido una posición original al respecto».

Por una parte: «Habría que identificar a una exigencia como moral cuando tuviera como objetivo el logro de la máxima perfección ética individual. Obviamente sería una determinada concepción antropológica la que llevaría a asumir uno u otro código moral, en relación a lo que se considere que perfecciona de modo más excelso al ser humano. El derecho ha de servir de fundamento a exigencias más modestas, lo que ha llevado a que con toda razón se lo caracterice como mínimo ético, porque con ese logro se conforma: posibilitar una pacífica y ordenada convivencia, que dejaría campo abierto para aspirar a las más ambiciosas metas morales».

Por otra parte, como consecuencia, «describir el derecho como es en realidad, lleva a reconocer que en su dinámica entran en juego elementos jurídicos no formalmente positivados, o a los que sólo cabe considerar positivados de modo implícito. Así ocurrirá con los valores y –aún más, dada su mayor operatividad jurídica– con los principios»³¹.

No creo que mi afán por llamar derecho a lo jurídico y moral a lo moral, digno de un positivista de los mejores tiempos, pueda trivializarse como mera disquisición terminológica. De ahí que me permita traducir a términos jurídicos algunas bienintencionados intentos de presentar las realidades jurídicas como lo que a mí me sonarían a salmodias morales.

Comenzaré por la afirmación de que «el derecho no agota el ámbito de la moralidad, sino sólo aquella parte que se refiere a la vida de las personas en sociedad, sólo aquella referida a la virtud de la justicia»³². A mi modo de ver, lo que el derecho –por su condición de *mínimo ético*– no agota es el ámbito de la eticidad; de lo que debo hacer, sea para perfeccionarme moralmente o para limitarme a convivir jurídicamente. Es cierto que el derecho sólo confluye con la moralidad en lo que se refiere a la vida de las personas en sociedad. Esa confluencia lleva en ocasiones al derecho incluso a generar exigencias morales; no debo, por exigencia jurídica de convivencia, robar y ello me genera la consiguiente obligación moral. Por el contrario, la virtud de la justicia no genera exigencia jurídica alguna. Tal virtud es, como todas, un hábito subjetivo de conducta moral, que en este caso obliga a dar a cada uno lo suyo; pero quien determina qué es lo suyo de cada uno es el derecho, que es el que acabará generando así una exigencia

³¹ MORESO, J. J., «Sobre seis posibles conexiones necesarias entre el derecho y la moral», en *Una filosofía del derecho en acción* (op. cit. en nt. 29), pp. 68, 74 y 78. Las citas remiten a *Derecho y moral: una relación desnaturalizada*, Madrid, Coloquio Jurídico Europeo, 2012, pp. 28 y 22-23.

³² MORESO, J. J., «Antígona como defeater. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli», *Doxa*, 2011 (34) p. 185. Respecto a alusiones posteriores remito a las pp. 185, 188, 190, 191 y 195.

moral. La vinculación del derecho no se da con la subjetiva virtud de la justicia sino con la justicia objetiva, que es la recogida en clave cognoscitivista en el artículo 1 CE como valor superior del ordenamiento jurídico; pero lo jurídico no tiene nada que ver con virtud alguna. Si algún iusnaturalista afirmara eso, conmigo que no cuente; si acaso, relacionaría la actividad del jurista con la virtud de la prudencia.

Como correlato de lo anterior, más que una conexión necesaria entre derecho y moral, que lo subordine a ella, habría una conexión contingente entre moral y derecho, en la medida en que este llegue a generar exigencias de ese cariz³³. Más que de objetivismo moral yo hablaría pues de objetivismo jurídico. Corrigiendo a Dworkin, afirmaría que si la justicia objetiva³⁴ no existe, tampoco hay ninguna tesis interpretativa que pueda ser realmente superior en los casos verdaderamente difíciles.

No comparto por tanto con Ferrajoli que la separación conceptual entre Derecho y moral comporte el rechazo del objetivismo ético; más bien lo presupone. Dentro de las exigencias éticas objetivas, no es difícil distinguir las jurídicas de las meramente morales. En consecuencia, no tendría problema en suscribir una tesis epistémica según la cual los seres humanos disponemos de acceso confiable a un conjunto privilegiado de pautas jurídicas válidas; esto es lo que en realidad explica la referencia argumentativa a derechos humanos o fundamentales. Los sistemas jurídicos no *incorporan* pues, en la identificación y la aplicación del Derecho, consideraciones morales sino consideraciones jurídicas no formalmente homologadas.

No me atrevo a pronunciarme sobre si «el constitucionalismo postpositivista ha contribuido a la propagación de una auténtica epidemia de sinceridad, ofreciendo respaldo o cobertura teórica para decir con argumentos refinados lo que casi todos sabían o intuían»; pero sí tengo clara disconformidad con la conclusión que ello se deriva: que «cuando se resuelven conflictos jurídicos se están ofreciendo respuestas morales y que, por tanto, es perfectamente lógico que en el razonamiento jurídico se conjuguen argumentos procedentes del Derecho estricto con otros derivados de la filosofía de la justicia»³⁵. No en vano tengo claro que la filosofía de la justicia no es sino filosofía del dere-

³³ Creo por ello coincidir con PRIETO SANCHÍS, L. cuando afirma que «si se quiere mantener la idea de obligatoriedad en relación con las normas jurídicas, conviene reformularla en términos de obligación prudencial: la norma influye en la conducta de los destinatarios, que pueden sentirse efectivamente obligados o compelidos, pero sólo en la medida en que pretendan eludir las sanciones o conseguir las recompensas anudadas al comportamiento previsto en la norma; si además se sienten obligados en otro sentido, ello obedecerá a razones morales y no jurídicas», *Constitucionalismo y positivismo* (op. cit. en nt. 19), p. 12.

³⁴ DWORKIN, R. habla de «verdad moral objetiva», *La justicia con toga*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 73.

³⁵ PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y positivismo* (op. cit. en nt. 19), p. 94.

cho, sin perjuicio de que pueda tener el efecto colateral de orientar a alguien en su empeño de comportarse más virtuosamente.

DERECHO COMO MÍNIMO ÉTICO Y LEY INJUSTA

En la medida en que se me pueda considerar iusnaturalista, y precisamente por eso, me vería obligado a modificar las dos tesis propuestas por Moreso al respecto. Considero, como primera tesis, que hay un conjunto privilegiado de principios (o valores, razones, pautas) jurídicos válidos, pero –a mi juicio– su vigencia práctica nunca será independiente de cualquier contexto (de las creencias y deseos de los seres humanos en cualesquiera circunstancias), dada la historicidad propia de todo derecho; tenga un fundamento natural o meramente positivo. Tales valores, razones o pautas no son morales sino jurídicos; la argumentación de su validez difícilmente prosperará si desconoce las creencias y deseos de los seres humanos. En cuanto a la segunda tesis, si fuera cierta, yo no sería iusnaturalista: no suscribo que las normas positivas contrarias a alguno de los principios referidos no sean jurídicas. Son, a mi modo de ver, un claro ejemplo de derecho deficiente, por no reflejar adecuadamente la justicia objetiva; serían válidas desde una perspectiva jurídico-formal, pese a deficiencia jurídico-material. Ello me ha llevado a criticar el intento de Alexy de resucitar la *fórmula de Radbruch* con ocasión de los procesos a los *vopos* del muro de Berlín³⁶.

No ha faltado quien crea detectar en ello «un aspecto oscuro, cuando no contradictorio: de un lado, el iusnaturalismo nos dice que todo Derecho incorpora un mínimo ético, pero no porque lo importe eventualmente de la moralidad, sino porque forma parte, ontológicamente, de su propio ser, incluso aunque las normas puestas guarden silencio. Pero, de otro, se reconoce que el Derecho injusto, que parece ser una violación del estatus ontológico del mismo Derecho, sigue siendo un sistema jurídico». Ya que se alude repetidamente a lo ontológico, bastaría para aclarar la situación remitirse a la distinción entre esencia y existencia. Cuando media la conducta humana, no siempre es fácil que la práctica existencial se identifique con exigencias esenciales; es la cotidiana experiencia de nuestra finitud. No es de extrañar que haya «sistemas jurídicos realmente existentes que, sin embargo, no reúnen las condiciones estipuladas en la definición del Derecho»³⁷; tampoco que haya hombres con comportamientos inhumanos, a los que no se niega por ello la condición de tales ni la titularidad de derechos. El

³⁶ *El derecho en teoría*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, pp. 22 y ss.

³⁷ PRIETO SANCHÍS, L., «Entre la moralización del derecho y la legalización de la moral. Variaciones sobre la presunta obligatoriedad del derecho» (*op. cit.* nt. 29), p. 111, nt. 18.

motivo es el respeto a la dignidad humana, que también legitima a los Estados democráticos. Cuando no es este el caso, no cabe duda de que han de entrar en juego los tribunales internacionales para sancionar los crímenes contra la humanidad, o incluso iniciativas de injerencia humanitaria con la legitimación de las estructuras internacionales ya positivadas. Todo ello puede sonar también a iusnaturalismo.

Comparto, por supuesto, que «es posible rechazar el relativismo sin abrazar el absolutismo, ni el fundamentalismo». El cognoscitivismo y el objetivismo jurídico no llevan inevitablemente a un absolutismo jurídico ni a la intolerancia con las opiniones disidentes; por el contrario, son imprescindibles para establecer la frontera de lo intolerable, sin la que la tolerancia –y con ella el control de constitucionalidad y el garantismo– pierde todo sentido³⁸. Suscribo, en consecuencia, la necesidad de una «prudencia epistémica». Admito que hay proposiciones jurídicas (no logro entender por qué se las disfraza de morales) que «ninguna persona razonable rechazaría», por ser «verdaderas en todas las perspectivas»³⁹.

Afirmar que la cultura del constitucionalismo ha incrementado el grado de incorporación de la moral al Derecho, no es sino reconocer la tácita vigencia de lo que cabría caracterizar como un *iusnaturalismo incluyente* bien distinto de sus versiones estratosféricas. Ignorarlo obliga a inventarse «una norma específicamente jurídica» que remita a criterios morales⁴⁰, por no reconocer la necesidad de las normas positivas de incluir exigencias jurídicas no formalizadas.

No suele advertirse que la transmutación en moral de lo jurídico no formalizado, hace irreconocible el derecho al ignorar su interminable dimensión consecuencialista, que reviste un claro carácter positivo, bien distinto de su escasa prestancia en el ámbito moral. Aunque moralmente el fin no justifique los medios, resulta imposible evaluar jurídicamente cualquier referencia a medios sin dar entrada a una dimensión teleológica.

No pienso que interpretar una norma poniéndola en relación con la «realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas», como indica el artículo 3.1 del Código Civil, implique recurrir a juicio moral algu-

³⁸ Sugestivo al respecto el planteamiento de GARZÓN VALDÉS, E., «“No pongas tus sucias manos sobre Mozart”». Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia», *Claves de razón práctica*, 1992 (19) pp. 16 y ss.

³⁹ PRIETO SANCHÍS, L. concreta con acierto a qué me refiero: «Esa verdad jurídica son los derechos humanos, que ya no se conciben como exigencias morales eventualmente importadas por los Derechos positivos, como si se tratase de mercancías ajenas, sino que encarnan de modo inmediato exigencias jurídicas incluso aunque carezcan de respaldo explícito en las normas puestas, porque resulta que “no es cierto que en los textos legales esté ya puesto el derecho”», «Entre la moralización del derecho y la legalización de la moral. Variaciones sobre la presunta obligatoriedad del derecho» (*op. cit.* nt. 29), p. 109. La cita final remite a mi libro: *Derecho a la verdad. Valores para una sociedad pluralista*, Pamplona, Eunsa, 2005, p. 57.

⁴⁰ LAPORTA, F., *Entre el derecho y la moral*, México D. F., Fontamara, 1993, p. 62.

no, ni tampoco que tenga tal carácter el reconocimiento por el Tribunal Constitucional como «razonable» de la solución propuesta para un caso por la jurisdicción ordinaria. No considero tampoco que apreciar la posible crueldad de una pena obligue a manejar un término moral⁴¹, como tampoco apreciar ensañamiento o alevosía; se trata sin duda de términos jurídicos. Tampoco dictaminar la existencia de tratos inhumanos o degradantes lleva consigo un razonamiento genuinamente moral. Una cosa es que tanto el derecho como la moral se apoyen en una concepción antropológica y otra que todo lo en ella apoyado, sea para configurar un mínimo ético o una exigencia maximalista, haya de identificarse como moral.

El embarullamiento de moral con derecho lleva a afirmar algo para mí tan asombroso como reconocer que «un estándar moral no sea parte del Derecho y, sin embargo, sea obligatorio para los jueces» o que «es posible que la identificación del derecho dependa de argumentos morales, aunque también es posible que no sea así»; afirmación que, si se me permite la broma, podría atribuirse al presidente Rajoy. Nunca se me ha ocurrido pensar, como magistrado constitucional, que mi misión consista en constatar si una norma «se conforma con aquello que, como cuestión objetiva, es la mejor interpretación desde el punto de vista moral de las normas sustantivas de la Constitución»; lo que persigo, con más o menos éxito, es la mejor interpretación jurídica. Lo mismo he aplicado a la afirmación de Dworkin de que el derecho es una parte institucionalizada de la moralidad política⁴².

En esa misma línea tampoco traduciría el punto de vista interno hartiano como punto de vista moral, sino como jurídico. En la medida en que no califico como morales determinados conceptos o consideraciones, no me veo obligado a admitir que «lo que el Derecho establece ha de ser identificado mediante el uso de la argumentación moral»⁴³. El derecho implica un ejercicio de razón práctica, pero –sin perjuicio de la unidad del razonamiento práctico– no estimo preciso calificar

⁴¹ Al respecto: «cruel es, sin duda, un término moral», MORESO, J. J., «La ciudadela de la moral en la corte de los juristas», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2012 (XXVIII), p. 127. Para alusiones posteriores remito a las pp. 128, 129 y 133.

⁴² «En diálogo con Dworkin: moralidad política y derecho natural», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 2014 (LXVI-91), pp. 461-477. No me parece riguroso ni clarificador que no podamos ser conscientes de si estamos hablando de derecho, de moral o de política. PRIETO SANCHÍS, L., por su parte, considera que «la doctrina del Derecho natural se muestra así con sus más claros perfiles: parece haber una moralidad objetiva, universal y cognoscible que tiene en sí misma relevancia jurídica; por tanto, los principios más fundamentales serían los mismos en cualquier contexto y habrían de ser tomados siempre en consideración a la hora de aplicar el Derecho»; en consecuencia lo considera a este enfoque «acreedor a cuantas críticas se hayan podido formular a la doctrina del Derecho natural», *Neoconstitucionalismo, principios y ponderación* (*op. cit.* nt. 17), p. 105.

⁴³ MORESO, J. J., «Sobre seis posibles conexiones necesarias entre el derecho y la moral» (*op. cit.* en nt. 31), p. 73.

como argumentación moral todo ejercicio de razón práctica, pese a ser netamente dispar su intención performativa⁴⁴. Existe sin duda un razonamiento jurídico. Pero sigo sin acertar. Resulta que hay que celebrar, ya iba siendo hora, que, «a partir de la idea de unidad del razonamiento práctico», se «rompe el tradicional objetualismo separacionista (el Derecho positivo por un lado y el natural por otro, como objetos o realidades separadas)»⁴⁵; pero, al parecer, es fruto de que se ha aportado «una visión original de las relaciones entre Derecho y moral». Ya es mala suerte...

UN PROBLEMA JURÍDICO: LA STC 11/2016, DE 1 DE FEBRERO. EXIGENCIAS JURÍDICAS NO LEGALIZADAS

Quizá haya llegado el momento de contrastar estos escauceos teóricos con algún ejemplo tomado de la jurisdicción constitucional. Puede servirnos al respecto la STC 11/2016, de 1 de febrero, de la que yo mismo fui ponente. Recurre en amparo una ciudadana que convive en pareja y queda embarazada. Aguarda de buen grado su maternidad, pero uno de los habituales controles periódicos lleva a diagnosticar una cromosopatía de improbable viabilidad y, en rutinaria consecuencia, a sugerir la programación de un aborto. Acepta, pero tras ser dada de alta después de la intervención reclama que se le entregue el feto, para poder «dar digna sepultura a su creación física y espiritual y a despedirla en compañía de su pareja, en una ceremonia de carácter civil y familiar», dado que se halla de viaje, y proceder a su incineración. A partir de este punto de partida se encadenan situaciones aún más sorprendentes. Se le niega la entrega solicitada, con apoyo en un protocolo sanitario, recabándose licencia judicial, ya que se consideran meros «restos quirúrgicos» los del feto, al pesar este menos de 500 gramos y no ser fruto de al menos 180 días de gestación; requisitos que llevaría a considerarlos «restos humanos de entidad suficiente». En realidad lo previsto en la «ley de policía sanitaria y mortuoria de la comunidad autónoma es que el destino de todo resto humano y/o cadáver debe ser el enterramiento, la incineración o arrojar los restos al mar».

⁴⁴ Por eso, aun admitiendo como PRIETO SANCHÍS, L. que «el juicio de ponderación que entrañan los principios obliga al intérprete al desarrollo de una racionalidad práctica enormemente más compleja que la exigida por la tradicional subsunción», no comparto que implique «una racionalidad que ni en sus premisas normativas (los principios) ni en su realización difiere de forma sustancial de la argumentación moral», *Constitucionalismo y positivismo* (op. cit. nt. 19), p. 21.

⁴⁵ Los responsables serían «los que se declaran «postpositivistas» o «no positivistas», como Alexy, Nino, Dworkin o en España García Figueroa», PRIETO SANCHÍS, L., *Neoconstitucionalismo, principios y ponderación* (op. cit. nt. 17), p. 78.

La recurrente no se amilana y plantea su problema en sede judicial. La jueza de turno va a aportar dos argumentos al debate procesal. Por una parte, interpreta la petición de entrega del feto como una solicitud de inscripción en el Registro Civil. La ley considera obligatorio hacerlo si se cumple alguno de los dos requisitos ya aludidos. Tal obligación no parece implicar, a contrario, que –de no cumplirse ninguno de ellos– se prohíba la entrega. Así lo reconoce la jueza, pero entiende que no pueden obviarse los protocolos existentes y deniega la inscripción y la consiguiente entrega. A la vez demuestra su conocimiento de las exigencias del principio de igualdad en la aplicación de la ley, sorprendiendo a propios y extraños al admitir que falló a favor de una entrega similar en un caso anterior; pero considera que, pese a no cumplirse tampoco los requisitos mencionados, constituía «un supuesto sensiblemente distinto» por dos razones. Por una parte, se trataba de un aborto espontáneo y no, como en el caso presente, programado. Por mucho que incomode a los ciudadanos pro-vida, lo cierto que es dicha distinción es, en nuestro ordenamiento legal, absolutamente irrelevante. Por otra, la anterior recurrente había alegado que era de confesión musulmana y que sus creencias le impedían permitir la incineración de los restos, que habrían de ser sepultados en tierra, lo que plantearía un «conflicto con el derecho de libertad religiosa». La jueza optó por que se le entregara el feto.

La recurrente basa su argumentación en la existencia de tres posibles vulneraciones de derechos: su libertad ideológica, considerada menos digna de protección que la religiosa de su antecesora; la discriminación en razón de sus convicciones, derivada de lo anterior, ya que jueza argumenta que no «invoca religión católica alguna»; por último, aportando jurisprudencia de Estrasburgo, aunque sea un tanto alejada, al tratarse del sepelio de un hijo nacido muerto, estima vulnerado su derecho a la vida privada personal y familiar, protegido por el artículo 8 del Convenio de Roma, cuyo alcance no es considerado por el Tribunal Constitucional idéntico al del artículo 18 CE.

Quizá todo esto merezca una reflexión. Una difundida metáfora invita a admitir que en la norma habría un núcleo de diáfana claridad jurídica, rodeado de una zona de penumbra, que convertiría el caso en difícil y obligaría al intérprete a echar discrecionalmente mano de sus planteamientos morales metajurídicos. No parece ser este el caso. La obsesión por la conexión derecho-moral puede llevar a ignorar la relevancia del pluralismo argumentativo en la deliberación constitucional. Los tres argumentos planteados por la recurrente son inequívocamente jurídicos, sin que quepa apreciar en ellos veleidad moral alguna. El presunto dilema entre claridad jurídica y opciones morales se ve pues sustituido por una pluralidad de posibles fundamentos jurídicos, habitual en la ponderación que con frecuencia preside una argumentación constitucional. Nos encontramos ciertamente ante un caso no poco difícil, o al menos polémico. Baste tener en cuenta que constituida la sala con solo cinco magistrados, por fallecimiento del sexto, la senten-

cia solo será netamente apoyada por dos de ellos: otros dos suscriben votos particulares discrepantes y el quinto se muestra de acuerdo con el amparo otorgado, pero discrepa, en su voto particular concurrente, de la fundamentación suscrita por la pareja favorable.

El Tribunal, en una muestra más de su habitual esfuerzo de autocontención, se ceñirá a la argumentación propuesta, renunciando a reconstruir la demanda. Cabría entender que, a la hora de jerarquizar los motivos de vulneración planteados daría preferencia al de mayor sintonía con la realidad social en que se inserta el caso. Personalmente, más bien me parece que ocurre lo contrario. El artículo 16.1 CE equipara a la libertad ideológica con la religiosa. Ello excluye planteamientos laicistas, nada infrecuentes, que otorgarían primacía a la primera. No faltan, sin embargo, casos en los que ocurre lo contrario. El Tribunal tuvo ya oportunidad de establecer, ante una objeción de conciencia al servicio militar⁴⁶, que no cabía limitar al ámbito religioso el actuar en conciencia, sino que también merecerían protección planteamientos éticos no vinculados a ninguna confesión. Creo que en el caso que nos ocupa influyó, como en otros⁴⁷, el «vértigo» que ante las apelaciones a la libertad de conciencia suelen experimentar algunos magistrados, temerosos de abrir una espita a una relativización de la normativa jurídica en vigor. Ello habría llevado a marginar la protección de la libertad ideológica, reconocida por el fiscal, e incluso la discriminación por convicciones personales, de difícil argumentación sin tener implícitamente en cuenta la anterior, optando por la vulneración del artículo 18 CE, interpretado a la luz del no tan cercano artículo 8 del Convenio de Roma, proclive a servir de cobertura al mero juego de la autonomía de la voluntad⁴⁸, que desborda con creces su ámbito protector.

Como conclusión, debo mostrarme comprensivo ante la notable dificultad con que tropiezan quienes se han comprometido a negar carácter jurídico a toda exigencia no formalmente legalizada, atribuyéndole –es de imaginar que generosamente– carácter moral, para poder explicar los rasgos reales de la dinámica jurídica; tanto más cuando quieren hacerlo compatible con una razonable distinción entre derecho y moral. Sin duda la entrada en juego de la Constitución marcó en el caso español un obligado replanteamiento, dando paso a las propuestas constitucionalistas o incluso neoconstitucionalistas, bajo el a sus ojos amenazador espectro del derecho natural.

⁴⁶ STC 15/1982, de 23 de abril, Pte. Gloria Begué Cantón.

⁴⁷ Sirva de ejemplo la STC 145/2015, de 25 de junio, de la que firmé la ponencia y un voto particular concurrente, relativa a la objeción de conciencia de un farmacéutico, que se niega a disponer en su oficina de la llamada píldora del día después y de preservativos.

⁴⁸ Al respecto «Sobre la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo», *Ideas 4*, AEDOS, Madrid, 2014.

Quizá resulte ilustrativo remitirse a los problemas suscitados con motivo de los momentos iniciales de la vigencia del texto constitucional y su ruptura con la mentalidad arraigada en el positivismo legalista que llevaba a situarlos en el ámbito de unos principios a los que se negaba vinculatoriedad hasta que se vieran legalmente desarrollados. Valga para este experimento de memoria histórica la relectura de la temprana STC 80/1982, de 20 de diciembre, Pte. Francisco Tomás y Valiente, relativa a los derechos hereditarios de una ciudadana reconocida como hija natural, con arreglo a la normativa preconstitucional.

Se planteaba la posible incidencia derogatoria del artículo 14 CE sobre el artículo 137 del Código Civil entonces en vigor, al menos para la entonces existente Audiencia Territorial de Sevilla y para la Sala Primera de Tribunal Supremo, que no dudó en imponer a la recurrente el pago de costas, por entender que el artículo 137 del Código Civil «no devino inconstitucional a causa del art. 14 de la CE porque «tal mandato tiene alcance de una declaración de principio que a su vez se matiza incluyéndolo dentro de los principios comprendidos (...) en el art. 39.2, al que alcanza la prohibición de su alegación directa ante la jurisdicción ordinaria, prescrita en el art. 53.3 de la CE».

El Tribunal, con ponencia de Francisco Tomás y Valiente tuvo que recordar que «la Constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal», por lo que «no puede haber duda a propósito de la vinculatoriedad inmediata» de sus artículos. Se descartaba, en consecuencia, que «el contenido de las Leyes Fundamentales del Estado integra meras enunciaciones de principios encaminados a orientar la futura labor del Poder Público, sin eficacia para provocar el nacimiento de derechos civiles salvo que éstos se desarrollen por leyes ulteriores», porque «en modo alguno puede admitirse es la equiparación a tal efecto ni a ningún otro entre aquellas «Leyes Fundamentales» y la Constitución Española de 1978, para cuya valoración e interpretación es necesario prescindir de criterios ya periclitados». En consecuencia se rechaza la afirmación de que «tal mandato (el del art. 14) tiene alcance de una declaración de principio necesitada de ulterior desarrollo»; aclarando, dada la argumentación esgrimida por el fiscal, que ello «no implica la aplicación retroactiva de la Constitución, sino el reconocimiento de su carácter normativo». Por tal se entiende su dimensión jurídicamente vinculante, para lo que no es óbice que juegue operativamente como principio.

No se reducen tales efectos al esporádico surgimiento de la una *supralegalidad* constitucional. El propio Tribunal indica que «no puede ni debe formular ningún pronunciamiento sobre la filiación de la recurrente en amparo, pero sí debe colocarla en una situación procesal en la que sea tratada por los Tribunales con respecto a su derecho a la no discriminación por razón de nacimiento». Ha de ser la *jurisdicción ordinaria* la primera en asumir la aplicación de *Constitución* y será su tarea la primera en experimentar el cambio de paradig-

ma analizado. Lo decisivo no habrá sido pues la entrada en juego de la Constitución, con el consiguiente «constitucionalismo» teórico, sino el giro hermenéutico y argumentativo experimentado por la filosofía jurídica y su inevitable incidencia tanto sobre los planteamientos positivistas como sobre los iusnaturalistas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAGÓN REYES, M., 2015, «Algunos problemas del nuevo recurso de amparo», en *Fernando Herrero-Tejedor Algar. Liber amicorum*, Madrid, Colex.
- 2012, «Las dimensiones subjetiva y objetiva del nuevo recurso de amparo», *Otrosí* (10, abril-junio).
- 2015, «Problemas de la justicia constitucional en España», en Enrique Arnaldo Alcubilla y Pedro González-Trevijano (dir.), *En pro de la regeneración política en España*, Cizur Menor, Thomson-Reuters-Aranzadi.
- DWORKIN, R., 2006, *La justicia con toga*, Madrid, Marcial Pons.
- FERRAJOLI, L., 2016, «Argumentación interpretativa y argumentación equitativa: contra el creacionismo judicial», *Teoría & Derecho* (20).
- 2016, «Comentarios a las intervenciones de Manuel Atienza, Juan Antonio García Amado y Alfonso García Figueroa», *Teoría & Derecho* (20).
- GADAMER, H. G., 1960, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen, Mohr Siebeck.
- GARCÍA AMADO, J. A., 2016, «Comentarios sobre los textos de Atienza, García Figueroa y Ferrajoli», *Teoría & Derecho* (20).
- GARZÓN VALDÉS, E., 1992, «“No pongas tus sucias manos sobre Mozart”. Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia», *Claves de razón práctica* (19).
- KAUFMANN, A., 1966, *Gesetz und Recht Saarbrücken*, Saarbrücker Universitätsreden.
- 1957, *Naturrecht und Geschichtlichkeit* Tübingen, Mohr Siebeck.
- LAPORTA, F., 1993, *Entre el derecho y la moral*, México D. F., Fontamara.
- MORESO, J. J., 2011, «Antígona como defeater. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli», *Doxa* (34).
- 2012, «La ciudadela de la moral en la corte de los juristas», *Anuario de Filosofía del Derecho* (XXVIII).
- 2015, «Sobre seis posibles conexiones necesarias entre el derecho y la moral», en *Una filosofía del derecho en acción. Homenaje al Profesor Andrés Ollero*, Madrid, Congreso de los Diputados.
- PRIETO SANCHÍS, L., 1997, *Constitucionalismo y positivismo*, México D. F., Fontamara.
- 2000, «Tribunal Constitucional y positivismo jurídico», *Doxa* (23).
- 2006, «Iusnaturalismo, positivismo y control de la ley. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional», en *La rebelión de las leyes. Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional*. Juan Luis Requejo Pagés (coord.), Oviedo, Junta General del Principado de Asturias.
- PRIETO SANCHÍS, L., 2014, *Neoconstitucionalismo, principios y ponderación*, México D. F., Editorial Ubijus.

- 2014, «Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación», en *Argumentación jurídica* Valencia, Tirant lo Blanch.
 - 2015, «Entre la moralización del derecho y la legalización de la moral. Variaciones sobre la presunta obligatoriedad del derecho», en *Una filosofía del derecho en acción. Homenaje al Profesor Andrés Ollero*, Madrid, Congreso de los Diputados.
- RUBIO LLORENTE, F., 1991, «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción», *Revista Española de Derecho Constitucional* (31).

Fecha de recepción: 31/03/2017. Fecha de aceptación: 31/10/2017

El valor intrínseco de la responsabilidad civil

The intrinsic value of tort law

Por DIEGO M. PAPAYANNIS *

Universitat de Girona

RESUMEN

¿Existe alguna razón para preferir que la gestión de los daños que nos causamos unos a otros sea mediante un sistema de responsabilidad civil en lugar de un fondo social de compensación? La justificación de los fondos sociales de compensación es más bien obvia, pues se intenta atender con celeridad las necesidades de las víctimas. En cambio, la justificación de la responsabilidad civil genera amplias controversias. Si la responsabilidad civil ha de ser justificada, parece que debe encontrarse en ella un valor que no puede ser perfectamente realizado con mecanismos alternativos. Ese será su valor intrínseco. En este trabajo se ofrece una visión de cuál es ese valor,

* Profesor Agregado e Investigador de la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universidad de Girona. Este trabajo fue presentado en las «XXVI Jornadas de la Sociedad española de filosofía jurídica y política: Filosofías del derecho positivo», celebradas los días 4 y 5 de mayo de 2017 en la Universidad de Girona. Versiones parciales de estas ideas fueron presentadas en el Research Institute for the Humanities de la Facultad de Derecho de la Universidad de Keele, el 7 de mayo de 2014; en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, el 2 de julio de 2014; en la Universidad Pompeu Fabra, el 26 de junio de 2015; y en el «II Encuentro de la Red Temática Responsabilidad y argumentación jurídica», celebradas en la Universidad de Génova, los días 9 y 10 de noviembre de 2017. Agradezco los valiosos comentarios recibidos en las distintas ocasiones por parte de Pierluigi Chiassoni, Andrea Dolcetti, Lucila Fernández Alle, Juan Antonio García Amado, Marina Gascón Abellán, Jordi Ferrer, John Gardner, Tsachi Keren-Paz, Agustín Menéndez, José Juan Moreso, Esteban Pereira Fredes, Pablo Perot, Lorena Ramírez Ludeña, Pablo Rapetti, Giovanni Battista Ratti, Jorge L. Rodríguez, Tobías Schleider y Alexander Vargas.

y se argumenta que en última instancia resulta insuficiente para justificar plenamente la responsabilidad civil.

Palabras clave: *Responsabilidad civil, fondos de compensación, justicia correctiva, derechos y remedios, tesis de la continuidad.*

ABSTRACT

Is there any reason to address the harms that we cause to each other through a tort law system instead of a social compensation fund? The justification of social compensation funds is rather obvious, since they try to deal promptly with the needs of the victims. On the other hand, the justification of tort law raises profound controversies. If tort law is justified, it seems that there must be a value in it that cannot be perfectly realized with alternative mechanisms. That would be its intrinsic value. This paper offers a view about what that value is, and argues that it is ultimately insufficient to fully justify tort law.

Keywords: *Tort law, compensation funds, corrective justice, rights and remedies, continuity thesis.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.-2. CONTINUIDAD ENTRE SEGURIDAD RAZONABLE E INDEMNIZACIÓN.-3. LA UNIDAD DEL DERECHO Y EL REMEDIO.-4. CONTINUIDAD ENTRE DEBERES PRIMARIOS Y SECUNDARIOS.-5. EL VALOR DE LA RESPONSABILIDAD INTERPERSONAL.-6. CONCLUSIÓN.-7. BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.-2. CONTINUITY BETWEEN REASONABLE SECURITY AND DAMAGES.-3. THE UNITY OF RIGHT AND REMEDY.-4. CONTINUITY BETWEEN PRIMARY AND SECONDARY DUTIES.-5. THE VALUE OF INTERPERSONAL RESPONSIBILITY.-6. CONCLUSION.-7. BIBLIOGRAPHY.

1. INTRODUCCIÓN

Ciertamente, existen muchas maneras de gestionar los daños que nos causamos unos a otros. Como tipos puros o ideales, podemos distinguir sistemas intervencionistas y sistemas no-intervencionistas. Los primeros tienen un carácter centralizado, y están financiados generalmente (pero no es necesario que así sea) por el Estado mediante fondos comunes de compensación social. Estos fondos procuran atenuar con alguna celeridad el sufrimiento injusto de la víctima. Por tanto, con este objetivo en miras, es coherente que las formalidades procesales para los reclamantes sean menos exigentes. Por regla, a fin de

obtener una indemnización, debería ser suficiente que la víctima muestre que según los criterios jurídicos vigentes no merece soportar el daño que sufrió. El caso paradigmático de modelo intervencionista es el instaurado en Nueva Zelanda por la Ley de Compensación de Accidentes (1972)².

En cambio, los sistemas no-intervencionistas tienen una impronta más liberal y descentralizada. En el modelo también ideal, el Estado solo presta su asistencia para que la víctima reclame un resarcimiento exclusivamente a quien la dañó. Si la víctima fracasa en este intento, entonces queda sin compensación. Naturalmente, la estructura bilateral demandante-demandado establecida por estos sistemas eleva las exigencias procesales (y probatorias en particular) que debe afrontar la víctima; ello es así por al menos dos razones relacionadas. Primero, a la víctima no le basta probar que el daño sufrido es digno de ser atendido, es decir, que merece una reacción institucional conforme con el derecho vigente. Aquí conviene tener bien presente la diferencia de modelo. El esquema no es unilateral. El análisis no se agota en el sufrimiento injusto de la víctima. Por consiguiente, la víctima debe mostrar que su sufrimiento concierne a otra persona. La idea de responsabilidad cobra un protagonismo ausente en el modelo intervencionista, y juega en los mecanismos bilaterales un papel fundamental. Normalmente, quien muestra que el daño que ha padecido es responsabilidad de otro, encuentra allí un fundamento válido para trasladarle las pérdidas derivadas de la interacción injusta³. Segundo, las exigencias procesales adicionales se justifican también por la necesidad de desincentivar los reclamos infundados y de garantizar el derecho de defensa del demandado. Estos factores definen los contornos de los sistemas no-intervencionistas, haciendo que su resultado sea mucho más incierto en términos de la protección de las víctimas. En breve, los sistemas no-intervencionistas, que se corresponden a grandes rasgos con lo que denominamos «responsabilidad civil», no buscan necesaria o únicamente atenuar el sufrimiento de las víctimas, sino implementar un esquema de derechos, deberes y responsabilidades mutuos.

Los ordenamientos jurídicos modernos oscilan entre un extremo y otro, pero lo más habitual es encontrar modelos mixtos, que combinan rasgos estructurales de los sistemas centralizados y los descentralizados. Así, algunos sistemas que emplean por regla general la responsabilidad civil para gestionar los daños que nos causamos unos a otros

² El sistema ha experimentado sucesivas reformas en los años 1982, 1992, 1998, 2001, 2005, 2008 y 2010, sin embargo, en su esencia no ha cambiado. El sistema surgió de reconocer que la responsabilidad civil tradicional «es incapaz de resolver el serio problema social de las víctimas de accidentes que necesitan una fuente segura de apoyo financiero después de haber sido privadas, de manera permanente o temporal, de su capacidad de trabajo» (Todd, 2016, 22).

³ En un sentido relevante, las pérdidas que son responsabilidad moral de otras personas pertenecen a ellas y, por tanto, les pueden ser legítimamente trasladadas. Véase Coleman, 1992, 330, nota 10.

también implementan fondos de compensación para atender la situación de una clase concreta de víctimas. En España, por ejemplo, la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo tiene por objeto «el reconocimiento de las víctimas del terrorismo y el establecimiento de un marco de indemnizaciones, ayudas, prestaciones, garantías y condecoraciones con la finalidad de reconocer y atenuar, en la medida de lo posible, las consecuencias de la acción terrorista en las víctimas y en sus familias o en las personas que hayan sufrido daños como consecuencia de la acción terrorista» (art. 1). Asimismo, en el ámbito de los accidentes de circulación, el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, dispone que corresponde al Consorcio de Compensación de Seguros asumir la indemnización de las víctimas en una serie de casos, tales como los daños causados por vehículos desconocidos, robados o carentes de seguro o, incluso, cuando la compañía aseguradora del demandado fuese insolvente, entre otros supuestos (véase el art. 11).

Pero la presencia de elementos intervencionistas no se aprecia únicamente en la creación de fondos de compensación para situaciones especiales, sino también en toda regulación que de manera centralizada altere la lógica liberal según la cual el resultado del litigio depende exclusivamente de los esfuerzos (y del éxito) de las víctimas en la argumentación de su caso contra el demandado. Ello ocurre parcialmente con la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Esta norma –que surgió de un consenso entre el sector asegurador y representantes de víctimas de accidentes de tránsito– supone una fuerte intervención en un modelo en general liberal, pues estipula de antemano distintas cuantificaciones para los diversos rubros que se consideran indemnizables, a veces fijando una cifra concreta que la víctima tiene derecho a percibir, otras veces estableciendo topes indemnizatorios y aun en otras ocasiones especificando una horquilla de montos mínimos y máximos. La prueba de que el daño es mayor o menor que lo contemplado en el baremo dispuesto legalmente es irrelevante. Ejemplos como estos, entre los muchos que pueden encontrarse en el derecho comparado, muestran que difícilmente los ordenamientos jurídicos modernos vayan a optar por un modelo puro.

La lógica intervencionista, en principio, parece clara: se trata de incrementar la protección de las víctimas. La lógica no-intervencionista, en contraste, es mucho más difícil de identificar. ¿Qué razones pueden esgrimirse a favor de un sistema que hace del daño injusto un problema *privado*, propio de los participantes en la interacción dañosa? Puesto en otros términos, ¿por qué deberíamos preferir un sistema de responsabilidad civil bilateral, antes que un fondo social de compensación que funcione como respuesta jurídica universal, aplicable para todo tipo de daños, agentes y víctimas? Es decir, ¿qué *valor* tienen estos sistemas bilaterales?

Una primera idea podría ser que la bilateralidad tiene un fundamento económico. El hecho de que las partes estén normativamente vinculadas les brinda los incentivos correctos para que solo se generen riesgos socialmente beneficiosos. La responsabilidad, es decir, la perspectiva de tener que indemnizar a la víctima, desincentiva la realización de actividades que causan más daños que beneficios a nivel agregado. Si la regla es «quien daña, paga», entonces solo dañarán quienes puedan pagar y conservar para sí un excedente; ello garantiza que los beneficios recibidos sean superiores a los daños causados. A la vez, el derecho de la víctima a ser indemnizada admite una doble lectura económica: en primer lugar, no es deseable que las víctimas adopten medidas de autoprotección excesivas (lo que con toda probabilidad harían si no tuviesen derecho a recibir compensación cuando sufren un daño injusto, sobre todo si son adversas al riesgo). En segundo lugar, el derecho de la víctima a recibir compensación les brinda un incentivo para demandar a los causantes del daño, lo cual es fundamental para que los incentivos de los potenciales agentes dañadores sean realmente eficaces. Nadie tiene un interés mayor en hacer efectiva la responsabilidad del agente que la propia víctima, ya que de esta manera recibe su indemnización. Un sistema de responsabilidad para el agente desvinculado de un resarcimiento para la víctima (por ejemplo, un sistema basado en multas) puede llegar a ser subóptimo desde el punto de vista de la disuasión⁴.

Este breve argumento económico revela por qué los sistemas bilaterales no pueden encontrar su fundamento último en la eficiencia. Como es evidente, desde esta óptica, la responsabilidad civil estará justificada sí, y solo sí, ningún otro mecanismo alternativo nos permite alcanzar, empleando menos recursos, el mismo nivel de disuasión que el conseguido por ella. Los abogados practicantes saben que la responsabilidad civil es un mecanismo particularmente costoso para compensar a las víctimas de accidentes⁵. Por tanto, la pregunta que debemos formularnos es si existe algún sistema (o combinación de sistemas) que pueda motivar correctamente a las partes y cuyos costes de gestión sean sensiblemente más bajos. Si la respuesta es positiva, la responsabilidad civil perdería toda razón de ser desde la perspectiva de la eficiencia. Y el hecho de que los costes de administrar los distintos sistemas alternativos dependan de contingencias sociales, relativas a cada contexto de aplicación, hace imposible ofrecer una defensa general de la responsabilidad civil como mecanismo para la disuasión eficiente. En efecto, en un contexto dado podría ser falso que este sea el modo menos costoso de lograr el objetivo planteado.

Llegados a este punto, si la fundamentación general de la responsabilidad civil no puede hallarse en la eficiencia, tal vez pueda hallar-

⁴ Sobre el punto de vista económico, véase Landes y Posner, 1987; Shavell, 1987; Posner, 2011, 243-244.

⁵ Véase Sugarman, 1985, 596; Shavell, 2007, 151.

se en algún principio de justicia. Esta es la otra gran idea dominante en el debate sobre los fundamentos de la responsabilidad civil. Una buena cantidad de autores sostienen que la responsabilidad civil es una cuestión de justicia correctiva, entendida como una justicia privada, entre particulares⁶. La responsabilidad civil no está diseñada para gestionar las pérdidas en general, o para aliviar el sufrimiento de las víctimas. Tiene su propia racionalidad, centrada en las interacciones privadas entre personas libres e iguales; *privadas* en tanto no están mediadas por su pertenencia a la comunidad. No se trata de pautar lo que unos deben a otros en sus relaciones como miembros del mismo colectivo social, sino de establecer lo que unos deben a otros en sus tratos interpersonales. Una premisa básica de las relaciones interpersonales es que todos debemos interactuar respetándonos recíprocamente nuestros derechos. Cuando un individuo lesiona a otro, o destruye su propiedad, entre otros casos, vulnera los derechos del segundo, a la vez que infringe sus deberes respecto de él. Al dañar al otro, se comete una injusticia relacional, se causa un perjuicio específicamente a la otra parte. Por descontado, al causar una injusticia relacional (a otro) se causa una injusticia *a secas*. Si dañarme es incorrecto, cuando usted me daña hace algo incorrecto respecto de mí en particular, pero también algo incorrecto sin más. A la responsabilidad civil, empero, no interesan las injusticias sin más; le concierne en concreto el hecho de que usted obró injustamente al relacionarse de la manera incorrecta con otra persona. Y la respuesta jurídica de la responsabilidad civil es permitir a la persona afectada, la víctima, que revierta el estado de cosas injusto trasladando las consecuencias del ilícito a su origen, es decir, al agente causal del daño⁷. Como puede advertirse, el derecho privado reacciona ante la injusticia preservando la estructura interpersonal de la interacción injusta. Una vez que Aléxandros daña a Olympia, queda sujeto a las potestades de esta última de exigirle una compensación.

El atractivo de estas teorías es que ofrecen una imagen familiar de la práctica. Ahora bien, sería deseable esclarecer cuál es el sentido de esta estructura normativa bilateral o interpersonal. ¿Qué vínculo existe entre la vulneración de los derechos del otro (la actuación injusta) y la obligación de reparar los daños derivados de esta infracción? Puesto de otro modo, ¿cómo surge la responsabilidad bilateral a partir de la vulneración del derecho inicialmente afectado? Aunque la pregunta a primera vista parece tener una respuesta obvia, intentaré mostrar que las respuestas contemporáneas más influyentes adolecen de serias dificultades.

⁶ Entre muchos otros, véase Coleman, 1992; Weinrib, 1995; 2012; Ripstein, 2016.

⁷ Véase un interesante desarrollo de esta idea en Gardner, 2012, 53 y ss.

2. CONTINUIDAD ENTRE SEGURIDAD RAZONABLE E INDEMNIZACIÓN

Desde hace tiempo, los autores han visto alguna clase de continuidad entre los derechos y deberes primarios y secundarios. Después de todo, si Aléxandros tiene el deber de no dañar a Olympia, y la daña, parece claro que Olympia tiene una expectativa legítima de que Aléxandros haga algo al respecto *porque* Aléxandros tiene razones para hacerlo. Como plantea Neil MacCormick en «The Obligation of Reparation» (1982), si Aléxandros al salir de su garaje choca accidentalmente el automóvil de su vecina Olympia, que estaba estacionado justo al costado de la salida, debe informar a Olympia de lo ocurrido, explicar las circunstancias del accidente, disculparse y ofrecerse a pagar el coste de la reparación del automóvil. Este parece ser un juicio bastante sensato, compartido en la moral ordinaria. Pero ¿hay algún principio que pueda justificar un juicio como este? Es decir, ¿se pueden racionalizar estas intuiciones que subyacen a nuestro juicio de moral ordinaria? (MacCormick, 1982, 214-215).

MacCormick cree que sí. Parte de la premisa normativa de que los individuos tienen derecho a una seguridad razonable sobre su integridad corporal y sus bienes materiales, lo cual asume es algo incontrovertiblemente bueno para todas las personas (1982, 217). Nótese que el derecho a la seguridad no es absoluto, sino solo hasta el límite de lo razonable. Esto supone que debemos aceptar al menos algunos riesgos que otros nos imponen, pero solo en tanto sean razonables. ¿Cuándo es razonable un riesgo? Esto no es fácil de determinar. Una posibilidad es considerar razonables aquellos riesgos que producen más beneficios en términos de libertad que perjuicios en términos de reducción de la seguridad (Keating, 2001, 42-43).

Volviendo al ejemplo del automóvil que estamos tratando, el daño que Aléxandros causa a Olympia es una vulneración del derecho de esta última a un nivel de seguridad razonable. El derecho a la seguridad, dice MacCormick, es *erga omnes*, y permite afirmar ciertos deberes derivados, como los siguientes:

- 1) Todos deben intentar alcanzar el estándar de cuidado razonable; y
- 2) Una vez que se ha infringido el derecho a la seguridad razonable surge un deber de reparar a cargo del agente dañador.

Ambos deberes se sustentan, según MacCormick (1982, 219), en una supuesta conexión analítica entre los derechos «*in rem* [...] oponibles a todos en general, y el derecho personal a un remedio que surge contra el individuo específico que infringe el derecho primario». De acuerdo con MacCormick, la negación de estos deberes derivados supondría admitir implícitamente que nuestra aserción original del derecho primario no era sincera. Ambos deberes encuentran su funda-

mento en el derecho a la seguridad, por lo tanto, el deber de reparar los daños causados no está conectado con el deber de intentar alcanzar el estándar de cuidado razonable, sino que es independiente de este último. De esta forma, la razón por la cual Aléxandros debe indemnizar los daños causados a Olympia no es que se comportó de manera negligente, sino que infringió el derecho objetivamente determinable que Olympia tenía a una seguridad razonable. Esta postura permite a MacCormick acomodar fácilmente los supuestos de responsabilidad sin culpa.

El derecho a una seguridad razonable, no obstante, es ambiguo. Si se trata de un derecho a no ser expuesto a riesgos irrazonables, entonces, el derecho resulta vulnerado por la mera negligencia, aunque no produzca consecuencias adicionales al malestar que la exposición al riesgo haya podido generar. Si se trata, en cambio, de una seguridad razonable en tanto garantía de indemnidad, entonces, el derecho es vulnerado solo con la producción del daño. La acción negligente es *per se* irrelevante para la vulneración del derecho. Sin importar cuán irrazonable haya sido Aléxandros respecto de Olympia, él no vulnera sus derechos en este segundo sentido si no la daña. Es plausible entender que el derecho a la seguridad incluye ambas cosas, como infiere MacCormick. Sin embargo, la vulneración de la seguridad en el primer sentido no tiene por qué tener las *mismas consecuencias* que en el segundo. Así, cuando Aléxandros obra negligentemente respecto de Olympia ella tiene la potestad de exigir que Aléxandros cese su conducta irrazonable, e incluso puede requerir la asistencia de la fuerza pública para forzar la cesación del riesgo. Pero en ningún caso podría Olympia reclamar una indemnización de Aléxandros por el riesgo al que fue expuesta⁸. La indemnización solo se deriva de la vulneración del derecho a la seguridad en el segundo sentido, es decir, como derecho de indemnidad⁹.

Podemos aceptar que, por exigencia de la racionalidad, el derecho a la seguridad de Olympia impone sobre Aléxandros un deber de intentar alcanzar un estándar de conducta razonable a fin de no dañar a Olympia. Pero respecto del derecho a la seguridad en el segundo sentido, la cuestión no me parece tan evidente. MacCormick sostiene que el derecho a un nivel razonable de seguridad implica un derecho a ser compensado, correlativo con un deber de indemnizar a cargo del

⁸ Esta afirmación es sin duda controvertible. Para Finkelstein, la exposición al riesgo puede ser un daño en sí mismo. Aunque ello no significa que sea necesariamente indemnizable, tampoco hay argumentos conceptuales o jurídicos para negar que pueda serlo (2003, 965 y ss.). En una línea similar, Oberdiek (2012, 341, 350 y ss., y 356; 2017, 68-69) ha sostenido que la imposición de riesgos reduce la autonomía del sujeto afectado. Ello hace que la mera imposición sea susceptible de evaluación moral y, por lo tanto, que requiera de justificación. Cuando el riesgo es injustificable, constituye en sí mismo un daño inmaterial a las personas. Que merezca o no compensación es un asunto distinto.

⁹ Sobre la noción de derecho de indemnidad, véase Papayannis, 2014, 317 y ss.

agente causal, cuando este derecho primario es vulnerado. Un derecho que ante la infracción no genera consecuencias es un derecho vacío de contenido. Esto es indudablemente cierto. Sin embargo, es fácil advertir que incluso si un derecho a no ser dañado carece de sentido sin un remedio indemnizatorio ante la infracción, ello difícilmente fundamenta que el remedio indemnizatorio esté constituido por un deber correlativo a cargo del agente causal. Del hecho de que Olympia fue dañada irrazonablemente solo podemos inferir, dada la tesis que estamos analizando, que alguien debe compensarla, no que debe hacerlo necesariamente quien la dañó.

En conclusión, el derecho a la seguridad en su primer sentido exige necesariamente que el agente dañador se abstenga de imponer con sus acciones niveles de riesgo irrazonables. ¿Qué otra cosa podría significar, si no esto mismo, que tenemos derecho a una seguridad razonable? En cambio, el derecho a la seguridad en el segundo sentido es más complejo. Requiere que la víctima no sea dañada y, si es dañada, que sea compensada. El derecho a no ser dañado ha de tener como correlativo un deber de no dañar. Pero la existencia de este deber de no dañar no depende de que a su infracción le siga un deber de compensar a la víctima. El deber de no dañar existe en la medida en que el ordenamiento imponga al agente una consecuencia *adecuada* en caso de incumplimiento¹⁰. Esa consecuencia puede perfectamente ser una sanción penal, una multa o, también, un deber de compensar a la víctima. Ahora bien, si el ordenamiento diese contenido al deber de no dañar exclusivamente mediante una sanción penal para el agente, a fin de que la víctima tenga un genuino derecho a ser compensada, lo que constituye la principal preocupación de MacCormick, el Estado debería garantizarle una indemnización a cargo de alguien (la comunidad en su conjunto, la persona más rica del pueblo, el primero en la guía telefónica que tenga fondos suficientes, etc.). Este argumento muestra que el derecho a una seguridad razonable puede ser satisfecho mediante un combinado de sanciones y medidas compensatorias independientes entre sí. ¿Qué justifica, entonces, la implementación de un sistema de responsabilidad civil en desmedro de otros mecanismos centralizados?

3. LA UNIDAD DEL DERECHO Y EL REMEDIO

El derecho a la seguridad razonable, como se ha visto, no puede ofrecer por sí mismo un fundamento para la responsabilidad civil ni, por tanto, identificar dónde radica su valor. Pese a todo, MacCormick

¹⁰ Digo «adecuada» en tanto sería dudoso como cuestión de derecho positivo que exista un genuino deber de no dañar si ante el incumplimiento se impusiesen al infractor consecuencias nimias.

abre camino a otros argumentos más elaborados, basados en la justicia correctiva, que intentan aprovechar la idea de que existe una continuidad o, más precisamente, una unidad entre los derechos vulnerados y los remedios que se siguen de la vulneración.

El foco de la justicia correctiva se ubica en las relaciones privadas. Desde esta perspectiva, los individuos interactúan como personas libres e iguales. Son libres en tanto a cada uno corresponde elegir sus propósitos en la vida. Y son iguales en tanto tienen los mismos derechos para desarrollarse como personas. Recientemente, Arthur Ripstein (2016, 33 y ss.) ha ofrecido una reconstrucción del derecho de daños en términos del principio según el cual *ninguna persona está a cargo de otra*. Este principio, de clara inspiración kantiana, explica por qué nadie puede usar sus medios (en particular su cuerpo y su propiedad) en detrimento de los medios de los demás, y nadie tiene autoridad para determinar los fines para los que han de utilizarse los medios de otras personas. A la luz de este principio, puede comprenderse que el derecho de daños no se ocupa de proteger el bienestar, sino los medios con los cuales podemos perseguir nuestros planes de vida. En este sentido, el derecho privado se centra en resguardar lo que cada uno tiene (Ripstein, 2016, 7-8 y 83). Luego de la interacción dañosa, la responsabilidad civil ordena una indemnización a fin de recomponer el desequilibrio normativo producido por el daño y dejar el mundo como si el injusto nunca hubiese sucedido (Ripstein, 2016, 233 y ss.).

Coincidentemente, en los términos más habituales de la tradición de la justicia correctiva, las interacciones injustas suponen que una de las partes vulnera los derechos de la otra, excediendo a la vez los límites de su libertad. La causación y el sufrimiento de un daño son las dos caras de la misma moneda, puesto que una es inconcebible sin la otra. Cuando el agente se comporta injustamente respecto de la víctima, obtiene un beneficio *normativo* a costa suya: obra en el mundo como si los derechos de la otra parte no existieran, como si no impusieran ninguna restricción a su libertad de acción. A la vez, la víctima sufre una pérdida normativa correlativa, en tanto soporta una intromisión en su esfera de autonomía, una intromisión que tenía derecho a no sufrir. De esta manera, las interacciones injustas en el sentido recién explicado quiebran la igualdad de las personas como agentes morales que se autodeterminan (Weinrib, 1995, 114-116).

En esta imagen de las interacciones injustas, el evento causal es *la razón* de la respuesta jurídica dada por el remedio (Weinrib, 2012, 81). El sentido del derecho de daños es deshacer la injusticia causada por el demandado y sufrida por la víctima. Dado que la injusticia (el daño causado por el agente) vulnera un derecho de la víctima –tal como su integridad corporal o su propiedad–, la interacción le priva de algo que le pertenece legítimamente; le priva de sus medios, en términos de Ripstein. El remedio apunta a corregir la injusticia y por ello se proyecta sobre el mismo objeto afectado: la integridad física, la pro-

piedad, o cualquier derecho que haya sido vulnerado. En este sentido, Weinrib sostiene que el remedio indemnizatorio es la *continuación* del derecho infringido.

La idea de un derecho sin un remedio ante su vulneración es absurda, puesto que el derecho, si es un verdadero *derecho*, no puede extinguirse con la producción de la injusticia. Si luego de la vulneración del derecho, la víctima no tuviese ningún remedio, la mejor manera de liberarnos de los deberes que nos imponen los derechos de otros sería incumpléndolos (Weinrib, 1995, 166; 2012, 90). Por lo tanto, una vez producida la injusticia, el remedio se presenta como la respuesta jurídica *natural* ante el injusto realizado por el demandado. Tal como Weinrib presenta la cuestión, la respuesta indemnizatoria *no tiene* una justificación independiente del derecho de la víctima que fue vulnerado. En sentido estricto, no hay una genuina distinción entre el derecho y el remedio. Aquello que llamamos «remedio» es la manifestación apropiada del derecho una vez que este es vulnerado (Weinrib, 2012, 87). En efecto, al exigir un remedio para subsanar la injusticia, la víctima no invoca más que el mismo derecho conculcado por el demandado. Como afirma Ripstein (2016, ix), el derecho y el remedio conforman una *unidad*. Y la tesis de la unidad permite apreciar que existe una continuidad entre la justificación de las restricciones que el derecho impone a las conductas de otros antes de la injusticia y la justificación del remedio después de la injusticia.

Analicemos un ejemplo para aclarar el argumento. Imaginemos que Aléxandros destruye el televisor de Olympia. Desde ya, Aléxandros no destruye con ese acto el *derecho* de Olympia. Ha destruido el objeto protegido por el derecho, pero eso naturalmente no extingue el derecho que ella tenía sobre el televisor. De alguna manera, el derecho ha de sobrevivir normativamente a su vulneración o violación. Por cierto, luego de que el televisor es destruido, Aléxandros no puede cumplir con su deber de no destruirlo, pero su deber también sobrevive y toma la forma del remedio (Weinrib, 2012, 91). En ese momento posterior al daño, la acción requerida por el derecho de Olympia es la compensación: Aléxandros debe reemplazar el televisor o darle a Olympia una cantidad de dinero suficiente como para comprar otro si lo desea. Según la tesis de la unidad, la compensación no es un nuevo deber, correlativo con un nuevo derecho de la víctima. Un mismo deber puede exigir acciones diferentes en distintos momentos, y una misma acción puede ser exigida por deberes diferentes (Weinrib, 2012, 89). En este sentido, Weinrib rechaza que la estructura normativa de la responsabilidad civil esté conformada por derechos y deberes genuinamente primarios y secundarios. Las partes tienen un conjunto de derechos y deberes, y las acciones requeridas por estos derechos y deberes varían según las circunstancias fácticas. Antes del daño, la acción requerida es la abstención de dañar. Luego del daño, esos derechos y deberes exigen una acción distinta: la compensación de las pérdidas derivadas de la vulneración del derecho. Si el derecho sobrevive

incluso después de la alteración física del objeto protegido por el derecho, entonces, debe concluirse que el remedio indemnizatorio es, como ya he apuntado, la manifestación del mismo derecho cuya vulneración constituye una injusticia¹¹.

En este relato, la bilateralidad está presente de comienzo a fin. Aléxandros destruye el televisor de Olympia. Este es un injusto relacional. Es algo que Aléxandros hace a Olympia. Aléxandros debe respetar el derecho de Olympia incluso luego de destruir el televisor. De ahí se sigue que el remedio ha de tener la misma estructura que la interacción injusta. Dado que la interacción es bilateral, en tanto involucra al causante y a la víctima de la misma injusticia, el remedio también tiene que ser bilateral. Así se explica la incapacidad de los sistemas centralizados o intervencionistas para rectificar una injusticia privada. Weinrib enfatiza especialmente que una injusticia bilateral no puede ser corregida de manera no-bilateral. Llega a afirmar que, si el Estado tomase dinero del agente dañador a fin de conformar un fondo común de compensación para las víctimas, y en el caso concreto tomase la cantidad exacta del daño, y en una operación separada le entregase a las víctimas esa misma suma, la injusticia todavía quedaría sin ser corregida. La imposición de responsabilidad al agente y la compensación de la víctima, en dos operaciones diferentes, no refleja la estructura de la injusticia que debe ser corregida. En definitiva, no cuenta como un ejercicio de justicia correctiva (Weinrib, 2012, 87-88).

Ahora bien, ¿ofrece la tesis de la unidad del derecho y el remedio razones suficientes para justificar la responsabilidad civil, en lugar de optar por un sistema centralizado? Una razón para pensar que sí es que la negación de los remedios bilaterales supone que no se reconoce plenamente el alcance normativo de los derechos individuales. Después de todo, ¿qué queda del derecho de Olympia sobre el televisor si una vez que Aléxandros lo destruye ella carece de una acción contra él? Que Olympia tenga un verdadero derecho sobre el televisor supone, entre otras cosas, una restricción para Aléxandros. Pero en un sistema en el cual Aléxandros no es responsable frente a Olympia cuando lo destruye, este rasgo conceptual de los derechos individuales se pierde indefectiblemente. En sentido estricto, conforme con la tesis de la unidad del derecho y el remedio, negar el remedio implica negar el derecho. El problema, entonces, es que los sistemas centralizados

¹¹ Debe tenerse presente que la oportunidad de respetar el derecho de la víctima después de la injusticia no convierte el deber correlativo en una obligación alternativa de no dañar o indemnizar. Si fuera un deber alternativo, la víctima no podría quejarse una vez que el agente le causa un daño y la compensa inmediatamente. Luego del daño, la única acción consistente con el respeto del derecho de la víctima es la reparación de sus pérdidas; pero ello no implica que la injusticia realizada en primer lugar deje de ser una *injusticia*. Como señala Weinrib (2012, 93), el remedio reafirma el derecho, no niega la injusticia. Para un análisis de las consecuencias teóricas de entender que el derecho de daños impone obligaciones alternativas, véase Papayannis, 2014, 145-149.

socavan el marco de interacción privada que permite a los agentes interactuar de modo valioso, lo que merma su capacidad de relacionarse con otros y de perseguir planes de vida complejos, como aquellos a los que aspiramos en tanto seres sociales.

Este argumento es altamente sospechoso, porque sabemos que la mayoría de los ordenamientos modernos exhiben distintos grados de intervención, llegando en algunos casos a una centralización preponderante como en el mencionado sistema neozelandés; y, ciertamente, no parece que en Nueva Zelanda se hayan acabado los derechos individuales ni las interacciones privadas. No obstante, vale la pena fundamentar esta impresión preliminar analizando el argumento desde el punto de vista conceptual.

¿Es verdad que los derechos individuales requieren responsabilidades relacionales a fin de que las personas cuenten con un marco de interacción? Intentaré mostrar que no. Los derechos están compuestos habitualmente por un *conjunto* de pretensiones, privilegios, potestades o inmunidades¹². A la vez, una verdad obvia acerca de los derechos es que tener un derecho consiste, como mínimo, en contar con una pretensión, un privilegio, una potestad o una inmunidad válida, justificada o legítima conforme con un sistema de normas (morales o jurídicas)¹³. Entonces, si Olympia tiene un derecho de propiedad sobre su televisor, debe tener al menos una pretensión, un privilegio, una potestad o inmunidad válida respecto de ese objeto. ¿Qué pretensiones válidas están incluidas, por ejemplo, en el derecho de propiedad de Olympia sobre su televisor? Eso no puede saberse sin indagar en el contenido del sistema jurídico en concreto. Y si se trata de determinar qué pretensiones están incluidas en un derecho moral, entonces, debe apelarse a una teoría normativa. Una teoría moral (o un sistema jurídico) de orientación liberal seguramente reconocerá en el derecho de propiedad de Olympia muchas más pretensiones válidas que una teoría (o sistema jurídico) de orientación socialista. Esto muestra que conviene distinguir claramente lo que Coleman y Kraus (1986, 1341) llamaron la *sintaxis* de los derechos y su *semántica*.

La sintaxis tiene que ver con la forma lógica, los rasgos conceptuales, aquellos que no pueden dejar de ser verdaderos acerca de los derechos. En cambio, la semántica de un derecho se refiere a su contenido. Así, un rasgo esencial (conceptual) del derecho de propiedad de Olympia es que ella tiene al menos una pretensión, un privilegio, una potestad o una inmunidad válida sobre el objeto protegido por su derecho, mientras que no es un rasgo esencial que su derecho de propiedad incluya la facultad de destruirlo. En efecto, algunas legislaciones imponen límites a la propiedad privada, e impiden «desnaturalizarla,

¹² Empleo, como es evidente, las conocidas posiciones de Hohfeld, 1913, 30.

¹³ Esta concepción de los derechos es ampliamente compartida. Véase, entre otros, Ross, 1958, 171; Guastini, 1999, 180-181; y Feinberg, 1970, 253.

degradarla o destruirla»¹⁴. Si saliese a la venta *La Gioconda*, Donald Trump podría comprarla, pero en muchos sistemas jurídicos el hecho de que *La Gioconda* fuese suya no le permitiría pintarle bigotes. También en la discusión moral podríamos desacordar si acaso el dueño de *La Gioconda* tiene derecho a pintarle bigotes, y nuestra discusión sería sobre qué razones existen para considerar que esa es (o no es) una potestad válida o justificada del titular del derecho. No obstante, en ningún caso diríamos que un derecho de propiedad sobre *La Gioconda* que excluya la potestad de pintarle bigotes resulta ininteligible como un cuadrado circular o un número primo divisible por 8.

Ahora es evidente que el derecho de propiedad de Olympia podría incluir distintas pretensiones, privilegios, potestades o inmunidades. Imaginemos que incluye las siguientes: (1) utilizar el objeto como mejor considere; (2) excluir a otros del uso del objeto; (3) transferirlo a título oneroso o gratuito; (4) aprovechar los frutos producidos por el objeto; (5) exigir una compensación a quien destruye el objeto. Conforme con la concepción de los derechos que estoy presentando, ninguna de estas pretensiones o potestades es *necesaria* para la existencia del derecho como tal. Evidentemente, un derecho de propiedad mucho más preocupado por el bienestar de las víctimas podría incluir en lugar de (5), (5') exigir una compensación al Estado cuando alguien la destruye. (5) es una típica pretensión de responsabilidad civil bilateral. (5'), en cambio, centraliza el sistema de reparación. ¿Es ininteligible un derecho de propiedad o un derecho a la integridad física que disponga un remedio no-bilateral como (5') en lugar de (5)? En mi opinión no. Es más, ni siquiera es necesario para la existencia de propiedad privada que se contemple una pretensión compensatoria como (5) o (5'). Sin dudas, un sistema que incluye las pretensiones (1) a (4) confiere un derecho menos robusto (y, por lo tanto, menos valioso para su titular) que uno que incluye las pretensiones (1) a (5). La cuestión es ver si la ausencia de (5), aunque no destruya los derechos individuales de las partes, socava de todas formas la posibilidad de contar con un marco equitativo para la interacción entre Aléxandros y Olympia. Los partidarios de la justicia correctiva parecen asumir que la respuesta es positiva. Pero este presupuesto es infundado. Como he comentado al analizar el trabajo de MacCormick, para que los derechos de Olympia supongan una restricción a la conducta de Aléxandros solo es necesario que Aléxandros sea destinatario de alguna consecuencia medianamente seria por la infracción de sus deberes

¹⁴ El Código Civil argentino de 1869, en su art. 2513 establecía un derecho de propiedad absoluto, al punto que declaraba «inherente a la propiedad, el derecho de poseer la cosa, de disponer o de servirse de ella, de usarla y gozarla según la voluntad del propietario. Él puede desnaturalizarla, degradarla o destruirla (...)». Con la ley 17.711 se suprimió esta última parte y se dispuso: «Es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla *conforme a un ejercicio regular*» (énfasis añadido).

respecto de Olympia. Esta consecuencia puede ser concretada mediante la responsabilidad civil, multas o castigos penales. En tanto la conducta del agente suponga alguna forma de *responsabilidad personal* no trivial para él, entonces, puede decirse que los derechos y responsabilidades no-bilaterales todavía son capaces de definir los términos equitativos de la interacción privada¹⁵.

En definitiva, el problema es que un derecho de propiedad compuesto por dos remedios unilaterales (responsabilidad penal para el agente y compensación estatal para la víctima) sigue siendo un derecho de propiedad, con un contenido distinto del preferido por Weinrib y la tradición kantiana (Weinrib, 1995, 36, 160 y ss.); y como todo derecho, es todavía capaz de regular con eficacia las relaciones entre particulares. En ese sentido, resulta dudoso que los derechos con remedios no-bilaterales socaven nuestra capacidad de desarrollar interacciones complejas con otras personas. Por lo tanto, la justicia correctiva no puede sustentarse sobre bases conceptuales, es decir, sobre lo que *significa* tener un derecho como el derecho de propiedad o el derecho a la integridad corporal y el impacto que ello tiene en las relaciones privadas.

Alternativamente, podría señalarse que hay una pérdida moral cuando un problema bilateral (un injusto privado) es abordado con mecanismos no-bilaterales de rectificación o subsanación. Los mecanismos centralizados, obviamente, se apartan de la justicia correctiva; suponen dejar de hacer justicia correctiva. Por ello, el argumento no puede simplemente afirmar que la pérdida moral de pasar a un sistema centralizado consiste en que se incumple la justicia correctiva, dado que ello constituiría una petición de principio. Para evitar caer en esto, debe identificarse qué se pierde, en términos normativos o de justicia, si implementamos mecanismos no-bilaterales. En última instancia, debe identificarse dónde radica el valor de la justicia correctiva. Para Weinrib, la rectificación ordenada por la justicia correctiva restablece el equilibrio entre las partes como agentes morales capaces de autodeterminarse. El remedio indemnizatorio deshace la injusticia en la cual un individuo se beneficia y el otro, correlativamente, se perjudica (Weinrib, 1995, 96). Una vez que se produce la interacción injusta la única manera en que el agente puede cumplir con su deber de respetar el derecho de la víctima es revirtiendo los efectos de su infracción original (Weinrib, 1995, 166).

Poco avanza este argumento respecto del anterior, pues por razones análogas creo que la igualdad de las partes y su autonomía podrían ser reivindicadas con remedios no-bilaterales. Si lo que preocupa a Weinrib es eliminar los excesos y las deficiencias que respec-

¹⁵ Como surge del argumento, la responsabilidad personal es algo distinto de la justicia correctiva. Por tanto, los mecanismos que deciden dejar de lado la justicia correctiva no tienen por qué renunciar a reconocer otras formas de responsabilidad personal. Sobre esto, véase Beever, 2008, 476, 483 y ss.

tivamente obtienen y sufren los causantes del daño y sus víctimas, ambas cosas podrían ser eliminadas con distintos remedios. En este sentido, la injusticia dada por el aprovechamiento de un individuo a costa del otro puede ser revertida con una combinación de remedios unilaterales.

Pensemos en un ejemplo sencillo: supongamos que un padre compra dos juguetes para sus hijos y el hermano mayor toma por la fuerza el juguete del menor. ¿Puede corregirse esta injusticia de manera no-bilateral? En mi opinión, por supuesto que sí. El padre podría quitar ambos juguetes al hermano mayor y dejar que el menor los disfrute por un tiempo igual al que duró la injusticia, luego de lo cual, cada uno recibiría el juguete que le corresponde¹⁶. De esta forma, ningún beneficio (normativo o fáctico) queda del lado del dañador, y ninguna pérdida (normativa o fáctica) queda del lado de la víctima. Ello, en la medida en que entendamos que las pérdidas y ganancias normativas pueden de algún modo ser eliminadas¹⁷. De igual manera, en un caso de responsabilidad extracontractual, el exceso en el obrar del agente puede ser rectificado con cualquier medida jurídica que lo prive de los beneficios normativos obtenidos, mientras que la vulneración del derecho de la víctima solo requiere de un remedio indemnizatorio, no necesariamente bilateral. ¿Se pierde algo en términos morales al implementar un remedio no-bilateral? Tal vez sí, pero no veo que las teorías ortodoxas de la justicia correctiva hayan explicitado el componente sustantivo que haría la diferencia. Mi impresión es que la fuerza normativa de la justicia correctiva se ha dado por sentada, como si las relaciones persona-a-persona fuesen sagradas a tal punto que cualquier intervención estatal distinta de la mera asistencia a las partes para lograr una rectificación bilateral supusiese en sí misma un error moral. Volveré sobre esto en el apartado 5.

4. CONTINUIDAD ENTRE DEBERES PRIMARIOS Y SECUNDARIOS

Una variante interesante de la tesis de la unidad del derecho y el remedio es la tesis de la continuidad entre deberes primarios y secundarios, tal como ha sido articulada por John Gardner. A diferencia de

¹⁶ En efecto, hay varias alternativas. El padre también podría comprar dos nuevos juguetes para su hijo menor y dejar los otros dos para el mayor, pero privarlo de sus juguetes durante el mismo tiempo que él privó a su hermano menor del suyo. Esta solución supone una nueva distribución más favorable para ambos, pero en cuanto a las ganancias y pérdidas normativas es idéntica a la solución propuesta en el texto.

¹⁷ Para una opinión en contra, véase Hershovitz, 2011, 112. Dado que es imposible cambiar el pasado, uno podría sostener que la injusticia cometida por el hermano mayor sigue sin ser rectificada. Pero este argumento sería válido también contra el remedio bilateral que Weinrib prefiere.

Weinrib, Gardner cree que el discurso jurídico que distingue deberes primarios y secundarios es correcto. El remedio no instancia la *misma obligación* que fue incumplida por el demandado, porque las obligaciones se definen por la acción que hacen obligatoria. Y *compensar* es una acción diferente de *no dañar* (Gardner, 2011, 29). En efecto, la primera acción presupone lógicamente la segunda. Solo es posible que Olympia sea compensada si antes sufrió algún tipo de perjuicio injusto. De lo contrario, cualquier prestación a su favor puede ser considerada, tal vez, un beneficio asistencial, pero no una compensación.

Ahora bien, como observa Gardner (2011, 30), pese a que compensar y no dañar son obligaciones diferentes, el cumplimiento de la segunda obligación una vez que la primera es infringida mitiga de alguna manera la violación anterior. Dicho de otro modo, la compensación del daño causado tiene algún efecto normativo sobre el incumplimiento previo del deber de no dañar. Empleando un ejemplo de MacCormick (1982, 212), nos invita a pensar en el padre que promete a sus hijos llevarlos a la playa el domingo; supongamos que no puede cumplir con su promesa porque algún asunto urgente requiere su máxima atención. Es razonable pensar que luego del incumplimiento del deber creado por la promesa, el padre todavía tiene razones para llevar a sus hijos a la playa el siguiente día soleado, o en la primera oportunidad que pueda. En comparación con el cumplimiento de la promesa original, esta es una segunda mejor alternativa. Pero aun sin ser una situación óptima, la segunda acción mitiga en parte el incumplimiento previo. La idea es que si el padre omite llevar a sus hijos a la playa, tal como prometió, todavía puede hacer algo por ellos en el futuro, como llevarlos en otro momento, o llevarlos al cine, o comprarles aquel juguete que deseaban desde hace tiempo, entre muchas otras posibilidades. En cierta forma, la compensación *ex post* es la segunda mejor manera de satisfacer las razones que justificaban la obligación de primer orden del padre, aquella derivada de la promesa (Gardner, 2011, 33).

Por supuesto, Gardner es muy cuidadoso al enfatizar suficientemente que la tesis de la continuidad se sostiene siempre y cuando «todo se mantenga igual», «*caeteris paribus*», y otras fórmulas similares (Gardner, 2011, 32, 33 y 34). La tesis de la continuidad, en estos términos, parece inicialmente plausible. Existen ciertos hechos que fundamentan un deber de primer orden de no dañar. Esos mismos hechos sumados al hecho de la violación del deber de no dañar (y, por tanto, a la producción del daño) fundamentan en el tiempo T2 un deber de compensar. Dado que el agente tenía en el tiempo T1 un deber de no dañar, entonces, tenía *razones* para no dañar. Esas razones no desaparecen en T2, después del daño. El mismo agente que antes tenía razones para no dañar, luego del daño tiene razones para compensar. Existe una continuidad en las razones que fundamentan los deberes de primer orden y los de segundo orden. Ese es el vínculo normativo que explica la racionalidad de la justicia correctiva.

Veamos un breve ejemplo en el derecho de daños. Imaginemos que Olympia adquiere en una subasta una vasija de la antigua Grecia valuada en 2 millones de dracmas e invita a varios amigos a su casa para verla. Aléxandros discutiendo acaloradamente sobre política con Malena, gesticula en exceso y golpea la vasija, que cae al suelo y se hace añicos. Aléxandros tenía sin dudas un deber de no destruir la vasija de Olympia. Cualquier razón que justificara ese deber (por ejemplo, que la propiedad de Olympia es importante para su bienestar, o para su autonomía, o cualquier otra razón) cuenta también como una razón para compensar a Olympia por el daño causado con negligencia. Aléxandros omitió obrar por las razones que originalmente tenía, pero estas razones no se extinguen después del daño, sino que todavía requieren conformidad; exigen que Aléxandros haga algo para remediar la situación. Si no fuera así, actuar *contra* las obligaciones o deberes que uno tiene sería la mejor manera de evitar actuar por las razones que fundamentan los derechos ajenos (y las propias obligaciones correlativas). En este punto, el argumento es idéntico al de Weinrib.

En resumen, la tesis de la continuidad, dice Gardner (2011, 33), «es la tesis de que la obligación secundaria es el eco racional de la obligación primaria, pues existe para servir, en la medida en que sea posible, las razones de la obligación primaria incumplida al momento en que debía cumplirse». La razón por la cual el agente dañador debe compensar a la víctima, por tanto, es *la misma* razón por la cual tenía el deber de no dañarla en primer lugar. La indemnización que le impone el derecho de daños hace que el agente se conforme, aunque sea parcialmente, a las razones que tenía originalmente para no dañar a la víctima.

Creo que el argumento de Gardner es potente y elegante. La tesis de la continuidad refleja la manera en que pensamos las obligaciones en general, no solo las compensatorias, en un buen rango de situaciones. Sin embargo, creo que esta tesis no es necesariamente verdadera y, por tanto, es incapaz de explicar el papel que el incumplimiento del deber primario tiene en la justificación del deber de compensar en la responsabilidad civil.

Cuando Aléxandros infringe su deber de no dañar a Olympia, omite actuar sobre la base de las razones que tiene para no dañar a Olympia. Normalmente, esas razones todavía exigirán conformidad luego del daño, y recomendarán que Aléxandros indemnice a Olympia, siempre que todo lo demás se mantenga constante. Si Malena compensase a Olympia antes de que Aléxandros se dispusiera a pagar por la vasija, o si Olympia condonase la deuda a Aléxandros, esos eventos contarían como una alteración de la condición *caeteris paribus* y la tesis de la continuidad no se aplicaría. Pero aun cuando la cláusula *caeteris paribus* sea respetada, el problema es que en T2, después del incumplimiento del deber de no dañar, algunas considera-

ciones que estaban fuera de lugar en T1, o que en aquel entonces tenían muy poco peso, pueden ahora ser relevantes.

Supongamos que Aléxandros es terriblemente pobre y que Olympia, por su parte, es increíblemente rica. Antes de que se produzca el daño, el hecho de que Aléxandros sea pobre *no cuenta como una razón* para no adoptar precauciones sin coste económico que evitarían un rayón en la pintura del Rolls Royce de Olympia. Imaginemos que una noche Aléxandros está esperando a su esposa en la misma esquina en la cual Olympia estacionó su Rolls Royce y que, dado que está cansado después de un arduo día de trabajo, se apoya contra la puerta del automóvil que da a la acera, provocándole un rayón. El hecho de que Aléxandros sea pobre es irrelevante para la justificación de su acción. Aléxandros no debió apoyarse contra el automóvil, puesto que hacerlo podría arruinar la pintura de la manera en que en efecto ocurrió. Su pobreza no lo exime de adoptar precauciones que en este caso no tienen coste monetario para él. Pero la cuestión es que se apoyó. Ahora la pintura está arruinada y Olympia lo demanda por daños.

Reparar la carísima pintura del carísimo automóvil de Olympia cuesta el equivalente a 9 meses de salario de Aléxandros. Este hecho constituye *una razón* que contrarresta las otras razones que tiene Aléxandros para reparar los daños causados a Olympia. Nada ha cambiado desde T1. Aléxandros es tan pobre como era, Olympia es tan rica como era y reparar la pintura cuesta tanto como costaba en el momento en que Aléxandros la arruinó. La cláusula *caeteris paribus* es respetada. Sin embargo, las razones que Aléxandros tenía para no dañar en T1 puede que no fundamenten o justifiquen una obligación secundaria de compensar a Olympia en T2, puesto que resultan superadas por el hecho de que la indemnización es simplemente demasiado severa y opresiva para él. Responsabilizar a Aléxandros por esa cantidad de dinero seguramente reduciría su libertad mucho más de lo que la pérdida no compensada afectaría la libertad de Olympia. Después de todo, con lo que Aléxandros gana en 9 meses, Olympia puede que no llegue a pagar más que las propinas de los restaurantes que visita durante una semana. Si los agentes morales han de ser tratados con igual consideración y respeto, podría argumentarse, imponer una carga tan tremenda sobre Aléxandros solo para evitar una pequeña molestia (en términos relativos) a Olympia parece injustificado¹⁸.

La objeción, podría decirse, consiste en señalar que desde la perspectiva del derecho de daños no se entiende que la compensación *usualmente* está justificada después del incumplimiento del deber de no dañar. El discurso de las razones que estamos analizando, en cambio, apunta en esa dirección. Después del incumplimiento, la compensación es *en general* una manera de conformarnos a las razones origi-

¹⁸ Este argumento está en consonancia con la impresión de MacCormick (1982, 218) de que la obligación de reparar depende, entre otras cosas, de la capacidad de pago.

nales que teníamos, y deberíamos actuar sobre la base de esas razones que nos orientan a reparar el daño causado; por supuesto, en la medida en que todo se mantenga constante. Pero, en el ámbito jurídico, la compensación es una obligación. *Jurídicamente*, el hecho de que Aléxandros haya dañado a Olympia es una razón para compensarla y *también* una razón para no actuar sobre la base de otras razones que recomiendan no reparar el daño causado (como el hecho de que la compensación sería demasiado severa u opresiva para Aléxandros, y que el daño supone una molestia mínima para alguien tan rico como Olympia)¹⁹.

El argumento de Gardner tiene éxito en mostrar que las razones que subyacen a la obligación primaria *usualmente* no se extinguen con el incumplimiento de la obligación. Sin embargo, explicar la conexión normativa entre las obligaciones de primer y segundo orden requiere mostrar también que las razones que justifican la obligación de primer orden (de no dañar) en T1 justifican el deber de segundo orden (compensar) en T2. Y ello solo ocurre si las razones que justifican la obligación primaria en T1 *subsisten y mantienen su peso o fuerza* en T2, luego del incumplimiento. Como hemos visto, este no siempre es el caso. Es posible pensar algunos ejemplos en que las razones que justifican el deber en T1 no tengan ningún peso en T2. Al no tener ningún peso, dejarían de ser verdaderas razones y la tesis de la continuidad sería falsa. Otra posibilidad es considerar que las razones que tenían el peso suficiente para justificar la obligación primaria de no dañar en T1, aun cuando sigan existiendo como razones para la acción en T2, simplemente carezcan del peso suficiente para justificar la obligación secundaria de indemnizar. El ejemplo que he ofrecido puede ser interpretado de esta segunda forma, pero cualquiera de ellas es suficiente para rechazar la tesis de la continuidad²⁰.

¹⁹ Para estar en consonancia con Gardner, utilizo aquí la idea de obligación como razón protegida de Joseph Raz (1979, 17).

²⁰ Una posible réplica que me fue sugerida por Gardner consiste en señalar que, dado que Olympia es extremadamente rica, el daño que Aléxandros le causa es insignificante para ella. Siendo esto así, tal vez Aléxandros tenga solo una *razón* muy débil para no dañarla en su propiedad... una razón tan débil que resulte incapaz de justificar un *deber* primario de no dañarla. Entonces, si no tiene el deber de no dañarla en T1, *a fortiori*, no puede tener un deber *secundario* o derivado de compensarla en T2. Este argumento es interesante, pero a mi juicio tiene dos problemas serios. Primero, el discurso de las razones que Gardner emplea se aleja demasiado del discurso de la responsabilidad civil, conforme con el cual lo único que importa es si Aléxandros vulneró o no un derecho de Olympia. El hecho de que la vulneración del derecho tenga consecuencias materiales que Olympia considera nimias no obsta a que el derecho imponga un deber de no dañar y, ante su incumplimiento, ordene una compensación por el daño causado (una compensación a la cual Aléxandros está obligado y a la cual Olympia puede renunciar si lo desea). En casos como estos, que son puramente patrimoniales, la responsabilidad civil solo mira la infracción del derecho y el valor material del daño, no si el daño afecta o no el bienestar de la víctima de manera significativa, ni si en términos relativos el perjuicio es importante. En segundo lugar, esta respuesta es marcadamente contraintuitiva. Aléxandros desconoce al momento de

En conclusión, desde T1 hasta T2 tal vez haya una continuidad en las razones, aunque no necesariamente una continuidad en su peso. Sin continuidad en el peso de las razones, la tesis de la continuidad es incapaz de mostrar el valor del remedio bilateral en términos de su contribución al valor que justificaba el deber primario infringido.

5. EL VALOR DE LA RESPONSABILIDAD INTERPERSONAL

En los últimos años, la teoría del recurso civil (*Civil Recourse Theory*) elaborada por John Goldberg y Benjamin Zipursky ha ganado bastante notoriedad²¹. Es discutible si esta teoría ofrece una genuina alternativa a las teorías de la justicia correctiva, o si solo constituye una versión particular de ellas. En mi opinión, la cuestión es irrelevante²². Se trate o no de una nueva concepción de la justicia correctiva, a diferencia de los argumentos repasados hasta el momento, los presupuestos filosóficos de la teoría del recurso civil ofrecen una imagen más robusta de la responsabilidad interpersonal. Tal vez allí podamos ubicar el valor intrínseco de la responsabilidad civil.

Retomando el problema, los teóricos de la justicia correctiva afirman que un abordaje no-bilateral de la interacción injusta no deshace realmente la injusticia, ya que la justicia privada no solo exige que las personas se respeten mutuamente sus derechos sino que luego de la infracción sea el agente dañador quien responda ante la víctima. En los esquemas no-bilaterales o centralizados nunca el agente dañador es responsable *ante* su víctima, y la víctima no puede reivindicar su derecho *frente* al agente dañador. Es por ello que una combinación de sanciones y compensación resulta insuficiente a los fines de la *justicia entre las partes*. Ahora bien, ¿cómo puede fundamentarse esta postura sin depender completamente de algunas de las ideas criticadas hasta

actuar cuán importante es para Olympia su propiedad. Asimismo, sabe que puede evitar el daño sin incurrir en coste económico alguno (solo debe omitir apoyarse sobre la puerta). Finalmente, puede apreciar que el Rolls Royce es un automóvil de lujo y que, dada su condición económica, será incapaz de compensar cualquier daño que le cause. Habida cuenta de todo, parece que Aléxandros tiene razones para no dañar más poderosas que las que tiene cualquier otra persona con dinero suficiente para indemnizar a Olympia por el daño causado. Justamente, una vez que Aléxandros daña, sabe que nada podrá hacer en T2 para compensar a Olympia. Ello debería reforzar sus razones para adoptar las medidas necesarias para no dañar que, reitero, no tienen valor económico en este caso.

²¹ Véanse los excelentes debates compilados en la *Florida State University Law Review*, Vol. 39 (1), 2011; y la *Indiana Law Journal*, Vol. 88 (2), 2013.

²² Goldberg y Zipursky siempre han insistido en que su teoría difiere de manera importante de las teorías de la justicia correctiva. Weinrib, en una opinión también compartida por otros autores, ha dicho con contundencia que «en lo esencial, el recurso civil es justicia correctiva». Confío en que los puntos de desacuerdo entre ambas teorías (sean reales o aparentes) tengan escasa incidencia, si acaso, para el argumento que aquí elaboro. Véase Weinrib (2011, 297).

ahora? El remedio bilateral no puede ser justificado sobre la base de que resulta necesario para dar sentido a los derechos individuales que nos permiten interactuar, relacionarnos y desarrollar planes de vida complejos, que necesitan la cooperación de otros, pues es imaginable que esto pueda lograrse con remedios no-bilaterales. Tampoco puede argumentarse que solo un remedio bilateral es capaz de rectificar el desequilibrio normativo producido por la interacción dañosa, ya que las ganancias y pérdidas normativas puede ser eliminadas con instituciones distintas de la responsabilidad civil. ¿Qué queda, entonces?

Una posibilidad es afirmar, siguiendo a Goldberg y Zipursky, que los ilícitos extracontractuales son injustos relacionales (o privados). Como indican estos autores, la forma de un injusto relacional es «Para todo x y para todo y , x no debe hacer A a y ». Una vez que un x hace A a un y , entonces, el x queda sujeto a la potestad normativa que la responsabilidad civil confiere a y ; una potestad de sujetar a responsabilidad al demandado, de llamarlo a responder. Este es el sentido en el cual el derecho privado es *privado*: confiere a las víctimas un poder normativo, que ellas pueden ejercer discrecionalmente, contra el agente dañador (Goldberg y Zipursky, 2010, 945-947). La comisión de un injusto deja al demandado en una posición de vulnerabilidad ante su víctima, y solo ante ella. El Estado simplemente «confiere a las víctimas la potestad de exigir un resarcimiento si así lo desean» (Goldberg y Zipursky, 2014, 27).

Esta sin duda es la manera en que la responsabilidad civil reacciona al daño causado injustamente. Pero, ¿qué justifica esta reacción? Goldberg y Zipursky (2014, 28) postulan que la implementación de un sistema de responsabilidad civil es un *deber político* del Estado respecto de sus ciudadanos. La idea es que el Estado priva originalmente a las personas del derecho o privilegio natural de reaccionar al maltrato por parte de otros en pos de la convivencia pacífica y civilizada; no obstante, como contrapartida, debe ofrecer alguna vía alternativa, en concreto un recurso civil contra el agente dañador.

Analicemos con cuidado la idea de que implementar un sistema de responsabilidad civil es un deber político del Estado. Este deber nace presuntamente del hecho de que el Estado prohíbe a los ciudadanos tomar la justicia en sus propias manos. Pese a todo, no me resulta en absoluto claro que del deber de ofrecer un recurso a los ciudadanos pueda derivarse la obligación de implementar un sistema de responsabilidad civil, en lugar de otras alternativas. ¿De dónde surge en verdad el deber de instaurar un recurso específicamente dirigido contra el agente dañador? Es decir, ¿cómo se pasa del deber de implementar algún mecanismo para obtener un resarcimiento a reconocer a la víctima una potestad jurídica de sujetar a responsabilidad al demandado? Sin duda, el argumento requiere de premisas adicionales.

Estas consideraciones adicionales tal vez puedan rastrearse en las ideas de Stephen Darwall sobre las obligaciones bipolares, que ofre-

cen un buen fundamento normativo para la teoría del recurso civil²³. En lo que aquí interesa resaltar, las obligaciones morales suponen una forma de responsabilidad mutua entre personas iguales. Ello a su vez implica «una autoridad igual para dirigirse pretensiones y exigencias el uno al otro»²⁴. La forma de responsabilidad y autoridad expresada en el derecho privado se ajusta al patrón de las obligaciones debidas a otros, en contraste con las obligaciones *a secas*. Por supuesto, toda obligación debida a otro es una obligación *a secas*, pero dejaré de lado la relación entre ambos tipos de obligaciones. Solo señalaré que las obligaciones debidas a otros se caracterizan porque su incumplimiento daña específicamente a la víctima, y es la víctima quien goza de una autoridad individual de llamar a los obligados a que respondan ante ella. El ejercicio de esta autoridad individual depende exclusivamente de su voluntad (Darwall y Darwall, 2011, 17 y 24).

En esta clave, la responsabilidad civil puede interpretarse como una implementación de estas ideas básicas respecto de las obligaciones y responsabilidades mutuas. La idea de responsabilidad y autoridad mutua reafirma la igual consideración y respeto que nos debemos unos a otros. En este sentido, los daños causados a otros son una manera de faltar el respeto, y las demandas de responsabilidad civil son una manera «respetuosa de exigir respeto» (Darwall y Darwall, 2011, 20). La responsabilidad civil realiza este valor incluso cuando el demandado oponga resistencia a la demanda. Aunque inicialmente niegue los hechos, emplee estrategias dilatorias, ofrezca un arreglo extrajudicial que está por debajo del daño efectivamente causado y, en última instancia, pague a regañadientes, aun en estos casos, el demandante habrá ejercido su potestad jurídica de sujetar a responsabilidad al demandado. El reconocimiento institucional del poder de la víctima de sujetar a responsabilidad al agente dañador, correlativo con la vulnerabilidad de este último en relación con la víctima, ya expresa la idea de respeto mutuo. Y esto resulta a su vez necesario para que el derecho civil reconozca institucionalmente la *dignidad* de las personas. La dignidad no solo nos impone un conjunto de exigencias respecto de cómo debemos tratar a otros, sino que también conlleva la autoridad para exigir de otros el mismo trato respetuoso sujetándolos a responsabilidad. Los sistemas bilaterales permiten a quienes han sido dañados reclamar al demandado un trato digno, compatible con su estatus de *persona* (Darwall, 2006, 13-14 y 33).

²³ En la contribución de Stephen Darwall y Julian Darwall al volumen de la *Florida State University Law Review*, citado más arriba, los autores señalan: «En nuestra opinión, la teoría del recurso civil refleja una verdad importante sobre la estructura de las obligaciones jurídicas relacionales o bipolares, que entendemos son el tipo que normalmente concierne a la responsabilidad civil, a saber, que las víctimas dañadas por la violación de obligaciones bipolares *debidas a ellas* están en una posición característica, que no comparten ni los terceros ni la comunidad en su conjunto, de sujetar a responsabilidad a quienes las dañaron» (2011, 19).

²⁴ Véase Darwall y Darwall, 2011, 17 y 24.

Desde esta perspectiva, ante la prohibición de la justicia por mano propia, existen razones para que el Estado cumpla con su deber político de brindar alternativas de reclamación implementando un sistema de responsabilidad civil, antes que cualquier otro mecanismo centralizado. Solo un sistema de responsabilidad civil es capaz de expresar la estructura normativa de las interacciones entre personas libres e iguales. Los mecanismos no-bilaterales de sanción y compensación en operaciones independientes sin duda, pueden neutralizar las pérdidas y ganancias normativas, y seguramente pueden eliminar las pérdidas y ganancias fácticas. Sin embargo, son incapaces de subsanar la *falta de respeto* y ofrecer un reconocimiento significativo de la dignidad de las personas. Los sistemas bilaterales, en cambio, son especialmente apropiados para lidiar con este aspecto del injusto, en tanto permiten a las víctimas exigir del agente dañador el respeto que merecen como personas iguales. A la vez, dan ocasión para que el agente dañador reconozca el maltrato al que sometió al demandante, y que haga algo al respecto²⁵.

De esta manera, hemos llegado poco a poco a una visión más amplia de la justicia entre las partes, más cercana a la defendida por las concepciones reconciliatorias (o restaurativas) de la justicia correctiva. Esta visión sugiere que la compensación monetaria es solo una parte de la reparación y la subsanación de la falta de respeto que constituye el daño. La rehabilitación del respeto mutuo puede requerir un conjunto de medidas, entre las que podríamos incluir las disculpas, el compromiso de no reiterar el comportamiento dañoso en el futuro o los intentos por restablecer la reputación de la persona afectada en su comunidad (Radzick, 2014, 236, 240). Dicho de otro modo, tal vez las versiones más defendibles de la justicia correctiva deban incorporar los presupuestos normativos de la responsabilidad y autoridad mutua explicitados en las ideas de Darwall²⁶. En efecto, como siempre ha enfatizado Weinrib, lo importante es el vínculo normativo «uno a uno» que establece la justicia correctiva después de que la víctima sufre un injusto a manos del demandado.

Si el argumento que he expuesto es plausible, entonces, hay un valor intrínseco en hacer justicia correctiva, es decir, en implementar remedios bilaterales tal como hace la responsabilidad civil²⁷. La justi-

²⁵ Imaginemos, como David Enoch (2014, 253), un sistema de compensación social como el neozelandés al que le agregamos la obligación de pedir disculpas a cargo del agente dañador. ¿Tendría este mecanismo un valor equivalente al de la justicia correctiva en términos del restablecimiento del respeto mutuo? En mi opinión no. Más allá de que las disculpas obligadas pueden perder parte de su sentido, un arreglo institucional semejante no permite a la víctima sujetar a responsabilidad al agente dañador. El respeto mutuo es una cuestión de igual estatus entre las personas, y solo la justicia interpersonal puede lograr eso.

²⁶ Para una opinión en contra, véase Ripstein, 2016, 14-18.

²⁷ Para unas intuiciones contrarias, véase Zimmerman (1994, 450) y Kagan (1988, 293). En mi opinión, ninguno de estos autores toma suficiente en serio el valor del restablecimiento del respeto mutuo.

cia correctiva aporta algo que los mecanismos de responsabilidad (o sanción) y compensación son incapaces de proveer. Pero, ¿es esto lo único que cuenta? Una pregunta de moralidad política sigue siendo qué clase de respuesta institucional debemos tener para los daños que nos causamos unos a otros. ¿Es suficiente el valor intrínseco de la justicia correctiva para obligar al Estado a implementar un sistema de responsabilidad civil? Hay razones para pensar que el hecho de que el remedio bilateral exprese cierta forma de responsabilidad mutua y respeto por la dignidad de otros es insuficiente; indudablemente, hay otro conjunto de consideraciones que también deberían tomarse en cuenta.

Asumamos con Weinrib que los mecanismos no-bilaterales dejan la injusticia sin corregir. De ahí se sigue que incluso un mundo en el cual el agente dañador es responsabilizado (supongamos mediante multas u otro tipo de sanciones) y la víctima es indemnizada (mediante un fondo de compensación social) es un mundo normativamente defectuoso. Aun así, podemos evaluar los distintos mundos posibles según su lejanía o proximidad con el mundo en que se hace justicia correctiva. El ideal luego de una interacción dañosa, entonces, es la responsabilidad y compensación bilateral de la justicia correctiva. Luego, dentro de los mundos *defectuosos*, tenemos:

- 1) Responsabilidad y compensación en operaciones independientes;
- 2) No responsabilidad y compensación;
- 3) Responsabilidad y no compensación; y
- 4) No responsabilidad, ni compensación.

Creo que podemos acordar que esta sería la ordenación más razonable de los distintos estados del mundo que no satisfacen la justicia correctiva. Podríamos tener alguna duda sobre la ordenación de 2) y 3), ya que ninguno logra responsabilizar y compensar a la vez. Pero creo que existen buenas razones para priorizar la compensación antes que la responsabilidad, en tanto es más urgente hacer algo para morigerar el sufrimiento de las víctimas antes que por responsabilizar a los agentes dañadores²⁸.

Si estamos de acuerdo con esto, parece difícil negar que la decisión firme de implementar la justicia correctiva puede llevarnos frecuentemente al mundo 4), en el cual no hay responsabilidad y, naturalmente, tampoco compensación para la víctima. Ello es así porque el remedio bilateral requiere que el demandante sea capaz de identificar al agente dañador en concreto, argumentar que satisface los fundamentos de la responsabilidad y probar los hechos relevantes. Ello supone que el reclamo de compensación del demandante puede verse truncado en una amplia gama de supuestos. Algunas fuentes de frustración del reclamo son *internas* al litigio: a) incertidumbre sobre la causalidad

²⁸ Coleman, 2013, 172.

individual; b) incertidumbre sobre los estándares de diligencia; c) incapacidad para producir la prueba suficiente según el estándar de prueba relevante, etc. Otras fuentes de frustración del reclamo son *externas*. Dado que, desde el punto de vista de la justicia correctiva, las personas son libres e iguales solo formalmente, en el mundo real tendremos demandantes que: a) ignoran sus derechos; b) no tienen capacidad económica para iniciar o financiar el litigio hasta el final y aceptan arreglos extrajudiciales claramente desventajosos; o c) fueron dañadas por agente dañadores insolventes, etc. En todos estos casos, la aspiración de realizar la justicia correctiva deja la justicia sin realizar²⁹. Y los efectos de esto sobre la autonomía son graves, en la medida en que las víctimas contarán luego de la interacción con menos recursos para llevar adelante su plan de vida, sin que esta disminución de capacidades sea consecuencia de sus propios actos, es decir, sin que sea *su* responsabilidad³⁰.

Visto de este modo, la implementación de la justicia correctiva es un negocio riesgoso, ya que el fracaso en responsabilizar supone un fracaso en obtener una compensación. En contraste, un mecanismo centralizado, en el cual se aborda la compensación y la responsabilidad de manera separada, hace posible que el Estado fracase en responsabilizar, sin que ello implique para la víctima una frustración de su derecho a ser compensada. Los mecanismos centralizados brindan una protección mucho más amplia para las víctimas en los aspectos relacionados con su bienestar, aunque el precio a pagar es la renuncia a la subsanación de la falta de respeto. En breve, los remedios no-bilaterales sacrifican el valor intrínseco de la justicia correctiva. ¿Es este sacrificio tan grande?

No pretendo aquí brindar un argumento concluyente a favor de los mecanismos no-bilaterales. Más que nada, me interesa mostrar que el argumento a favor de la responsabilidad civil no es claramente concluyente. Si lo único que puede invocarse a favor de los sistemas de responsabilidad civil es que brindan la posibilidad de exigir respeto por parte de los agentes dañadores, y dan a estos últimos la oportunidad de expresar ese respeto mutuo, todo dependerá de cuánto se valore este modo de operar sobre la injusticia relacional y de cuán factible sea para todos los afectados (incluso las personas más desaventajadas en la sociedad) demandar exitosamente a quienes los han dañado y obtener esta clase de resarcimiento. A fin de cuentas, en un mundo en el cual la responsabilidad civil no siempre es equitativa con los grupos

²⁹ Los estudios de análisis económico del derecho aportan una buena perspectiva respecto de los límites de la ejecución privada y también acerca del problema de la solvencia de las partes. Véase Miceli, 2004, 284 y ss.

³⁰ Como afirma Ripstein (2004, 1813): «No tiene sentido decir que alguien es responsable por lo que hace con su vida si lo que resulta de su vida depende de maneras incorrectas de los actos de otros, ya sea porque se le hacen soportar costes que pertenecen a otros o porque se le libera de los costes que impone a los demás».

desaventajados³¹, la opción que tenemos ante nosotros es: 1) intentar garantizar una compensación material, sin un mecanismo que restablezca el respeto mutuo; o 2) intentar una compensación material y el restablecimiento del respeto mutuo, a riesgo de que una parte considerable de las víctimas no logren ni compensación material, ni un reconocimiento de su dignidad por parte del agente dañador.

En suma, la justicia correctiva no parece ser manifiestamente preferible a otros mecanismos alternativos no-bilaterales que permitirían a la víctima cobrar su indemnización simplemente mostrando que el daño padecido es injustamente sufrido. Pues no es fácil advertir la ventaja de implementar un sistema de *justicia privada* cuando el efecto de esta *justicia* es que en una buena cantidad de situaciones la víctima no logrará una reivindicación de su derecho (ni privada, ni de ninguna clase). Tal vez, un buen balance entre todos los valores en juego pueda conseguirse mediante fondos de compensación que actúen subsidiariamente en ciertos casos bien definidos, como los daños causados por agentes no identificados o insolventes. Esta posibilidad, que en alguna medida está vigente para los accidentes de circulación en España (véase la introducción), parece conciliar la necesidad de reconocer la justicia privada, logrando el restablecimiento del respeto mutuo, y de prestar asistencia a las víctimas de daños injustos.

6. CONCLUSIÓN

Son muchas las maneras en que podemos resolver el problema de los daños que nos causamos unos a otros; pero, básicamente, hay dos modelos puros que en la realidad suelen estar combinados. En un modelo centralizado o intervencionista la indemnización de las víctimas es asumida por un fondo común de compensación. La prioridad de estos sistemas es minimizar el impacto de los accidentes en el bienestar de las personas. En un modelo descentralizado o no intervencionista, en cambio, el Estado se limita a ofrecer asistencia para que las víctimas busquen un resarcimiento directamente del agente que las dañó. A diferencia de lo que ocurre con los sistemas centralizados, cuyos propósitos son más bien obvios, se ha generado una gran controversia en la literatura sobre la justificación de los sistemas descentralizados de responsabilidad bilateral.

Actualmente hay dos teorías dominantes: el análisis económico del derecho y las teorías de la justicia correctiva³². Según el análisis eco-

³¹ Para una fuerte crítica que señala el carácter regresivo de la responsabilidad civil actual, véase Keren-Paz, 2007.

³² Aunque cada vez son más influyentes los modelos pluralistas que niegan la posibilidad de encontrar un único principio capaz de explicar todos los aspectos relevantes del fenómeno de la responsabilidad civil. Véase, entre muchos otros, England, 1995; y, más recientemente, Hershovitz, 2017.

nómico del derecho no hay ninguna razón de *principio* para implementar un sistema de responsabilidad civil. Ella estará justificada si logra un nivel óptimo de disuasión, y no lo estará en caso contrario. La relación entre la responsabilidad civil y el objetivo de la disuasión óptima es puramente instrumental. En contraste, para los partidarios de la justicia correctiva la responsabilidad civil es un fin en sí mismo. Tiene un valor moral que se perdería si optásemos por un sistema centralizado. Pese a ello, determinar cuál es ese valor no resulta nada fácil. Autores como Weinrib, Ripstein o Gardner entienden, aun con sus diferencias, que los sistemas de responsabilidad civil implementan un esquema de derechos, deberes y responsabilidades que regulan las relaciones privadas. Genéricamente, la idea es que si Aléxandros causa un daño a Olympia, el propio orden normativo que regía sus relaciones antes del injusto mantiene su validez después del injusto, lo que implica que el remedio reproduce la estructura bilateral de la interacción: cualquier pretensión normativa que Olympia tenía respecto de Aléxandros conserva su fuerza después del daño y da lugar a un remedio en concreto, y todo deber que Aléxandros tenía respecto de Olympia sigue ofreciendo una guía de conducta orientada al restablecimiento de la situación injustamente alterada. Si mis argumentos son correctos, esta reconstrucción que asume una continuidad normativa entre derechos (o deberes) y remedios jurídicos es más un dogma que una justificación genuina de la práctica de la responsabilidad civil.

Por mi parte, he argumentado que el valor de la responsabilidad interpersonal puede hallarse en el restablecimiento del respeto mutuo entre personas libres e iguales, pero este valor en muchas ocasiones también puede ser insuficiente para fundamentar de manera concluyente la responsabilidad civil. Una gestión adecuada de los daños que nos causamos unos a otros probablemente exija establecer alguna cobertura mayor que la ofrecida por la responsabilidad civil. Ello en tanto es esperable que su normal funcionamiento deje sin protección a un buen número de víctimas de accidentes; en definitiva, probablemente sea necesaria una cobertura subsidiaria, dada por un fondo social de compensación, capaz de contrarrestar las fuentes de frustración del reclamo indemnizatorio descritas en el apartado anterior. Esta sería una manera de corregir las *injusticias* de la justicia correctiva.

7. BIBLIOGRAFÍA

- BEEVER, A., «Corrective Justice and Personal Responsibility in Tort Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, 28 (3), 2008, pp. 475-500.
- COLEMAN, J. L., *Risks and Wrongs*, Oxford, Oxford University Press, 1992. Citado por la traducción de Papayannis, D. M., *Riesgos y daños*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- «Veinte años después», en Papayannis, D. M. (ed.), *Derecho de daños, principios morales y justicia social*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

- COLEMAN, J. L., y KRAUS, J., «Rethinking the Theory of Legal Rights», *The Yale Law Journal*, 95(7), 1986, pp. 1335-1371.
- DARWALL, S., *The Second-Person Standpoint. Morality, Respect, and Accountability*, Cambridge, Harvard University Press, 2006.
- «Bipolar Obligation», en Shafer-Landau, R. (ed), Oxford, *Oxford Studies in Metaethics*, Vol. 7, 2012, pp. 333-357.
- DARWALL, S., y DARWALL, J., «Civil Recourse as Mutual Accountability», *Florida State University Law Review*, 39, 2011, p. 17.
- ENGLARD, I., «The Idea of Complementarity as a Philosophical Basis for Pluralism in Tort Law», en Owen, D. G. (ed.); *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- ENOCH, D., «Tort Liability and Taking Responsibility», en Oberdiek, J., *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- FEINBERG, J., «The Nature and Value of Rights», *The Journal of Value Inquiry*, 4(4), 1970, pp. 243-260.
- FINKELSTEIN, C., «Is Risk a Harm?», *University of Pennsylvania Law Review*, 151 (3), 2003, pp. 963-1001.
- GARDNER, J., «What is Tort Law For? Part I. The Place of Corrective Justice», *Law and Philosophy*, 30, 2011, pp. 1-50.
- «Corrective Justice, Corrected», *Diritto e Questioni Pubbliche*, 12/2012, pp. 8-37, citado por la traducción de Rapetti, P. A., «La justicia correctiva, corregida», Papayannis, D. M. (ed.), *Derecho de daños, principios morales y justicia social*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013.
- GOLDBERG, J. C., y ZIPURSKY, B. C., «Torts as Wrongs», *Texas Law Review*, 88, 2010, p. 917.
- «Tort Law and Responsibility», en OBERDIEK, J., *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- GUASTINI, R.; *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- HERSHOVITZ, S., «Corrective Justice for Civil Recourse Theorists», *Florida State University Law Review*, 39, 2011, p. 107.
- «The Search for a Grand Unified Theory of Tort Law», *Harvard Law Review*, 130, 2017, pp. 942-970.
- HOHFELD, W. N., «Some Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning», *Yale Law Journal*, 23 (1), 1913, pp. 16-59.
- KAGAN, S., «Causation and responsibility», *American Philosophical Quarterly*, 25, 1988, p. 293.
- KEATING, G., «A Social Contract Conception of the Tort Law of Accidents», en Postema, G. (ed.), *Philosophy and the Law of Torts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, pp. 22-71.
- KEREN PAZ, T., *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice*, Hampshire, Ashgate, 2007. Hay traducción al castellano de Perrota, G., *Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva*, Madrid, Marcial Pons, 2015.
- LANDES, W., y POSNER, R. A., *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1987.
- MACCORMICK, N., «The Obligation to Reparation», en MacCormick, *Legal Right and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1982.
- MICELI, T. J., *The Economic Approach to Law*, Stanford, Stanford Economics and Finance, 2004.

- OBERDIEK, J., «The Moral Significance of Risking», *Legal Theory*, 18 (3), 2012, pp. 339-356.
- *Imposing Risk. A Normative Framework*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- PAPAYANNIS, D. M., *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, Madrid, Marcial Pons, 2014.
- POSNER, R. A., *Economic Analysis of Law* (octava edición), Austin et al., Wolters-Kluwer, 2011.
- RADZIK, L., «Tort Processes and Relational Repair», en OBERDIEK, J., *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- RAZ, J., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979.
- RIPSTEIN, A., «The Division of Responsibility», *Fordham Law Review*, 72 (5), 2004, pp. 1811-1844.
- *Private Wrongs*, Cambridge, Harvard University Press, 2016.
- ROSS, A., *On Law and Justice*, London, Stevens, 1958. Citado por la traducción de Carrió, G., *Sobre el Derecho y la Justicia*, segunda edición, Buenos Aires, Eudeba, 1997.
- SHAVELL, S., *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1987.
- «Liability for Accidents», en Polinsky, A. M y Shavell, S. (eds.): *Handbook of Law and Economics*, vol. 1. Amsterdam et al., Elsevier, 2007.
- SUGARMAN, S. D., «Doing Away with Tort Law», *California Law Review*, 73(3), 1985, 555-664.
- TODD, S., «Accident Compensation and the Common Law», en Todd et al. (eds.), *The Law of Torts in New Zealand*, 7.^a edición, Thomson Reuters, 2016.
- WEINRIB, E., *The Idea of Private Law*, Cambridge, Harvard University Press. Citado por la traducción al español de Paez, E., *La idea de derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- «Civil Recourse and Corrective Justice», *Florida State University Law Review*, 39, 2011, p. 273.
- *Corrective Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- ZIMMERMAN, M. J., «Rights, Compensation, and Culpability», *Law and Philosophy*, 13, 1994, p. 419.

Fecha de recepción: 31/03/2017. Fecha de aceptación: 31/10/2017.

La naturaleza del derecho internacional. Una cuestión existencial*

The nature of international law. An existential question

Por CRISTINA GARCÍA PASCUAL
Universitat de València

RESUMEN

¿Es el derecho internacional un verdadero orden jurídico? En este artículo se repasan algunas de las repuestas más arriesgadas y la vez más comprometidas a la cuestión existencial del derecho internacional ofrecidas por juristas y iusfilósofos. Se presenta un estado de la cuestión repasando los términos del debate: ¿qué capacidad tiene el derecho internacional de constreñir a los Estados?, ¿cuál es la estructura de sus normas, sistemática o asistemática?, ¿qué relación existe entre el derecho estatal y el derecho internacional, de inferioridad o de superioridad?, ¿cuál es, en definitiva, la naturaleza del derecho internacional, jurídica o moral? Si muchos de los problemas de las sociedades contemporáneas tienen una dimensión global y no local la respuesta a la cuestión existencial del derecho internacional es hoy más crucial que nunca.

Palabras clave: *Derecho internacional, monismo y pluralismo jurídico, concepto de derecho*

* Este artículo ha sido realizado en el marco del proyecto *Transformaciones de la justicia. Autonomía, inequidad y ejercicio de derechos* (DER2016-78356-P), financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

ABSTRACT

Is international law a real legal order? In this article a review is proposed of some of the most risky and most committed answers to the existential question of international law offered by jurists and philosophers. A state of the matter is presented by reviewing the terms of the debate: What is the capacity of international law to constrain States? What is the structure of its norms? Is it a systematic or unsystematic one? What relationship exists between state law and international law? Is it one of inferiority or superiority? What is ultimately the nature of international law? Is it legal or moral? If many of the problems of contemporary societies have a global and non local dimension, the answer to the existential question of international law is today more crucial than ever.

Keys words: *International law, monism and legal pluralism, concept of law*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. TRES CONSIDERACIONES PRELIMINARES.—2. HANS KELSEN Y LA CUESTIÓN EXISTENCIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL.—3. CUATRO NÚCLEOS PROBLEMÁTICOS EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL.—4. PALABRAS DE CONCLUSIÓN.—5. BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY: INTRODUCTION.—1. THREE PRELIMINARY CONSIDERATIONS.—2. HANS KELSEN AND THE EXISTENTIAL QUESTION OF INTERNATIONAL LAW.—3. FOUR PROBLEMATIC ISSUES IN THE PHILOSOPHY OF INTERNATIONAL LAW.—4. CONCLUDING WORDS.—5. BIBLIOGRAPHY.

INTRODUCCIÓN

En 1944, algunos meses antes de que se acabara la Segunda Guerra mundial, Hans Kelsen recomendaba a todos aquellos que desearan estudiar el problema de la paz mundial de una manera realista aplicarse en el «perfeccionamiento lento y constante del orden jurídico internacional»². Hacia ese objetivo, hacia la mejora técnica del derecho internacional, deberían dirigirse los esfuerzos de los juristas y más aún los de cualquier pacifista. Si atendemos al ideal de una paz que se construye por medio del derecho deberíamos decir que, en las muchas décadas que han pasado desde que Kelsen pronunciara esas palabras, no nos hemos empleado suficientemente en ese trabajo o nos hemos empleado de manera equivocada, visto que el mundo sigue

² H. KELSEN, *La paz por medio del derecho*, trad. cast. de Luis Echávarri, intr. de M. la Torre y C. García Pascual, Madrid, Trotta, 2003, p. 36.

azotado por la violencia y el derecho internacional sigue siendo una realidad imperfecta, a menudo inoperante. Tal vez parezca exagerado cargar sobre los hombros de los juristas, de los iusfilósofos, con tal responsabilidad, más aún cuando los argumentos de la filosofía del derecho a menudo son desatendidos, cuando no ignorados, por los actores políticos. Creo sin embargo, con Ronald Dworkin, que llegará el día en que la necesidad de un sistema de derecho internacional diferente al que tenemos sea apremiante y es mejor que ese día nos encuentre preparados. Debemos estar listos, sostiene Dworkin, «debemos discutir, nos compete retomar esa vieja pregunta acerca de si existe el derecho internacional, cuáles son sus fundamentos y cuáles son las implicaciones para la interpretación de esos fundamentos. Ya hemos pasado demasiado tiempo catalogando las ramas y ramillas de la doctrina internacional es hora de nutrir sus raíces»³.

La búsqueda de un camino para el perfeccionamiento del derecho, en términos kelsenianos, es un buen punto de partida a la hora de analizar los problemas del sistema internacional. Obviamente la cuestión es vasta, arriesgada y en cierta medida pretenciosa. Traigo aquí tan solo una aproximación y algunas cuestiones para la discusión.

1. TRES CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Tres consideraciones preliminares tendría que tener en cuenta todo iusfilósofo que se aproxima al problema del derecho internacional. Debería ser consciente (i) del lugar que ocupa en la historia de la filosofía del derecho el estudio del derecho internacional, (ii) de la dificultad de ese estudio y (iii) de las consecuencias de embarcarse en tal empresa.

(i) *Primera consideración preliminar: sobre el lugar que ocupa el estudio del derecho internacional en la teoría y filosofía del derecho y de la política*

Algunos juristas teóricos algunos filósofos han entendido la reflexión sobre el derecho internacional como el problema último de sus respectivos sistemas filosóficos o de sus teorías jurídicas, algo así como una cláusula de cierre.

Este es el caso de Immanuel Kant que dedicó algunos de sus últimos escritos al problema de la paz mundial, y con él al problema del orden internacional. El propio Rousseau, al final de su obra *El contrato social* había declarado que sería deseable completar la fundamentación del Estado con una reflexión sobre las relaciones entre los Estados tomando en consideración el derecho de gentes, un proyecto que

³ R. DWORKIN, «Una nueva filosofía del derecho internacional», *Lecciones y Ensayos*, n. 93, 2014, p. 284. Similares consideraciones se encuentran ya en *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 15.

nunca realizó⁴. En el siglo xx Hart termina *El concepto de derecho* con un capítulo dedicado al derecho internacional. John Rawls tituló su último libro *El derecho de gentes*. Y también Ronald Dworkin dedicó uno de sus últimos artículos, sino el último, publicado en 2013, a eso que él denominará la cuestión existencial del derecho internacional. Parece como si un sistema filosófico o una teoría del derecho no estuviese completa si no pensásemos también en el orden jurídico y político del mundo.

Para otros juristas, para otros filósofos, más que un problema final, el orden mundial es el primer problema, un objeto de estudio constante a lo largo de sus obras. Esta es destacadamente la posición de Hans Kelsen pero, tal vez también la de Norberto Bobbio, Jürgen Habermas o la del teórico de la política Carl Schmitt.

Para este grupo de autores, antes que una cláusula de cierre, la reflexión en torno al derecho internacional está en el propio núcleo de cualquier teoría jurídico-política, tanto es así que si queremos tener un conocimiento completo de su obra e ignoramos sus análisis y propuestas sobre el orden internacional obtendremos una visión deformada o poco rigurosa de su pensamiento.

Como problema último o primero, la reflexión en torno al orden internacional parece pues ineludible en la construcción de una completa teoría del derecho y de la política, es decir, para todo aquel que se proponga elaborar una teoría con pretensiones de plenitud y universalidad. No resulta demasiado difícil establecer un paralelismo entre el lugar que ocupa la pregunta acerca de la existencia del derecho internacional en una teoría jurídica y política y el lugar que ocupa la prueba de la existencia de Dios en la tradición filosófico-metafísica.

(ii) *Segunda consideración preliminar: sobre la dificultad de pensar el orden internacional*

Una segunda consideración tiene que ver con las dificultades de la empresa misma. El derecho internacional plantea, tal vez como ninguna otra rama de los saberes jurídicos, el abanico de problemas básicos de la filosofía del derecho, y lo hace con un intensidad inusitada, como si fueran acuciantes aporías que deben resolverse si pretendemos dar una mera descripción de ese saber, si mínimamente pretendemos aproximarnos al mismo. Cuestiones tales como qué es el derecho, su relación con la fuerza y el poder, el problema de la obediencia a las normas o de su identificación o reconocimiento, el nacimiento y evolución de los órdenes jurídicos, el pluralismo y el monismo jurídico.

Se podría decir que pensar el derecho internacional significa pensar el orden del mundo, eso que en otro lugar he querido denominar la

⁴ Vid. J. J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, en *Oeuvres complètes*, vol. III, Paris, Gallimard, 1964, p. 470.

*norma mundi*⁵, es decir las posibilidades del derecho para gobernar a la humanidad, para establecer pautas de justicia universales o, como mínimo, para diseñar vías para reducir la violencia. Estas tareas difícilmente se pueden emprender con éxito y solo pensarlas parece que nos trasladan al ámbito de la utopía o, tal vez, al más crudo escepticismo. El internacionalista se encontraría atrapado en el dilema que describe Martti Koskenniemi. De un lado intentará distanciarse de la voluntad, de los intereses del Estado, de manera que pueda mantener el carácter normativo del derecho internacional, y, si no lo consigue, su tarea se podrá calificar de apología del poder. Por otro lado deberá también, para ser relevante, mantener una estrecha relación con el comportamiento, la voluntad o los intereses del Estado; mantener la concreción evitando caer en lo que sería una ética o un discurso meramente moral, una utopía. El internacionalista se mueve así entre dos opciones: o sostiene un discurso descriptivo de la política, de las relaciones de poder, o mantiene un discurso prescriptivo, carente de relación con la realidad. O hace apología del poder, o defiende una utopía.

Permanecer alejado de ambos peligros navegando en el estrecho margen de agua brava que transcurre entre *Escila* y *Caribdis* es extremadamente difícil, imposible atendiendo a Koskenniemi⁶, pero no hay otro lugar para el jurista que piensa el derecho fuera de las fronteras de Estado.

(iii) *Tercera consideración preliminar: sobre las consecuencias de emprender el estudio teórico del derecho internacional*

El derecho internacional se revela como un banco de pruebas donde medir el alcance o la universalidad de las propias teorías políticas, jurídicas o filosóficas. ¿Es realmente universalizable el liberalismo político de Jonh Rawls? Si examinamos la teoría rawlsiana sobre el derecho de gentes probablemente obtendremos la respuesta. ¿Cuánto podemos extender ese ideal de la razón que esconde la salida del hombre del estado de naturaleza hacia la sociedad política? También aquí la repuesta nos puede llegar valorando nuestros argumentos en el contexto de una posible sociedad mundial. Algunos juristas o filósofos analizan el derecho internacional con sus propios presupuestos teóricos, pero en ese terreno los presupuestos se muestran contradictorios. Tal vez sea este el caso de Kelsen. Otros parecen renunciar a ellos, a sus propios presupuestos teóricos, y haciéndolo debilitan su propia teoría. Esta es la crítica que dirige Jeremy Waldrom contra

⁵ Me permito citar C. GARCÍA PASCUAL, *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2015, donde se encuentran algunas de las ideas que se exponen en este artículo en una versión más desarrollada.

⁶ M. KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

Hart⁷ o Thomas Pogge contra Rawls⁸ y en los últimos tiempos también jóvenes iusfilósofos contra Dworkin⁹: no haber extendido su teoría al ámbito internacional, como si no fuera útil para entender ese fenómeno, esa realidad, como si ante el derecho internacional la única posición admisible fuese la del realista, que abandona la especulación filosófica y nos traslada la constante imposición de la fuerza por encima de cualquier regla jurídica o moral. El derecho internacional se revela como un terreno pantanoso. Donde muchas teorías deben ser revisadas.

2. HANS KELSEN Y LA CUESTIÓN EXISTENCIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL

Tras estas advertencias o consideraciones preliminares podemos entrar en materia, pero ¿por donde empezar? A lo largo del siglo XIX y de buena parte del XX, cualquier aproximación teórica al derecho internacional parecía exigir una previa toma de postura sobre su posible y siempre controvertida naturaleza jurídica. Los tratados de derecho internacional o los programas de esta materia que se impartían en las universidades comenzaban intentando responder a cuestiones de carácter existencial: ¿eso que los políticos y actores de la vida pública denominan orden internacional, tiene carácter jurídico o son solo prácticas comunes que no vinculan realmente a los Estados? ¿Existe algo que podamos denominar con propiedad derecho internacional? En las respuestas a estas preguntas sorprendía observar como que un mismo objeto podía ser representado de formas tan diferentes y a menudo tan opuestas.

Hoy en día, sin embargo, como indica Dworkin, la «cuestión existencial» acerca del derecho internacional ya no preocupa a nadie. Las clases de Derecho internacional en las facultades de Derecho no empiezan con la controvertida cuestión, y sin embargo los retos que la misma plantea siguen vivos. «A pesar de que casi todo el mundo está de acuerdo en que «el derecho internacional» es en realidad Derecho, y que las reglas y principios establecidos en los documentos de ese tipo forman parte de él, la cuestión de por qué estos documentos constituyen algún tipo de sistema legal es crucial porque cómo estas reglas

⁷ J. WALDRON, «International Law: “A Relatively Small and Unimportant” Part of Jurisprudence?», en *Reading H. L. A. Hart’s The Concept of Law*, Luis Duarte d’Almeida, James Edwards y Andrea Dolcetti (eds.), Hart Publishing, 2013.

⁸ T. POGGE, «Rawls on International Justice», en *The Philosophical Quarterly*, vol. 51, No. 203, 2001, pp. 246-253, o, del mismo autor, «Do Rawls’s Two Theories of Justice Fit Together?», en *Rawls’s Law of Peoples. A realistic Utopia?*, R. Martin y D. Reidy, (eds.), Malden, Blackwell, 2006, pp. 206-225.

⁹ E. J. Scarffe «A New Philosophy For International Law and Dworkin’s Political Realism», en *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, n. 29, 2016, pp. 191-213.

y principios deberían interpretarse descansa ahí. Las cuestiones de interpretación son a la vez polémicas y dramáticamente importantes»¹⁰.

Empecemos entonces por aquí, tomemos la cuestión existencial ¿es el derecho internacional derecho? ¿es un sistema jurídico? ¿qué tipo de sistema jurídico es?

Para Kelsen¹¹ no cabe duda, lo que denominamos derecho internacional es derecho, es decir, tiene naturaleza jurídica en la medida en que se trata de un orden coactivo de normas jerarquizadas y puede ser descrito como un orden para promover la paz¹². O también como «una técnica social específica que consiste en el intento de lograr la deseada conducta social de los hombres por medio de la amenaza de una medida de coerción que se tomará en el caso de conducta contraria, es decir, jurídicamente dañosa»¹³.

La coacción, como es bien sabido, es un elemento relevante para identificar un orden jurídico, y más aún si nos movemos en el universo kelseniano. Escribe Kelsen en *Principles of International Law*: «el derecho internacional es derecho en el mismo sentido del derecho nacional, en la medida en que sea posible, en principio, interpretar o como sanción o como delito el uso de la fuerza ejercitada por un Esta-

¹⁰ Vid. R. DWORKIN, «A New Philosophy for International Law», en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 41, n.º 1, 2013, p. 3.

¹¹ No se pretende dar cuenta en este artículo de la ingente obra kelseniana en materia de derecho internacional, ni de su evolución a lo largo del tiempo. Se han tomado tan solo algunas de las tesis kelsenianas más conocidas y cristalizadas en las obras centrales del autor con el objetivo de enfrentarlas o hacerlas dialogar con posiciones que niegan la existencia del derecho internacional como orden jurídico. Para una completa reconstrucción crítica del pensamiento internacionalista de Hans Kelsen puede verse: A. SOMEK, «Kelsen lives», en *The European Journal of International Law*, vol. 18, n.º 3, 2007; M., KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 200, cap. 3; J. VON BERNSTORFF, *The Public International Law Theory of Hans Kelsen. Believing in Universal Law*, trad. de T. Dunlap, Cambridge, Cambridge University Press, 2010; J., KAMMERHOFER, *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective*, London-New York: Routledge, 2011; M. GARCÍA-SALMONES ROVIRA, *The Project of Positivism in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013. En castellano: J. L. MONEREO PÉREZ, *Los fundamentos de la democracia. La teoría político-jurídica de Hans Kelsen*, Barcelona, El Viejo Topo, 2013, cap. 5.; C. GARCÍA PASCUAL, *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, cit., cap. II; A. PUPPO, «El monismo internacionalista kelseniano: las acrobacias de un positivista en el circo del iusnaturalismo pacifista», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 18, 2015, pp. 35-66; J. A. GARCÍA SÁEZ, *Kelsen versus Morgenthau. Paz, política y derecho internacional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2016.

¹² «Tiene por objeto que un grupo de individuos pueda convivir en tal forma que los conflictos que se susciten entre ellos puedan solucionarse de una manera pacífica; esto es, sin recurrir a la fuerza y de conformidad con un orden de validez general» (H. KELSEN, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, trad. de F. Acosta, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, p. 23).

¹³ H. KELSEN, *Principles of International Law*, New York, Rinehart & Company Inc., 1952, p. 5. Versión castellana de H. CAMINOS Y E. C. HERMIDA, *Principios de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Librería el Ateneo editorial, 1965.

do contra otro Estado»¹⁴. De manera que la juridicidad de las normas internacionales está condicionada por la posibilidad de encontrar en su seno la relación de imputación (ilícito-sanción) que permita considerar todo el sistema como un orden coercitivo. Debemos pues pensar en la fuerza que se puede ejercer en nombre del derecho internacional, en sanciones como las represalias pero sobre todo en la guerra. ¿Puede ser la guerra una sanción del derecho? ¿es una sanción del derecho internacional? ¿puede describirse, así como la respuesta a un ilícito, a la violación de una norma internacional? En la obra kelseniana ciertamente sí. De hecho no cabe otra posibilidad la guerra, o es delito, o es sanción, y aquí podemos establecer una comparación entre el derecho estatal y el internacional porque, «la guerra y la contra-guerra están en la misma relación recíproca que el homicidio y la pena capital»¹⁵.

Afirmar que la guerra puede ser una sanción del derecho significa introducir un criterio de justicia (o de legalidad) sobre la guerra misma¹⁶. El criterio, insisto, que nos va a permitir hablar de derecho internacional en sentido propio¹⁷ y que supone una reedición en el siglo xx de la teoría de la guerra justa con todos los problemas que esta comporta.

De un lado, parece razonable no considerar todas las guerras iguales, no valorar por igual la guerra defensiva y la llamada guerra de agresión y, en este sentido, reconocer una cierta similitud entre el uso ilícito de la violencia entre particulares (homicidio...) y entre Estados (guerra de agresión), y el uso lícito de la violencia entre individuos (legítima defensa) y entre Estados (guerra defensiva). Y de la misma manera que en el derecho estatal podemos decir que existe una prohibición general del uso de la violencia también podemos decir que existe tal prohibición en el ámbito internacional. El principio de no agresión y el de resolución pacífica de las controversias se convierten en los criterios fundamentales del ordenamiento jurídico internacional. Ninguna guerra preventiva es desde esta perspectiva posible. Solo la legítima defensa y la sanción prevista por el ordenamiento pueden

¹⁴ *Ibid.*, p. 18.

¹⁵ *Ibid.*, p. 28.

¹⁶ Para Kelsen existe una convicción jurídica, de acuerdo con la teoría del *bellum justum*, que considera la guerra un acto ilegal sólo permitido como reacción contra un «entuerto sufrido». Esta convicción tiene una justificación antes moral que estrictamente jurídica pero como dirá Kelsen «la moral internacional es la tierra que nutre el crecimiento del derecho internacional... Todo aquello que se considere “justo” en el sentido de la moralidad internacional tienen cuando menos, una tendencia a transformarse en “Derecho” internacional» (H. KELSEN, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, cit., p. 61).

¹⁷ Para Kelsen, el derecho internacional será derecho, si se puede interpretar el recurso a la guerra en el sentido de la teoría de la guerra justa, esto es, en clave absolutamente jurídica. Vid. A. TRUYOL Y SERRA, «Doctrines contemporaines du droit des gens (suite) IV. Le droit des gens dans le système de la «Theorie pure de droit» de Hans Kelsen», en *Revue Générale de Droit International Public*, n.º 1, enero-marzo, 1951.

dar legalidad a un conflicto bélico. La posición contraria, que cualquier Estado puede ir por cualquier motivo a la guerra, se vuelve del todo antijurídica

Pero de otro lado, diferenciar entre las guerras, calificar algunas de ellas como sanciones del derecho, resulta cínico sino inmoral, puesto que las víctimas de la acción bélica difícilmente serán los responsables de las violaciones del derecho internacional que se pretende castigar. Por esta razón, para algunos juristas hay algo en la guerra de antijurídico, de contrario a derecho, cualesquiera que sean los fines por los que se lleva a cabo¹⁸. No es esta la postura de Kelsen, quien niega que todas las guerras sean iguales o que sean un fenómeno político antes que jurídico. La guerra es, sin duda, un mal, tal vez el mayor de los males, pero la estrategia para luchar contra ese mal no puede, a sus ojos, estar al margen del derecho. Al contrario, que haya guerras que pueden ser calificadas como sanciones permite al jurista discutir la adecuación de esa sanción, valorarla como técnica jurídica no depurada (primitiva) y, en este sentido, exigir su modificación o, mejor, su sustitución.

Siendo esto así, tenemos un primer elemento para poder considerar al derecho internacional un auténtico orden jurídico, (encontramos en su seno la relación de imputación ilícito-sanción) pero para Kelsen claramente, como para cualquier observador mínimamente atento, las diferencias entre derecho estatal e internacional siguen siendo muchas y relevantes¹⁹. En el orden internacional no existen órganos centrales especializados para la formación y ejecución del derecho. No rige el principio de división de poderes. En el marco jurídico internacional la formación de las normas generales se produce por vía de la costumbre o por vía de la convención (tratado), es decir, a través de los miembros mismos de la comunidad jurídica, y no a través de un órgano legislativo particular. No existen tampoco instancias centrales que apliquen las normas generales a casos concretos, sino que son los miembros de la comunidad internacional los que se encargan de dicha actividad. Es

¹⁸ Vid. L. FERRAJOLI, *Razones jurídicas del pacifismo*, ed. de G. Pisarello, trad. de p. Andrés Ibáñez, G. I. Anitua, M. Monclús y G. Pisarello, Madrid, Trotta, 2004. Luigi Ferrajoli sostiene que «la guerra puede ser justificada por razones extra-jurídicas, de tipo económico, político y hasta moral; puede también ser considerada lícita o no ilegal, cuando no existan normas de derecho positivo que la prohíban. Pero no podrá ser calificada nunca de legal, porque la contradicción entre guerra y derecho no lo permite. El derecho, en efecto, es por su naturaleza un instrumento de paz, es decir una técnica para la solución pacífica de las controversias y para la regulación y limitación del uso de la fuerza» (pp. 28-29). Cfr. J. DE LUCAS, Y C. RAMÓN CHORNET, «La vuelta de un oxímoron. A propósito de la guerra justa», en N. Sánchez Durá (ed.), *La guerra*, Pre-textos, Valencia, 2006, pp. 247-265.

¹⁹ Y no obstante habrá que tener en cuenta que Kelsen no podía tener presente ni la creciente producción normativa del Consejo de seguridad de la ONU, ni la expansión de la justicia penal internacional que se desarrollará décadas después. La «realidad» de derecho internacional ha cambiado mucho desde los años sesenta hasta nuestros días.

decir a menudo es el Estado lesionado el facultado para reaccionar con una sanción frente al Estado que presuntamente ha causado la lesión. Se trata de la técnica jurídica primitiva de la autodefensa de la que –cree Kelsen– también partió el desarrollo del orden jurídico de los Estados²⁰ y en la que prevalece el principio de responsabilidad colectiva e indirecta sobre el de la responsabilidad individual y directa²¹. De manera que el paralelismo trazado entre guerra y pena capital tiene sus limitaciones. Aunque ambas medidas de fuerza puedan ser entendidas como sanciones del derecho deberemos decir que la primera es objetiva y colectiva mientras que la segunda, la pena capital, es subjetiva e individual. Atendiendo a estas razones Kelsen dirá que el derecho internacional es derecho, pero primitivo, se encuentra en el mismo estadio donde se encontraba el orden jurídico interno antes de su evolución: un estadio caracterizado por un alto grado de descentralización.

Calificar el orden internacional como orden jurídico primitivo permite a Kelsen enfrentar los dilemas que la teoría de la guerra justa plantea al jurista y hacer una propuesta de futuro con directrices para perfeccionar el derecho internacional o para sacarlo de su primitivismo.

A este respecto Kelsen defenderá seguir el ejemplo de la evolución del derecho interno, donde partiendo de una situación de descentralización total fueron apareciendo paulatinamente los primeros órganos centralizados que, curiosamente, no son órganos de legislación, sino órganos de jurisdicción. Al fin y al cabo, dirá el jurista austriaco, «no puede haber legislador sin juez, aunque puede haber muy bien juez sin legislador»²². Por ello si se pretende que el derecho internacional evolucione y abandone técnicas como la autodefensa en pos de la paz, entonces el primer paso, o el paso más factible y menos utópico que puede darse en esa dirección, consiste en la creación de órganos jurisdiccionales internacionales con capacidad para imponer sanciones subjetivas e individuales²³.

²⁰ Vid. H. KELSEN, *Teoría pura del derecho* (1960), trad. de R. J. Vernengo, México, Porrúa, 1991, p.326.

²¹ Vid. H. KELSEN, *Teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho* (1934), trad. de J. G. Tejerina, Buenos Aires, Losada, 1941, p. 174.

²² H. KELSEN, *La paz por medio del derecho*, cit. p. 54. Kelsen apuesta por una jurisdicción mundial y avanza una realidad que puede observarse, desde hace décadas, tanto en el ámbito estatal como en el ámbito internacional. La evolución de algunos ordenamientos jurídicos, especialmente del orden jurídico europeo, en la segunda mitad del siglo, ha producido una situación jurídica que muestra ciertas similitudes con un proceso de construcción del derecho en parte desde la instancia judicial ofreciendo una nueva virtualidad a las tesis kelsenianas (vid. C. GARCÍA PASCUAL, *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, Trotta, 2015, pp. 64 y ss).

²³ Esta evolución del derecho internacional hacia un derecho más perfecto técnicamente es también el camino hacia la paz. Dicho en palabras de Kelsen: «mientras no sea posible privar a los Estados interesados de la prerrogativa de decidir la cuestión del derecho y transferirla de una vez por todas a una autoridad imparcial, a saber, un

La defensa y justificación de un tribunal internacional de jurisdicción permanente y obligatoria como forma de hacer evolucionar el derecho desde un estadio primitivo hacia un estadio de mayor complejidad y modernidad llevará a Kelsen a posiciones que difícilmente se pueden hacer compatibles con la teoría pura del derecho²⁴ pero esto bien podría ser el objeto de otro artículo. Volvamos a nuestro problema, a la entidad del derecho internacional. Siguiendo a Kelsen podríamos decir que el derecho internacional es derecho en cuanto que se nos presenta como un orden coactivo, aunque inmediatamente añadamos que ese orden coactivo es primitivo y necesita evolucionar a través de la creación de órganos jurisdiccionales. Detengamos ahora en un aspecto que tal vez hallamos presumido apresuradamente y que, sin embargo, merece que le dediquemos atención. Me he referido al derecho internacional en la obra de Kelsen como un orden normativo, pero ¿es realmente un orden jurídico? es decir ¿tiene la estructura del derecho? o, en términos kelsenianos ¿es un sistema dinámico?

Kelsen nos presenta las normas de derecho internacional ordenadas formando una pirámide jerárquica culminada por la *Grundnorm*. En la base de la pirámide encontraríamos las sentencias o las normas que crean los tribunales internacionales cuya validez descansa en la norma inmediatamente superior, esto es, en los tratados, mientras que la validez de los tratados descansa en la costumbre internacional que ocupa el penúltimo escalón de la pirámide, (destacadamente esa costumbre que se expresa en la máxima latina *pacta sunt servanda*), por encima de la costumbre la norma fundamental. El derecho internacional es un sistema normativo unitario y no solo eso, sino que Kelsen sostiene la unidad lógica entre el derecho internacional y el derecho estatal. No debemos imaginar entonces dos pirámides una la del derecho estatal y otra la del derecho internacional que se correspondería a una reconstrucción dualista de ambos órdenes normativos, sino una única pirámide que reflejaría la teoría comúnmente denominada monismo jurídico y que podría a su vez construirse de dos maneras:

(i) o bien el derecho internacional se considera superior jerárquicamente al derecho estatal y en este sentido la norma fundamental que da validez al derecho internacional dará también validez al derecho nacional;

(ii) o al contrario se considera que el derecho nacional es un derecho superior y por tanto será su validez la que pueda extenderse al terreno del derecho internacional. Que ahora podríamos denominar «derecho estatal externo».

De manera que si consideramos el ordenamiento jurídico estatal sin hacer referencia al derecho internacional o pensamos que es supe-

tribunal internacional, es completamente imposible todo nuevo progreso en el camino de la pacificación del mundo» (H. KELSEN, *La paz por medio del derecho*, cit., p. 47).

²⁴ Vid. C. GARCÍA PASCUAL, *op. cit.*, pp. 68 y ss.

rior al derecho internacional, su fundamento último de validez sería la norma hipotética (que nos diría, por ejemplo, que la Constitución es una norma válida o que los padres de la Constitución tenían autoridad para dictar normas). Si, en cambio, partimos de la supremacía del derecho internacional, esa norma hipotética sería solo *relativamente hipotética*, ya que ahora esta podría, nos dice Kelsen, ser extraída de una norma positiva del ordenamiento jurídico internacional: el principio de efectividad²⁵. En otras palabras, el derecho internacional constituye el fundamento del ordenamiento jurídico estatal porque en su seno existe un principio o norma consuetudinaria que establece «que un individuo o un grupo de individuos capaces de obtener una obediencia permanente al ordenamiento coercitivo establecido por ellos, tienen que ser considerados como autoridad legal y legítima»²⁶. Y es así como el ordenamiento jurídico internacional mediante el principio de efectividad «determina no sólo la esfera de validez de los ordenamientos jurídicos estatales, sino también el fundamento de su validez... Y la norma fundamental del ordenamiento jurídico internacional es también el fundamento último de la validez de los ordenamientos jurídicos estatales»²⁷. El monismo internacionalista nos ofrece una nueva imagen de la pirámide jerárquica²⁸, en los escalones más altos estarían las normas internacionales mientras que en la parte baja de la pirámide encontraríamos todos los órdenes estatales integrados a través de una norma consuetudinaria del derecho internacional que reconoce legalidad y legitimidad allí donde encontremos una autoridad que produce normas que *efectivamente* son obedecidas.

Sostener la primacía del derecho internacional sobre el derecho estatal, supone aquí reconocer la igualdad de todos los Estados y a la vez implica una devaluación del concepto de soberanía. El Estado no es una persona, tampoco una voluntad independiente del derecho²⁹. Sin sus propiedades ideológicas y metafóricas Estado y derecho no

²⁵ H. KELSEN, *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Máynez, México, UNAM, 1995, p. 437. Porque «una norma superior puede determinar en detalle el procedimiento de creación de las normas inferiores, o facultar a una autoridad para crear discrecionalmente preceptos de rango inferior. Es en este último sentido en el que el derecho internacional constituye la base del ordenamiento jurídico nacional [...] el derecho internacional hace una “delegación” en los órdenes jurídicos nacionales, cuyos ámbitos de validez determina de este modo» (*ibid.*, pp. 437-438).

²⁶ *Ibid.*, p. 438.

²⁷ *Ibidem.*

²⁸ Sobre las distintas posibles formas de construir la pirámide compuesta de derecho internacional y de derecho estatal puede verse J. A. GARCÍA SAEZ, *Kelsen versus Morgenthau. Paz, política y derecho internacional*, cit., cap. II.

²⁹ El Estado, dirá ya en una de sus primeras obras, es «sólo la expresión de una unidad del ordenamiento jurídico: o bien una mera personificación del Derecho, análoga a la personificación del mundo en Dios» (H. KELSEN, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado [Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica]*, trad. de W. Roces, intr. de U. Schmill, México, Editorial Porrúa, 1987, p. XLIX).

son distintos³⁰, antes bien el Estado es idéntico al orden legal interno que, desde la perspectiva de la primacía del derecho internacional, no es más que un orden legal parcial. De este modo el tradicional problema de la soberanía se disuelve en la teoría kelseniana simplemente en la cuestión de la primacía de los órdenes jurídicos. Desaparece, así, el Estado como sujeto por excelencia del derecho internacional o como la única voluntad (o la más importante) fuente de derecho internacional.

El monismo internacionalista se nos presenta como una construcción normativa de arquitectura perfecta y no solo en sentido jurídico sino sobre todo moral, «una de las raras conquistas verdaderamente importantes e incontestables del espíritu moderno»³¹, en ella todos los órdenes estatales por igual (con indiferencia de su población o de su poder) están unidos en una comunidad superior, sometidos a un mismo derecho, el internacional. Así explica Kelsen, en los años veinte del siglo pasado, la sorprendente conexión entre derecho y moral: «La unidad jurídica de la humanidad, donde la división, más o menos arbitraria, en Estados no es más que provisional, la organización del mundo en una *civitas maxima*, ese es el núcleo político de la hipótesis de la primacía del Derecho internacional [...] y al mismo tiempo la idea fundamental del pacifismo, antítesis del imperialismo en materia de política internacional. Del mismo modo que en una moral objetivista razonar sobre el hombre es razonar sobre la humanidad, del mismo modo, para la teoría jurídica objetivista, la noción de Derecho es idéntica a aquella de Derecho internacional, y ella es al mismo tiempo y por esa razón una noción moral»³².

Ciertamente será muy importante tener presente esta idea, la de que estamos ante una noción preferentemente moral, porque si eliminamos los argumentos de carácter axiológico e intentamos valorar las dos hipótesis que el monismo jurídico nos ofrece, no cabría más que

³⁰ Kelsen ya había afirmado en 1925 que «un criterio positivista que no trate de elevar el derecho a la categoría absoluta de derecho natural tiene que considerar al Estado como una especie de rey Midas que convierte en Derecho cuanto toca» (*vid.* H. KELSEN, *Teoría general del Estado*, trad. L. Legaz Lacambra, Barcelona, Labor, 1934, p. 57). Por esta razón, en la teoría kelseniana todo Estado es Estado de derecho, *vid.* H. KELSEN, *Teoría pura del derecho* (1934), cit., p. 168.

³¹ *Vid.* H. KELSEN, «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international», cit., p. 299.

³² *Ibid.*, p. 325. El jurista austriaco parece afirmar la posibilidad de una evolución moral, de una evolución en la conciencia social desde el dominio de lo individual hacia la preeminencia de lo universal. «Del mismo modo que la teoría subjetivista del contrato social ha sido vencida al mismo tiempo que la idea de la soberanía del individuo, y que la validez objetiva del orden estatal está fuera de duda, de ese mismo modo, eliminado el dogma de la soberanía del Estado, se establecerá que existe un orden jurídico universal independiente de cualquier reconocimiento y superior a los Estados, una *civitas maxima*» (*ibid.*, p. 326).

admitir, según el jurista austríaco, su igual valor teórico³³. La elección, entonces, entre una u otra de esas hipótesis solo puede darse si nos basamos en argumentos no jurídicos, sino meta-jurídicos: éticos y políticos.

Y es de este modo, que Kelsen responde a la cuestión existencial: proclamado el carácter jurídico del derecho internacional como orden coercitivo de normas jerarquizadas unidas de manera lógica al derecho estatal; mostrando su admiración por el monismo internacionalista, aunque no pueda ofrecer razones científicas para optar por él. Kelsen repropone en el siglo xx los planteamientos nucleares del cosmopolitismo jurídico a través de una visión, podríamos decir, *pan-juridicista* de la realidad. El proyecto secular de la construcción de una comunidad mundial sometida al derecho y liberada así de la violencia desordenada e ilimitada propia del estado de naturaleza o de un derecho imperfecto técnicamente.

3. CUATRO NÚCLEOS PROBLEMÁTICOS EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Tal vez si analizamos las tesis kelsenianas desde el paradigma central que preside, según Koskenniemi, cualquier aproximación al derecho internacional diríamos que Kelsen ha cedido a la utopía. Es fácil imaginar el rechazo que planteamientos como el de hacer descansar en una norma hipotética todo el orden jurídico, ahora mundial, tendrían en la Europa de entreguerras cuando muchos países, muchas teorías jurídicas y políticas, mostraron su fascinación por el ideal de un ejecutivo fuerte en manos de militares o por el decisionismo más radical liberado de los límites de la legalidad. Pero el rechazo al internacionalismo kelseniano no pertenece solo al pasado. De la respuesta a la cuestión existencial ofrecida por Kelsen, ayer como hoy, se ha criticado todo. Voy a centrarme aquí en las críticas dirigidas a los cuatro pilares que sostienen lo que podríamos denominar la teoría pura del derecho internacional, cuatro afirmaciones, como hemos visto, especialmente contundentes y especialmente polémicas o rebatidas, que nos pueden servir para identificar cuatro núcleos problemáticos en cualquier teoría del derecho internacional. En primer lugar, (i) la consideración del derecho internacional como un orden coactivo donde la guerra solo puede ser delito o sanción; en segundo lugar, (ii) la afirmación del carácter sistemático del derecho internacional; en

³³ Esta es la posición que queda cristalizada en la segunda edición de *La Teoría Pura del Derecho*, una visión mucho más escéptica en relación a la posible fundamentación jurídica del monismo internacionalista que la que se puede encontrar en los escritos de los años veinte. Sobre estas transformaciones en el tiempo del pensamiento kelseniano puede verse P. LANGFORD y I. BRYAN, «Hans Kelsen's Concept of Normative Imputation», en *Ratio Juris*, 2013, n. 26, pp. 85-110.

tercer lugar, (iii) la afirmación de la unidad lógica entre el derecho estatal y el derecho internacional; finalmente, (iv) la idea de que la supremacía del derecho internacional no se puede justificar normativamente.

(i) *El derecho internacional como un orden coactivo*

Frente al carácter coactivo del derecho internacional se construye la teoría de Carl Schmitt. Se podría decir que si para Kelsen todo es derecho para Schmitt todo es política. Si para Kelsen el derecho internacional parece avanzar hacia la sustitución de la sanción colectiva por la sanción individual para Schmitt el antagonismo social y la violencia colectiva (efectiva o latente) forma parte del fenómeno político de manera inextricable. El hombre es un lobo para el hombre podría ser el punto de partida schmittiano. Pero la hostilidad no se muestra en una guerra de todos contra todos porque en los hombres existe una tendencia a formar agrupaciones. El Estado que Kelsen pretendía jurificar y despolitizar ahora es una de esas agrupaciones que de manera natural e inevitable se enfrenta a otras agrupaciones o Estados. Cuando la intensidad del antagonismo aumenta se llega al enfrentamiento armado, y el Estado es un lobo para el Estado. La tendencia natural hacia el antagonismo, por otra parte, hará que el pacto entre los grupos enemigos aparezca siempre como una solución transitoria y frágil porque un orden social que se base en un acuerdo de principios entre grupos sociales enfrentados, o en el establecimiento de un sistema de decisión que presuponga el respeto a unas reglas del juego, nunca puede tener el carácter de una solución definitiva y estable³⁴.

Y siendo esto así, cuando Schmitt aborde el problema del derecho internacional, no merecerá su atención el derecho de los tratados, ni los principios fundamentales de ese derecho, puesto que esas disposiciones siempre serán transitorias. La Grundnorm como fundamento último del derecho parece en este contexto argumentativo un sinsentido porque las decisiones de los órganos estatales o las decisiones políticas tienen valor jurídico autónomo que no procede de su remisión a normas generales y abstractas. Cualquier orden o todo el ordenamiento jurídico en su conjunto, reposan en el momento de la decisión, en ese momento en que haciendo caso omiso de las normas se usa la fuerza para resolver el antagonismo.

En este sentido cuando después de la Segunda Guerra Mundial Schmitt contemple las ruinas de Europa sostendrá que el derecho

³⁴ Vid. J. A. ESTÉVEZ ARAUJO, *La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar*, Barcelona, Ariel, 1989, p. 257. Schmitt quiere hacer hincapié en aquello que, usando su propia terminología, podríamos denominar el momento constitutivo por encima del estudio y la reflexión en torno al momento ya constituido (el derecho positivo o la ordenación existente) (Cfr. C. SCHMITT, *El Nomos de la Tierra en el derecho de gentes del «jus publicum europaeum»*, trad. de D. Schilling Thon, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, p. 68).

internacional de entre guerras fue demasiado lejos en su pretensión de someter a normas las relaciones entre los Estados. Para el que fuera conocido como el *kronjurist* del tercer Reich pretender prohibir con eficacia la guerra siempre fue una vana ilusión³⁵. El derecho internacional no puede aspirar más que a ser una plasmación de las relaciones de fuerza existentes, expresión del poder de la decisión o de que la fuerza es, en última instancia, la única ley en el espacio internacional. Es justamente este punto de partida el que hace que en la obra de Schmitt, como en la de los más altos exponentes del realismo internacional, como Hans Morgenthau o Edward Carr, antes que un estudio del orden internacional y sus reglas encontramos propuestas de mínimos. El derecho internacional debería dar un paso atrás, no poner obstáculos al imperialismo de la Alemania de un tiempo o al de la primera potencia en nuestros días, porque las normativas internacionales frente al poder de la fuerza son superfluas y quedan como el objeto de una disciplina también fútil o vacía y que, como tal, no merece ser estudiada. Desde el punto de vista de Schmitt fácilmente se podría sustituir el estudio del derecho internacional por el más fructífero estudio de las relaciones internacionales. Nos moveríamos así de una disciplina jurídica a una política, puesto que es la política, entendida como el ámbito donde la decisión se impone a la ley, y no el derecho, la que vértebra la relación entre los pueblos. Una propuesta de un espacio internacional sin reglas que deban ser obedecidas, donde la guerra es una propiedad de la soberanía, sin *norma mundi*, aunque se presente como una descripción de la realidad internacional tiene mucho de prescripción. No es tanto un ser como un deber ser, una propuesta que vendría a constituir el proyecto de una distopía jurídica en cuanto que una ficción de sociedad sin derecho³⁶.

(ii) *La unidad del orden internacional*

Frente al carácter unitario y sistemático del orden internacional se revuelve H. L. Hart. En el conjunto de reglas que denominamos derecho internacional, para el profesor del Oxford, no encontramos ninguno de los tres tipos de reglas secundarias que caracterizan los órdenes jurídicos. Sin reglas secundarias el derecho internacional, nos dice Hart, se asemeja formalmente a una estructura simple de derecho consuetudinario o primitivo, a un conjunto de usos sociales y materialmente, es decir en cuanto a los contenidos de sus normas, a cualquier sistema de derecho estatal³⁷.

³⁵ C. SCHMITT, *El crimen de guerra de agresión en el derecho internacional y el principio «nullum crimen, nulla poena sine lege»*, trad. de M. Maureira Pacheco y K. Wrehde, Buenos Aires, Hammurabi, 2006.

³⁶ C. GARCÍA PASCUAL, *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, cit. pp. 112 y ss.

³⁷ H. L. A. HART, *El concepto de derecho*, trad. de G. R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, p. 292.

Y está afirmación es sorprendente y radicalmente opuesta a las tesis kelsenianas y al propio positivismo jurídico. ¿Cómo debemos imaginar un conjunto de normas sin ningún criterio que permita identificarlas? ¿Qué quiere decir Hart al afirmar que el derecho internacional se parece materialmente en principios, conceptos y métodos, al derecho nacional? ¿No insiste la jurisprudencia analítica en afirmar una y otra vez que el derecho no tiene un contenido propio ni unas características sustanciales? ¿Cuál es ahora el contenido del derecho?

Hart en 1961, más de una década después de acabar la Segunda Guerra Mundial y creada la estructura de la ONU considera que el derecho internacional es radicalmente ineficaz, pues carece de órganos jurisdiccionales capaces de determinar con autoridad cuándo una norma internacional ha sido violada y en su caso imponer sanciones³⁸; porque no existen, ni pueden existir, las sanciones en el derecho internacional ya que la sociedad de Estados no es una sociedad de sujetos aproximativamente iguales en fuerza. Además el derecho internacional es un cuerpo de reglas inmóvil, o «inmune al cambio deliberado», porque no podemos encontrar en el derecho internacional mecanismos claros para cambiar las normas ya existentes, ni sabemos quiénes tendrían la potestad de realizar tales cambios.

Además y en consecuencia, el derecho internacional, a los ojos de Hart, carece de unidad y de certeza, porque no distinguimos con claridad lo que son normas de derecho internacional de lo que no lo son, porque la regla de reconocimiento, esa que contiene los criterios comúnmente aceptados para reconocer las normas que integran un orden normativo, no existe en el orden internacional.

Ahora bien, no nos equivoquemos, para Hart la ausencia de reglas secundarias no implica que las que conocemos como reglas de derecho internacional carezcan de fuerza obligatoria. «Es ciertamente concebible –dirá– que una sociedad pueda vivir según reglas que imponen obligaciones a sus miembros, aun cuando ellas son simplemente consideradas como un conjunto de reglas separadas, que no están unidas por ninguna regla básica»³⁹. E insiste: la mera existencia de reglas no implica la existencia de una regla de reconocimiento, y sería un error suponer que esta es una condición necesaria general de la existencia de reglas obligatorias. La regla de reconocimiento, en fin, «no es una necesidad, sino un lujo que encontramos en sistemas sociales

³⁸ Para Hart la necesidad de la sanción deriva de una verdad elemental: la igualdad aproximada entre los hombres. Como a diferencia de una comunidad de hombres, de los Estados no podemos sostener esa igualdad aproximada Hart cree que en el espacio internacional no encontraremos sanciones, o, si las hubiere, serían fútiles. «Queda por ver –dirá– en qué medida las armas atómicas, cuando estén al alcance de todos, restablecerán el balance del poder desigual, y darán lugar a formas de control más parecidas al derecho penal interno» (H. HART, *El concepto de Derecho*, p. 245). Donde más necesario sería el derecho, en una comunidad de desiguales, más difícil sería su existencia.

³⁹ H. L. A. HART, *El concepto de derecho*, cit., p. 288.

adelantados [...]. En la forma más simple de sociedad tenemos que esperar y ver si una regla llega a ser aceptada como tal o no [mientras que] en un sistema con una regla básica de reconocimiento, antes de que una regla sea efectivamente dictada podemos decir que será válida si satisface los requisitos de la regla de reconocimiento»⁴⁰. Y sin embargo la sociedad internacional parece lejos de constituir un sistema social simple.

Podríamos pensar que Hart se enfrenta a la deriva hacia la utopía del Kelsen con el crudo realismo pero de nuevo creo que la posición que sostiene Hart como la anterior de Schmitt es reductiva a la hora de describir el orden internacional y en este sentido resulta poco útil para el jurista que estudia y trabaja en ese campo. Sin duda existe un debate permanente sobre la eficacia de las reglas secundarias en el ámbito internacional, sobre, por ejemplo, la insuficiencia en los mecanismos de determinación de la violación de normas y de administración de sanciones o de identificación de las normas internacionales, afirmar, sin embargo, su total inexistencia no nos devuelve una imagen verosímil de esa realidad normativa⁴¹. Si para el análisis del reglas internacionales partimos de la inexistencia de legislador, de tribunales con jurisdicción compulsiva o de sanciones organizadas, cómo vamos a entender tantas categorías e instituciones jurídicas internacionales (qué son las represalias, qué los tribunales de justicia internacional *ad hoc* o permanentes, o cómo podemos designar tratados como el de UE), o cómo vamos a explicar y calificar acontecimientos violentos si no podemos calificarlos de legales o ilegales. Muchas preguntas quedan sin responder en la descripción hartiana del orden internacional al mismo tiempo que afloran algunas contradicciones en relación a las más clásicas y consolidadas teorías del filósofo de Oxford.

(iii) *El monismo jurídico internacional*

Contra las tesis de Kelsen, concretamente contra esa unidad lógica entre el derecho estatal y el derecho internacional que el jurista alemán sostuvo, es decir, contra el monismo jurídico se alzan también muchos sociólogos o antropólogos en nuestros días, para quienes es evidente el asentamiento de un profundo y creciente pluralismo jurídico en el ámbito internacional. El pluralismo no es ya solo una característica de las sociedades primitivas, como tradicionalmente lo habían representado los juristas, sino ahora también de las sociedades más desarrolladas o complejas.

Desde hace décadas, se nos dice, en el ámbito internacional encontramos una pluralidad de actores capaces de crear normas válidas

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 289-290.

⁴¹ Ni de el actual derecho internacional ni del que Hart pudo conocer en los años sesenta. Para una crítica a las descripción del derecho internacional hecha por Hart, *vid.* M., PAYANDEH, «The Concept of International Law in the Jurisprudence of H. L. A. Hart», en *The European Journal of International Law*, vol. 21, n.º 4, 2011.

fuera de las estructuras de los Estados. Las normas jurídicas ya no están solas en el universo de normas que constituye un ordenamiento, sino que interactúan con otros sistemas normativos presentes en la sociedad mundial. Y esta sería, para estas visiones sociológicas y antropológicas, una buena imagen de la globalización: una multitud de interacciones entre sistemas normativos y actores donde la validez de la norma es el resultado de la negociación antes que el resultado de identificar en ella determinadas propiedades formales o materiales.

Un sociólogo como Boaventura de Sousa Santos que podríamos fácilmente incluir en esas corrientes de la sociología o antropología de la globalización, da cuenta de este contexto de interacciones y nos invita a prescindir, como instrumento de análisis y también de acción, de lo que él llama el «canon jurídico modernista». Un canon, dirá, tan «estrecho y reduccionista que desacredita, silencia o niega de forma arrogante las experiencias jurídicas de importantes grupos de la población»⁴². Para el sociólogo ha sido la propia pluralidad jurídica del mundo la que ha destruido el ideal de la unidad normativa de un tiempo tanto la pretendamos construir a través de una *Grundnorm* o subrayando el vínculo inextricable entre derecho y moralidad. La pluralidad de la realidad no se puede disolver en una teoría que nos explica el mundo a través de la unidad del derecho –piensa De Sousa. En este sentido resulta inútil, insistirá, buscar una mínima unidad jurídica en la pluralidad, es decir, iniciar «la búsqueda de una concepción única y transcultural de derecho que fundamente y le dé rigor al análisis del pluralismo jurídico, porque en cada sociedad las articulaciones entre los órdenes jurídicos asumen configuraciones distintas aunque se tome como punto de partida dicotomías fijas tan caras al pensamiento jurídico moderno como formal/informal y oficial/extraoficial»⁴³.

Si seguimos al sociólogo portugués abandonar la categorías jurídicas modernas nos llevaría casi inmediatamente a reconocer que ley ya no es un dato sino más bien un proceso. Y en consecuencia en el ámbito internacional nuestra atención se debería trasladar de la norma positiva a aquellos quienes tienen el poder de, en un conflicto, definir la ley. Vamos de nuevo pero por un camino diferente a un puerto de llegada al que ya nos ha conducido Schmitt y en cierta medida también Hart. Pasamos del momento jurídico al momento político, entendido como el espacio de decisión desvinculado de reglas. Se habla de derecho, pero es este aquí un término vacío, un «no derecho», porque como nos recuerda Klaus Günther, si el derecho es «el resultado efímero y contingente de negociaciones a distintos niveles entre actores

⁴² B. DE SOUSA SANTOS, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta, 2009, p. 609.

⁴³ «Solo en el momento en que el derecho se repolitice pierda su pretendida pero imposible independencia de la política podrá llenarse de contenido emancipatorio». (B. DE SOUSA SANTOS, *op. cit.*, p. 62).

diferentes, no tiene sentido atribuir valor de verdad a los enunciados jurídicos»⁴⁴.

Una representación como la De Sousa Santos, sin duda, contiene elementos para una comprensión de la sociedad supranacional, pero ¿qué guía puede obtener de ellas el jurista internacionalista que debe trabajar en ese ámbito? ¿Cómo podrá construir su defensa o acusación ante un tribunal internacional acudiendo a las teorías de sociólogos, o a las consideraciones del realista que sólo nos invita a abandonar el derecho? ¿Qué instrumentos le pueden ofrecer todas estas teorías a la hora de elaborar una reclamación ante un tribunal internacional o ante un comité de la ONU?

Como sostiene Koskenniemi «Si se necesita el derecho internacional como una estructura de coordinación y cooperación entre Estados (soberanos), no menos se necesita con el fin de coordinar y organizar la cooperación de complejos de reglas y instituciones (autónomas)»⁴⁵.

(iv) *La imposible justificación jurídica de la primacía del derecho internacional*

Finalmente frente a la radical separación entre derecho y moral que, como es bien sabido, vértebra la posiciones kelsenianas, también su teoría del derecho internacional, se revuelve toda la filosofía post-positivista. A lector de la Teoría pura del derecho no puede albergar dudas acerca de cuál de entre las dos opciones que nos ofrece el monismo jurídico es para Kelsen la opción éticamente válida, a la vez que sabe que, para el jurista austriaco, no tenemos argumentos estrictamente jurídicos para fundamentar esa preferencia. Se podría decir que Kelsen queda atrapado entre dos objetivos que asume como propios y que, sin embargo, son contradictorios entre sí: establecer un método no político para el estudio del derecho internacional y a la vez promocionar el proyecto político de una completa institucionalización y juridificación del orden mundial⁴⁶.

⁴⁴ K. GÜNTHER, «Legal pluralism or uniform concept of law? Globalisation as a problem of legal theory», 2008, n. 5, *No Foundations (NoFo)*, p. 16. Del mismo autor «Pluralismo jurídico y Código Universal de la Legalidad: la globalización como problema de Teoría del Derecho», *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época. Vol. 4. 2003, pp. 225-257.

⁴⁵ M. KOSKENNIEMI, «Report of the Study Group of the International Law Commission», *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, A/CN.4/L.682, 13 April 2006, párr. 487.

⁴⁶ Vid. J. VON BERNSTORFF, *The Public International Law Theory of Hans Kelsen. Believing in Universal Law*, cit., p. 2. Porque, como hemos visto, mantener la opción por el monismo jurídico que da primacía al derecho internacional sobre el derecho estatal supone sacrificios insuperables para el ideal de la pureza metodológica; mantener, en cambio, esa pureza en la radical separación entre política y derecho debilitará el potencial transformador del orden internacional de la propia teoría. Y como sostiene Koskenniemi, expulsando la política del ámbito de la ciencia y de la teoría, Kelsen disminuyó su importancia en las luchas diplomáticas y constitucionales de la época. Lanzando su propio liberalismo cosmopolita como un asunto de valor

Y ciertamente sobre esta tensión entre lo político y lo no-político tiene mucho que decir todas las corrientes iusfilosóficas que florecerán con la larga y lenta decadencia del positivismo jurídico. Para una teoría postpositivista como la de Ronald Dworkin el límite que Kelsen no puede superar es justamente el punto de partida. Dworkin se niega a adoptar la tesis de la radical separación entre derecho y moral. Antes bien el derecho es parte de la moral⁴⁷, una práctica interpretativa que no descansa en un hecho social, en una institución o un sistema jurídico, sino que descansa sobre argumentos de moralidad política. Un enunciado jurídico, es verdadero si deriva de principios de moralidad personal y política que proporcionan la mejor interpretación de otros enunciados jurídicos generalmente considerados como verdaderos en la práctica jurídica contemporánea⁴⁸.

De manera que la pregunta acerca de qué es el derecho internacional es una pregunta moral aunque esto no signifique la completa indiferenciación entre derecho y moral. En *Justicia para erizos*, nos recuerda Dworkin, ya distinguimos al derecho de otras partes de la moral identificándolo con una serie de derechos individuales que puede ejercer cualquier persona, sin necesidad de ningún acto ulterior por parte de otra institución política, derechos que cualquier persona puede hacer valer ante una institución coercitiva, ante un Tribunal⁴⁹.

Así si queremos saber qué es el derecho internacional deberíamos hacernos la misma pregunta: ¿qué derechos o qué obligaciones se podrían exigir apropiadamente de esa forma sin ninguna legislación posterior en el ámbito internacional?⁵⁰. Y digo *se podrían* porque no existe un tribunal internacional que tenga jurisdicción en todos los países. De modo que el ejercicio de identificación del derecho internacional que Dworkin nos propone es del todo contrafactual. Imaginemos que existiera ese tribunal internacional ¿qué derechos correspondería que ejecutara, sin necesidad de una legislación o acuerdo internacional, solamente a petición de parte?

Dworkin propone la pregunta pero no nos da una respuesta detallada, no nos ofrece un listado de contenidos del derecho internacional

subjetivo, se privó de un lenguaje plausible para defenderlo. La preferencia por la democracia no parecía ya otra cosa que una cuestión de gusto. Mientras que la opción por la primacía de lo internacional sobre lo nacional quedaría como una elección puramente arbitraria. Vid. M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

⁴⁷ «y eso hace que el derecho internacional sea directamente relevante para la legitimidad de todos y cada uno de los miembros de la comunidad internacional» [«El derecho es parte de la moral (y buscamos sus fundamentos en la moral)»]. R. DWORKIN, «Una nueva filosofía para el derecho internacional», *Lecciones y Ensayos*, n. 93, 2014, p. 280

⁴⁸ Vid., R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, pp. 47-48.

⁴⁹ R. DWORKIN, «A New Philosophy for International Law», cit., p.12.

⁵⁰ *Ibid.*, p.14.

más allá del sistema de fuentes recogido en art. 38 del Estatuto de la Corte de Justicia Internacional. Antes que contenidos, en los escritos del jurista americano, encontramos pautas interpretativas del derecho internacional inextricablemente unidas a la legitimidad a la que todo poder coercitivo debería aspirar. Dworkin nos recuerda que si el sistema internacional da poder a un Estado particular y al mismo tiempo también limita ese poder, la legitimidad del sistema internacional es inevitablemente condición de legitimidad de cualquier Estado. O dicho de otra manera, el sistema internacional debe ser legítimo en sí mismo para que cualquier Estado, cuyo poder se ve garantizado por el sistema internacional, sea también legítimo⁵¹.

En esta intersección de legitimidades los Estados asumen, en su actuación en la esfera internacional, dos deberes básicos el de mitigación y el de relevancia. Ambos deberes se convierten también en dos principios interpretativos básicos de la teoría y práctica del derecho internacional.

Los Estados tiene en primer lugar un deber de mitigar (*principle of mitigation*) las falencias o disfunciones del sistema internacional general, un deber que deriva, insisto, de la obligación general de cada Estado de mejorar su legitimidad política. Si un Estado puede ayudar a facilitar un orden internacional de manera que mejore la legitimidad de su propio gobierno coercitivo, entonces tiene la obligación política de hacer lo que pueda en esa dirección. Esa obligación requiere que el Estado acepte restricciones factibles y compartidas de su propio poder. Y en este sentido muestra la verdadera base moral del derecho internacional a la vez que se convierte en principio interpretativo básico de un hipotético tribunal⁵².

Pero el deber o principio de mitigación no es suficiente por sí solo para identificar el derecho internacional, en la medida en que diferentes regímenes internacionales podrían servir para mejorar la legitimidad del sistema vigente y los Estados podrían disentir razonablemente acerca de cuál puede considerarse preferible.

Por ello, Dworkin lo completa con un segundo deber o principio fundamental: el principio de relevancia o prominencia (*principle of salience*). Conforme al mismo, si un número significativo de Estados ha desarrollado un código de conducta común, entonces otros Estados tienen, al menos, un deber *prima facie* de suscribir también esa práctica, siempre que su generalización mejore su legitimidad como Estado

⁵¹ *Ibid.*, p.17.

⁵² «Of course that obligation demands only what, in the circumstances, is feasible. It does not require any state to ignore the division of the world into distinct states and suppose that it has the same responsibilities to citizens of other nations as it has to its own. But it does require a state to accept feasible and shared constraints on its own power. That requirement sets out, in my view, the true moral basis of international law. It therefore also states the basic interpretive principle that the hypothetical court I imagined should use in deciding what international law now requires» (*ibid.*, p. 17).

y la legitimidad del orden internacional en general⁵³. Una pretensión de Derecho internacional tendrá mayor fuerza moral cuanto más amplia sea la perspectiva de apoyo⁵⁴, esto es, en la medida en que se fundamente en un principio capaz de generar consenso. En otras palabras en el ámbito internacional, cuando un número significativo de Estados haya desarrollado una práctica cooperativa en torno a principios compartidos, el resto de Estados queda en una situación de mayor responsabilidad que la que tendría de no existir esa práctica. Y conforme a las premisas dworkinianas, no se puede entender que esta responsabilidad deriva de la propia práctica (de su carácter convencional o la vinculatoriedad de la promesa) sino de su capacidad para generar consenso en virtud del fundamento moral del principio que le sirve de base.

Habría que añadir que el principio de prominencia sirve de fundamento a la obligación de los tribunales de tratar de lograr la integridad entre los principios constitucionales de sus respectivos Estados y del orden internacional. El Derecho internacional se verá reforzado a medida que los principios generales reconocidos por los Estados se vayan uniformizando, con la progresiva interacción de los órdenes nacional e internacional⁵⁵.

Ambos principios el de mitigación y el de relevancia se muestran como las exigencias morales de las que depende la legitimidad del sistema en su conjunto. Y forman parte de la estrategia interpretativa del derecho internacional que es el mayor rendimiento que podemos obtener de cualquier teoría sobre los fundamentos del derecho internacional. Conforme a los principios de mitigación y relevancia la correcta interpretación de un documento internacional en definitiva, es la que da el mejor sentido del texto, partiendo de que el objetivo subyacente del derecho internacional es la creación de un orden internacional que protege a las comunidades políticas de las agresiones externas, protege a los ciudadanos de esas comunidades de la barbarie doméstica, facilita la coordinación cuando es esencial y proporciona alguna medida de participación de las personas en su propia gobernanza en todo el mundo. Estos objetivos deben ser interpretados juntos: deben ser entendidos de tal manera que sean compatibles.

Dworkin se libera pues del corsé del positivismo jurídico y disfruta de la libertad de examinar el derecho internacional sin las constricciones que había torturado a muchos juristas que se enfrentaron al problema del derecho internacional. Aunque resulta extremadamente difícil establecer un diálogo hipotético entre Kelsen y Dworkin, tal vez sea imposible, podríamos decir que el dilema de Kelsen entre un teoría pura que no puede afirmar la supremacía del derecho internacional y una teoría que se muestra perfecta en ambos sentidos moral y

⁵³ *Ibid.*, p. 19.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 15.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 21.

jurídico, pero que es impura porque solo se puede basar en razones políticas y no jurídicas se disuelve en la teoría dworkiniana donde la exigencia de legitimidad política ilumina la práctica del derecho y no cabe hacer distinción en este sentido entre el ámbito del Estado y el ámbito internacional.

Pero más allá de la unidad entre moralidad, política y derecho los resultados que de la liberación de la estrecha forma positivista nos ofrece la teoría de Dworkin sobre el derecho internacional son pobres y extremadamente vagos⁵⁶. El principio de mitigación y el de relevancia parecen principios débiles y, aún más, no añaden nada a la realidad del derecho internacional, nos hablan de una moralidad de mínimos y dejan fuera aspectos de la teoría de Dworkin como los principios igualitarios o una presencia fuerte de su tesis de la unidad de valor⁵⁷.

5. PALABRAS DE CONCLUSIÓN

De modo que no parece sencillo descartar la naturaleza jurídica del derecho internacional o dejar a un lado el ideal de la extensión del principio de legalidad más allá del Estado. Por duros que sean los embates de las tesis realistas de Carl Schmitt, de las críticas de Herbert H. Hart o, en las últimas décadas, de las representaciones del pluralismo jurídico internacional o transnacional aportadas por la sociología y antropología jurídica no creo que sea posible renunciar al derecho como clave para ordenar y pacificar las relaciones entre Estados o para paliar las desigualdades entre los habitantes de mundo. Parece evidente que en el ámbito supra-estatal como en el estatal necesitamos del principio de legalidad y de su cultura, también de leyes comprometidas con los principios de justicia material de una manera mucho más fuerte de la que nos propone Ronald Dworkin.

La propuesta de Kelsen, el monismo internacionalista con todos sus problemas, no puede darse por superada, tampoco por enterrada bajo esa marea de teorías que una y otra vez le piden al jurista que se haga a

⁵⁶ En el mismo sentido *vid.* M. A. JOVANOVIĆ, «Dworkin on International Law: Not Much of a Legacy?», *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 28, 2015, pp. 443-460. o I. TUREGANO, «La filosofía del Derecho internacional de Dworkin. Una teoría insuficientemente igualitaria», en *El legado de Dworkin a la Filosofía del Derecho: Tomando en serio el imperio del erizo*. J. M. Sauca (ed.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, pp. 413-43.

⁵⁷ Dworkin no extiende su teoría pensada para el ámbito de una comunidad estatal al ámbito internacional. Los principios de la moralidad internacional no son una derivación de los principios de justicia del Estado. Este es de alguna manera el reproche que ya años antes de que Dworkin escribiese su artículo sobre el derecho internacional le dirige Alexander Brown quien si intenta empleando la metodología constructivista de Dworkin extender la justicia distributiva de la esfera estatal a la esfera global. *Vid.* A. BROWN, *Ronald Dworkin's Theory of Equality. Domestic and Global Perspectives*, Hampsire, Palgrave Macmillan, 2009.

un lado y que abra los ojos a la realidad, que admita que en el ámbito internacional sólo manda el poder, que la guerra es un mal necesario o que el mundo gira de espaldas al derecho internacional. Tal vez porque resulta imposible imaginar el trabajo del jurista, en el ámbito estatal o supraestatal, sin que éste haga uso del principio de imperio de la ley. O, simplemente porque, tal vez, sea cierto, como sostiene Radbruch, que está en la esencia del derecho el ser universal⁵⁸.

La respuesta a la cuestión existencial del derecho internacional en todo caso, no podría ser de otra manera, queda abierta y es previsible y deseable que ocupe a los filósofos del derecho por muchos años.

6. BIBLIOGRAFÍA

- BERNSTORFF, J. von, *The Public International Law Theory of Hans Kelsen. Believing in Universal Law*, Trad. de T. Dunlap, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- BROWN, A., *Ronald Dworkin's Theory of Equality. Domestic and Global Perspectives*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2009.
- DE LUCAS, J., y RAMÓN CHORNET, C. «La vuelta de un oxímoron. A propósito de la guerra justa», en N. Sánchez Durá (ed.), *La guerra*, Pre-textos, Valencia, 2006.
- DE SOUSA SANTOS, B., *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta, 2009.
- DWORKIN, R., *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- «A New Philosophy for International Law», en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 41, n.º 1, 2013.
- *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.
- ESTÉVEZ ARAUJO, J. A., *La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar*, Barcelona, Ariel, 1989.
- FERRAJOLI, L., *Razones jurídicas del pacifismo*, ed. de G. Pisarello, trad. de P. Andrés Ibáñez, G. I. Anitua, M. Monclús y G. Pisarello, Madrid, Trotta, 2004.
- GARCÍA PASCUAL, C. *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, Trotta, 2015.
- GARCÍA SAEZ, J. A., *Kelsen versus Morgenthau. Paz, política y derecho internacional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2014.
- GARCÍA-SALMONES ROVIRA, M., *The Project of Positivism in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- GÜNTHER, K., «Pluralismo jurídico y Código Universal de la Legalidad: la globalización como problema de Teoría del Derecho», *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, vol. 4, 2003.
- «Legal pluralism or uniform concept of law? Globalisation as a problem of legal theory», 2008, n. 5, *No Foundations (NoFo)*.

⁵⁸ G. RADBRUCH, *Filosofía del derecho*, trad. cast. de José Medina Echavarría, Madrid, ed. *Revista de Derecho Privado*, 1934, p. 255.

- HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de G. R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992.
- JOVANOVIĆ, M. A., Dworkin on International Law: Not Much of a Legacy?, en *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 28, 2015, pp. 443-460.
- KAMMERHOFER, J., *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective*, London-New York: Routledge, 2011
- KELSEN, H., «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international»: Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye, 14 (1926).
- *Teoría general del Estado*, trad. L. Legaz Lacambra, Barcelona, Labor, 1934.
- *Teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho* (1934), trad. de J. G. Tejerina, Buenos Aires, Losada, 1941.
- *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, trad. de F. Acosta, México, Fondo de Cultura Económica, 1943.
- *La paz por medio del derecho*, trad. cast. de Luis Echávarri, intr. de M. La Torre y C. García Pascual, Madrid, Trotta, 2003.
- *Principles of International Law*, New York, Rinehart & Company Inc., 1952, p. 5. Versión castellana de H. CAMINOS y E. C. HERMIDA, *Principios de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Librería el Ateneo editorial, 1965.
- *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado [Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica]*, trad. de W. Rocés, intr. de U. Schmill, México, Editorial Porrúa, 1987.
- *Teoría pura del derecho* (1960), trad. de R. J. Vernengo, México, Porrúa, 1991.
- *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Máñez, México, UNAM, 1995.
- KOSKENNIEMI, M., *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.
- *From Apology to Utopia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- «Report of the Study Group of the International Law Commission», *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, A/CN.4/L.682, 13 April 2006.
- LANGFORD, P., y Bryan, I., «Hans Kelsen's Concept of Normative Imputation», *Ratio Juris*, 2013, n. 26, pp. 85-110.
- MONEREO PÉREZ, J. L., *Los fundamentos de la democracia. La teoría político-jurídica de Hans Kelsen*, Barcelona, El viejo topo, 2013, cap. 5.
- PAYANDEH, M., «The Concept of International Law in the Jurisprudence of H. L. A. Hart», en *The European Journal of International Law*, vol. 21, n.º 4, 2011.
- POGGE, T. «Do Rawls's Two Theories of Justice Fit Together?», en *Rawls's Law of Peoples. A realistic Utopia?*, R. Martin y D. Reidy, (eds.), Malden, Blackwell, 2006, pp. 206-225.
- «Rawls on International Justice», en *The Philosophical Quarterly*, vol. 51, No. 203, 2001, pp. 246-253.
- PUPPO, A., «El monismo internacionalista kelseniano: las acrobacias de un positivista en el circo del iusnaturalismo pacifista», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 18, 2015, pp. 35-66.
- RADBRUCH, G., *Filosofía del derecho*, trad. cast. de José Medina Echavarría, Madrid, ed. *Revista de Derecho Privado*, 1934, p. 255.

- ROUSSEAU, J. J., *Du contrat social*, en *Oeuvres complètes*, vol. III, Paris, Gallimard, 1964.
- SCARFFE E. J., «A New Philosophy For International Law and Dworkin's Political Realism», *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, n. 29, 2016, pp. 191-213.
- SCHMITT, C., *El crimen de guerra de agresión en el derecho internacional y el principio «nullum crimen, nulla poena sine lege»*, trad. de M. Maureira Pacheco y K. Wrehde, Buenos Aires, Hammurabi, 2006.
- *El Nomos de la Tierra en el derecho de gentes del «jus publicum europaeum»*, trad. de D. Schilling Thon, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979.
- SOMEK, A., «Kelsen lives», en *The European Journal of International Law*, vol. 18, n. 3, 2007.
- TRUYOL Y SERRA, A., «Doctrines contemporaines du droit des gens (suite) IV. Le droit des gens dans le système de la “Theorie pure de droit” de Hans Kelsen», en *Revue Générale de Droit International Public*, n.º 1, enero-marzo, 1951.
- TUREGANO, I., «La filosofía del Derecho internacional de Dworkin. Una teoría insuficientemente igualitaria», en *El legado de Dworkin a la Filosofía del Derecho: Tomando en serio el imperio del erizo*. J. M. Sauca (ed.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, pp. 413-43.
- WALDRON, J., «International Law: “A Relatively Small and Unimportant” Part of Jurisprudence?», en *Reading H. L. A. Hart's The Concept of Law*, Luis Duarte d'Almeida, James Edwards y Andrea Dolcetti (eds.), Hart Publishing, 2013.

Fecha de recepción: 31/03/2017. Fecha de aceptación: 31/10/2017.

La negación de los delitos de genocidio
en la jurisprudencia del Tribunal de Europeo
de Derechos Humanos a partir de la sentencia
Perinçek contra Suiza

*The Denial of Genocide in the Case Law of the
European Court of Human Rights Following
Perinçek vs. Switzerland Judgement*

Por ANDRÉS GASCÓN CUENCA¹

Institut de Drets Humans
Universitat de València

RESUMEN

Este artículo realiza un estudio pormenorizado de la sentencia Perinçek contra Suiza, en la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos decide sobre una serie de discursos en los que se niega la existencia del genocidio armenio. El objetivo principal de este texto es profundizar en las razones esgrimidas en la sentencia para diferenciar este hecho de la negación del Holocausto judío, y desde un punto de vista crítico, valorar los argumentos ofrecidos por el tribunal para fundamentar su sentencia.

Palabras clave: *genocidio, Perinçek contra Suiza-Armenia, negacionismo.*

¹ Investigador posdoctoral dentro del programa de subvenciones para la contratación de investigadores en fase posdoctoral de la Generalitat Valenciana con referencia APOSTD/2017/093.

ABSTRACT

This article makes a detailed study of the Perinçek vs. Switzerland judgement, in which the European Court of Human Rights decides on a series of speeches in which the existence of the Armenian genocide is denied. The main objective of this text is to deepen in the reasons given in the decision to differentiate this fact from the denial of the Jewish Holocaust, and from a critical point of view, to evaluate the arguments the Court offers in order to substantiate its judging.

Key Words: *Genocide, Perinçek vs. Switzerland, Armenia, Negationism.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.-2. EL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 10 Y 17 CEDH.-3. EL CASO PERINÇEK CONTRA SUIZA.-4. LA PROHIBICIÓN DE LOS DISCURSOS NEGACIONISTAS.-5. BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.-2. THE APPLICATION OF ARTICLES 10 AND 17 OF THE ECHR BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS.-3. PERINÇEK VS. SWITZERLAND.-4. THE PROHIBITION OF NEGATIONIST DISCOURSES.-5. REFERENCES.

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo, que parte de una ponencia presentada a las XXVI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, tiene por objetivo investigar el debate que suscita la prohibición de la negación de los delitos de genocidio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) al amparo de los artículos 10 y 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y el cambio de paradigma que ha supuesto la decisión del TEDH en el caso Perinçek contra Suiza, en el que el Tribunal ampara la negación del holocausto armenio. Si ya existían serias dudas sobre justificación utilizada por el TEDH para penalizar y abstraer del debate histórico-científico la negación de hechos sucedidos en la Alemania nazi, la protección de los diferentes discursos realizados en Suiza por Perinçek añaden aún más dudas sobre la legitimidad de la corriente jurisprudencial que se decanta por proteger un tipo de verdades históricas y otras no.

2. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN LA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 10 Y 17 CEDH

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuenta con una dilatada jurisprudencia en la aplicación del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) respecto de la negación de los delitos de genocidio. A lo largo de estas sentencias el TEDH ha ido construyendo y establecido una serie de categorías y de estándares de protección frente a este tipo de conductas, que excluyen del ejercicio protegido de la libertad de expresión ciertas categorías de lenguaje por considerarlas un abuso de derecho, que imponen una penalidad excesiva sobre otros derechos también recogidos y amparados por este texto internacional.

Es necesario destacar que el TEDH establece de forma meridiana en las sentencias en las que trata esta temática, que la protección del derecho a la libertad de expresión es un pilar fundamental de las sociedades democráticas, y que por lo tanto su limitación únicamente procede en los casos más extremos. Asimismo, reconoce que su ejercicio conlleva responsabilidades cuyo ámbito de aplicación depende de la situación y de los significados técnicos en los que se use. Mantiene que «la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una condición básica para el progreso y el desarrollo de cualquier persona», añadiendo que «esta protección es aplicable no sólo a la información o ideas que son favorablemente recibidas o que se tienen como inofensivas o sobre una materia que es indiferente, sino que también sobre aquellas que ofenden, causan *shock* o turban al Estado o a cualquier sector de la población»². Esta afirmación es de vital importancia puesto que es necesaria para reconocer que la posición del TEDH no es la de limitar cualquier ejercicio de la libertad de expresión que pueda molestar o irritar a un sector de la población, sino que se requiere que el discurso en sí tenga la suficiente entidad como para generar un verdadero clima de confrontación social, aunque este no se llegue a materializar.

Así, respecto de los tipos de discursos que no están protegidos por la libertad de expresión, identifica en primer lugar, la negación de hechos históricos claramente probados o notorios y, en segundo lugar, la defensa de las doctrinas totalitarias, dentro de la cual identifica la

² En este sentido: STEDH de 7 de diciembre de 1976, para. 49 (asunto Handyside contra Reino Unido); STEDH de 26 de abril de 1979, para. 65 (asunto Sunday Times contra Reino Unido); Decisión de la Comisión 8348/78 y 8406/78 de 11 de octubre de 1979, pág. 194 (asunto Glimmerveen y Hagenbeek contra Holanda); STEDH de 23 de setiembre de 1994, para. 31 (asunto Jersild contra Dinamarca); STEDH de 23 de setiembre de 1998, para. 55 (Lehideux e Isorni contra Francia); Decisión de la Comisión 35071/97, para. 37 (asunto Güntüz contra Turquía).

negación de los delitos de genocidio³, y concretamente el Holocausto judío. La interpretación que realiza el TEDH del artículo 10 del CEDH excluye el amparo de discursos negacionistas o revisionistas de hechos históricos claramente probados, o notorios, de crímenes en contra de la humanidad. La argumentación que regularmente utiliza para no proteger estos comportamientos, consiste en relacionar el artículo 10, que protege la libertad de expresión, con el 17 CEDH⁴, que castiga el abuso de derecho, para afirmar que estas actitudes negacionistas, «además de ir en contra del texto, van en contra de los valores fundamentales del Convención tal y como se expresa en su preámbulo, a saber, la justicia y la paz»⁵.

A este respecto, el TEDH ha utilizado la categoría de hechos históricos claramente probados para prohibir sistemáticamente cualquier tipo de discurso que intentara negar, trivializar o justificar los hechos ocurridos durante el III Reich en Alemania. En la decisión número 9235/81 de 16 de julio de 1982, (X contra la República Federal Alemana), la ya extinta Comisión decidió sobre el derecho de un ciudadano alemán a mostrar una serie de pancartas en las que defendía que el asesinato de millones de judíos durante la Alemania nazi fue una mentira y una estafa sionista⁶. La conducta recurrida ante el TEDH consistió en exponer una pancarta atada a la valla de su jardín en la que se hacía publicidad de ideas de extrema derecha, repartiendo además una serie de panfletos en los que se describía la muerte de seis millones de judíos como una mera invención, una mentira inaceptable y una estafa sionista. Los tribunales inferiores llegaron al convencimiento de que el recurrente era miembro notorio de una organización política de extrema derecha, y que la pancarta y los panfletos debían ser considerados como difamatorios en contra de todos los judíos perseguidos o asesinados durante este período y a sus familiares supervivientes. En consecuencia, el TEDH declara que «describiendo los hechos históricos

³ Este estándar de protección utilizado por el TEDH encuentra su reflejo en multitud de ordenamientos jurídicos europeos, como la Ley Gayssot, de 13 de julio, de la República Francesa; el artículo 130 del StGB de la República Alemana, que castiga delitos de instigación al pueblo (*Volkserhetzung*); o el artículo 510 del Código penal español que castiga los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas.

⁴ En este sentido, ver el interesante artículo de Rafael Alcácer Guirao en el que señala cómo el TEDH se ha separado de alcance limitado conferido al artículo 17 CEDH cuando entiende de un tema como el aquí estudiado. Alcácer Guirao, R.; «Libertad de expresión, negación del holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH», *Revista de Derecho Constitucional*, 97, 2003, pp. 326 y sig.

⁵ Decisión de la Comisión 31159/96, de 24 de junio de 1996, pág. 9 (asunto *Marais* contra Francia). «La Commission estime que les écrits du requérant vont à l'encontre de valeurs fondamentales de la Convention, telle que l'exprime son préambule, à savoir, la justice et la paix». En el mismo sentido: Decisión de la Comisión N.º 25062/94, de 27 de febrero de 1997 (asunto *Honsik* contra Austria).

⁶ Decisión de la Comisión N.º 9235/81, de 16 de julio de 1982 (asunto X contra Alemania). «zionistic swindle or lie».

de los asesinatos de millones de judíos [...], como una mentira y una estafa sionista, los panfletos publicados no solamente dieron una visión engañosa de un hecho histórico relevante, sino que también contenían un ataque a la reputación de todos aquellos descritos como mentirosos y estafadores»⁷. Por lo tanto, el Tribunal excluyó de la protección del CEDH cualquier tipo de negación de los hechos ocurridos durante el III Reich.

Esta línea jurisprudencial se sigue en otras decisiones⁸ con lo que se produce su consolidación, llegando a ampliarla, introduciendo importantes consideraciones en la STEDH de 23 de setiembre de 1998 (asunto *Lehideux e Isorni contra Francia*)⁹. El caso versa sobre la demanda de dos ciudadanos por la limitación de su derecho a la libertad de expresión en defensa de las acciones del mariscal Pétain en Francia. El primero, secretario de Estado para la Producción Industrial en el gobierno de Pétain, era el presidente de la asociación creada para la defensa de la memoria de este mariscal. El segundo, era el abogado nombrado de oficio para asistir al decano del Colegio de Abogados de París en la defensa de Pétain, que finalmente fue condenado a pena de muerte en 1945 por colaborar con Alemania durante la ocupación de Francia.

Las actividades por las que se plantea el litigio son las siguientes: en el diario *Le Monde* de 13 de julio de 1984, se publicó un anuncio en el que se leía: «Franceses, tenéis la memoria corta» y a continuación se recordaba, mediante una serie de afirmaciones, las principales etapas de la vida pública de Pétain en el período comprendido entre 1916 a 1945, en las que se ensalzaba su figura. A través de las sucesivas afirmaciones, se le presentaba como un hombre de Estado que había hecho todo lo posible por contener a Hitler, siendo perseguido posteriormente por Charles de Gaulle por traidor. De esta forma, los recurrentes trataron de presentar la tesis llamada del *doble juego*, en la que intentaban acreditar la habilidad de Pétain para limitar el impacto de las políticas nazis en Francia, tesis que ya en 1984 había sido rechazadas por un amplio conjunto de historiadores, tanto franceses como

⁷ Decisión de la Comisión N.º 9235/81, de 16 de julio de 1982 (asunto X contra Alemania). «By describing the historical fact of the assassination of millions of jews, a fact which was even admitted by the applicant himself, as a lie and a zionistic swindle, the pamphlets in question not only gave a distorted picture of the relevant historical facts but also contained an attack on the reputation of all those who were described as liars or swindlers, or at least as persons profiting from or interested in such lies or swindles».

⁸ Decisión de la Comisión N.º 9777/82, de 14 de julio de 1983, pág. 171 (asunto T contra Bélgica); Decisión de la Comisión N.º 25096/94, de 6 de setiembre de 1995, para. 1 y 2 (asunto *Remer contra Alemania*); Decisión de la Comisión 31159/96, de 24 de junio de 1996, pág. 9 (*Marais contra Francia*).

⁹ Jurisprudencia seguida en STEDH de 13 de diciembre de 2005, F.º J.º 2.º (asunto *Witzsch contra Alemania*).

extranjeros¹⁰. Sin embargo, a pesar de esta realidad, el TEDH afirma que la intención de Lehideux e Isorni no era hacer apología de las políticas nacionalsocialistas del III Reich, sino la revisión de la condena a Pétain, puesto que «la justificación de una política pro-nazi no podría beneficiarse de la protección del artículo 10 CEDH»¹¹, ya que los autores en los escritos publicados se separaron explícitamente de las atrocidades y de las persecuciones cometidas por la Alemania nazi.

La relevancia de esta sentencia también estriba en la concreción por parte del TEDH del estándar que protege el debate vivo entre historiadores sobre temas de actualidad que ayuden al desarrollo de la sociedad en los valores de pluralidad, tolerancia y amplitud de miras¹², circunstancia para la que deviene necesaria la protección del debate público sobre temas que afectan al conjunto de la sociedad. En este sentido, el TEDH separa, por un lado, la tesis que intentan revisar la condena al jefe del gobierno de Vichy, en la revisión de los actos que este cometió respecto de la tesis comentada con anterioridad del *doble juego*, y por otro lado, los hechos que el TEDH declara como «hechos históricos claramente probados –como el Holocausto– cuya negación o revisión, el artículo 17 sustraería a la protección del artículo 10»¹³. Según el TEDH, el papel desarrollado por Pétain forma parte de este vivo debate entre historiadores, reconociendo que existen dificultades para reconocer las responsabilidades individuales y de las instituciones francesas en las políticas de colaboración llevadas a cabo con la Alemania nazi¹⁴.

Este estándar de protección se muestra altamente controvertido. La diferenciación entre las materias calificables como ampliamente discutidas en el seno de una sociedad, de aquellas que no lo están, y que por lo tanto, mediante su negación, trivialización o justificación únicamente se busca la lesión de la dignidad de la persona o de un grupo de individuos, es una materia ampliamente discutida en torno a la cual existen vivas discusiones doctrinales. El TEDH no ofrece argumentos suficientemente convincentes para justificar la diferenciación que realiza entre la no protección como libertad de expresión de la revisión de las políticas nacionalsocialistas en Alemania, y la protección de revisiones de conductas similares materializadas en otros Estados, que padecieron de una forma muy contundente las atrocidades cometidas por el régimen nacionalsocialista alemán, como por ejemplo el caso

¹⁰ STEDH de 23 de setiembre de 1998, para. 47 (asunto Lehideux e Isorni contra Francia).

¹¹ STEDH de 23 de setiembre de 1998, para. 53 (asunto Lehideux e Isorni contra Francia).

¹² Cómo queda claro en: STEDH de 23 de setiembre de 1998, para. 55 (asunto Lehideux e Isorni contra Francia).

¹³ STEDH de 23 de setiembre de 1998, para. 47 (asunto Lehideux e Isorni contra Francia).

¹⁴ STEDH de 23 de setiembre de 1998, para. 55 (asunto Lehideux e Isorni contra Francia).

anterior en Francia. Sobre todo, porque como afirma el propio TEDH, son los tribunales nacionales los que están situados en mejor posición para conocer el parecer social sobre un determinado debate que les afecta.

Una decisión que muestra la controversia aquí planteada es la sentencia del TEDH de 13 de diciembre de 2005 (asunto Hans-Jürgen Witzsch contra Alemania). En este caso se juzga la respuesta que Witzsch ofreció un artículo *Wolffson* en el que se trataba el asesinato masivo de judíos durante la etapa nacionalsocialista alemana. En esta, Witzsch afirmaba que «hace ya algún tiempo, el historiador Irving de forma pública se ofreció a pagar 1.000 libras esterlinas a cualquier persona que pudiera probar que Hitler había ordenado, por razones raciales, la muerte de un solo judío. Hasta ahora, nadie ha ofrecido ninguna prueba»¹⁵. Continúa afirmando que «después de la guerra, miles de oficiales intachables del NSDAP ha afirmado bajo juramento no haber conocido hasta el final de la guerra sobre el asesinato de judíos. Ningún dignatario del gobierno alemán acusado en Núremberg admitió haber conocido sobre el asesinato masivo de judíos [...]. La normalización de las relaciones entre alemanes y judíos depende del deseo de obtener la verdad histórica y requiere que no únicamente una parte sea culpada de la responsabilidad que admite, sino que también requiere que la otra parte se abstenga de eliminar su contribución negativa a la historia»¹⁶. Como se desprende del texto, y como se recoge en la sentencia, en esta ocasión Witzsch no realiza una negación de la existencia del Holocausto o de las cámaras de gas (como sí había realizado en otras ocasiones), sino que niega un hecho relevante establecido como circunstancia histórica probada dentro de las acciones ocurridas durante el III Reich, al considerar como falso e inconsistente desde el punto de vista histórico, que Hitler y la NSDAP hubieran planeado, iniciado y organizado el genocidio en contra del pueblo judío¹⁷.

En este sentido, se puede afirmar que el TEDH en su jurisprudencia ha decidido que la negación, la trivialización o la justificación de los hechos ocurridos durante el III Reich en Alemania supone un

¹⁵ STEDH de 13 de diciembre de 2005 (asunto Hans-Jürgen Witzsch contra Alemania). «A long time ago, the historian Irving has publicly proposed to pay a thousand pounds to any person who could prove that Hitler had ordered, for racial reasons, the murder of one single Jew. So far, nobody has produced evidence».

¹⁶ STEDH de 13 de diciembre de 2005 (asunto Hans-Jürgen Witzsch contra Alemania). «After the war, tens of thousands of totally immaculate officials of the NSDAP have attested on oath not to have known until the end of the war about the murder of Jews. None of the dignitaries of the German Government accused in Nuremberg admitted to have known about the mass murder of Jews. [...] The normalization of the relation between Germans and Jews depends on the will to historical truth and requires not only that one party is blamed for the responsibility it admits but also that the other party refrains from suppressing its negative contribution to history».

¹⁷ STEDH de 13 de diciembre de 2005, para. 3 (asunto Hans-Jürgen Witzsch contra Alemania)

abuso de derecho del artículo 10 CEDH, en combinación con el artículo 17 CEDH¹⁸. Así mismo, la doctrina del TEDH considera como un abuso de derecho la protección bajo la libertad de expresión de ideologías totalitarias contrarias a la CEDH. El TEDH en la decisión del asunto B. H., M. W. H. p. y G. K. contra Austria, afirmó que «el Nacional Socialismo es una doctrina totalitaria incompatible con la democracia y los derechos humanos y es partidaria sin duda de los fines de la clase a los que se refiere el artículo 17»¹⁹.

Es justamente en este punto donde se observa la mayor incongruencia del TEDH en la justificación de la diferente respuesta que recibe el establecimiento de los hechos históricos de la actuación del régimen nacionalsocialista en Alemania, y los diferentes comportamientos llevados a cabo por otros regímenes que estuvieron involucrados en el asesinato sistemático planeado en contra del pueblo judío, como el del mariscal Pétain en Francia. Tanto el caso de Lehideux e Isorni como el de Witzsch, los tribunales nacionales decidieron sancionar las conductas expuestas por considerarlas un abuso de la libertad de expresión que tendía a la lesión del honor de los fallecidos y de sus familiares supervivientes. Sin embargo, el TEDH en el caso de Lehideux e Isorni decidió limitar el margen de actuación nacional para decidir qué tipo de conductas deben ser consideradas una extralimitación del derecho a la libertad de expresión y protegió la revisión del papel de Pétain en Francia, circunstancia que no se observa en Witzsch, ni en ninguna de la amplia cantidad de sentencias del TEDH que confirman que la revisión de las políticas nacionalsocialistas ocurridas en Alemania deben ser consideradas *iuris et de iure* como un abuso de derecho, sin aportar mayor fundamentación jurídica sobre las razones que les llevan a diferenciar en un sentido o en otro en cada uno de los casos.

3. EL CASO DE PERİNÇEK CONTRA SUIZA

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la STEDH de 15 de octubre de 2015²⁰, condena a Suiza por la limitación del derecho a la libertad de expresión de un ciudadano por negar el holocausto armenio, circunstancia que utiliza para recordar que la penalización

¹⁸ En este sentido: DIRK E., *European Fundamental Rights and Freedoms*, Berlin: De Gruyter Recht, 2007, pp. 109.

¹⁹ Decisión de la Comisión N.º 12774/87, de 12 de octubre de 1989 (asunto B. H., M. W. H. p. Y G. K. contra Austria). «The Commission notes that National Socialism is a totalitarian doctrine incompatible with democracy and human rights and that its adherents undoubtedly pursue aims of the kind referred to in Article 17». Jurisprudencia continuada en la decisión de la Comisión N.º 36773/97, de 9 de septiembre de 1998 (asunto Nachtmann contra Austria).

²⁰ STEDH de 15 de octubre de 2015 (asunto Perinçek contra Suiza).

de este tipo de conductas es un hecho muy controvertido en Europa²¹ y que por lo tanto se deberá atender a la finalidad que pretendía el discurso, diferenciando aquellos que buscan la mera negación, de aquellos que intentan la justificación o la banalización de este tipo de delitos²². Esta sentencia, que mediante esta afirmación ya introduce una diferencia significativa respecto a las anteriores, que requiere un análisis pormenorizado, dado que incorpora una serie de requisitos que no se habían tenido en cuenta hasta el momento cuando el TEDH entendía sobre casos en los que se negaba el genocidio judío, y que sí incluye cuando se tratan otro tipo de crímenes como el cometido contra los armenios en 1915.

Los hechos enjuiciados corresponden a tres conferencias públicas realizadas en Suiza, en las que Perinçek, director del Partido de los Trabajadores de Turquía (Turkish Workers' Party), realiza una serie de manifestaciones negando el genocidio armenio como tal, y acusa de mentir a una serie de países con el objetivo tomar el control de ciertas zonas situadas en esta área del mediterráneo. En este sentido, en la conferencia ofrecida el 7 de mayo de 2005, sostenía: «las afirmaciones del «genocidio armenio» son una mentira internacional. ¿Puede una mentira internacional existir? Sí, una vez Hitler fue el maestro de este tipo de mentiras; ahora son los imperialistas de EE. UU y de la UE. Documentos que no únicamente provienen de Turquía sino también de los archivos rusos refutan a estos mentirosos internacionales. Estos documentos muestran que los imperialistas de occidente y de la Rusia zarista fueron los responsables de la situación asfixiante que se produjo entre árabes y armenios. [...] La mentira del «genocidio armenio» se inventó en primer lugar en 1915 por los imperialistas de Inglaterra, Francia, y la Rusia zarista, que querían dividir el Imperio Otomano durante la I Guerra Mundial. Como Chamberlain admitió después, esto fue una guerra propagandística [...] El hecho de que en sucesivas decisiones hayan adoptado e incluso se hayan referido a nuestra liberación como «un crimen en contra de la humanidad» muestra que EE. UU. Y la UE han incluido la cuestión armenia entre sus estrategias para Asia y el oriente próximo»²³. En las conferencias

²¹ STEDH de 15 de octubre de 2015 (asunto Perinçek contra Suiza) para. 255-257.

²² STEDH de 15 de octubre de 2015, para. 243-248 (asunto Perinçek contra Suiza). Además de tener en cuenta que en este caso los delitos de genocidio fueron cometidos fuera de Suiza hace más de 90 años, y que por esta razón, ese caso se diferencia de aquellos que niegan el Holocausto judío. Ver para. 234.

²³ STEDH de 15 de octubre de 2015, para. 12 (asunto Perinçek contra Suiza). «The allegations of the “Armenian genocide” are an international lie. Can an international lie exist? Yes, once Hitler was the master of such lies; now it’s the imperialists of the USA and EU! Documents from not only Turkish but also Russian archives refute these international liars. The documents show that imperialists from the West and from Tsarist Russia were responsible for the situation boiling over between Muslims and Armenians. The lie of the ‘Armenian genocide’ was first invented in 1915 by the imperialists of England, France and Tsarist Russia, who wanted to divide the Ottoman Empire during the First World War. As Chamberlain later admitted, this was

posteriores, las referencias a la negación de un holocausto armenio se mantienen.

En el presente caso, el TEDH utiliza ocho estándares para ponderar el conflicto de derechos planteando, que en cierta forma difieren de los utilizados en las sentencias sobre el Holocausto judío. Estos son: a) La naturaleza de las afirmaciones de Perinçek; b) El contexto en el que se produce la limitación del derecho a la libertad de expresión (que comprende el factor histórico-geográfico y el factor tiempo); c) El alcance que tuvieron las afirmaciones de Perinçek en la posible lesión de derechos de los miembros de la comunidad armenia; d) La existencia de una falta de consenso entre los Estados Miembros de la CEDH; e) La obligatoriedad de prohibir la negación de los delitos de genocidio de acuerdo con la legislación internacional; f) La metodología empleada por los tribunales suizos para justificar la condena de Perinçek; g) La severidad de la interferencia en los derechos de Perinçek; y finalmente, h) La ponderación entre el derecho a la libertad de expresión de Perinçek y el derecho al respeto a la vida privada de los armenios. Estos ocho estándares serán comentados a continuación, así como la justificación que construye el TEDH para separarlo de otros genocidios en los que sí ha condenado las conductas negacionistas.

a) **La naturaleza de las afirmaciones de Perinçek**

El TEDH asevera que las afirmaciones realizadas en las conferencias descritas con anterioridad deben ser enmarcadas dentro del contexto político y no dentro del histórico, o de Perinçek como profesor de Derecho²⁴. También afirma que las declaraciones realizadas no pueden entenderse como una forma de incitación al odio o a la intolerancia, puesto que Perinçek no expresó odio o desprecio hacia las víctimas de los hechos ocurridos en 1915, sino que sus palabras son un firme alegato en contra de los que define como *imperialistas*, y las artimañas que estos emplearon para enfrentar al Imperio Otomano y Turquía. Además, el TEDH, utilizando jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, afirma que a nivel nacional, Suiza le condenó por la negación de un delito de genocidio y no por la justificación de este delito, y que estas conductas son diferentes. Mientras que la primera niega su existencia, la segunda expresa afirmaciones valorativas sobre el mismo.

Estas indagaciones, como se desprende de los casos estudiados con anterioridad, no se realizan en aquellos en los que se estudia la negación

war propaganda... The fact that successive decisions have been taken that even refer to our liberation war as a “crime of humanity” shows that the USA and EU have included the Armenian question among their strategies for Asia and the Middle East».

²⁴ STEDH de 15 de octubre de 2015, para. 231 (asunto Perinçek contra Suiza).

ción del Holocausto. En sentencias anteriores en las que se valora la interferencia en el derecho a la libertad de expresión, no se evalúa si son una mera negación de los sucesos acaecidos durante el III Reich, o si son conductas que los justifican. Simplemente se asume que la primera materializa la segunda, es decir, cualquier negación sobre la existencia del Holocausto supone una incitación antisemita, y por lo tanto se procede con su prohibición.

b) El contexto en el que se produce la limitación del derecho a la libertad de expresión

Este estándar es particularmente importante en la diferenciación que realiza el TEDH entre el Holocausto del genocidio armenio. Así, afirma «esto es particularmente relevante respecto del Holocausto. Para el Tribunal, la justificación para criminalizar su negación se justifica no tanto en que el Holocausto es un hecho histórico verificado, sino bajo el prisma del contexto histórico de los Estados concernidos [...]. Su negación, incluso si se viste como una investigación histórica imparcial, debe ser observada de forma invariable como una ideología antidemocrática y antisemita»²⁵. Por lo tanto, el TEDH utiliza esta fundamentación para no encontrar un enlace entre la condena en Suiza por la negación de unos hechos ocurridos en otro lugar, y la presencia de la comunidad armenia en Suiza como principal afectada. Puesto que no queda acreditado que la condena en Suiza pueda ser justificada por la situación de la comunidad armenia en Turquía, el Tribunal no encuentra un vínculo que justifique la limitación. Como se observa, el TEDH no aporta mayor argumento para separar entre el Holocausto y el genocidio armenio, excepto la mera convicción de que el primero sí tuvo lugar y que por lo tanto no se puede negar, y que el segundo es un hecho abierto al debate público. Esta justificación carece de una fundamentación jurídica sólida, y por lo tanto debe ser rechazada.

Pero aún más complicada es la utilización del factor tiempo, como otro componente para diferenciar ambas conductas. El TEDH afirma que el paso del tiempo hace inapropiado lidiar con la misma severidad un caso, de otro que se haya producido en tiempo más reciente²⁶. Incluso llega a afirmar que «[el paso de] más o menos 90 años, entre el momento en el que las afirmaciones fueron realizadas, hace que

²⁵ STEDH de 15 de octubre de 2015, para. 243 (asunto Perinçek contra Suiza). «This is particularly relevant with regard to the Holocaust. For the Court, the justification for making its denial a criminal offence lies not so much in that it is a clearly established historical fact but in that, in view of the historical context in the States concerned. [...] Its denial, even if dressed up as impartial historical research, must invariably be seen as connoting an antidemocratic ideology and anti-Semitism».

²⁶ STEDH de 15 de octubre de 2015, para. 249 (asunto Perinçek contra Suiza).

haya muy pocos, o ningún, superviviente de estos eventos»²⁷. Esto nos lleva a preguntarnos, ¿cambiará el TEDH su jurisprudencia sobre la negación del Holocausto dentro de un par de años cuando se cumplan 70 años del exterminio? De la lectura de la contundencia con la que la anterior Comisión se pronunciaba en sus decisiones, y de las resoluciones judiciales del TEDH hasta el momento, se pueden generar serias dudas sobre la adopción de la misma línea jurisprudencial al decidir sobre el paso del tiempo y la protección bajo el artículo 10 de la CEDH de la negación de la exterminación sistemática de personas judías llevada a cabo por el III Reich. Por eso, la utilización de este estándar para diluir la importancia de los hechos sucedidos concretamente durante el genocidio armenio, y no en otros sucesos de este tipo, debe ser considerada muy poco acertada.

c) El alcance que tuvieron las afirmaciones de Perinçek en la posible lesión de derechos de los miembros de la comunidad armenia

El TEDH afirma que, puesto que las afirmaciones realizadas se limitaban exclusivamente a indicar que el llamado genocidio armenio había sido una *invención* de las potencias *imperialistas*, no se puede entender que «las declaraciones fueran tan hirientes en contra de la dignidad de los armenios que sufrieron y perecieron en estos eventos y, de la dignidad e identidad de sus descendientes, como para requerir la intervención del Derecho penal»²⁸, para a continuación añadir, sin mayor justificación que «los únicos casos en los que la extinta Comisión y el Tribunal han aceptado lo contrario [no tener que probar la existencia del genocidio] sin necesidad de pruebas específicas es respecto de la negación del Holocausto. [...] La comisión y el Tribunal han aceptado que la negación Holocausto, aun cuando vestida como una investigación histórica imparcial, debe ser observada de forma invariable como una ideología antidemocrática y antisemita, y por lo tanto debe, en ese punto, ser observada como particularmente angustiante para las personas interesadas»²⁹. El TEDH, simplemente se

²⁷ STEDH de 15 de octubre de 2015, para. 250 (asunto Perinçek contra Suiza). «About ninety years, and at the time when he made the statements there were surely very few, if any, survivors of these events».

²⁸ STEDH de 15 de octubre de 2015, para. 252 (asunto Perinçek contra Suiza). «It cannot accept that the applicant's statements at issue in this case were so wounding to the dignity of the Armenians who suffered and perished in these events and to the dignity and identity of their descendants as to require criminal law measures in Switzerland».

²⁹ STEDH de 15 de octubre de 2015, para. 253 (asunto Perinçek contra Suiza). «The only cases in which the former Commission and the Court have accepted the opposite without specific evidence were those relating to Holocaust denial. [...] Commission and the Court to accept that Holocaust denial, even if dressed up as impartial historical research, must invariably be seen as connoting an antidemocratic ideology

limita a hablar de la particularidad del Holocausto sin profundizar en las circunstancias que supuestamente diferenciarían el trato recibido por las víctimas de este y las armenias.

Recordando aquí lo dicho anteriormente sobre el caso de Lehideux e Isorni contra Francia, resulta contradictorio alegar que los hechos ocurridos durante el Holocausto fueron esclarecidos y juzgados en Núremberg, circunstancia esta que, en principio, diferenciaría al Holocausto del genocidio armenio, cuando en el caso del mariscal Pétain, este había sido juzgado y condenado en Francia, pero aun así se protegió a las personas que ponían en duda los actos que cometió. Además, se debe tener en cuenta que el parlamento suizo declaró que los hechos ocurridos en 1917 eran constitutivos de genocidio en contra del pueblo armenio. Por lo tanto, el TEDH carece de cualquier tipo de legitimidad para substituir la decisión tomada por este, y así poner en duda su existencia, y afirmar sin mayor justificación que los únicos hechos que no requieren prueba son los cometidos durante el III Reich.

d) La existencia de una falta de consenso entre los Estados Miembros de la CEDH

El TEDH alega la falta de consenso sobre la criminalización de la negación de los crímenes nazis y de los cometidos por el comunismo como un argumento a favor de la no penalización, si esta negación no lleva aparejada una incitación a la violencia o al odio³⁰. Esta afirmación supone dos importantes errores por parte del TEDH: en primer lugar, confundir y asimilar de forma plena la negación de los delitos de genocidio con la incitación a perpetrar acciones o delitos basados en alguna forma de intolerancia, cuando ambas figuras están reguladas en supuestos diferentes en la mayoría de códigos penales, (y lo estaban en el suizo); y en segundo lugar, supone sustituir la voluntad democrática del parlamento suizo que decidió de forma legítima castigar la negación simple de los delitos de genocidio, de igual forma que lo hace Alemania o Francia. Pese a que el TEDH afirma que no es su tarea evaluar hechos históricos, del razonamiento expresado se entiende que adscriben un nivel diferente de certeza a los hechos ocurridos en Alemania y los ocurridos en Turquía en 1917, circunstancia que extralimita su competencia.

and anti-Semitism (see paragraphs 234 and 243 above), and must thus, at this stage, be regarded as particularly upsetting for the persons concerned».

³⁰ STEDH de 15 de octubre de 2015, para. 257 (asunto Perinçek contra Suiza).

e) **La obligatoriedad de prohibir la negación de los delitos de genocidio de acuerdo con la legislación internacional**

En este sentido, el TEDH de forma acertada clarifica que bajo el artículo 4 de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (CEDR), no existe una obligación taxativa de castigar la negación de los delitos de genocidio, además teniendo en cuenta que Suiza introdujo una reserva a este artículo (sugerida por la Resolución 68 (30), del Comité de Ministros del Consejo de Europa), que especificaba que la regulación que incorporara este artículo de la CEDR al ordenamiento interno debía respetar debidamente la libertad de opinión³¹. Tampoco el artículo III (c) de la Convención para la Prevención y el Castigo del Crimen Genocidio exige, *per se*, que se penalice la negación de la existencia de este tipo de delitos. Por lo tanto, se puede concluir afirmado que Suiza no ha ratificado ningún tratado internacional que le obligue a incorporar dentro de su código penal un tipo que castigue esta conducta. Sin embargo, siendo esto cierto, el poder legislativo es completamente legítimo para establecer un delito de esta tipología sí así lo estima oportuno, y esta circunstancia ha sido tradicionalmente protegida por el TEDH dentro del margen de apreciación nacional que se confiere a los Estados, puesto que estos conocen mejor las necesidades de su sociedad, circunstancia que nos llevarían a valorar la observación del estándar de *necesidad social imperiosa*.

f) **La metodología empleada por los tribunales suizos para justificar la condena de Perinçek**

La técnica jurídica utilizada para declarar los hechos ocurrido en 1917 como genocidio, de acuerdo con el TEDH, es defectuosa, puesto que no aclara si el castigo de Perinçek fue por «no estar de acuerdo con la calificación legal adscrita a los eventos de 1915 y años posteriores o con la visión mayoritaria de la sociedad suiza sobre este asunto»³². Continúa afirmando el TEDH que si la condena es debida a la segunda de las causas, no puede ser protegida dentro de una sociedad democrática, puesto que cualquier persona debe tener el derecho a expresar sus propias ideas, aun cuando estas diverjan de las sostenidas por el gobierno o por la sociedad. Sin embargo, nada dice el TEDH sobre la primera causa. Coincidiendo con el contenido del argumento

³¹ STEDH de 15 de octubre de 2015, para. 261 (asunto Perinçek contra Suiza).

³² STEDH de 15 de octubre de 2015, para. 271 (asunto Perinçek contra Suiza). «As a result, it remained unclear whether the applicant was penalised for disagreeing with the legal qualification ascribed to the events of 1915 and the following years or with the prevailing views in Swiss society on this point».

esgrimido para la segunda situación, el TEDH no justifica de forma pormenorizada por qué entiende que un parlamento nacional no puede establecer la certeza sobre los hechos que se discuten, y a partir de ahí, derivar toda una serie de legislación que intente proteger los derechos de las personas que pueden verse afectadas.

g) **La severidad de la interferencia en los derechos de Perinçek**

A este respecto, se afirma que la utilización de la legislación penal es una de las formas más serias de intervención frente al derecho a la libertad de expresión. Siendo esto cierto, y debiendo limitarse el *ius punendi* a aquellos supuesto más graves y extremos³³, la línea jurisprudencial mantenida por el TEDH en ningún momento ha afirmado este extremo sobre las conductas que niegan el Holocausto, siendo esta otra diferenciación injustificada respecto del tratamiento de ambas realidades, que el TEDH obvia durante todo el fallo, sin aportar mayor justificación.

h) **La ponderación entre el derecho a la libertad de expresión de Perinçek y el derecho al respeto a la vida privada de los armenios**

Finalmente, y puesto que el TEDH entiende que los tribunales inferiores no realizaron una ponderación de derechos correcta, procede con la realización de la misma argumentando lo siguiente: «las afirmaciones pertenecían a una materia de interés público y no conllevaban un llamamiento al odio o la intolerancia, que el contexto en el que fueron realizadas no se caracterizó por conllevar un clima de alta tensión a este respecto o un contexto histórico en el que se den este tipo de tensiones en Suiza, que las afirmaciones no pueden ser vistas como que afectan la dignidad de los miembros de la comunidad armenia hasta el punto de requerir una respuesta penal por parte de Suiza, que no existe obligación legal internacional para Suiza de criminalizar este tipo de afirmaciones, que los tribunales suizos aparentemente han censurado al recurrente por expresar una opinión divergente de la establecida en Suiza, y que la interferencia tomó un cariz muy serio, al ser una condena penal»³⁴, por lo que el TEDH concluye afirmado que

³³ En este sentido ver: FERRAJOLI, L., *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.

³⁴ STEDH de 15 de octubre de 2015, para. 280 (asunto Perinçek contra Suiza). «Applicant's statements bore on a matter of public interest and did not amount to a call for hatred or intolerance, that the context in which they were made was not marked by heightened tensions or special historical overtones in Switzerland, that the statements cannot be regarded as affecting the dignity of the members of the Armenian community to the point of requiring a criminal law response in Switzerland, that there is no international law obligation for Switzerland to criminalise such statements, that the Swiss courts appear to have censured the applicant for voicing an opinion that

la limitación no es necesaria en una sociedad democrática. A este respecto, lo ya comentado en apartados anteriores. El TEDH no fundamenta por qué cree que está en mejor posición que los tribunales nacionales para determinar si la limitación de la libertad de expresión en el presente caso estaba justificada de acuerdo con el estándar de necesidad en una sociedad democrática, puesto que la penalización de la negación de cualquier tipo de genocidio fue incluida dentro del código penal suizo siguiendo los procedimientos establecidos a tal efecto, dentro de la voluntad de la sociedad suiza de querer castigar este tipo de comportamientos, de igual forma como se realizó en Francia³⁵, aunque posteriormente se declaró contrario a la constitución por el Consejo Constitucional³⁶.

Esta sentencia es un claro ejemplo de la problemática que suscita la protección por parte de los Estados de verdades oficiales que pretenden evitar discursos que sostienen ideas sobre hechos históricos traumáticos que, por muy deleznable, tergiversada o peregrina que sean, basadas en datos obtenidos de forma pseudocientífica, que únicamente buscan fabricar una verdad preconcebida, prescindiendo de cualquier hechos probados y notorios. Estas conductas negacionistas no deberían prohibidas, al contrario, deberían formar parte del debate público, para así poder evidenciar y rechazar de forma común sus resultados, y las consecuencias para sus autores deberían ser la expulsión de la academia, y no el castigo penal³⁷.

4. LA PROHIBICIÓN DE LOS DISCURSOS NEGACIONISTAS

Como hemos podido comprobar, las conductas negacionistas fundan sus afirmaciones en resultados pseudocientíficos que intentan ofrecer una especie de apariencia académica a trabajos de investigación basados en averiguaciones y en hechos que llevan a sus autores a establecer que un determinado hecho no existió y que es una gran mentira. Este tipo de intervenciones fraudulentas, execrables y moralmente reprobables, deben ser combatidas, como se ha comentado, con la expulsión de dichos seudoinvestigadores de la academia científica,

diverged from the established ones in Switzerland, and that the interference took the serious form of a criminal conviction».

³⁵ Ley de 23 de enero de 2012 (conocida como Ley Boyer), para reprimir el desafío de la existencia genocidios reconocidos por ley.

³⁶ Decisión del Consejo Constitucional francés número 2012-647 de 28 de febrero de 2012.

³⁷ En mismo sentido se manifiesta Oscar Pérez de la Fuente en: PÉREZ DE LA FUENTE, O., «Sobre el Holocausto: el *imperativo* de la memoria en el ámbito del Derecho y de la historia», *AFDUDC*, 14, 2010, pp. 91-119.

reprobando y desterrando su trabajo³⁸. En este sentido, como ya señaló el Tribunal Constitucional español respecto del Holocausto, «las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean –y ciertamente lo son al negar la evidencia de la historia–, quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 C. E.), en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 C. E.), pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga, lo que tampoco corresponde a este Tribunal, sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos»³⁹, circunstancia que nos permite afirmar que la negación del Holocausto, no debería ser por sí misma un caso de discurso del odio⁴⁰ penalmente relevante. Según la acertada opinión de Borja⁴¹, la negación de los delitos de genocidio no debe-

³⁸ De la misma opinión: FISH, S., «Holocaust Denial and Academic Freedom», *Valparaiso University Law Review* 35-3, 2001, pp. 512-524. De opinión contraria: LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, Á., «Negacionista y discurso del odio en España», dir. por Francisca Pérez-Madrid y Montserrat Gas Aixendri, en *La gobernanza de la diversidad religiosa. Personalidad y territorialidad en las sociedades multiculturales*, Pamplona, Aranzadi, 2013, pp. 96-99; BARRERO ORTEGA, A., «Negacionismo y libertad de expresión o de cómo frenar el discurso del odio», coord. por José Cruz Díaz y Rafael Rodríguez Prieto, en *Holocausto y crímenes contra la humanidad. Claves y recorridos del Antisemitismo*, Montcada i Reixac, Anthropos, 2009, pp. 100-105; TROPER, M., «Derecho y negacionismo: La Ley Gayssot y la Constitución», *Anuario de Derechos Humanos*, 2, 2011, pp. 970-981; ELÓSEGUI ITXASO, M., «La negación o justificación del genocidio como delito en el Tribunal Europeo. Una propuesta a la luz de la recomendación n.º 15 de la ECRI», *UNED. Revista de Derecho Político*, 98, 2017, pp. 251-334.

³⁹ STC 217/1991, de 11 de noviembre, F.º J.º 8.º Ver también: STC 235/2007, de 7 de noviembre, F.º J.º 4.º Ver también: LUTHER, J., «El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 9, 2008, 278-283.

⁴⁰ PAREKH, B., «Hate Speech. Is there any case for banning?», *Public Policy Research*, 12-4, 2006, pp. 215. «Holocaust denial, for example, is not by itself a case of hate speech». En el mismo sentido: BILBAO UBILLOS, J. M., «La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 85, 2009, pp. 337.

⁴¹ BORJA JIMÉNEZ, E., *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho Penal.*, Granada, Comares, 1999, pp. 300-306. De la misma opinión: LAURENZO COPELLO, P., «La discriminación en el Código Penal de 1995», *Estudios penales y criminológicos*, 19, 1996, p. 269; FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., «Reflexiones sobre los delitos de genocidio (artículo 607 del Código Penal)», *La ley: Revista jurídica de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 6, 1998, pp. 10-18; GÓMEZ NAVAJAS, J., «Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el Código Penal de 1995 (Algunas reflexiones al hilo de la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona, de 16 de noviembre 1998)», *Diario La Ley*, 3, 1999, p. 13; SAAVEDRA LÓPEZ, M., «El lenguaje del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», *Persona y Derecho*, 55, 2006, pp. 558-561; SUÁREZ ESPINO, M. L.; «Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio», *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, 2, 2008, p. 5; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «La libertad de expresión tenía un precio (Sobre la STC 235/2007, de inconstitucionalidad del delito

ría ser considerada una actitud perseguible, puesto que esto nos llevaría a establecer verdades oficiales u objetivas sobre hechos históricos⁴² abiertos a debate que, aunque ciertamente perversas, son únicamente la exteriorización de unas opiniones, no siendo tarea del Derecho penal el castigo de pareceres disidentes o la reprobación de investigaciones inanes.

Sin embargo, esto no significa aceptar cualquier tipo de opinión o valoración. Las expresiones injuriosas o ultrajantes, que no guardan ningún tipo de relación con la idea que se intenta exponer y por lo tanto superfluas al acto de comunicación, no deberían estar protegidas⁴³. Así, en el momento en el que se utiliza la libertad de expresión para para afirmar que los miembros de un determinado colectivo son personas en las que no se puede confiar, que representan una presencia hostil en nuestras sociedades que imposibilita la convivencia, o

de negación del genocidio)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6, 2010, pp. 5-7; RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «La declaración de inconstitucionalidad del delito de «negacionismo» (art. 607.2 del Código Penal)», *Revista Penal*, 23, 2009, pp. 132-137; DE LA ROSA CORTINA, J. M., «Negacionismo y revisionismo del genocidio: perspectiva penal y constitucional», *Diario La Ley*, 6842, 2007, pp. 3-5; LANDA GOROSTIZA, J.-M., *La política contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, Granada, Comares, 2001, pp. 169-173; GÓMEZ MARTÍN, V., «¿Promoción de la igualdad o protección de la seguridad? A propósito de los delitos de odio y la discriminación en el Código penal español», dirigido por Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo, en *Constitución y sistema penal*, Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 205-206 y 215-221; Kučs, A.: «Denial of Genocide and Crimes against Humanity in the Jurisprudence of Human Rights Monitoring Bodies», *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 40-2, 2014, pp. 314-315; ROLLNERT LIERN, G., «Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia constitucional: los límites de la libertad de expresión (a propósito de la STC 235/2007)», *Revista de Derecho Político* 73, 2008, pp. 110-144.

⁴² Es interesante nombrar aquí la posición de Popper sobre la necesidad del desarrollo continuo de la ciencia para que esta progrese. Este afirma «la situación de la verdad en el sentido objetivo, como correspondencia con los hechos, y su papel como principio regulador pueden ser comparados con un pico montañoso que está permanentemente, o casi permanentemente, envuelto en nubes. El alpinista no solamente puede tener dificultades para llegar a él, sino que puede no saber cuándo llega a él, porque puede ser incapaz de distinguir, en medio de las nubes, la cumbre principal de algún pico subsidiario. Pero esto no altera el hecho de la existencia objetiva de la cumbre, y si el alpinista dice: «Tengo dudas acerca de si llegué realmente a la cumbre», entonces reconoce, por implicación, la existencia objetiva de la cumbre. La idea misma de error o la de duda (en su normal sentido directo) implican la idea de una verdad objetiva que podemos no alcanzar)». POPPER, K. R., *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, Barcelona, Paidós, 1983, p. 227.

⁴³ En este sentido, ver: STC 235/2007, de 7 de noviembre, F.º J.º 5.º De opinión contraria a la inconstitucionalidad de la negación de los delitos de genocidio ver: TAJADURA TEJADA, J., «Libertad de expresión y negación del genocidio: Comentario crítico a la STC de 7 de noviembre de 2007», *Revista Vasca de Administración Pública*, 80, 2009, pp. 250-255; CATALÀ I BLAS, A. H., y PÉREZ I SEGUÍ, Z., «La negación del holocausto. A propósito de la STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 10, 2007, pp. 181-196. En esta los autores afirman que esta declaración de inconstitucionalidad significar dar alas a los intolerantes.

actitudes que pretendan justificar delitos cometidos en su contra, entonces sí que podríamos encontrarnos ante la materialización de conductas que no deberían ser amparadas por el derecho a la libertad de expresión, puesto que estas sí pueden ser ideales para crear ese clima de confrontación entre los diferentes grupos que conforman nuestras sociedades, atacando a valores esenciales del Estado democrático de Derecho como son la protección de la dignidad personal, la igualdad formal y material y la no discriminación.

Por lo tanto, las conductas que sí deberían ser típicas son aquellas que pretenden la justificación o la relativización de los delitos de genocidio. Estas se diferencian de las negacionistas en que concurren a este discurso juicios de valor humillantes, despectivos o denigrantes en contra de las víctimas o que tienen por objetivo ensalzar o vanagloriar a sus verdugos. Aquí sí se observa adecuada⁴⁴, cuanto menos, la investigación de dichos comportamientos por parte de los tribunales, dado que las actitudes descritas sí que podrían para lesionar otros derechos protegidos por la CEDH. De esta forma si el discurso negacionista va más allá de la simple refutación de los hechos y lleva aparejada la presentación de los crímenes de genocidio cometidos contra algún grupo como justos o merecidos, podríamos encontrarnos ante una conducta que debería ser sancionada dado que en este caso sí que se observa una colisión de bienes jurídicos dignos de protección y merecedores de tutela, lo suficientemente importante como para limitar el derecho a la libertad de expresión, a favor de otros derechos como la dignidad de la persona.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁRCER GUIRAO, R., «Libertad de expresión, negación del holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH», *Revista de Derecho Constitucional*, 97, 2003, pp. 309-341.
- BARRERO ORTEGA, A., «Negacionismo y libertad de expresión o de cómo frenar el discurso del odio», coordinado por José Cruz Díaz y Rafael Rodríguez Prieto, en *Holocausto y crímenes contra la humanidad. Claves y recorridos del Antisemitismo*, Montcada i Reixac, Anthropos, 2009, pp. 87-107.

⁴⁴ LAURENZO COPELLO, P., «La discriminación en el Código Penal de 1995» cit., p. 269; LAURENZO COPELLO, P., «La protección penal frente a conductas racistas y xenófobas», editado por Juan Soroeta Licerias, en *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, San Sebastián, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 2000-V.2), p. 194; BARRERO ORTEGA, A., *op. cit.*, pp. 98-99; GÓMEZ NAVAJAS, J., *op. cit.*, p. 14; SUÁREZ ESPINO, M. L., *op. cit.*, p. 11; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *op. cit.*, p. 8. También encontramos autores que opinan que la STC 235/2007, de 7 de noviembre, debería haber declara inconstitucional el segundo apartado del 607.2 CP. Ver: RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *op. cit.*, pp. 132-137; DE LA ROSA CORTINA, J. M., *op. cit.*, pp. 4-5.

- BILBAO UBILLOS, J. M., «La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 85, 2009, pp. 299-352.
- BORJA JIMÉNEZ, E., *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho Penal*. Granada, Comares, 1999.
- CATALÀ I BLAS, A. H., y PÉREZ I SEGUÍ, Z., «La negación del holocausto. A propósito de la STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 10, 2007, pp. 181-196.
- DE LA ROSA CORTINA, J. M., «Negacionista y revisionismo del genocidio: perspectiva penal y constitucional», *Diario La Ley*, 6842, 2007, pp. 1-11.
- ELÓSEGUI ITXASO, M., «La negación o justificación del genocidio como delito en el Tribunal Europeo. Una propuesta a la luz de la recomendación n.º 15 de la ECRI», *UNED. Revista de Derecho Político*, 98, 2017, pp. 251-334.
- EHLERS, D., *European Fundamental Rights and Freedoms*, Berlin, De Gruyter Recht, 2007.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., «Reflexiones sobre los delitos de genocidio (artículo 607 del Código Penal)», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 6, 1998, pp. 1-30.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.
- FISH, S., «Holocaust Denial and Academic Freedom», *Valparaiso University Law Review*, 35-3, 2001, pp. 499-524.
- GÓMEZ MARTÍN, V., «¿Promoción de la igualdad o protección de la seguridad? A propósito de los delitos de odio y la discriminación en el Código penal español», dirigido por Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo, en *Constitución y sistema penal*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 175-222.
- GÓMEZ NAVAJAS, J., «Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el Código Penal de 1995 (Algunas reflexiones al hilo de la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona, de 16 de noviembre 1998)», *Diario La Ley*, 3, 1999, pp. 1839-1852.
- KUČS, A., «Denial of Genocide and Crimes against Humanity in the Jurisprudence of Human Rights Monitoring Bodies», *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 40-2, 2014, pp. 301-319.
- LANDA GOROSTIZA J.-M., *La política contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*. Granada, Comares, 2001.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «La libertad de expresión tenía un precio. (Sobre la STC 235/2007, de inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6, 2010, pp. 1-9.
- LAURENZO COPELLO, P., «La discriminación en el Código Penal de 1995», *Estudios penales y criminológicos*, 19, 1996, pp. 223-288.
- «La protección penal frente a conductas racistas y xenófobas», editado por Juan Soroeta Licerias, en *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, San Sebastián, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 2000-V.2, pp. 179-196.
- LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, Á., «Negacionista y discurso del odio en España», dirigido por Francisca Pérez-Madrid y Montserrat Gas Aixendri, en *La gobernanza de la diversidad religiosa. Personalidad y territorialidad en las sociedades multiculturales*, Pamplona, Aranzadi, 2013, pp. 75-100.
- LUTHER, J., «El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 9, 2008, pp. 247-299.

- PAREKH, B., «Hate Speech. Is there any case for banning?», *Public Policy Research*, 12-4, 2006, pp. 213-223.
- PÉREZ DE LA FUENTE O., «Sobre el Holocausto: el imperativo de la memoria en el ámbito del Derecho y de la historia», *AFDUDC*, 14, 2010, 91-119.
- POPPER, K. R., *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, Barcelona, Paidós, 1983.
- RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «La declaración de inconstitucionalidad del delito de “negacionismo” (art. 607.2 del Código Penal)», *Revista Penal*, 23, 2009, pp. 120-137.
- ROLLNERT LIERN, G., «Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia constitucional: los límites de la libertad de expresión (a propósito de la STC 235/2007)», *Revista de Derecho Político*, 73, 2008, pp. 103-144.
- SAAVEDRA LÓPEZ, M., «El lenguaje del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», *Persona y Derecho*, 55, 2006, pp. 547-576.
- SUÁREZ ESPINO, M. L., «Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio», *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, 2, 2008, pp. 1-14.
- TAJADURA TEJADA, J., «Libertad de expresión y negación del genocidio: Comentario crítico a la STC de 7 de noviembre de 2007», *Revista Vasca de Administración Pública*, 80, 2009, pp. 233-255.
- TROPER, M., «Derecho y negacionismo: La Ley Gayssot y la Constitución», *Anuario de Derechos Humanos*, 2, 2011, pp. 957-981.

Fecha de recepción: 31/03/2017. Fecha de aceptación: 31/10/2017.

II

ESTUDIOS JURÍDICOS

Las presunciones en el Derecho¹

Presumptions in the Law

Por JOSEP AGUILÓ REGLA
Universidad de Alicante

RESUMEN

El trabajo se propone alcanzar tres objetivos. El primero es aclarar la disputada cuestión de la «naturaleza» (teórica o práctica) de las presunciones en el Derecho; el análisis que se realiza pretende separar adecuadamente las llamadas presunciones hominis (del hombre) de las presunciones establecidas por las «normas de presunción». El segundo objetivo es aclarar dos cuestiones vinculadas con las normas de presunción: una, el carácter constitutivo o regulativo de dichas normas; y, otra, si a ellas les es aplicable la distinción entre principios y reglas. El tercer objetivo es mostrar que las llamadas «presunciones iuris et de iure» no son, en realidad, presunciones;

¹ Me he ocupado de las presunciones en el Derecho en tres ocasiones anteriores. La primera en «Nota sobre “Presunciones” de Daniel Mendonca», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 22, 1999. La segunda, en «Presunciones, verdad y normas procesales», que apareció en dos lugares diferentes: a) *Isegoría*, n.º 35, 2006; y b) *Jueces para la democracia*, n.º 57, 2006. Y la tercera, en «Las presunciones hominis y las inferencias probatorias», en *Derecho PUCP*, n.º 79, 2017. El presente artículo constituye una revisión en profundidad mi intervención del año 2006.

Quiero agradecer la ayuda que, con sus comentarios y críticas, me han prestado Manuel Atienza, Juan Antonio Pérez Lledó, Isabel Lifante, Victoria Roca, Jesús Vega, Alf Lozada y Catherine Ricaurte.

Este trabajo ha sido elaborado 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 español.

pues el razonamiento que se genera a partir de ellas no presenta ninguna de las propiedades características del «razonamiento presuntivo».

Palabras clave: *Presunciones, razonamiento jurídico, razonamiento presuntivo, normas de presunción.*

ABSTRACT

The paper aims to achieve three purposes. The first one is to clarify the disputed question of whether the «nature» of presumptions in the law is theoretical or practical. This analysis is intended to separate the so-called hominis presumptions from the presumptions established by «norms of presumption». The second purpose is to clarify two questions related to the norms of presumption: i) the question of whether these norms are of a constitutive or a regulative character; ii) the question of whether the distinction between principles and rules applies in relation to them. The third purpose is to show that the so-called «irrebuttable presumptions» are not, in fact, presumptions. The reason is clear: the reasoning generated on them does not show any of the properties that characterize «presumptive reasoning».

Key words: *Presumptions, legal reasoning, presumptive reasoning, norms of presumption.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. SOBRE LA NATURALEZA DE LAS PRESUNCIONES: DE «ES PRESUMIBLE» A «SE PRESUMIRÁ (O DEBE PRESUMIRSE)». 2.1 «*Es presumible*». *Las presunciones hominis.* 2.2 «*Se presumirá (o debe presumirse)*». *Las normas de presunción.*—3. SOBRE LAS NORMAS DE PRESUNCIÓN. 3.1 *Normas de presunción, principios y reglas.* 3.2 *Sobre el carácter bifronte (constitutivo y regulativo) de las normas de presunción.*—4. EL PROBLEMA DE LAS PRESUNCIONES *IURIS ET DE IURE.*

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.—2. ON THE NATURE OF PRESUMPTIONS: FROM «IS PRESUMABLE» TO «SHALL BE PRESUMED». 2.1 «*It is presumable*». *The hominis presumptions.* 2.2 «*It shall be presumed*». *The norms of presumption.*—3. ON NORMS OF PRESUMPTION. 3.1 *Norms of presumption, principles and rules.* 3.2 *On the two-fold character (constitutive and regulative) of the rules of presumption.*—4. THE PROBLEM OF THE IRREBUTTABLE PRESUMPTIONS.

1. INTRODUCCIÓN

Nadie duda de la importancia de las presunciones en el Derecho. Los juristas las usan y hablan de ellas con total naturalidad. Esta natu-

alidad contrasta, sin embargo, con la gran cantidad de problemas teóricos que parecen surgir cuando se trata de dar cuenta de ese uso. En este trabajo me propongo exponer la cuestión de la manera más clara y sencilla de que soy capaz. En primer lugar, voy a tratar de aclarar la disputada cuestión de la «naturaleza» (teórica o práctica) de las presunciones en el Derecho; y para ello me voy a valer de la distancia que media entre el sintagma «es presumible» y el sintagma «se presumirá (o debe presumirse)». Si el análisis es acertado, debe permitarnos separar adecuadamente las llamadas presunciones *hominis* (del hombre) de las presunciones establecidas por las «normas de presunción». En segundo lugar, una vez que haya quedado bien perfilada la noción de norma de presunción, procuraré mostrar dos cosas: por un lado, la utilidad de introducir la distinción entre reglas y principios en el análisis de las normas de presunción; y, por otro, el carácter bifronte (constitutivo y regulativo) de las mismas. Finalmente, en tercer lugar, sostendré que lo que los juristas llaman «presunciones *iuris et de iure*» no son, en realidad, presunciones, pues el razonamiento que se genera a partir de ellas no presenta ninguna de las propiedades características del «razonamiento presuntivo». Para poder desarrollar este punto, introduciré la distinción entre «normas de presunción», que obligan a presumir, y «normas basadas en una presunción», que no obligan a presumir nada.

2. SOBRE LA NATURALEZA DE LAS PRESUNCIONES: DE «ES PRESUMIBLE» A «SE PRESUMIRÁ (O DEBE PRESUMIRSE)»

Los dos apartados que siguen (2.1. y 2.2.) están destinados a diferenciar de manera clara dos ámbitos en los que juegan las presunciones en el Derecho: las presunciones que hacen las personas al realizar inferencias probatorias y las presunciones establecidas por las normas jurídicas. Estos dos ámbitos son reconocidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil al distinguir en los arts. 385 y 386 entre «presunciones legales» (establecidas por la ley) y «presunciones judiciales» (las que realizan los jueces)².

² Art. 385: «1. Las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca. Tales presunciones sólo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante admisión o prueba.

2. Cuando la ley establezca una presunción salvo prueba en contrario, ésta podrá dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción.

3. Las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba».

2.1 «Es presumible». Las presunciones *hominis*

Tomemos el siguiente relato como punto de partida:

Un padre contrata los servicios de un detective para que encuentre a su hijo. Le cuenta que hace 15 años, tras una fuerte discusión, se fue de casa dejando una nota de despedida en la que decía que nunca más lo volverían a ver. Al cabo de un tiempo, el detective se reúne con el padre para informarle del resultado de sus pesquisas. El diálogo se inicia así:

Padre: –¿Ha encontrado a mi hijo?

Detective: –No, y lamento comunicarle que su hijo ha muerto.

A partir de ahí el detective empieza a narrarle el resultado de la investigación. El hijo había emigrado a Australia. Allí había trabajado muy duro y había conseguido labrarse una muy buena posición social. Era un profesional de prestigio, tenía una situación económica muy holgada, había formado una familia (esposa y dos hijos) que conforme a lo indagado podía calificarse de feliz, tenía muchos amigos y no se le conocían enemigos. Esta era su vida. Hace tres meses –relata el detective– su hijo participó en una regata intercontinental y su barco se hundió en un lugar del océano donde las profundidades son abisales. Los servicios de salvamento, que trabajaron incansablemente durante semanas, no rescataron supervivientes ni cadáveres. Los tripulantes desaparecieron. «Todo hace pensar que se hundieron con el barco». El detective concluyó su informe con estas palabras: «Su hijo está muerto y seguir investigando en estas circunstancias sería estafarle». La conversación se prolongó por algún tiempo y se detuvo en detalles. Finalmente, el padre pagó los honorarios del detective y se despidió de él dándole las gracias y diciéndole que había hecho un buen trabajo.

Este relato ilustra una presunción. El detective y el padre presumen la muerte del hijo. Se trata, me parece, de un caso indiscutido y claro de presunción. Según el diccionario de la RAE, «presunción» significa acción y efecto de presumir; y «presumir», sospechar, conjeturar o creer algo porque se tienen indicios para ello. A partir de esta definición pueden destacarse los tres elementos que componen la estructura típica de las presunciones:

- a) Un hecho presunto: lo sospechado o conjeturado; en nuestra historia, la muerte del hijo.
- b) Uno o varios hechos base: los indicios o señales; el hundimiento del barco y la desaparición del hijo.

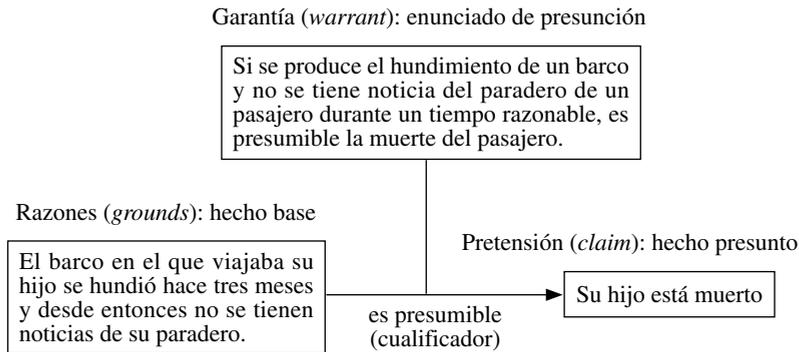
Art. 386: «1. A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción.

2. Frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior».

c) Una conexión entre ellos. Entre el hecho base y el hecho presunto hay un enunciado de presunción; es decir, un enunciado general cuya aceptación autoriza el paso de un(os) hecho(s) a otro(s) hecho(s)³.

Si tomamos el esquema de los argumentos de Toulmin⁴ y lo proyectamos sobre los tres elementos que acabamos de enumerar, es fácil mostrar la estructura de la argumentación que realiza el detective y que el padre acepta.



³ Nótese que la estructura de estas presunciones es la misma que la de cualquier otra inferencia probatoria. Es decir, exceptuando las pruebas directas, el razonamiento probatorio tiene siempre la misma estructura: el paso de unos hechos particulares a otros y un enunciado general que autoriza dicho paso (la conexión entre los hechos). En la prueba de indicios, unos hechos indicantes, unos hechos indicados y –como diría el Tribunal Supremo– «reglas de la lógica y de la sana crítica» o «del entendimiento humano»; en la *prueba* científica, unas pruebas –hechos probatorios– y unos hechos a probar, igual que en el caso anterior pero con la diferencia de que aquí la conexión tiene apoyo científico. En definitiva, la estructura es la siguiente: hechos probatorios (pruebas, indicios o hechos con los que se pretende probar), hechos a probar (hipótesis probatoria) y una conexión entre ellos (máximas de experiencia, leyes científicas, reglas de la sana crítica, etc.).

⁴ TOULMIN, S. E.: *The Uses of Argument*, Cambridge University Press, 1958. Conforme a este autor, la estructura de un argumento consta de los siguientes elementos: Una *pretensión (claim)*, una afirmación particular realizada por el proponente y que constituye tanto el punto de partida como el de llegada de toda argumentación. Si el interlocutor cuestiona dicha afirmación, entonces el proponente apoya la pretensión con *razones (grounds)*; es decir, con otras afirmaciones particulares que se refieren a los «hechos del caso» (los hechos que fundamentan la pretensión). Para justificar este apoyo, el proponente puede introducir una *garantía (warrant)*, que es un enunciado general que expresa una regularidad o una norma. Este enunciado general, a su vez, puede ser apoyado por el proponente suministrando un *respaldo (backing)*, es decir, información general relativa al campo en el que se está argumentando. Estos cuatro elementos se completan con otros dos que no siempre están presentes en todas las argumentaciones. Un *cualificador modal (qualifier)*, que permite modalizar el apoyo que las razones suministran a la pretensión (muy probablemente, razonablemente, presumiblemente, etc.). Y, finalmente, un argumento puede contener también condiciones de *refutación (rebuttals)*, es decir, excepciones a la garantía.

La presunción de nuestra historia es una inferencia teórica que lleva de premisas que se afirman verdaderas a una conclusión que también se afirma verdadera⁵. La garantía expresa un enunciado de presunción que se fundamenta en un juicio de regularidad, normalidad o alta probabilidad de verdad; en lo que los juristas llaman generalmente «máximas de experiencia». La virtud del ejemplo radica en que presenta un razonamiento presuntivo que apunta de manera clara a una determinada respuesta respecto de la pregunta por la naturaleza de las presunciones. Podemos recurrir a diferente terminología, pero todo señala en la misma dirección. La pretensión que incorpora el detective es de verdad; el enunciado de presunción (la garantía del razonamiento presuntivo) es una proposición; el razonamiento del detective, y también el del padre, es razonamiento teórico; el razonamiento del detective, y el del padre, versa sobre una cuestión de creencias, no de preferencias; etc. En este punto, pues, conviene llamar la atención sobre tres cuestiones:

1) Este tipo de presunciones –como se ha dicho– pertenecen al razonamiento teórico (tienen naturaleza proposicional); ello no obsta, sin embargo, para que puedan formar parte de un razonamiento práctico. Que sean (o puedan ser) un fragmento de un razonamiento práctico no cambia en absoluto su naturaleza teórica. En nuestro ejemplo trataba de mostrarlo con la frase del detective «su hijo está muerto y seguir investigando en estas circunstancias sería estafarle». Nótese que, en este sentido, las presunciones comparten esta propiedad con todas las inferencias fácticas: pueden formar parte de razonamientos prácticos y no por ello abandonan el ámbito proposicional y/o de la verdad.

2) Los juicios de verdad referidos por estas presunciones son juicios empíricos cuya verdad es contingente y tienen siempre un contenido probabilístico. El enunciado de presunción se acepta porque se considera que está fundado, que expresa una regularidad, normalidad o alta probabilidad de verdad; y, por ello, lo más confiable es atenerse a lo que el enunciado establece. Su papel primario es, por tanto, aproximarnos a la verdad en el sentido material de la expresión. Ahora bien, la «seguridad» de atenerse al enunciado de presunción no estriba en que siempre y en cada caso sea más probable la verdad del resultado que dicho enunciado arroja, sino en que de manera general es lo más probable; y, por tanto, lo racional es atenerse a lo que ellos determinan como verdadero⁶. En este sentido, el razonamiento presuntivo comparte con

⁵ En la exposición del razonamiento presuntivo como razonamiento probabilístico tengo muy en cuenta lo sostenido en PEÑA GONZÁLO, L., y AUSÍN DÍEZ, T., «La inferencia de hechos presuntos en la argumentación probatoria», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. XVIII, 2001.

⁶ PEÑA GONZÁLO, L., y AUSÍN DÍEZ, T., ob. cit. p. 101.

todo el razonamiento probabilístico la idea de derrotabilidad. Si aparece nueva información, se puede rechazar la conclusión sin necesidad de rechazar ninguna de las premisas en las que se fundaba dicha presunción.

3) En el mundo del Derecho estas presunciones se conocen como presunciones *hominis* (presunciones del hombre) y comparten con todas las inferencias probatorias las dos propiedades antes destacadas (su naturaleza proposicional y su derrotabilidad). ¿Qué aporta, pues, el sintagma «es presumible» (propio de las presunciones *hominis*) frente al sintagma «es probable» (propio de todas las inferencias probatorias)? «Es presumible» se reserva (o debería reservarse) para aquellos casos en los que se considera que los indicios (los hechos base, los hechos probatorios, etc.) son suficientes para considerar un hecho como probado (no solo como probable); y, como consecuencia de ello, trasladan la carga probatoria (o argumentativa) a quien pretenda negar la conclusión, a quien pretenda negar el hecho presunto. En cualquier inferencia fáctica, la ocurrencia de unos hechos es indicio de (una razón para creer en) la ocurrencia de otros hechos. En las presunciones *hominis* esto también es así, pero hay además un componente adicional: aunque son materialmente derrotables, son pragmáticamente concluyentes. O dicho de otro modo: estas presunciones no solo cumplen la función de dar razones para creer que ciertos hechos han ocurrido (verdad en sentido material); sino que además dan razones para dar por probados ciertos hechos (verdad en sentido dialéctico, pragmático)⁷. Por ello, «es presumible» cumple la función genérica de aproximarnos a la verdad material y la función específica de establecer una verdad pragmática, dialéctica o procesal trasladando la carga probatoria a quien pretenda negar la ocurrencia del hecho pre-

⁷ No puedo detenerme aquí a desarrollar la oposición entre verdad material y verdad procesal o dialéctica, pero la clave está en distinguir adecuadamente las dimensiones material y pragmática de la argumentación. Para su configuración me he guiado por un esquema extraído de ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2005, y *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013. Atienza distingue tres concepciones de la argumentación jurídica: la formal, la material y la pragmática (retórica y dialéctica). Simplificando mucho su planteamiento, Atienza viene a sostener que más allá de las diferencias que pueden observarse entre ellas, argumentar (o argumentación) presenta cuatro propiedades comunes: a) argumentar es una actividad relativa a un lenguaje; b) la argumentación presupone la existencia de un problema que debe ser resuelto; c) la argumentación supone tanto una actividad como un resultado; y d) la argumentación es una empresa racional, en el sentido de que hay criterios para determinar la bondad de los argumentos. El siguiente cuadro muestra cómo articulan estas propiedades las diferentes concepciones. Para una explicación detallada del mismo, véase AGUILÓ REGLA, J., *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*, Trotta, Madrid, 2015.

sunto⁸. En este sentido, el enunciado de presunción es también una regla de presunción, una regla de la carga de la prueba y/o de la argumentación⁹.

Hay tres formas de oponerse a la conclusión, de oponerse a la afirmación que sostiene la ocurrencia del hecho presunto:

a) Negar los fundamentos empíricos del enunciado de presunción; es decir, impugnar su papel de garantía (impugnar la presunción). Obviamente para que un enunciado de presunción pueda operar

Concepciones Concepto (elementos)	Concepción formal	Concepción material	Concepción pragmática (dialéctica o retórica)
1) Argumentar es una actividad relativa a un lenguaje. Siempre hay un lenguaje de la argumentación.	Se centra en los aspectos sintácticos del lenguaje (su estructura). Se desentiende del mundo y de la aceptación por parte de los otros.	Se centra en los aspectos semánticos del lenguaje (su contenido). No se desentiende del mundo pero sí de la aceptación por parte de los otros.	Se centra en los aspectos pragmáticos del lenguaje (su uso). Todo está orientado a la relación con los otros: vencer y/o convencer.
2) Argumentar supone resolver un problema.	¿Qué conclusiones pueden extraerse de un determinado conjunto de premisas cuya calidad no se cuestiona?	¿Qué creencias son válidas como premisas y conclusiones? ¿Qué debo creer? ¿Qué debo hacer?	¿Cómo vencer y/o convencer a otros a propósito de una cuestión problemática?
3) La argumentación supone una actividad y un resultado. «Argumentación» presenta una ambigüedad proceso/producto.	Sólo se interesa por la reconstrucción del producto de la argumentación: La concatenación de enunciados en forma de premisas y conclusiones.	Se interesa por la calidad de las premisas lo que supone no desentenderse del proceso seguido para obtenerlas. Nociones como imparcialidad, experimentación, prueba, etc. son centrales e implican algo más que lenguaje.	La argumentación es el proceso. La persuasión o la victoria son el resultado del uso argumentativo del lenguaje pero ya están fuera del mismo.
4) Argumentar es una actividad racional: hay criterios de validez y/o corrección.	Centralmente las reglas de inferencia de la lógica deductiva.	Leyes científicas, máximas de experiencia, criterios de justificación, etc.	Reglas relativas a la conducta de los participantes: Instituciones, reglas del discurso, del juego limpio...

⁸ Douglas N. Walton analiza las presunciones desde una perspectiva dialógica, como actos de habla. Su tesis es que se trata de un acto de habla a mitad de camino entre las aserciones («quien afirma tiene que probar») y las meras suposiciones (que en el desarrollo del diálogo pueden ser olvidadas y libremente rechazadas). Así, sostiene que lo propio y característico del acto de habla de presumir es modificar la carga de la prueba. Como se ve, he asumido completamente esta tesis, aunque, en mi opinión, en este tipo de presunciones su papel dialéctico (su validez pragmática) deriva de su papel de asegurar la aproximación a la verdad material (de su validez material). Para darse cuenta de ello es suficiente con preguntarse por qué, en contextos no autoritativos, un interlocutor que rechazara que el enunciado de presunción fuera una guía segura para aproximarse a la verdad material, iba a aceptar que operara como regla de la carga de la prueba. No hay que olvidar que cuando hablamos de presunciones *hominis* o presunciones teóricas estamos en un contexto en el que el enunciado de presunción no viene impuesto normativamente. Cfr. WALTON, D. N., «The Speech Act of Presumption», *Pragmatics & Cognition*, Vol. 1(1), 1993, 125-148.

⁹ Véase AGUILÓ REGLA, J., «Las presunciones *hominis* y las inferencias probatorias», ob. cit., p. 108.

intersubjetivamente como garantía tiene que ser un lugar común, un tópico compartido; lo que los juristas prefieren llamar una máxima de experiencia bien asentada.

b) Aceptar el enunciado de presunción (es decir, aceptar que expresa una regularidad con una alta probabilidad de verdad), pero negar la ocurrencia del hecho base; esto es, bloquear la presunción.

c) Aceptar tanto el enunciado de presunción como la ocurrencia del hecho base, pero exceptuar dicho enunciado mostrando bien que la conclusión es falsa («el hijo está vivo»), bien debilitando la conclusión porque hay indicios para creer que el caso es una excepción a la regularidad que fundamenta la presunción (imaginemos, por ejemplo, que en la descripción que el detective hace de la vida del hijo hubiera indicios para creer que éste había planeado su «desaparición» mediante la simulación de un naufragio). En ambos casos hablaríamos bien de exceptuar la garantía (el enunciado de presunción), bien de derrotar la presunción. En la terminología de Toulmin, lo designaríamos como la concurrencia de una condición de refutación de la pretensión¹⁰.

Si bien se considera, sólo en los casos b) y c), es decir, en los casos en que se acepta que el enunciado de presunción nos aproxima a la verdad material, se acepta también que dicho enunciado opera como una regla de presunción, es decir, que opera en términos dialécticos como una regla de distribución de la carga de la prueba y/o de la argumentación. En el caso a), el rechazo del enunciado de presunción en términos materiales implica también su rechazo como regla de presunción en términos procesales o dialécticos.

De todo lo dicho hasta aquí –y a modo de resumen– pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1. Hay presunciones y razonamientos presuntivos de naturaleza estrictamente teórica o proposicional.

2. El hecho de que estas presunciones puedan formar parte (o ser un fragmento) de un razonamiento práctico no altera su naturaleza teórica.

3. Estas presunciones suponen un enunciado de presunción formulable con un «es presumible». Estos enunciados de presunción expresan un juicio de regularidad fundado en la experiencia al que se le reconoce una alta probabilidad de verdad.

4. La aceptación de un enunciado de presunción como garantía depende de que creamos que nos aproxima a la verdad en sentido material. Esto es, se acepta el enunciado de presunción porque se considera que haciéndolo es más probable acertar en la determinación de la verdad material.

5. La aceptación de un enunciado de presunción supone aceptar también su derrotabilidad para el caso particular. El razonamiento pre-

¹⁰ Véase la nota 4.

suntivo es típicamente un razonamiento derrotable: si contamos con más información relativa al caso es posible rechazar la conclusión sin necesidad de rechazar ninguna de las premisas antes aceptadas.

6. Estas dos propiedades recién destacadas de la garantía de estas presunciones (probabilidad de verdad y derrotabilidad) son compartidas por todas las inferencias probatorias. Todo el razonamiento probatorio es probabilístico y derrotable.

7. Quien recurre a un «es presumible» está específicamente sosteniendo que, a falta de nueva información, la prueba de los hechos base (los indicios, los hechos probatorios, etc.) es suficiente para dar por probado el hecho presunto (el hecho inferido).

8. Por ello, estas presunciones distribuyen las cargas de la argumentación y/o de la prueba en términos dialécticos o procedimentales. Quien acepta el enunciado de presunción y la ocurrencia del hecho base pero rechaza la conclusión corre con la carga de mostrar que el caso en cuestión es una excepción. En este sentido, el enunciado de presunción es también una regla de presunción, es decir, de distribución y carga de la prueba y/o de la argumentación.

9. Dado que estas presunciones tienen naturaleza teórica (o proposicional), siempre cabe impugnar la presunción negando los fundamentos empíricos del enunciado de presunción, es decir, negando su validez como una garantía que nos aproxima a la verdad material.

10. Por el contrario, si se acepta el enunciado de presunción hay dos formas de oponerse al hecho presunto. Una, bloquear la presunción mostrando la falsedad del (los) hecho(s) base; otra, derrotar la presunción mostrando la falsedad del hecho presunto o suministrando indicios o razones para creer en su falsedad.

2.2 «SE PRESUMIRÁ (O DEBE PRESUMIRSE)». LAS NORMAS DE PRESUNCIÓN

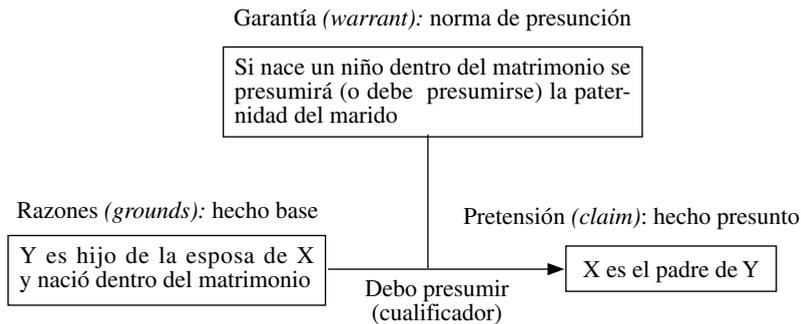
Tomemos ahora otro punto de partida invocando un nuevo ejemplo; también claro e indubitado. El art. 116 del Código Civil español establece que «se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o la separación legal o de hecho de los cónyuges».

No hay duda: estamos ante una norma jurídica; ante una norma de presunción. Si analizamos mínimamente cómo opera esta norma ante un caso cualquiera, es fácil ver que concurren los mismos elementos que en el caso del detective y del padre:

- a) un hecho presunto: «X es el padre de Y».
- b) un hecho base: «Y es hijo de la esposa de X y nació dentro del matrimonio».

c) una conexión entre ellos; es decir, un enunciado de presunción que viene normativamente impuesto (lo que en adelante llamaré una «norma de presunción»).

En este punto surge inmediatamente una pregunta: ¿La imposición normativa de la presunción cambia su «naturaleza»? No nos adelantemos en nuestras conclusiones y, al igual que hicimos antes, recurramos al esquema de Toulmin para representar el razonamiento de un destinatario de dicha norma.



Para captar adecuadamente la naturaleza de las normas de presunción hay que asumir un rol práctico; en particular, el de un destinatario de dichas normas o el de la autoridad que las dicta. Ello es así porque nada obsta para que un sujeto cualquiera use el referido art. 116 del Cc. como un enunciado de presunción meramente teórica; y, en consecuencia, lo acepte o lo rechace como garantía de un razonamiento teórico en función de la seguridad empírica que le reconozca¹¹. No percatarse de ello ha constituido una fuente inagotable de enredos conceptuales en torno a las normas de presunción. Lo propio y peculiar de las normas de presunción sólo se ve claramente desde las dos perspectivas que he mencionado: la del obligado por la norma de presunción y la del que la dicta; paradigmáticamente, la del juez y la del legislador¹².

¹¹ Si bien se considera, el detective y el padre del ejemplo anterior razonan de manera tal que parece que hubieran tomado la presunción legal del art. 194 del C.c. relativa a la declaración de fallecimiento como garantía de su razonamiento. Sin embargo, ello no afectaría para nada a la naturaleza proposicional del mismo; y no lo haría porque en el caso en cuestión la aceptación de la garantía estaría vinculada únicamente a la seguridad proporcionada por la probabilidad de verdad y no al hecho de que fueran destinatarios en algún sentido de la referida norma.

¹² En este punto conviene hacer una precisión terminológica con el fin de evitar confusiones conceptuales. He decidido usar la expresión «normas de presunción» en lugar de la de «presunciones legales» porque esta última, a pesar de ser mucho más común, tiene el inconveniente de prejuzgar el origen de la norma de presunción; genera la impresión de solo la ley puede ser la fuente de una norma de presunción y ello no

Empecemos por el juez. Para un juez aceptar una norma de presunción quiere decir aceptarla como una norma válida, es decir, tomarla como una de tantas normas que tiene el deber de aplicar. ¿A qué le obliga la norma en cuestión? Una primera respuesta (extravagante, por cierto) podría ser que la norma de presunción le obliga a creer en la verdad material de que «X es el padre de Y». Sin embargo, «obligar a creer» suena muy raro porque creer no es actuar y no se ve cómo la norma podría obligar a eso. Un respuesta bastante extendida es sostener que las normas de presunción obligan al juez a usar una cierta premisa en la resolución de los casos en los que estas normas son aplicables¹³. Sea como fuere, una conclusión me parece clara: el destinatario de (el obligado por) la norma de presunción es alguien llamado a actuar en algún sentido, no alguien llamado a creer en algo¹⁴. La función primaria que cumplen las normas de presunción no es, pues, establecer ninguna verdad material, sino una verdad procesal (en el sentido de una verdad *en el proceso*)¹⁵. Aceptar y aplicar una norma de presunción no obliga a creer en la ocurrencia de hecho alguno, sino a darlo por probado bajo ciertas circunstancias. Es decir, las normas de presunción adquieren gran parte de su sentido en un contexto netamente institucional, en el interior de un proceso decisorio¹⁶. Si se es consciente de lo anterior, y a ello se añade el carácter contradictorio de muchos procesos jurídicos, es fácil de entender que las normas de presunción (al establecer verdades procesales) benefician a (facilitan las pretensiones de) una parte y perjudican a (dificultan las pretensiones de) la otra parte. El «deber» del juez de dar por probado un hecho

es así. También he rehuído el uso de la expresión «presunciones judiciales» para referirme a las «presunciones *hominis*» porque genera el mismo tipo de confusión; confunde el autor con el tipo de razonamiento.

¹³ Por todos, véanse MENDONÇA, D., «Presunciones», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 21-I, 1998, p. 85, y PEÑA GONZÁLO, L., y AUSÍN DíEZ, T., *ob. cit.* pp. 97 y ss.

¹⁴ Por ejemplo, el funcionario del Registro Civil está obligado a dar por acreditada la paternidad como consecuencia de la presunción de paternidad con independencia de cualquier información o conocimiento que tenga sobre la conducta sexual del matrimonio en cuestión; el resto de las personas, no.

¹⁵ La expresión «verdad procesal» tiene una ambigüedad proceso/producto muy característica. En efecto, la noción de «verdad procesal» puede usarse tanto en el sentido de «verdad *en el proceso*» (la verdad en las fases del proceso) como en el de «verdad *resultado del proceso*» (la verdad establecida como resultado de haber culminado todas las fases del proceso). Estos dos sentidos de «verdad procesal» están relacionados entre sí y ambos responden a una concepción pragmática de la verdad. Ahora bien, en términos teóricos se vinculan con problemas muy distintos: la noción de «verdad en el proceso» (en las fases del proceso) está vinculada con el problema de las reglas de la carga de la prueba; y la de «verdad resultado del proceso» (la establecida una vez que se han culminado las fases del proceso) está vinculada centralmente con la cuestión de cosa juzgada.

¹⁶ Como se ve, aquí no ocurre como en las presunciones meramente teóricas. Lo que allí aparecía como derivado (su papel como reglas de distribución de las cargas de la argumentación y/o de la prueba) aparece aquí como primario, básico y común a todas las normas de presunción.

se traduce en un «tener que probar» o en un «no tener que probar» para las partes en conflicto. En este sentido, las normas de presunción incorporan siempre un elemento de parcialidad o de desigualdad (formal) entre las partes; pues rompen el principio igualitario de «quien alega, prueba».

De todo lo dicho hasta ahora a propósito del papel del juez, surgen dos preguntas que resultan esenciales para el correcto entendimiento de las normas de presunción: ¿tiene justificación el establecimiento de una desigualdad tan patente entre las partes procesales? y ¿qué relación mantienen las normas de presunción con la verdad material? Para responder adecuadamente a estas dos preguntas hay que cambiar de sujeto protagonista: dejar de pensar en el juez y tomar en consideración el papel del legislador o, más genéricamente, el de la autoridad que dicta normas de presunción. A continuación, voy a realizar una enumeración de tipos de razones –que probablemente no será exhaustiva y, seguro, no será excluyente– con las que podría justificarse el establecimiento de normas de presunción¹⁷.

1. Un primer tipo de razones está vinculado con la probabilidad de verdad del hecho presunto. Es decir, lo que subyace al dictado o establecimiento de un se presumirá (o debe presumirse) normativo es la aceptación por parte del legislador de un es presumible teórico (principio de economía procesal).

2. Un segundo tipo de razones tiene que ver con el restablecimiento del equilibrio probatorio entre las partes procesales en situaciones en las que una de las partes se encuentra con dificultades extraordinarias para probar los hechos relevantes (principio de equidad procesal)¹⁸.

3. Otro tipo de razones responde a la desigual gravedad que las consecuencias jurídicas del proceso pueden tener para las partes. Por ello, para tratar de evitar el mal mayor se establece una verdad procesal y se vuelca toda la carga de la prueba sobre la parte que menos riesgo asume (principio de prudencia)¹⁹.

¹⁷ Daniel Mendonca, siguiendo a ULLMAN-MARGALIT, E. [«On Presumption», *The Journal of Philosophy*, vol. 80, No. 3 (Mar., 1983)], sostiene que la parcialidad que implica el establecimiento de normas de presunción puede justificarse de diversas maneras: por consideraciones probabilísticas (es más/menos frecuente Q que –Q en caso de P), por consideraciones valorativas (las consecuencias de presumir Q en P son más/menos graves que las de presumir –Q) y procesales (es más/menos fácil producir prueba en favor de Q que de –Q, en caso de P). MENDONCA, D., «Presunciones», ob. cit., p. 57.

¹⁸ Piénsese, por ejemplo, en la presunción de paternidad en aquellas situaciones en las que el demandado se niega a realizar las pruebas biológicas de manera arbitraria o abusiva. O, en las dificultades de prueba del fallecimiento que tendrían los herederos de un desaparecido si no existiera la presunción de fallecimiento.

¹⁹ Piénsese, por ejemplo, en la presunción de inocencia o en la de la buena fe en la posesión.

4. Un último tipo de razones tiene que ver con la función de estabilización de expectativas y de situaciones jurídicas que pretenden cumplir las instituciones. En efecto, el dictado de una norma de presunción puede responder más a la pretensión de establecer hacia el futuro una regularidad o normalidad institucional, que a tratar de dar cuenta de una regularidad ya existente (principio de seguridad jurídica, de conservación del orden)²⁰.

Ciertamente este catálogo de razones podría ampliarse y es seguro, además, que cualquier norma de presunción puede responder a diversos tipos de razones. Ahora bien, lo anterior muestra de manera patente que puede tener pleno sentido dictar normas de presunción aun cuando a su justificación no subyazca para nada un «es presumible». Por decirlo de manera contundente: la relación entre un «se presumirá» (normativo) y su correspondiente «es presumible» (teórico) es contingente.

De todo lo dicho hasta aquí –y a modo de resumen– pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1. Las normas de presunción operan estrictamente como tales en el ámbito del razonamiento práctico de sus destinatarios; y éstos son sujetos llamados a actuar en algún sentido.

2. Puede ocurrir, sin embargo, que un sujeto cualquiera use y acepte una norma de presunción como garantía (premisa) de un razonamiento estrictamente teórico.

3. Las normas de presunción adquieren su pleno sentido en el contexto de un proceso decisorio; cosa que no ocurre con los enunciados de presunción meramente teóricos.

4. Las normas de presunción establecen una verdad procesal (una verdad en el proceso); es decir, obligan al juez, bajo ciertas circunstancias, a tomar como probado o no probado un hecho. Constituyen, por tanto, puntos de partida y de llegada en un proceso decisorio.

5. En los procesos contradictorios, los deberes del juez relativos a las verdades procesales se traducen en un «no tener que probar» o en un «tener que probar» para las partes en conflicto; es decir, en beneficios y cargas procesales. En este sentido, las normas de presunción siempre benefician (facilitan) las pretensiones de una parte y perjudican (dificultan) las pretensiones de la otra. Son, en definitiva, reglas de distribución y carga de la prueba y/o de la argumentación.

²⁰ Por ejemplo, las presunciones de constitucionalidad de las leyes, de legalidad de los actos de la Administración, etc. Sobre la presunción de validez de las leyes en el discurso jurídico véase el cap. 9 de GRABOWSKI, A., *Juristic Concept of the Validity of Statutory Law. A Critique of Contemporary Legal Nonpositivism*, Ed. Springer, Berlin, 2013.

6. Las normas de presunción rompen el principio igualitario de que «quien alega prueba». Por ello, su dictado pide siempre una justificación específica, una razón que justifique el trato desigualitario.

7. La relación entre la verdad procesal establecida por una norma de presunción y la probabilidad de la verdad material del hecho presunto es contingente; en consecuencia, la obligación de aceptar una verdad procesal no depende de la aceptación de una cierta probabilidad de verdad en sentido material.

8. Dado que estas presunciones tienen naturaleza normativa, no cabe impugnar la presunción negando sus fundamentos empíricos, negando que ella nos aproxime a la verdad material. La garantía de esta presunción es una norma jurídica cuya validez y aplicabilidad no depende de que ella nos aproxime a ninguna verdad material²¹.

9. Las verdades procesales (*en el proceso*) son siempre derrotables, vencibles.

10. Hay dos formas de oponerse al hecho presunto impuesto por la norma de presunción. Una, bloquear la presunción mostrando la falsedad del (los) hecho(s) base; otra, derrotar la presunción mostrando la falsedad del hecho presunto o suministrando indicios o razones para creer en su falsedad.

3. SOBRE LAS NORMAS DE PRESUNCIÓN

En «Presunciones, verdad y normas procesales» de 2006 sostuve de manera un tanto tentativa que la distinción que los procesalistas trazan dentro de las «presunciones legales» entre «presunciones en sentido estricto» y «presunciones aparentes o verdades interinas» era reconducible a la distinción entre reglas y principios tal como se usaba en el ámbito de la teoría del Derecho; ello suponía que había normas de presunción que tenían estructura de reglas (y que funcionaban como tales) y otras, que tenían estructura de principios (y que funcionaban como tales). Pero esta tesis significaba algo más, confirmaba algo que se venía sosteniendo a lo largo del texto: que las normas de presunción, a pesar de tener un claro componente constitutivo, eran normas regulativas²². A continuación, me propongo hacer dos cosas: en primer lugar, tras recordar brevemente la referida distinción de los procesalistas, voy

²¹ Naturalmente con las normas de presunción ocurre lo mismo que con todas las normas jurídicas: su validez y su aplicabilidad están sometidas a condiciones establecidas por el propio Derecho; en este sentido, la fuerza de una presunción está vinculada también, entre otras cosas, con la noción de estándar de prueba normativamente impuesto.

²² Esta tesis ha resultado polémica hasta cierto grado. Primero, Raymundo Gama [GAMA LEYVA, R., *Las presunciones en el Derecho y la argumentación*, tesis de doctorado defendida en Alicante en 2010] y, luego, Manuel Atienza [en *Curso de Argumentación jurídica*, pp. 306 y ss.] han considerado que yo no enfatizaba suficiente-

a reformular un nuevo conjunto de conclusiones insistiendo en la distinción entre principios y reglas a propósito de las normas de presunción; y, en segundo lugar, voy a tratar de explicar el carácter bifronte (constitutivo y regulativo) de las normas de presunción.

3.1 Normas de presunción, principios y reglas

Entre los procesalistas españoles ha hecho fortuna la distinción entre «presunciones en sentido estricto» y «presunciones aparentes o verdades interinas»²³. Las «presunciones en sentido estricto» se corresponden con lo que ha sido la caracterización que hasta ahora hemos hecho de las normas de presunción. Así, constan de los tres elementos típicos: un hecho base, un hecho presunto y un nexo entre ellos impuesto normativamente. Estas normas de presunción –dirán los procesalistas– no afectan a la distribución de la carga de la prueba por lo que se refiere a la iniciativa probatoria de las partes (no afectan al quién tiene que probar) pero sí a los hechos que se tienen que probar. Afectan, pues, al *thema probandi*, pero no al *onus probandi*. Frente a ellas están –dicen– las «presunciones aparentes o verdades interinas». Lo característico de las mismas es que si bien adoptan la forma (la apariencia) de normas de presunción, en realidad su única función es la de establecer un reparto del *onus probandi*. En este sentido, por ejemplo, escribe Serra Domínguez: «[para] establecer reglas legales de distribución de la carga de la prueba se vale el legislador de dos diversos expedientes: A) Establecer directamente una regla de carga de la prueba, gravando a una de las partes con la prueba de un hecho determinado [por ejemplo, el art. 850 del Código civil establece que «la prueba de ser cierta la causa de la desheredación *corresponderá* a los herederos del testador, si el desheredado lo negare»]. B) «Crear falsas presunciones que no tienen otra finalidad que enmascarar las reglas sobre la carga de la prueba» [por ejemplo, el art. 434 del Código civil establece que «la buena fe se *presume* siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba»]²⁴. De acuerdo con este planteamiento las reglas que establecen «presunciones aparentes» no serían más que un modo indirecto de establecer reglas sobre la carga de la prueba. Así, por ejemplo, la regla contenida en el art. 1.183 del Código civil, que dice que «siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por

mente el carácter constitutivo de las normas de presunción y que en cierto modo olvidaba esa dimensión.

²³ Véase FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, Ed. La Ley, Madrid, 2006.

²⁴ SERRA DOMÍNGUEZ, M., y GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y CORDÓN MORENO, F., *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, vol. XVI, T. 2, Madrid, 1992, p. 52.

caso fortuito, salvo prueba en contrario», bien podría haberse redactado sin menoscabo alguno simplemente diciendo que «en caso de pérdida de la cosa debida, la prueba del caso fortuito corresponde al deudor»²⁵. Nótese que esto significa que en nuestro esquema del razonamiento presuntivo, la norma que funge como garantía del mismo puede adoptar dos formas: a) la de una norma que establece una verdad («en las circunstancias X, se presumirá la verdad de Y»); b) la de una norma que establece la carga de la prueba («en las circunstancias X, la prueba de -Y corresponderá a P»). Ambas formulaciones, como es claro, se implican recíprocamente²⁶.

Al igual que ocurre con todas las distinciones, la distinción entre reglas relativas al *onus probandi* y al *thema probandi* no es ni verdadera ni falsa; sino útil o inútil. No niego que la distinción pueda ser relevante para el discurso interno de los procesalistas; pero sí afirmo que para dar cuenta de las normas de presunción en el Derecho no sirve de gran ayuda. Ello es así porque oculta el rasgo definitorio más sobresaliente de las normas de presunción: el establecimiento de una verdad procesal. Todas las normas de presunción establecen una verdad procesal; sometida a una condición en un caso («presunciones en sentido estricto») y sin condición alguna en el otro («presunciones aparentes o verdades interinas»). El contenido²⁷ del deber dirigido al juez es siempre el mismo: dar por probado un hecho. Lo que varía de unas a otras normas de presunción es, en efecto, la condición de aplicación, la circunstancia que debe darse para que surja la obligación del juez²⁸. En torno a este preciso dato, en el año 2006 trataba de presentar la distinción de los procesalistas a la luz de la oposición entre reglas y principios²⁹. Pues bien, ¿qué queda de aquel planteamiento?

²⁵ Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: ob. cit., p. 45.

²⁶ En este sentido, escribe Schauer: «En algunos aspectos, una presunción es anterior pero íntimamente vinculada con la carga de la prueba, porque es una presunción que típicamente establece quién tiene la carga de la prueba, con independencia de cuánto necesite esa parte demostrar para satifacerla», SCHAUER, F., *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico* (trad. T. J. Schleider), Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 238.

²⁷ Según Von Wright el contenido de una norma es «hablando en términos generales, aquello que debe o puede o tiene que hacerse o no hacerse. El contenido de una prescripción en particular es, en consecuencia, la cosa prescrita (mandada, permitida o prohibida)», en WRIGHT, G. H. von, *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. cast. de P. García Ferrero, Tecnos, Madrid, 1979, p. 88.

²⁸ Cfr. WRIGHT, G. H. von, ob. cit., p. 88.

²⁹ Una buena manera de caracterizar los principios frente a las reglas en términos estructurales es acudir a la noción de norma categórica de Von Wright [WRIGHT, G. H. von, *Norma y acción*, Tecnos, Madrid, 1970, pp. 91 y ss.]. En efecto, a partir de la noción de condición de aplicación de una norma [«aquella condición que tiene que darse para que exista la oportunidad de hacer aquello que es el contenido de una norma»], Von Wright distingue entre normas categóricas [aquellas cuya condición de aplicación viene dada por el propio contenido] e hipotéticas [aquellas cuya condición de aplicación no puede ser derivada solamente de su contenido; por ello, al tener que mencionar la condición adicional adoptan la estructura condicional típica en la forma

A continuación, voy a tratar de formular una serie de conclusiones que constituyen una revisión de la cuestión.

1. Todas las normas de presunción tienen un sentido más institucional que sustantivo. Cuando una norma de presunción resulta aplicable, la verdad que ella establece es materialmente derrotable, pero pragmáticamente concluyente. La noción central es la de verdad procesal (institucional), no la de verdad material (sustantiva).

2. Hay normas de presunción (las llamadas por los procesalistas «presunciones en sentido estricto») que responden a la estructura condicional típica de las reglas.

2.1 Conforme a ellas, el deber del juez de asumir la verdad procesal (de dar por probado el hecho presunto) está sometido a una condición: la prueba del hecho base. Si no se prueba el hecho base, no surge el deber de presumir.

2.2 El razonamiento del juez es, en este sentido, estrictamente subsuntivo: el juez tiene que comprobar que los hechos particulares probados por la parte son subsumibles en el hecho base (caso genérico) previsto en la norma de presunción.

2.3 Como ocurre con todas las reglas, la falsedad del supuesto de hecho de la regla (en nuestro caso, del hecho base) supone el bloqueo de la aplicación de la consecuencia jurídica prevista por dicha regla (en nuestro caso, el deber de asumir la verdad procesal).

2.4 Como ocurre con todas las reglas, las consecuencias jurídicas genéricamente establecidas por las normas de presunción son susceptibles de ser derrotadas en un caso particular. La verdad procesal es derrotable por la verdad material.

3. Frente a las anteriores, hay otras normas de presunción (las llamadas por los procesalistas «presunciones aparentes o verdades interinas») que responden a la estructura «categorica» típica de los principios jurídicos.

3.1 Conforme con estas normas, el deber del juez de dar por probado el hecho presunto no está sometido a la prueba de ningún hecho base. Las condiciones de aplicación de estas normas derivan exclusivamente de su propio contenido. Ocurre, por tanto, lo mismo que con los principios en general: operan siempre que son relevantes; la presunción despliega su eficacia siempre que es relevante.

3.2 El razonamiento del juez no consiste en subsumir un caso particular en un caso genérico.

3.3 Dado que estas presunciones no están sometidas a condición probatoria alguna, ocurre que no pueden ser bloqueadas. Únicamente pueden ser derrotadas (o, como prefieren decir los juristas, «destrui-

«si ... entonces ...»]. Sobre ello, véase AGUILÓ REGLA, J., *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000, pp. 135 y ss.

das», «enervadas») mostrando la falsedad material de la verdad procesal establecida por las referidas normas.

3.4 Respecto de estas normas de presunción es fácil comprobar la naturalidad con la que los juristas se refieren a ellas como principios. La presunción de inocencia, la de la buena fe, la de la constitucionalidad de las leyes, la de la legalidad de los actos administrativos, etc., tienen la consideración de principios procesales: conforman en gran medida el proceso y se traducen en cargas de la prueba y/o de la argumentación para quien alega la culpabilidad, la mala fe, la inconstitucionalidad o la ilegalidad. En este sentido, estas normas de presunción juegan un papel institucional mucho más conformador del proceso que el que desempeñan las normas de presunción que tienen las características típicas de las reglas.

4. La presunción de inocencia es un principio procesal como los recién mencionados³⁰.

4.1 Ahora bien, en muchos ordenamientos jurídicos, la presunción de inocencia está configurada no solo como un principio procesal, sino también como un derecho fundamental³¹.

4.2 Su carácter de derecho fundamental, convierte a la presunción de inocencia en estrictamente indisponible por parte del legislador. Ello hace que el valor de esta presunción vaya mucho más allá de ser un mero principio procesal conformador del proceso penal.

4.3 Su carácter de derecho fundamental hace que las exigencias que de él se derivan nunca sean meramente reducibles al conjunto de deberes legalmente establecidos para garantizar dicho derecho en un momento determinado³².

³⁰ Laudan analiza qué exige la presunción de inocencia y qué instrucciones reciben (y deberían recibir) los jurados en los procesos penales en Estados Unidos. Él no usa la distinción entre verdad material y verdad procesal que hemos utilizado aquí, sino que opone «material» a «probatorio» y los proyecta sobre el par inocente/culpable. La combinación da lugar a cuatro pares e insiste mucho en la asimetría que se produce entre la inocencia y la culpabilidad:

- Inocencia material: el defendido en un proceso es materialmente inocente sólo en el caso de que no haya cometido el delito.
- Inocencia probatoria: el defendido es probatoriamente inocente si la acusación fracasa porque no ha satisfecho el estándar de la prueba penal (no culpable).
- Culpabilidad material: el defendido realmente cometió el crimen.
- Culpabilidad probatoria: la acusación contra el defendido satisface o supera el estándar de prueba.

La asimetría consiste en que mientras que la culpabilidad probatoria sostiene la afirmación de la culpabilidad material (el derecho asume que si se ha probado la culpabilidad entonces se es realmente culpable); la inocencia probatoria no garantiza ninguna inferencia sobre la inocencia material. Véase LAUDAN, L., «The Presumption of Innocence: Material or Probatory?», *Legal Theory*, n.º 11, 2005, 333-361.

³¹ En España, así lo establece el art. 24 ap. 2 de la Constitución del 78.

³² No es este el lugar apropiado para discutirlo, pero la alternativa teórica que aquí se plantea es entre la tesis positivista que afirma la correlatividad entre derechos y deberes (es decir, la tesis que sostiene que los enunciados jurídicos de derechos relati-

3.2 Sobre el carácter bifronte (constitutivo y regulativo) de las normas de presunción

Pasemos ahora a la otra cuestión, la del carácter constitutivo o regulativo de las normas de presunción. En los trabajos anteriores –y en este también– he asumido dos tesis en apariencia contradictorias. Una, que el hecho presunto establecido por las normas de presunción es un hecho constituido; y, otra, que las normas de presunción imponen deberes al juez³³. Estas dos tesis son, en mi opinión, irrenunciables; prescindir del carácter regulativo (de imposición de deberes al juez) o del carácter constitutivo (dejar de considerar al hecho presunto como un hecho constituido) supondría una gran pérdida teórica. Pero ¿qué quiere decir la afirmación del carácter bifronte de las normas de presunción? Pues algo bastante sencillo y trivial: que las normas de presunción son tanto normas sustantivas o reglas de juicio («en las circunstancias X, se presumirá la verdad de P») como normas procesales de la carga de la prueba («en las circunstancias X, la carga de la prueba de –P corresponde a Y»). Si las miramos como reglas de juicio (como fragmentos del Derecho sustantivo), entonces afloran todas las características constitutivas (o definicionales) de las normas de presunción. Las vemos como fragmentos de disposiciones relativas a qué cuenta como un hijo, como un fallecido, como un inocente, etc. Vistas así, su papel en el razonamiento práctico del juez es simplemente el de una razón auxiliar, nunca el de una razón operativa. Si, por el contrario, las vemos como normas procesales, como normas que gobiernan el proceso (que establecen la carga de la prueba y ciertas verdades *en el proceso*), entonces se nos presentan como normas regulativas. Fijan finalidades del proceso, establecen deberes para el juez y cargas para las partes. La perspectiva procesal, de gobierno y dirección del proceso, hace que afloren todos los aspectos directivos de las normas de presunción. Se mire como se mire, estas normas guían la conducta de los actores y suministran razones operativas para tomar decisiones en el proceso: el juez que invierte el sentido de la prueba incumple un deber procesal básico.

En resumen. Vistas como normas de Derecho sustantivo, como reglas de juicio (qué cuenta como hijo, como fallecido, como buena

vos a un sujeto o una clase de sujetos son siempre traducibles a enunciados de deberes de otros sujetos sin pérdida de significación) y la tesis postpositivista que afirma la no correlatividad entre derechos y deberes (es decir, que sostiene que no son meramente traducibles porque hay una prioridad justificativa de los derechos frente a los deberes). Cfr. AGUILÓ REGLA, J., «Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, n.º 30, 2007.

³³ Siempre he usado la distinción entre normas regulativas y normas constitutivas del modo perfilado por ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., en *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos* [Ed. Ariel, Barcelona, 1996], en consecuencia las normas de presunción serían simultáneamente, por un lado, reglas que imponen deberes y, por otro, reglas puramente constitutivas.

fe, como inocente, etc.), las normas de presunción se comportan como normas puramente constitutivas: constituyen el hecho presunto en un hecho jurídico, en un resultado institucional. Vistas como normas del Derecho procesal, como reglas que guían el proceso (que establecen de qué verdad *en el* proceso debe partirse; quién tiene que probar, etc.) se comportan como normas regulativas: determinan deberes básicos del juez en relación con el proceso; de ahí, también, su peculiar dimensión institucional.

4. EL PROBLEMA DE LAS PRESUNCIONES *IURIS ET DE IURE*

¿Qué problema teórico nos plantean las presunciones *iuris et de iure*? Es bien sencillo: que difícilmente pueden formar parte del mismo género que las presunciones que acabamos de estudiar porque no comparten con ellas ninguna de las propiedades que hemos destacado como relevantes. En efecto, tanto las presunciones vinculadas a «es presumible» (las teóricas o proposicionales) como las vinculadas a «se presumirá» (las normativas) tienen en común dos cosas: a) establecen una verdad «pragmática y/o procesal» y b) esa verdad procesal es vencible (derrotable) por la verdad material. Verdad pragmática y derrotabilidad son las claves para la correcta comprensión del razonamiento presuntivo, sea este proposicional o guiado por normas de presunción. Si ello es así, y las presunciones *iuris et de iure* no comparten ninguna de estas propiedades, difícilmente podrá hablarse de un género común llamado «razonamiento presuntivo». Aquí voy a tratar de sostener dos cosas: a) que las situaciones jurídicas que muchos juristas califican como presunciones *iuris et de iure* no son en absoluto casos de razonamiento presuntivo; y b) que la noción de presunción *iuris et de iure* es teóricamente prescindible, pues todas las situaciones normativas que los juristas califican con ese rótulo pueden traducirse a otras figuras teóricas componiendo una imagen más coherente. Tratemos de mostrar todo ello.

Es obvio que la L. E. C. española reconoce las presunciones *iuris et de iure* en el ap. 3 del art. 385 al disponer que «las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba»³⁴. Asimismo es obvio que los juristas las usan con gran naturalidad para referirse a diferentes situaciones normativas. Pero, junto a estos dos datos, también es cierto que resulta muy difícil encontrar ejemplos claros e indubitados de presunciones *iuris et de iure*. Encontrar usos de la expresión por

³⁴ Si bien se considera, la expresión usada por la L. E. C. de «presunciones establecidas por la ley» resulta ambigua. Para romper esta ambigüedad introduciremos algo más adelante la distinción entre «normas de presunción» y «normas basadas en una presunción».

parte de juristas es fácil; encontrar ejemplos paradigmáticos (casos claros y centrales) es muy difícil. ¿A qué se refieren los juristas cuando hablan de presunciones *iuris et de iure*? A situaciones normativas en las que una norma jurídica constituye un hecho jurídico y que este hecho constituido no admite prueba en contrario. Quede claro desde el principio, no admitir prueba en contra del hecho «presunto» no significa que no pueda aportarse prueba para negar el hecho base de la «supuesta» presunción³⁵. Las presunciones *iuris et de iure* pueden ser bloqueadas (como ocurre con todas las reglas jurídicas: probando que en el caso no se ha dado el supuesto de hecho), pero no pueden ser derrotadas o vencidas (en ello consiste la prohibición de prueba en contrario). Lo que se prohíbe es aportar prueba relativa a la falsedad del hecho presunto; se excluye, por tanto, la derrotabilidad del supuesto hecho presunto. Y digo «supuesto» porque, en realidad, un hecho presunto no derrotable es una contradicción en sus términos; es la negación de la idea de «hecho presunto». ¿Qué es lo que está detrás de todo ello? Tratemos de explicarlo.

Hay normas (muchísimas normas) que no son normas de presunción, es decir, que no están formuladas (ni se ganaría nada formulándolas) con un «se presumirá o debe presumirse» y que, sin embargo, bien puede decirse que están basadas en (o que a ellas subyace) un «es presumible» teórico. Es decir, que el legislador hizo una presunción pero no dictó una norma de presunción. Piénsese, por ejemplo, en la norma que establece que la mayoría de edad se alcanza a los 18 años. Nadie diría, me parece, que se trata de una norma de presunción; pero probablemente todo el mundo aceptaría que a ella subyace un «es presumible» teórico. Esta norma es explicable a partir de la combinación de un «es presumible» teórico y un juicio de valor; es decir, de la aceptación combinada de un enunciado de presunción teórico del tipo «cuando una persona ha cumplido 18 años es presumible que ha alcanzado un cierto grado de desarrollo intelectual y moral» y de un juicio de valor que considera que ese grado es suficiente para adquirir el estatus jurídico de la mayoría de edad. Hay, como digo, muchísimas normas, tanto constitutivas como regulativas, que son explicables a partir de la aceptación combinada por parte del legislador de un «es presumible» teórico y de un determinado juicio de valor. Si, como consecuencia de ello, pasáramos a considerar que todas estas normas son normas de presunción, resultaría que esta noción quedaría totalmente desdibujada pues la práctica totalidad de las normas jurídicas pasarían a ser normas de presunción. La noción de norma de presunción dejaría de ser teóricamente relevante. Por tanto, una cosa es una «norma de presunción» (que obliga a presumir) y otra muy distinta «una norma basada en una presunción» (que no obliga a presumir)³⁶.

³⁵ MENDONCA, D., ob. cit., p. 97.

³⁶ Tiene razón Manuel Atienza en un comentario que hace a mi artículo de 2006 cuando dice que la noción de «normas basadas en una presunción teórica» corre para-

Ahora bien, hay casos que, en mi opinión, no difieren demasiado del anterior y que algunos juristas sí tratan como normas de presunción. Piénsese, por ejemplo, en la norma que establece la prohibición de circular a más de 120 Km/h. Esta norma es explicable también a partir de una presunción teórica y un juicio de valor asumidos por el legislador: a) «si se circula a más de 120 Km/h es presumible que se alcanza un cierto nivel de riesgo, probabilidad de daño» (enunciado de presunción); y b) «superar este nivel de riesgo resulta inaceptable» (juicio de valor). Hasta aquí, la situación no es diferente a la de la mayoría de edad antes vista. Lo sorprendente, sin embargo, es que no pocos juristas dirían que la norma en cuestión establece una presunción *iuris et de iure*. La norma presume un cierto nivel de riesgo –dirían– que no admite prueba en contrario. Esta presunción podría ser bloqueada (cabría probar que no se circulaba a más de 120 Km/h), pero no podría ser derrotada, vencida o exceptuada; no cabría probar que en una situación determinada circular a más de 120 Km/h no resultaba peligroso.

Se estará conmigo en que este tipo de descripciones son relativamente comunes entre nuestros juristas. En mi opinión, sin embargo, tratar estas normas (y situaciones normativas) como normas de presunción constituye un error teórico. La razón es bastante sencilla: estas normas no obligan a presumir nada. En nuestro ejemplo no se obliga a presumir un cierto nivel de riesgo, sólo se obliga a aplicar las consecuencias jurídicas de circular a más de 120 Km/h. Tratar esta norma como una norma de presunción supondría reformularla, pues lo que estaría prohibido no sería circular a más de 120Km/h, sino circular superando un cierto umbral de peligro³⁷.

Pongamos un ejemplo claro de situación normativa que muchos juristas han interpretado como presunción *iuris et de iure*. Consideremos la antigua redacción del inciso 2 del art. 181.1 del C. Penal que establecía que «...se consideran abusos sexuales no consentidos los

lala a la noción de «generalización probabilística» utilizada por Frederick Schauer para explicar las reglas en general y su papel en la toma de decisiones jurídicas [ATIENZA, M., *Curso de argumentación jurídica*, ob. cit., p. 315]. Es más, en realidad sería mejor hablar de presuposiciones subyacentes a las reglas. En este contexto, sin embargo, lo interesante de introducir la expresión «normas basadas en una presunción» radica en que nos va a permitir entender bien por qué algunos juristas hablan de presunciones *iuris et de iure* en contextos en los que, en realidad, sería suficiente con hablar de aplicación de reglas jurídicas.

³⁷ Schauer escribe a propósito de la distinción entre presunciones refutables (*iuris tantum*) e irrefutables (*iuris et de iure*): «Las presunciones irrefutables son muy distintas. Estructuralmente son parecidas a las refutables, porque también especifican el estado de cosas que el derecho asume que existe (aun si no existe). Pero como el derecho no permite a la otra parte desafiar la conclusión de una presunción irrefutable, permanece desconectada de cuestiones procesales como [...] la carga de la prueba. En efecto, hay poca diferencia, salvo en la forma de su expresión, entre una presunción irrefutable y lo que simplemente llamamos una regla jurídica» SCHAUER, F., *Pensar como un abogado...*, ob. cit., p. 230.

que se ejecuten sobre menores de trece años...». El legislador –se decía– presume que cuando se trata de un menor de trece años no hay consentimiento (o que sólo lo hay en apariencia porque no es válido) y, en consecuencia, prohíbe la prueba en contrario. Hace una presunción (una generalización) y prohíbe la prueba en contrario, no admite excepciones. Es una forma de verlo y de explicarlo. Pero también hay otras. Por ejemplo, que lo que está haciendo el legislador es una estipulación relativa al tipo de los abusos sexuales (qué conductas entran dentro de los abusos sexuales) y entre ellas incluía las relaciones sexuales con un menor de trece años con independencia de cualquier acción o manifestación del menor susceptible de ser interpretada como consentimiento. En ambos casos el efecto es el mismo, el legislador sustrae la cuestión del consentimiento del ámbito de la verdad y/o del proceso, pero la segunda es, me parece, mucho más clara³⁸. O dicho en otras palabras, el legislador hace –si se quiere decir así– una presunción, pero no ordena presumir nada. La finalidad específica de una prohibición de prueba es eliminar todo rastro de razonamiento presuntivo por parte de los destinatarios de esas normas.

Esta característica de las presunciones *iuris et de iure* de sustraer una cuestión del ámbito de la verdad y/o del proceso (de ser la negación de una verdad *en el* proceso) explica por qué muchas veces se ha dicho que el establecimiento de normas de este tipo por parte del legislador supone una intromisión ilegítima de la legislación (entendida como función) en el ámbito de la jurisdicción, pues la determinación de lo que ocurre de hecho en el mundo nunca debería ser el objeto de la legislación; el legislador sería inhábil (no estaría en condiciones) para determinar la ocurrencia de hechos particulares. En este sentido, por ejemplo, escribe Nino: «[...] el consenso democrático no puede funcionar como criterio de verdad fáctica para fundamentar la legitimidad jurisdiccional. Son incompatibles con los principios de una sociedad liberal las leyes que preconstituyen hechos particulares, creando ficciones o presunciones *iuris et de iure*, como los llamados “delitos de peligro abstracto”; ellas implican que los poderes políticos se arrogan una función inherente al Poder Judicial»³⁹. No voy a discutir esta cuestión de legitimidad, aunque me parece que estamos ante afirmaciones demasiado gruesas y principialistas. Si las traigo a colación es porque ellas sólo son comprensibles desde la caracterización que aquí hemos dado de este tipo de normas. Se trata de normas basadas en una presunción (el legislador hace una presunción, si se quiere

³⁸ En realidad, lo que se acaba de decir es lo que vino a hacer el C. P. con la última redacción dada al ap. 1 del art. 183: «El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años».

³⁹ NINO, C. S., *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 450.

decir así) y destinadas a eliminar todo rastro de razonamiento presuntivo en el destinatario de las mismas.

En general las situaciones normativas que llevan a los juristas a hablar de presunciones *iuris et de iure* creo que se caracterizan por lo siguiente: a) Se trata de situaciones normativas complejas, es decir, de situaciones cuya reconstrucción teórica exige la remisión a diversos tipos de enunciados jurídicos básicos. b) Se trata de situaciones normativas diversas, esto es, su reconstrucción teórica no responde siempre a la misma combinación de enunciados jurídicos básicos. La reconstrucción de la «presunción *iuris et de iure*» en el caso de los delitos de peligro abstracto y la del caso del no consentimiento del menor en los abusos sexuales no son idénticas y no responden al mismo esquema⁴⁰. c) En la reconstrucción teórica de estas situaciones siempre hay un componente definicional o constitutivo⁴¹. d) El hecho de que estas situaciones normativas cumplan la función de eliminar todo rastro de razonamiento presuntivo en el destinatario de las mismas lleva a pensar en la conveniencia teórica de su exclusión del ámbito del razonamiento presuntivo y del de las normas de presunción.

De todo lo dicho en este apartado pueden formularse algunas tesis relativas a las normas basadas en una presunción.

1. Hay normas (muchísimas normas) que no son normas de presunción, es decir, que no están formuladas (ni se ganaría nada formulándolas) con un «se presumirá o deberá presumirse» y que, sin embargo, bien puede decirse que están basadas en (o que a ellas subyace) un «es presumible» teórico aceptado por el legislador. Es decir, que el legislador hizo una presunción (una generalización probabilística) pero no dictó una norma de presunción.

2. Las situaciones que los juristas llaman presunciones *iuris et de iure* se caracterizan por la concurrencia de dos notas: a) los juristas

⁴⁰ O compárense, por ejemplo, estas situaciones normativas que acabo de mencionar con la peculiar combinación de presunción *iuris et de iure* y *iuris tantum* que establecía el segundo párrafo del antiguo art. 108 Código Civil a propósito de la presunción de paternidad al establecer: «Contra esta presunción no se admitirá otra prueba que la de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento del hijo».

⁴¹ En mi primer trabajo sobre presunciones [AGUILÓ REGLA, J., «Nota sobre "Presunciones" de Daniel Mendonca», ob. cit. pp. 657 y ss.] sostuve que la diferencia entre las presunciones *iuris tantum* y las *iuris et de iure* se captaba a partir de darse cuenta de que las primeras se basaban en una relación hecho probado/hecho presunto mientras que las segundas se basaban en la relación hecho probado/hecho constituido; y para explicar esto último proponía utilizar la noción de regla puramente constitutiva [ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996]. Sin embargo, como se acaba de ver, en las presunciones *iuris tantum* ocurre también que el hecho presunto no bloqueado y/o no derrotado es también un hecho constituido. La diferencia, pues, no está estrictamente en esto, sino en el carácter derrotable o no del hecho constituido.

interpretan que en el dictado de la norma el legislador ha asumido un «es presumible» teórico; y b) que el legislador ha prohibido la prueba en contra del hecho presunto, es decir, ha prohibido la derrotabilidad de la presunción.

3. Sin embargo, estas normas no obligan al destinatario de las mismas a presumir ninguna verdad procesal (verdad *en el proceso*); sólo le obligan a aplicar las consecuencias jurídicas derivadas de la ocurrencia de ciertos hechos (los hechos base de la supuesta «presunción»).

4. Tratar a estas normas como normas de presunción trae consigo un sinnúmero de problemas conceptuales, porque la idea de una presunción no derrotable es contradictoria, paradójica.

5. El sentido preciso de este tipo de normas es, más bien, el de negar todo rastro de razonamiento presuntivo en el destinatario de las mismas y, por ello, en términos conceptuales hay que oponerlas a (en lugar de confundirlas con) las normas de presunción. Las normas de presunción imponen una verdad procesal (en el proceso) vencible; por el contrario, estas normas sustraen la cuestión objeto de las mismas del ámbito de la verdad material y/o del ámbito del proceso. Es decir, en el razonamiento jurídico sustraen la cuestión del ámbito de la premisa fáctica para ubicarla exclusivamente en el ámbito de la premisa normativa.

6. Hay rastros de esencialismo en el uso que los juristas hacen de las presunciones *iuris et de iure*, pues supone creer que hay cuestiones que en «esencia» o «por naturaleza» pertenecerían a la premisa fáctica –y no a la premisa normativa– y que la intervención del legislador invirtiendo estos términos tendría algo de acto «contra natura». En mi opinión, en estas decisiones del legislador no hay nada esencialmente incorrecto o deficitario, de donde no se sigue que siempre estén justificadas.

7. La categoría de normas de presunción *iuris et de iure* es perfectamente prescindible en términos teóricos. Todas las situaciones que los juristas califican como presunciones *iuris et de iure* son susceptibles de recibir una explicación teórica alternativa más potente y clara que la de vincularlas con el razonamiento presuntivo y con las normas de presunción.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILÓ REGLA, J., «Las presunciones hominis y las inferencias probatorias», en *Derecho PUCP*, N.º 79, 2017
 — *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*, Trotta, Madrid, 2015.
 — «Nota sobre “Presunciones” de Daniel Mendonca», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 22, 1999.

- AGUILÓ REGLA, J., «Presunciones, verdad y normas procesales», *Isegoría*, n.º 35, 2006.
- *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000.
- ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2005.
- *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.
- ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ed. Ariel, Barcelona, 1996.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, Ed. La Ley, Madrid, 2006.
- GAMA LEYVA, R., *Las presunciones en el Derecho y la argumentación*, tesis de doctorado defendida en Alicante en 2010.
- GRABOWSKI, A., *Juristic Concept of the Validity of Statutory Law. A Critique of Contemporary Legal Nonpositivism*, Ed. Springer, Berlin, 2013.
- LAUDAN, L., «The Presumption of Innocence: Material or Probatory?», *Legal Theory*, n.º 11, 2005.
- MENDONÇA, D., «Presunciones», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 21-I, 1998.
- NINO, C. S., *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992.
- PEÑA GONZÁLO, L., y AUSÍN DÍEZ, T., «La inferencia de hechos presuntos en la argumentación probatoria», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. XVIII, 2001.
- SCHAUER, F., *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico* (trad. T. J. Schleider), Marcial Pons, Madrid, 2013.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., y GUTIERREZ DE CABIEDES Y CORDÓN MORENO, F., *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, Vol. XVI, T. 2, Madrid, 1992.
- TOULMIN, S. E., *The Uses of Argument*, Cambridge University Press, 1958.
- ULLMAN-MARGALIT, E., «On Presumption», *The Journal of Philosophy*, Vol. 80, No. 3, Mar., 1983.
- WALTON, D. N., «The Speech Act of Presumption», *Pragmatics & Cognition*, Vol 1(1), 1993.
- WRIGHT, G. H von, *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. P. García Ferrero, Tecnos, Madrid, 1979.

Fecha de recepción: 31/03/2017. Fecha de aceptación: 31/10/2017.

Institucionalización de la razón y representación argumentativa: la crítica del constitucionalismo garantista

Institutionalization of reason and argumentative representation: the critics of guarantee-constitutionalism

Por FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG
Universidad Carlos III de Madrid*

RESUMEN

En este trabajo me propongo analizar los aspectos más relevantes de la propuesta de Robert Alexy en relación con la idea de representación argumentativa. Como elemento de contraste tomaré como referencia la crítica que Luigi Ferrajoli ha desarrollado en relación con las potencialidades representativas –y, por tanto, legitimadoras– de la argumentación. Con ello podremos reflexionar no sólo sobre las tensiones internas al modelo jurídico-político del constitucionalismo sino también sobre las divergencias entre distintas interpretaciones doctrinales del modelo constitucionalista.

Palabras clave: *Representación argumentativa, constitucionalismo garantista, constitucionalismo principalista, principios.*

* Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas/Departamento de Derecho Internacional Público, Derecho Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho. Universidad Carlos III de Madrid. Agradezco a Rafael de Asís, María del Carmen Barranco, Patricia Cuenca, Javier Dorado y Paola Chiarella, los comentarios recibidos sobre una primera versión del trabajo. También he tenido la oportunidad de presentar y discutir el trabajo con los estudiantes participantes en el Taller de Interpretación y Argumentación del Instituto Bartolomé de las Casas.

ABSTRACT

In this paper I pretend to analyze the most relevant aspects about Robert Alexy proposal regarding to the idea of argumentative representation. As an contrasting element I will take as reference the criticism that Luigi Ferrajoli has developed in relation to the potential of representation and legitimation of argumentation. Thus, we can consider some ideas and think about the internal tensions of the legal-political model of constitutionalism but also on the diversity of the doctrinal studies and interpretations of the constitutionalist model.

Keywords: Argumentative representation, guarantee-constitutionalism, principle-constitutionalism, principles.

SUMARIO: 1. PREMISA.—2. INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA RAZÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES.—3. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y REPRESENTACIÓN ARGUMENTATIVA.—4. EL GARANTISMO Y LOS LÍMITES DE LA REPRESENTACIÓN.—5. IUSNATURALISMO, NORMATIVIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y JERARQUÍA DE FUENTES.—6. CONCLUSIONES.

SUMMARY: 1. PREMISE.—2. INSTITUTIONALIZATION OF REASON AND FUNDAMENTAL RIGHTS.—3. CONSTITUTIONAL COURT AND ARGUMENTATIVE REPRESENTATION.—4. THE GUARANTEE AND THE LIMITS OF REPRESENTATION.—5. JUSNATURALISM, NORMATIVITY OF THE CONSTITUTION AND HIERARCHY OF SOURCES.—6. CONCLUSIONS.

1. PREMISA

El constitucionalismo democrático ocupa un lugar preferente en la teoría del Derecho diseñada por Robert Alexy. Su discurso sobre los derechos fundamentales, a partir de la *Theorie der Grundrechte* de 1986 se desarrolla en ese escenario. No obstante, la aproximación que hace al sistema jurídico del constitucionalismo no huye de la constatación de determinadas dimensiones problemáticas. Por poner un primer ejemplo, podemos pensar en el carácter abierto del sistema jurídico como consecuencia de la ponderación a la que obligan las normas de derechos fundamentales en su dimensión de principios². Pero entre esos problemas existe uno, «insoslayable y permanente», en palabras del propio Alexy. Es el de la colisión entre el principio democrático y los derechos fundamentales; o, en otros términos, «el problema de la

² Vid. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, rev. de R. Zimmerling, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 525.

distribución de competencias entre el legislador parlamentario legitimado democrática y directamente como así también responsable –en el sentido de la destituibilidad electoral– y el Tribunal constitucional sólo indirectamente legitimado democráticamente y no destituable electoralmente»³. Caracterizar el problema como insoslayable y permanente parece bien expresivo del carácter central del problema: en efecto, es un problema que, de un lado, no se puede evitar y, de otro, no se puede resolver de una vez por todas.

Pues bien, el problema de la justicia constitucional presenta una relevancia no sólo desde el punto de vista de la dogmática constitucional, sino también desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho. En efecto, es posiblemente la más clara manifestación, en términos jurídicos contemporáneos, del que es el principal tema de la Filosofía del Derecho: el de la tensión entre las dos dimensiones básicas del Derecho, la razón y la voluntad, entre corrección y positividad⁴, «*antico, ricorrente conflitto (...) che fin dall'antichità attraversa l'intera filosofia giuridica e politica*»⁵. El propio Alexy es bien consciente de la centralidad de esta cuestión que en su teoría se vincula directamente a la naturaleza dual del Derecho, la fáctica y la ideal⁶: «*Two properties are essential for law: coercion or force on the one hand, and correctness or rightness on the other. The first concerns a central element of the social efficacy of law, the second expresses its ideal or critical dimension. It is the central question of legal philosophy to ask how these two concepts are related to the concept of law and through it, to each other. All –or at least nearly all– questions of legal philosophy depend on the answer to this question*»⁷.

Pero si pasamos de los problemas del constitucionalismo a sus rasgos, observamos que entre los principales nos encontramos con la presencia de los derechos fundamentales en el Ordenamiento, que desarrollan un «efecto irradiación» que permea todos los ámbitos del mismo. De ahí se derivan determinadas consecuencias, entre las que se encuentra la referida a la necesidad de limitar los contenidos del Derecho ordinario. Afirmar que el sistema jurídico está materialmente determinado por la Constitución⁸ implica reconocer que, si bien la Constitución –que es la Constitución de los derechos– no tiene una capacidad de determinar totalmente el contenido del Derecho, lo que

³ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 433.

⁴ Vid. ALEXY, R., «Los principales elementos de mi Filosofía del Derecho», trad. de A. D. Oliver-Lalana, *Doxa* n.º 32, 2009, p. 78 (original: *Hauptelemente meiner Philosophie des Rechts*).

⁵ FERRAJOLI, L., *La lógica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Laterza, Roma-Bari, 2016, p. 236.

⁶ Vid. ALEXY, R., «On the Concept and the Nature of Law», *Ratio Juris*, vol. 21, n.º 3, 2008, pp. 281-299.

⁷ ALEXY, R., «The Nature of Legal Philosophy», *Ratio Juris*, vol. 17, n.º 2, 2004, p. 163.

⁸ Vid. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 525.

sí hace es excluir aquellos contenidos que se consideran constitucionalmente imposibles (por contrarios a la Constitución), y exigir aquellos otros que la Constitución establece como necesarios. Pues bien, la limitación del Derecho ordinario implica la articulación de mecanismos de defensa de la Constitución. Y en un contexto democrático, como el del constitucionalismo, el problema de la justificación y legitimación de esos mecanismos –entre los que destaca el recurso al Tribunal constitucional– salta al primer plano de la reflexión.

La propuesta de Alexy es aquella que consiste en defender la viabilidad de una representación argumentativa que legitima la posición y la actividad del Tribunal constitucional en el Ordenamiento jurídico del Estado constitucional. En este trabajo me propongo analizar los aspectos más relevantes de la propuesta de Alexy, que adquiere sentido en el marco más general de la teoría discursiva del Derecho. Como elemento de contraste tomaré como referencia la crítica que Luigi Ferrajoli ha desarrollado en relación con las potencialidades representativas –y, por tanto, legitimadoras– de la argumentación. Con ello podremos reflexionar no sólo sobre las tensiones internas al modelo jurídico-político del constitucionalismo (a las que ya hemos aludido), sino también sobre las divergencias entre distintas interpretaciones doctrinales del modelo constitucionalista.

2. INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA RAZÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Como he señalado, Robert Alexy ha defendido una idea del Derecho que presenta una doble naturaleza: real o fáctica e ideal o crítica. En la primera dimensión, se incluye la referencia a la legalidad y a la eficacia, mientras que en la segunda la atención se centra en la corrección moral. La indeterminación de esta dualidad tiende a desaparecer a través de la inclusión de estas dimensiones en un sistema; dicha inclusión es presentada por el propio Alexy como un caso de institucionalización de la razón. Esta institucionalización, se presenta con una forma y unas exigencias determinadas, no compatibles con cualquier modelo jurídico-político. Cuando Robert Alexy nos propone un modelo de institucionalización de la razón, está pensando en el constitucionalismo democrático.

Los derechos fundamentales son la expresión de la institucionalización de la razón. Alexy señala tres conceptos de derecho fundamental: formal, sustancial y procedimental⁹. El primero, el formal, es el que se emplea para hacer referencia a los derechos que tienen una

⁹ Vid. ALEXY, R., «La teoría del discurso y los derechos fundamentales», en Menendez, A. J., Eriksen, E. O., (eds.), *La argumentación y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, pp. 29 y ss.

presencia constitucional y que están protegidos mediante un determinado sistema de garantías. El propio Alexy señala que este concepto, siendo útil, no es suficiente a la hora de comprender en su extensión y relevancia todos los aspectos de la naturaleza de los derechos. Precisamente, estas insuficiencias pueden superarse recurriendo a un concepto sustancial. El concepto sustancial de derechos fundamentales está constituido, en realidad, por el concepto de derecho humano. Para Alexy, los derechos humanos presentan determinadas características, que permiten diferenciarlos de otros derechos: universalidad, validez moral, fundamentalidad, abstracción y prioridad¹⁰. Estamos frente a unos rasgos que se predicán de los derechos en su dimensión moral. Estas características, en efecto, distinguen a los derechos humanos otorgándoles un valor que justifica su positivación, su institucionalización jurídica.

Esta institucionalización jurídica supone la transformación de los derechos humanos en derecho positivo. Alexy piensa en una transformación necesaria y para ello propone tres argumentos: el del cumplimiento, el del conocimiento, y el de la organización¹¹. Por una parte, la positivación de los derechos no asegura la eficacia, el cumplimiento de los mismos: el valor moral no es condición suficiente de la efectividad de los derechos. Eso explica la existencia de un «derecho humano al Estado», capaz de generar y hacer operativos mecanismos de defensa y protección de los derechos. Además, la puesta en marcha de mecanismos coercitivos, permite –de un lado– evitar la desigualdad que, en ausencia de los mismos, se produciría entre aquellos que respetan los derechos y aquellos que no lo hacen; de otro, permite maximizar la utilidad, ya que favorece la coexistencia frente a la alternativa de la guerra de todos contra todos que derivaría del recurso a la auto-defensa como consecuencia de la inexistencia de mecanismos de coerción por encima de las voluntades individuales. Por otra parte, el carácter abstracto de los derechos exige una concreción, sin la cual no es posible un conocimiento de los mismos. Esa concreción permite salvar las dificultades derivadas de la necesaria interpretación y ponderación. En fin, la existencia, junto a los derechos negativos, de los derechos positivos explica la necesidad del Estado entendido como

¹⁰ Vid. ALEXY, R., «La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático», trad. de C. Añaños Meza, *Derechos y Libertades*, n.º 8, 2000, pp. 21 y ss (original: «Die Institutionalisierung der Menschenrechte in Demokratischen Verfassungsstaat», en *Philosophie der Menschenrechte*, ed. G. Lohmann/S. Gosepath, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1998); *id.*, «¿Derechos humanos sin metafísica?», trad. de E. R. Soderó, *Doxa*, n.º 30, 2007, pp. 237 y ss. (original: «Menschenrechte ohne Metaphysik?», publicado en *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 52 (2004), pp. 15-24).

¹¹ Vid. ALEXY, R., «La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático», cit., pp. 31 y ss.; *id.*, «My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason», Wintgens, L. J. (ed.), *The Law in Philosophical Perspectives*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1999, pp. 32-33.

organización jurídica sin la cual no es posible pensar en la satisfacción de éstos.

De esta manera, el recurso a la idea de derecho humano, ofrece a los derechos fundamentales un elemento de certeza y estabilidad, que los protege frente a las decisiones políticas y a las propuestas doctrinales, evitando que cualquier propuesta pueda ser convertida en un derecho fundamental. Señala Alexy: «...el fundamento de los derechos fundamentales pasa a ser en esencia la justificación de los derechos humanos»¹². Esto parece especialmente relevante desde el momento en que los derechos humanos se convierten en el referente crítico desde el cual observar y valorar la posición de los derechos fundamentales en el Ordenamiento. Así, los derechos humanos ocuparán una posición de moral crítica frente a la moral positivizada que se manifiesta en los derechos fundamentales.

Por otra parte, los derechos fundamentales carecen de un fundamento independiente del de los derechos humanos. En este sentido, siempre y cuando asumamos una posición no escéptica (ya que el escepticismo va a negar la posibilidad de una justificación de las normas de derechos humanos –entendidas como normas morales–), es posible pensar en diversas propuestas fundamentadoras. Alexy propone combinar las ventajas de dos modelos de fundamentación: el existencial y el explicativo. De acuerdo con el primero, se afirma la naturaleza discursiva de los seres humanos. En efecto, la participación en el discurso se presenta como la forma de vida general de las personas. No es fácil imaginar una renuncia generalizada a la intervención en la práctica discursiva por parte de los individuos. La fundamentación explicativa, toma como referencia la praxis discursiva en la que participan las personas y que consiste en afirmar, preguntar, aducir. Dicha praxis implica la existencia de unas reglas de igualdad y de libertad que posibilitan la participación en el discurso. Pero la participación en el discurso no implica necesariamente que la persona tenga reconocida su libertad e igualdad. Como Alexy señala con razón, «se puede discutir con esclavos»¹³. Por eso se exige el reconocimiento del participante en el discurso como un ser autónomo, es decir, una persona que se guía por reglas que considera correctas tras una evaluación. Y, a partir de ahí, se desarrolla una cadena argumentativa compuesta por conceptos que se implican: «Quien reconoce al otro como autónomo, lo reconoce como persona. Quien lo reconoce como persona, le atribuye dignidad. Quien le atribuye dignidad, reconoce sus derechos humanos»¹⁴.

Por su parte, el concepto procedimental es expresión de la dimensión problemática de los derechos desde el momento en que los dere-

¹² ALEXY, R., «La teoría del discurso y los derechos fundamentales», cit., p. 32.

¹³ ALEXY, R., «¿Derechos humanos sin metafísica?», trad. de E. R. Soderó, *Doxa*, n.º 30, 2007, p. 243.

¹⁴ ALEXY, R., «¿Derechos humanos sin metafísica?», cit., p. 244.

chos se presentan como un límite frente a las decisiones de la mayoría, manifestando una dimensión limitativa de la democracia. Esta dimensión limitativa sólo es posible desde el momento en que los derechos humanos, a través de un proceso de institucionalización, se convierten en derechos fundamentales.

3. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y REPRESENTACIÓN ARGUMENTATIVA

Una vez que los derechos han adquirido naturaleza constitucional, surgen los problemas vinculados a la justificación de los mecanismos institucionales de control de la democracia constitucional. Son básicamente problemas en relación con la justificación del control de constitucionalidad. Para Alexy, el control de constitucionalidad es necesario desde el momento en que cabe la posibilidad de que el legislador –que es el poder público que está encargado de garantizar los derechos en primer lugar– viole la Constitución.

Alexy es consciente de que la necesidad teórica de la existencia del Estado para asegurar los derechos, explicada a través de los argumentos del cumplimiento, del conocimiento y de la organización, no necesariamente tiene un reflejo directo en la realidad. Es decir, el Estado puede suponer, y de hecho supone, una amenaza para los derechos¹⁵. Por ello, el Estado compatible con los derechos debe adecuarse a las exigencias del Estado constitucional democrático.

El Estado constitucional democrático es el resultado de la superación sucesiva del Estado formal de Derecho y del Estado democrático de Derecho. En la caracterización que nos ofrece Alexy, el primero incluye como elemento principal la separación de poderes, condición necesaria e irrenunciable de la viabilidad jurídica de los derechos. Pero siendo condición necesaria, la separación de poderes no es condición suficiente, ya que la misma es compatible con la inexistencia de la vinculación legislativa a los derechos. Eso justifica la constitucionalización de los mismos, y su consecuente conversión en derechos fundamentales. La constitucionalización de los derechos obliga a plantear la cuestión del control del legislador. En efecto, si los derechos tienen rango constitucional están supraordenados a las decisiones del legislador. Pero para que la anterior afirmación tenga reflejo en la realidad, hace falta establecer estrategias de control de la voluntad del legislador. Alexy propone pensar en dos posibilidades: un control a través de un proceso democrático (en una estrategia de «auto-sanación» de la democracia¹⁶), o un control a través de un Tribunal

¹⁵ Vid. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 189 y ss.

¹⁶ Vid. ALEXY, R., «Los principales elementos de mi Filosofía del Derecho», cit., p. 80.

constitucional. En el primer caso, el resultado sería la conformación de un Estado democrático de Derecho, mientras que en el segundo estaríamos frente a un auténtico Estado constitucional democrático.

El Estado constitucional democrático es entendido por el autor alemán como una superación de los dos modelos anteriores. Suponer que el Estado democrático implica la culminación, en términos de garantía y realización, de los derechos, supondría admitir que las leyes son el resultado de un proceso discursivo a través del cual se ha formado el Derecho y que ha supuesto una aprobación compartida por parte de los sujetos que forman la comunidad política. Así, la democracia garantizaría los derechos y no existirían tensiones entre ambas. Pero Alexy es consciente del carácter ideal de lo anterior. Estaríamos frente a un modelo de democracia ideal que contrasta con un modelo de democracia real en el que, efectivamente, existe una tensión entre democracia y derechos, derivada del hecho de que los derechos, de un lado, son elementos configuradores del proceso democrático; pero, de otro, limitan las decisiones de la mayoría legítima. Estamos frente a un problema «insoslayable y permanente» –como ya hemos señalado– que justifica la institucionalización de la vinculación del legislador a los derechos fundamentales. Y «para que la vinculación del legislador a los derechos fundamentales sea auténticamente controlada, es indispensable una jurisdicción constitucional»¹⁷. Sin embargo, para evitar los problemas vinculados a un paternalismo ejercido por los jueces que ejercen el control de constitucionalidad, hace falta insertar a la jurisdicción constitucional en el proceso democrático, lo cual va a ser posible si aquella es un elemento de reflexión del proceso político, desarrollando argumentos capaces de ser recibidos por la ciudadanía y por las instituciones: «*Discourse needs the law to gain reality, and the law needs discourse to gain legitimacy*»¹⁸.

Como es sabido, el instituto del control de constitucionalidad presenta problemas de justificación en las democracias constitucionales. Alexy es bien consciente de ello, y su propuesta es la de encuadrarlo dentro de las exigencias de la democracia deliberativa, dotando al control de constitucionalidad de un carácter discursivo: «Tal condición se cumple si la interpretación de la constitución, y especialmente de los derechos fundamentales contenidos en ella, puede concebirse como resultado de un discurso democrático general vinculado de modo más fiel a los ideales discursivos que el discurso democrático por sí solo»¹⁹. En este sentido, propone una justificación del control de constitucionalidad en el marco de un constitucionalismo discursivo en el que se produce una vinculación entre los derechos constitucionales, la ponde-

¹⁷ ALEXY, R., «La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático», cit., p. 40.

¹⁸ ALEXY, R., «My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason», cit., p. 35.

¹⁹ ALEXY, R., «La teoría del discurso y los derechos fundamentales», cit., p. 40.

ración, el discurso, el control de constitucionalidad y la idea de representación. En este contexto, el problema es el de justificar por qué las decisiones del Tribunal constitucional han de imponerse sobre las del legislador. Esta imposición es el resultado de algunas circunstancias. Por una parte, es necesario admitir que desde el momento en que es posible una contradicción entre el contenido de la Constitución y el del producto normativo del legislador²⁰, surge un conflicto que es necesario resolver. Dada esa contradicción, es razonable pensar que alguien tiene que tener la última palabra en la resolución de dicha contradicción. Es posible pensar en que sea el legislador el que tenga la última palabra. Pero como es sabido el recurso al Tribunal constitucional implica optar por otra alternativa. Alternativa que exige una justificación, entre otras cosas, porque la intervención del Tribunal constitucional tiene no sólo una naturaleza discursiva, sino también autoritativa: «*The constitutional court not only says something but also does something. It typically has the power to invalidate unconstitutional acts of the parliament*»²¹. Por eso es necesario plantear el tema de la legitimidad de su actuación, desde el momento en que la actuación del Tribunal constitucional es un caso de ejercicio de la autoridad estatal. Es más, cuando Alexy reconoce la dimensión institucional/autoritativa de la actividad del tribunal constitucional, a través de la declaración de invalidez de las normas dictadas por el legislador, asume que está participando en la creación/derogación del Derecho. Precisamente por eso tiene efectos institucionales y no meramente discursivos. Desde el momento en que se constata la participación del Tribunal constitucional dentro de los esquemas de producción normativa, el problema de la justificación de su actuación es relevante. Como veremos más adelante, este argumento es utilizado por Luigi Ferrajoli para criticar la alteración de la jerarquía de las fuentes que se produce como consecuencia de esa actuación.

Pues bien, Alexy nos propone tres tipos de argumentos a la hora de justificar la prevalencia de las decisiones del Tribunal constitucional sobre las del Parlamento²².

En primer lugar, cabría pensar en un argumento formal, que en realidad es uno de los argumentos con los que Kelsen responde a la pregunta sobre quién debiera ser el guardián de la Constitución: «*nemo iudex in sua causa*»²³. Aquí, el problema importante no sería tanto el hecho de que alguien tenga que tener la última palabra, sino el

²⁰ Vid. ALEXY, R., «Balancing, Constitutional Review and Representation», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n. 4, 2005, p. 577.

²¹ ALEXY, R., «Balancing, Constitutional Review and Representation», cit., p. 578.

²² Vid. ALEXY, R., «Constitutional Rights, Democracy and Representation», *Rivista di Filosofia del Diritto*, IV/1, 2015, pp. 28 y ss.

²³ Vid. KELSEN, H., ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, est. prel. de G. Gasió, trad. y notas de R. J. Brie, supervisión de E. Bulygin, Tecnos, Madrid, 1995, p. 5

hecho de la necesidad de un control. La ausencia del control de constitucionalidad dejaría sin respuesta la posible violación de derechos por parte del legislador. Y parece que existen buenos argumentos para que los derechos sean protegidos frente al legislador.

Pero, antes de continuar con los argumentos de Alexy, cabría añadir también que este argumento formal supone una reivindicación de la figura del juez (en este caso del juez constitucional) como tercero imparcial con competencia para resolver el conflicto. En efecto, en el conflicto entre el Parlamento y la Constitución, aquel no es imparcial. Es un litigio que en realidad es expresión de la naturaleza conflictiva, más general, que caracteriza las sociedades humanas. Sabemos que son posibles dos mecanismos de resolución del conflicto: la autocomposición y la heterocomposición. Este último implica el recurso a un tercero que en este caso es el tribunal constitucional. Estamos, en definitiva, frente a un ejemplo más de la relevancia de la intervención del juez, en tanto que tercero imparcial, en una comprensión moderna del Derecho. En ese punto surgiría la cuestión –que no puede ser abordada aquí– referida al significado de la noción de imparcialidad en su aplicación a la función y actividad del Tribunal constitucional, ya que está vinculado a la defensa de la Constitución. Es interesante observar que la tensión entre la Constitución y el Parlamento –aunque se pueda aspirar a gestionarla en términos de equilibrio– no se puede enfocar en términos de un conflicto «entre iguales». Y ello por varias razones: desde las que tienen que ver con la legitimidad democrática (de origen) del Parlamento, hasta aquellas relacionadas con el hecho de que sea el Tribunal el que tiene la última palabra en relación con al interpretación de la Constitución.

Volviendo a la cuestión de las razones por las que hay que proteger los derechos, conviene señalar que aquí Alexy recurre a la dimensión moral de los mismos. Estamos frente al segundo argumento, el argumento sustantivo. La relevancia de los derechos constitucionales tiene que ver con su doble naturaleza. En efecto, en distintos momentos de la obra de Alexy se afirma la doble naturaleza de los derechos fundamentales, entendidos como derechos constitucionales. Por una parte, su dimensión real o institucional, que se manifiesta a través de su constitucionalización; por otra, su dimensión moral o crítica, que se identifica con el sustrato moral sobre el que se construyen los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales, antes de serlo, son derechos morales, derechos ideales –«*ideal rights*», «*valid exclusively by reason of their correctness*»²⁴– con un valor que los hace merecedores de protección. Con la positivación ese valor moral permanece, pero la normatividad de los derechos se ensancha ya que la positivación implica un plus de normatividad, de manera que si los derechos

²⁴ ALEXY, R., «Constitutional Rights, Democracy and Representation», cit., p. 30.

morales tenían un peso moral intrínseco, ahora se añade una obligatoriedad jurídica. Lo que antes era obligatorio sólo desde el punto de vista moral, ahora lo es también desde el punto de vista jurídico.

Es relevante el hecho de que en realidad –según Alexy– de acuerdo con este argumento sustancial, la razón primera de la protección de los derechos no es su naturaleza constitucional (por tanto una razón jerárquica, à la Kelsen), sino precisamente su peso moral. De manera que en la justificación del control de constitucionalidad se introduce la referencia a las razones morales. Estas parecen ser la razón última de la protección constitucional, a partir de la existencia del meta-principio de protección constitucional.

En este punto, parece interesante subrayar el peso que tienen las razones morales a la hora de justificar el control de constitucionalidad. Es un peso que parecería ser superior, o por lo menos anterior, al de las razones institucionales vinculadas a la posición de las normas constitucionales en el sistema de fuentes y al subsiguiente carácter protegido de la Constitución. Pero posiblemente más interesante es constatar la semejanza entre el razonamiento de Alexy y la posición de Carlos Nino en relación a lo que el autor argentino consideró el «teorema fundamental de la teoría jurídica».

Recordemos que según Nino, «la pregunta central de la filosofía del derecho, de la que depende una multitud de otros interrogantes, es la que se refiere a si las normas jurídicas expresan o no razones operativas autónomas para justificar acciones o decisiones, como las judiciales»²⁵. A la hora de plantear los problemas que surgen en el razonamiento práctico tendente a justificar decisiones, Nino se refiere de un lado a la indeterminación radical que presenta la Constitución a la hora de ser interpretada, y por otra parte al carácter aparentemente superfluo de esa Constitución para la justificación de decisiones en relación con asuntos o materias reguladas por ella. La Constitución histórica se muestra superflua e irrelevante en el razonamiento práctico. La superfluidad de la Constitución puede constatarse desde el momento en que ella no puede constituir la base de su propia validez. La validez de la Constitución va a estar apoyada, en este sentido, en elementos normativos superiores a la misma: «Dado que la Constitución no puede adscribir validez a otras reglas si ella misma no es válida y toda vez que ésta no puede adscribirse validez a sí misma, la Constitución no puede otorgar validez a otras reglas»²⁶. Por ello la validez de la Constitución deberá basarse en elementos valorativos

²⁵ NINO, C., *La validez del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 125. Para Massimo la Torre, la cuestión de si el Derecho es una razón normativa fuerte para la acción constituye el problema que está en el corazón de las interminables discusiones sobre la relación entre el Derecho y la moral (vid. LA TORRE, M., *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, Laterza, Bari, 1999, pp. 327 y ss.).

²⁶ NINO, C., *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. de R. P. Saba, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 44.

externos al mismo sistema constitucional, de los que dependerá en última instancia el carácter obligatorio de las prescripciones constitucionales y, en definitiva, del resto de las normas jurídicas. Además, estos elementos valorativos van a ser de naturaleza moral. En este sentido, Nino acepta explícitamente la tesis del caso especial, propuesta por Robert Alexy, que permite identificar el discurso jurídico como un caso especial del discurso moral y que permite llegar a la conclusión, también, de que cuando los jueces recurren a la norma constitucional para justificar la aplicación de una norma concreta perteneciente al sistema, en realidad hacen referencia a la Constitución identificándola no como un mero hecho social, sino como una proposición moral: «... una constitución como texto o como práctica social de reconocimiento no es suficiente en sí misma para proveer fuerza obligatoria o validez a las restantes reglas del sistema jurídico. Consecuentemente, no puede por sí misma justificar decisiones basadas en esas reglas»²⁷. Para ello, señala Nino, debemos recurrir a «un principio extrajurídico, cuya adopción tiene las propiedades pragmáticas de la moral»²⁸. Si los principios morales que permiten legitimar una Constitución colman las exigencias morales a satisfacer por la Constitución, entonces ésta misma no añade nada al contenido de esos principios morales y, es más, al razonamiento práctico. El argumento propuesto por Nino es el siguiente: la legitimidad de una Constitución depende de que reconozca e incluya determinados contenidos que no son sino exigencias de ciertos principios morales. Esos contenidos, en nuestros sistemas democráticos, se identifican básicamente con derechos fundamentales. Sólo desde el momento en que se produce esa inclusión, podemos considerar que la Constitución contiene razones justificatorias de las decisiones. Pero, en realidad, a partir de ese momento, el recurso a la Constitución pierde valor (la Constitución muestra su irrelevancia), ya que esas razones justificatorias pueden encontrarse directamente acudiendo a esas valoraciones y a esos principios. De manera que «una constitución no es legítima y no puede ser empleada para justificar acciones y decisiones si ella carece de cierto contenido necesario o básico. Si incluye tal contenido, es superflua, porque las justificaciones pueden ser inferidas directamente de los principios morales que prescriben su contenido»²⁹. En definitiva, y en otros términos, si la Constitución no es legítima (no incluye determinados contenidos) no vale para justificar decisiones; y si es legítima (incluye esos contenidos) no es necesaria.

Pues bien, Robert Alexy señala que a partir del meta-principio de protección, surge la obligación de garantizar derechos, a través de la

²⁷ NINO, C., *La constitución de la democracia deliberativa*, cit., p. 45.

²⁸ NINO, C., *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994. p. 75.

²⁹ NINO, C., *La constitución de la democracia deliberativa*, cit., p. 46.

intervención del Tribunal constitucional. Como hemos observado, dicha intervención es un caso de ejercicio de la autoridad estatal. Cuando el Tribunal constitucional dicta una sentencia, se está ejerciendo la autoridad del Estado, de la misma manera que se actúa esa autoridad cuando el Parlamento dicta una ley. Si esto es así, el problema de la legitimidad de esa intervención debe ser abordado. Es en ese momento en el que Alexy recurre al argumento procedimental basado en la idea de representación argumentativa (*argumentative representation*).

En los contextos democráticos la legitimación deriva de la representación. De manera que la legitimación del Tribunal constitucional va a derivar, de su mayor o menor carácter representativo. Es ese carácter representativo el que establece el vínculo con el pueblo. En el caso del Parlamento, el vínculo viene determinado por la existencia de elecciones. A través de las elecciones y de la posibilidad de no reelegir a los representantes, la autoridad del parlamento se somete efectivamente a control. Este es el modelo de la democracia decisionista que, según Alexy, necesita ser complementada por una concepción deliberativa de la democracia desde el momento en que el carácter democrático de un modelo no sólo depende de las decisiones, son también de los argumentos: «*An adequate concept of democracy must, however, comprise not only decision, but also argument*»³⁰.

El modelo deliberativo de democracia que propone Alexy no debería ser visto como una alternativa al modelo decisionista sino más bien como un complemento. En este sentido, la vinculación entre el Parlamento y el pueblo, no debe producirse sólo a través de mecanismos representativos; éstos deben ser complementados con la dimensión argumentativa. Y aquí radica la diferencia con la posición en la que se encuentra el Tribunal constitucional. En este caso, el Tribunal constitucional sólo puede estar legitimado por una representación argumentativa. Aquí, a diferencia de lo que ocurre en el caso del Parlamento, la dimensión argumentativa ocupa una posición principal frente a la dimensión decisionista, determinante en aquel caso.

En su defensa de la representación argumentativa, Alexy es bien consciente del peligro de una idealización de sus virtudes, de la misma manera que no desconoce sus riesgos. La cuestión es que también la representación argumentativa necesita estar sometida a algún tipo de control. De esa forma se evitaría que el Tribunal constitucional pudiera presentar cualquier argumentación como representativa del pueblo. Así, el control de la argumentación derivaría de las exigencias de corrección y aceptabilidad. Por una parte, es posible distinguir argumentos constitucionales correctos e incorrectos, buenos y malos: «*constitutional review as argument or discourse does not allow for*

³⁰ ALEXY, R., «Constitutional Rights, Democracy and Representation», cit., p. 32.

everything»³¹. Pero, además, esos argumentos han de ser susceptibles de ser aceptados por un auditorio racional: debe existir una conexión entre el sentido de los argumentos y lo que el pueblo está en condiciones de aceptar. En definitiva: « *Discursive constitutionalism, as a whole, is an enterprise of institutionalizing reason and correctness. If there exist sound and correct arguments as well as rational persons, reason and correctness are better institutionalized with constitutional review than without it*»³².

4. EL GARANTISMO Y LOS LÍMITES DE LA REPRESENTACIÓN

Luigi Ferrajoli nos presenta una caracterización del contexto constitucional que, en mi opinión, podría suscribir Robert Alexy: la consideración de la Constitución como un Derecho sobre el Derecho (de la ley); la conversión de los vínculos externos (políticos) en vínculos internos (jurídicos) con la consiguiente subordinación de la política al Derecho; y la superación de un concepto formal de democracia. En definitiva, estamos en presencia de un paradigma nuevo caracterizado por la existencia de una fuerte normatividad que es consecuencia de la presencia de derechos en las constituciones. Por el contrario, la reivindicación que Robert Alexy hace del papel de los principios en la conformación del sistema jurídico y en la argumentación jurídica, supondría para Ferrajoli –como vamos ver– una disminución de la intensidad normativa de la Constitución.

La crítica de Ferrajoli a Alexy asume como punto de partida la distinción entre dos tipos de constitucionalismo: el garantista y el principalista. Desde ya podemos adelantar que esta distinción va a ser determinante a la hora de derivar consecuencias en relación con el mayor o menor vigor de la normatividad constitucional. En efecto, mientras que el constitucionalismo garantista estaría vinculado a la reivindicación de una normatividad constitucional fuerte, el constitucionalismo principalista lo estaría a una normatividad constitucional débil³³. La razón de fondo es que en el primer caso los derechos fundamentales son concebidos como reglas, mientras que en el segundo los derechos fundamentales son principios. En el primer caso la normatividad de los derechos viene determinada por su aplicación, mientras que en el segundo viene determinada por su ponderación.

³¹ ALEXY, R., «Balancing, Constitutional Review and Representation», cit., p. 580.

³² ALEXY, R., «Balancing, Constitutional Review and Representation», cit., p. 581.

³³ Vid. FERRAJOLI, L., *La democracia a través de los derechos*, trad. de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid 2014, p. 28.

No podemos detenernos en la caracterización in extenso del constitucionalismo garantista³⁴. Podemos limitarnos a recordar que Ferrajoli nos describe un modelo que es expresión de una discontinuidad entre dos paradigmas, el legislativo y el constitucional. Esa discontinuidad se manifiesta en el ámbito del Derecho, de la democracia y de la ciencia jurídica. En efecto, el escenario que describe Ferrajoli contempla un discurso sobre la validez de las normas que incluye una referencia a sus contenidos; un discurso sobre la democracia en donde se subrayan las limitaciones que los derechos imponen a las decisiones políticas; y una renovación del método y del papel de la ciencia jurídica que establece puentes con la filosofía política.

Cabe poner de relieve que Ferrajoli establece una conexión entre su defensa de un concepto formal de derecho fundamental y la crítica al constitucionalismo principialista. En efecto, señala: «... precisamente en la falta de disposición a considerar el concepto de derechos fundamentales y los lógicamente conectados con él como conceptos susceptibles, en sede de teoría del Derecho, de definiciones solamente formales, es donde hunden sus raíces las tesis neoconstitucionalistas o principialistas del objetivismo ético y de la conexión entre derecho y moral, sostenidas sobre la base del valor objetivamente moral asignado por definición a los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos»³⁵.

El razonamiento a través del cual Ferrajoli llega al problema de la justificación de la justicia constitucional es diferente al que anteriormente ha desarrollado Alexy. Para el autor italiano, uno de los rasgos del constitucionalismo es el constituido por la divergencia entre el deber ser del Derecho y su ser³⁶. Es dicha divergencia la que justifica la jurisdicción constitucional, en relación con la cual cabe plantear dos ordenes de cuestiones: unas de tipo institucional, y otras de tipo metodológico. En el primer caso, nos deberíamos plantear el problema de la legitimidad democrática de la jurisdicción constitucional, mientras que en el segundo caso el problema es el del tipo de razonamiento que caracteriza la actividad del Tribunal constitucional. Pues bien, Ferrajoli concentra sus críticas a Alexy en estas dos cuestiones.

El hecho de que las constituciones supongan un límite a la democracia política, a través del control al que se someten las decisiones de

³⁴ Vid. FERRAJOLI, L., *La democracia a través de los derechos*, cit., pp. 56-95. También, *id.*, «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», trad. de N. Guzmán, *Doxa*, n.º 34, 2001, pp. 15-53.

³⁵ FERRAJOLI, L., *La democracia a través de los derechos*, cit., p. 95. He analizado la noción formal de derecho fundamental defendida por L. Ferrajoli en ANSUATEGUI ROIG, F. J., «Los derechos fundamentales en *Principia Iuris* (o los límites de la teoría del Derecho)», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIX, 2013, pp. 35-55.

³⁶ Dicha divergencia permite identificar la existencia de un Derecho ilegítimo, posibilidad ésta negada por Kelsen. Ferrajoli ha desarrollado sus argumentos críticos respecto a la posición kelseniana en *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Laterza, Bari, 2016.

la mayoría no implica un déficit de legitimidad democrática de la jurisdicción constitucional por dos razones fundamentales³⁷. En primer lugar, porque la interferencia del Tribunal constitucional no se produce sobre el ámbito en el cual el parlamento puede tomar decisiones –el ámbito de lo decidible– sino precisamente, al contrario, sobre el ámbito de lo indecible. Y en segundo lugar, por el hecho de que cuando los derechos fundamentales limitan a las decisiones de la mayoría se está produciendo una protección de la democracia en una triple vertiente: cuando se vinculan las decisiones de las generaciones futuras se está garantizando la libertad de las generaciones sucesivas evitando el problema del «suicidio de la democracia»³⁸; además, se está reforzando la democracia, ya que la garantía de unos derechos implica la de otros; en tercer lugar, se procede a una integración de la democracia desde el momento en que la afirmación de los derechos en la cúspide de la estructura normativa del Ordenamiento jurídico supone una afirmación de los mismos como «fragmentos de soberanía popular»³⁹.

Así, la representación argumentativa propuesta por Alexy no sería una auténtica representación. En democracia, señala Ferrajoli, lo que se representa son voluntades e intereses, pero no consensos. Los argumentos carecen de fuerza representativa. Pero además, Alexy estaría mezclando planos cuando intenta equiparar la legitimación del Parlamento (que ejerce funciones de gobierno) con la del juez (que ejerce funciones de garantía)⁴⁰. En el caso del juez, la legitimidad deriva de la determinación de la verdad, que en el caso del Tribunal constitucional es una verdad que tiene que ver con la relación que se establecen entre la Constitución y las normas inferiores a ella. El Tribunal constitucional, por tanto, se legitima cuando aplica la Constitución. En esta aplicación se materializa su sujeción al Derecho; sujeción que será mayor o menor en función de la mayor o menor determinación del Derecho. Posteriormente, regresaré a la vinculación que establece Ferrajoli entre sujeción del juez y determinación del Derecho.

Pero cuando Ferrajoli se plantea la cuestión de la justificación de la jurisdicción constitucional se refiere también a un problema metodológico, que es el que tiene que ver con el tipo de argumentación que lleva a cabo el juez constitucional cuando interpreta y aplica normas de derechos fundamentales. Para Ferrajoli el problema reside en que la sujeción del juez al Derecho se asegura en mayor medida en un modelo de reglas –que no es el de Alexy– antes que en un modelo de

³⁷ Vid. FERRAJOLI, L., «Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy», *Rivista di Filosofia del Diritto*, IV/1, 2015, p. 42.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Sobre esta distinción vid. FERRAJOLI, L., *Principia Iuris (I: Teoria del Diritto)*, Laterza, Bari, 2007, pp. 869-875.

principios. En este segundo caso, la técnica a la que el juez recurre es la ponderación, frente a la subsunción propia del modelo de reglas.

Ferrajoli no niega que en el Ordenamiento constitucional existan principios, pero niega que los principios tengan la relevancia que autores como Alexy o Dworkin les han atribuido en su descripción del Derecho. Así, frente a la identificación, propuesta por Alexy, entre normas de derechos fundamentales y principios, Ferrajoli señala que los principios regulativos (frente a los principios directivos, respecto a los cuales ni es posible pensar en una violación⁴¹) pueden ser violados igual que las reglas: «*Ma la maggior parte dei diritti fondamentali sono ridicibili a regole, se per regole intendiamo, ripeto, tutte le norme che vieta- no o impongono qualcosa, come sono i diritti di libertà, dei quali è vietata la lesione o restrizione, e i diritti sociali dei quali è obbligatoria la soddisfazione*»⁴².

Pero para el profesor italiano, el abuso de la principios y de la consiguiente ponderación tiene un importante efecto práctico o político que trasciende las consideraciones estrictamente jurídicas. Ese efecto tiene que ver con la mayor debilidad de la normatividad de las Constituciones. Esa disminución de la fuerza normativa de la Constitución –que para Ferrajoli supondría una negación de hecho de dicha fuerza normativa– es la consecuencia de la elección entre principios que el juez efectúa al ponderar. Tanto en los casos en los que la elección es llevada a cabo por el legislador, como en aquellos otros en los que es el juez el que procede, se está produciendo una alteración en la jerarquía de las fuentes; alteración que se deriva de una violación de la separación de poderes desde el momento en que al juez se le atribuye una capacidad creadora de Derecho que no le corresponde.

En definitiva, para Ferrajoli el principialismo supondría un retraso respecto a los avances que ha supuesto un constitucionalismo atento al establecimiento de un sistema de vínculos y límites encaminados a garantizar los derechos, ya que es una teoría «*che ne smentisce o quanto meno ne indebolisce la normatività*»⁴³.

Así, el constitucionalismo principialista, al considerar que las normas de derechos fundamentales son principios, promueve la ponderación, con las consecuencias que de ello se derivan para la robustez del carácter normativo de las Constituciones en las que se insertan los derechos. Los principios, al exigir la ponderación, (que «contradice la lógica del estado de derecho»⁴⁴) debilitan la fuerza normativa de la Constitución. Y, además, afectan a dos fundamentos del Estado de

⁴¹ Vid. FERRAJOLI, L., RUIZ MANERO, J., *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Trotta, Madrid, 2012, pp. 31 y ss.

⁴² FERRAJOLI, L., «Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy», cit., p. 47.

⁴³ FERRAJOLI, L., «Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy», cit., p. 50.

⁴⁴ FERRAJOLI, L., *La democrazia a través de los derechos*, cit., p. 119.

Derecho: la jerarquía de normas y la separación de poderes. En el primer caso, la ponderación supone que la decisión se va a basar en el principio que tenga más peso en el caso concreto –a diferencia de lo que puede ocurrir en otras circunstancias–, de manera que implica una reformulación de la ordenación de las fuentes para cada caso. En el segundo caso, al otorgar un papel al juez en la creación de las normas, se pone en entredicho tanto la separación de poderes como el sometimiento del juez a la ley. Para Ferrajoli, los principios operan como argumentos mientras que las reglas se aplican. De ello derivaría su potencial normativo y garantista, desde el momento en que son normas que vinculan a la legislación y a la jurisdicción.

5. IUSNATURALISMO, NORMATIVIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y JERARQUÍA DE FUENTES

Creo que puede ser interesante identificar algunos puntos de la crítica de Ferrajoli a Alexy, merecedores de algún comentario en esta parte final del escrito. Me voy a referir a los siguientes: a) el sentido de la afirmación según la cual el constitucionalismo principalista es «tendencialmente iusnaturalista»; b) el sentido de la afirmación de la debilidad de la normatividad de la Constitución como consecuencia de la ponderación; y, c) el sentido de la alusión a la modificación de la jerarquía de las fuentes.

a) Ferrajoli considera que el constitucionalismo principalista es tendencialmente iusnaturalista por dos razones principales: por su carácter objetivista y por su incapacidad para demostrar la invalidez de la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral⁴⁵.

En realidad, la cuestión de la vinculación entre el constitucionalismo y el iusnaturalismo no parece que sea una particularidad del constitucionalismo principalista. Más bien, parece que el constitucionalismo en su dimensión limitativa en relación con el Derecho positivo, comparte rasgos con el iusnaturalismo. Esta comunidad de ideas ya fue puesta de relieve en su momento por Nicola Matteucci⁴⁶, y ha sido reiterada en referencia a propuestas como aquellas que reivindican la existencia de algo parecido a un «coto vedado»⁴⁷, intangible para el legislador y que condiciona su actividad normativa. Así, se ha señalado que este tipo de estrategias comparten elementos con el iusnaturalismo desde el momento en que se defiende la existencia de conteni-

⁴⁵ Vid. FERRAJOLI, L., *La democracia a través de los derechos*, cit., pp. 97 y ss.

⁴⁶ Vid. MATTEUCCI, N., «Positivismo jurídico e costituzionalismo», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XVII, n.º 3, 1963.

⁴⁷ Vid. GARZON VALDES, «Representación y democracia», *Doxa*, n.º 6, 1989, p. 156. *Id.*, «Instituciones suicidas», *Isegoría*, n.º 9, 1994, pp. 115-116, e *id.*, *Consenso, legitimidad y democracia*, Fontamara, México, 2013, pp. 33 y ss.

dos jurídicos inalterables. El coto vedado, por ejemplo, cumpliría una función semejante a la que ha desempeñado la apelación al Derecho natural desde el momento en que se están limitando los contenidos de las decisiones del poder político. En este sentido, se ha señalado el carácter «funcionalmente» iusnaturalista del constitucionalismo, ya que éste desarrolla una teoría de la limitación del Poder a partir de la afirmación de unos contenidos materiales –básicamente los derechos– que escapan del ámbito de decisión del Poder⁴⁸.

Sin embargo, el carácter tendencialmente iusnaturalista del constitucionalismo principialista no parece derivar, para Ferrajoli, de esta dimensión limitativa. Por el contrario, tiene que ver con su carácter objetivista y con su incapacidad para ofrecer una crítica de la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral. Me interesa centrarme en esta alusión al objetivismo.

Las posiciones iusnaturalistas se pueden identificar de acuerdo con dos tesis básicas. De acuerdo con la primera, existen contenidos morales con validez universal, expresión de la justicia, y que pueden ser conocidos a través de la razón; de acuerdo con la segunda, una norma o un conjunto de normas no podrán ser considerados como auténticamente jurídicos si contradicen los anteriores contenidos. Pues bien el iusnaturalista, señala Nino, es aquel que afirma de manera conjunta ambas tesis⁴⁹. No obstante, parece que lo definitivo a la hora de identificar una posición como iusnaturalista no es tanto el mantenimiento de la primera tesis, como el de la segunda. En efecto, puede mantenerse la primera y no defender necesariamente la segunda; si bien la defensa de la segunda implica la aceptación de la primera. Es decir, se pueden defender posiciones objetivistas y cognoscitivistas y no hacer depender la definición del Derecho de la adecuación a esos contenidos objetivos y cognoscibles. Así, el carácter tendencialmente iusnaturalista del constitucionalismo (principialista) sería una consecuencia de una hipotética afirmación de que la validez depende de la relación que las normas tienen con el contenido de determinados contenidos entendidos como objetivos, y no de la afirmación, en su caso, de la existencia objetiva de esos contenidos, tal y como afirma Ferrajoli.

b) Por otra parte, una de las críticas de Ferrajoli al constitucionalismo principialista de Alexy es que el recurso a la ponderación supone una debilidad de la normatividad de la Constitución. Así, Ferrajoli estaría distinguiendo entre una normatividad fuerte de la Constitución y otra débil, de manera que daría a entender que cuanto

⁴⁸ Vid. PRIETO SANCHIS, L., «Neoconstitucionalismos. Un catálogo de problemas y argumentos», y «Algunos desafíos al constitucionalismo de los derechos: globalización y multiculturalidad», en *id.*, *El constitucionalismo de los derechos*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 58-59 y 225-227, respectivamente. También, TAMANAHA, B. Z., *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, 2004, p. 56.

⁴⁹ Vid. NINO, C. S., *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 28.

más explícita sea la Constitución, más estricta en su lenguaje normativo, más fuerza normativa tiene. Es decir, la fuerza vinculante va a depender del hecho de que las normas no ofrezcan posibilidad de ponderación, sino de aplicación; o para ser más concreto, de subsunción. En este punto, Ferrajoli parece defender una concepción estrecha o estricta de la aplicación jurídica, de acuerdo con la cual ésta se reduciría a la aplicación silogística en la que el supuesto de hecho está bien identificado. El carácter vinculante deriva – en Ferrajoli – no tanto del contenido ni de las razones en las que está basada la norma, sino de su forma y de la estrategia de aplicación (ponderación versus aplicación). Así, se está asumiendo una comprensión formal de la vinculación a la norma, del grado de normatividad, en la que parece que la fuerza normativa depende del lenguaje y de su mayor o menor determinación. Parece, al mismo tiempo, que la mayor o menor intervención de los operadores jurídicos en los procesos interpretativos y aplicativos de la norma tienen que ver también con la mayor o menor normatividad de la misma. Así, cuando un juez interviene, por ejemplo, ponderando, estaría decreciendo la fuerza normativa de la norma. Frente a la intervención del juez, es el legislador, a partir de la formación de un mensaje normativo con un mayor grado de determinación, el que va a asegurar una mayor normatividad del Derecho. En definitiva, estamos frente a un discurso en el que la mayor o menor intensidad de la fuerza normativa de los textos jurídicos parece ser un problema que afecta básicamente a los operadores jurídicos; y también frente a una visión de la argumentación que –a partir de la contradicción entre argumentación y aplicación⁵⁰– reduce su campo de actuación al ámbito de los principios, excluyéndola de las reglas: «la argumentación es siempre por principios, mientras que la aplicación lo es siempre de las reglas correspondientes»⁵¹. La conclusión parece obvia: los principios no se aplican, puesto que la ponderación es algo muy diferente a la aplicación.

Cabe señalar también que, posiblemente, la cuestión no es que la Constitución se debilite por la ponderación a la que nos obligan los principios. Seguramente esa debilidad tiene que ver con la propia morfología del lenguaje jurídico –y en particular del lenguaje constitucional-, cuya amplitud, apertura, abstracción, no puede evitarse. Hay normas con forma de reglas, y por tanto con un alto grado de determinación tanto en el supuesto de hecho como en la consecuencia jurídica, que posiblemente también pueden implicar problemas de debilidad de la Constitución. En esos casos, la debilidad es consecuencia de la amplitud de las posibilidades interpretativas que ofrecen los términos del lenguaje. Así, por ejemplo, pensemos en la norma «el

⁵⁰ «... la ponderación, como método de solución de los problemas interpretativos no tiene espacio en la aplicación de la ley», FERRAJOLI, L, *La democracia a través de los derechos*, cit., p. 125.

⁵¹ FERRAJOLI, L, *La democracia a través de los derechos*, cit., p. 115.

que torture será castigado con la pena de X años de reclusión de libertad». Parece claro que esta norma no es un principio, pero aquí el juez tiene un margen amplio a la hora de interpretar qué es o deja de ser la tortura. Por tanto, esa debilidad de la normatividad de la Constitución no se debe tanto al hecho de que el juez pondere y balancee entre principios sino al hecho de que el juez debe elegir entre diversas posibilidades interpretativas. De manera que la debilidad de la Constitución va a existir siempre que se tenga que interpretar. La amplitud del rango en el que se desenvuelven las posibilidades interpretativas va a depender de la relación inversamente proporcional que exista entre el núcleo de certeza y la zona de penumbra del lenguaje de las normas. La Constitución «fuerte» sería aquella en la que las dudas interpretativas se redujeran al máximo, más allá de la reflexión sobre la relación entre el nivel de cumplimiento y la fortaleza de la misma⁵².

La indeterminación tiene que ver con la incertidumbre del razonamiento moral. Alexy es bien consciente de ello. Es esa incertidumbre la que exige que el Derecho esté dotado de una dimensión autoritativa e institucionalizada, que es la que asegura que los debates morales no se van a prolongar *ad eternum*⁵³. Pero, posiblemente pensar en un Derecho –que incluye dimensiones morales evidentes como el del Constitucionalismo– que no genere algún tipo de indeterminación e incertidumbre implica afirmar que la distinción entre núcleo de certeza y zona de penumbra pierde valor no sólo en relación con las normas morales sino también con las normas jurídicas. En definitiva, y dada la ineliminabilidad de las incertidumbres, siempre vamos a estar frente a un Derecho con una normatividad débil.

c) En tercer lugar, Ferrajoli se refiere a la modificación de la jerarquía de las fuentes que se produce cuando el juez pondera principios. La crítica forma parte de un discurso más general, que tiene que ver con la ampliación de las competencias del juez en relación con el legislador, que a su vez goza de una legitimidad democrática de la que aquel carece⁵⁴. Conviene recordar en este momento que Ferrajoli le dirige a Alexy la misma crítica que Ronald Dworkin dirige a Hart en relación con las consecuencias del ejercicio de la discrecionalidad judicial. Según Dworkin, la creación del Derecho por parte del juez en el marco de la discrecionalidad implica que está violando la separación de poderes⁵⁵. Por su parte, Ferrajoli le señala a Alexy que, al ponderar, el juez está creando Derecho y por lo tanto está superando

⁵² Un análisis de las implicaciones que tiene la concepción cognitiva de la interpretación judicial defendida por Ferrajoli puede encontrarse en CUENCA GÓMEZ, P., «La compleja teoría de la validez jurídica de *Principia Iuris*. Una revisión crítica», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 26, 2012, pp. 57 y ss.

⁵³ Vid. ALEXY, R., «The Nature of Legal Philosophy», cit., p. 165.

⁵⁴ Vid. SIECKMANN, J.-R., *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*, U. Externado de Colombia, 2014, p. 316.

⁵⁵ Vid. DWORKIN, R., «Hard Cases», *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1978, p. 84.

los límites que imponen la separación de poderes y el sometimiento a la ley. Ciertamente, esta coincidencia es expresión de la variedad de interpretaciones y de posiciones que se defienden en relación con las consecuencias de la posición de los principios en el Derecho. Por una parte, los principialistas (Dworkin) acusan a los positivistas (Hart) de violentar la separación de poderes. Por otra, los herederos del positivismo (Ferrajoli) acusan a los principialistas (Alexy) de lo mismo.

No obstante, lo que hay que preguntarse es si el problema no es tanto un problema derivado de los principios y de la ponderación, como de la cuestión, más general, de la creación judicial del Derecho. En efecto, Alexy sitúa la cuestión de la creación del derecho en un plano más general, no vinculada estrictamente con los principios y con la ponderación. Su planteamiento tiene que ver con el hecho de que la actividad del Tribunal constitucional tiene un carácter no sólo discursivo o proposicional, sino también institucional o autoritativo. Se asume que cuando el Tribunal determina la inconstitucionalidad de una norma está participando en los procesos de producción del Derecho. De ahí la necesidad de plantear el problema de la justificación de su actuación en términos democráticos.

Por otra parte, Ferrajoli estaría asumiendo una distinción radical entre creación, de un lado e interpretación y aplicación, de otro, más propia del modelo del positivismo teórico al que se refiere Bobbio⁵⁶, y que debe ser evaluada en contraste con otras propuestas alternativas a la hora de explicar los efectos reales que las decisiones de los jueces –no sólo de los jueces constitucionales– tienen en la conformación del sistema normativo.

6. CONCLUSIÓN

En definitiva, el constitucionalismo democrático impone el problema de la búsqueda de una estrategia de legitimación de la intervención del Tribunal constitucional en el proceso normativo. La propuesta de Alexy, referida a la representación argumentativa adquiere sentido en el marco de la teoría discursiva, que mantiene una conexión con el constitucionalismo democrático al que plantea dos exigencias, la de los derechos fundamentales y la de la democracia.

Frente al Parlamento, que se legitima en cuanto representante del pueblo, sometido al control de las elecciones, el juez carece de esta representatividad. Del carácter más o menos representativo del juez va a depender la justificación de su lugar en el entramado institucional democrático. La estrategia de Alexy es la de elaborar una teoría sobre la representación no vinculada necesariamente a la celebración de

⁵⁶ Vid. BOBBIO, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. di Comunità, Milano, 1984, pp. 107 y ss.

elecciones. Las elecciones establecen una relación entre representantes y representados. Pero esa relación puede mantenerse también a través de la argumentación. Estamos frente a un modelo deliberativo que descansa en una confianza en las virtudes de la razón. El hecho de que determinados argumentos racionales puedan ser compartidos entre el Tribunal constitucional y la ciudadanía puede funcionar como un nexo entre ambos, complementando el vínculo electoral que existe entre Parlamento y ciudadanía. La racionalidad y la aceptabilidad de los argumentos pueden tener una potencia representativa –constituyendo un ámbito compartido entre juez y ciudadanía– incluso mayor que el mero vínculo electoral entre una ciudadanía que se pronuncia cada cuatro años y un Parlamento que en más veces de las deseables se mueve de acuerdo con intereses que la ciudadanía no reconoce como suyos. La realidad nos demuestra que los intereses y las voluntades que, de acuerdo con Ferrajoli, constituyen el objeto de la representación no siempre son los de la ciudadanía. Frente a ese déficit, posiblemente tengamos buenas razones para confiar en la potencialidad democrática –representativa– de los argumentos, de forma que podamos darles –a los argumentos– una oportunidad.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, rev. de R. Zimmerling, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- «Los principales elementos de mi Filosofía del Derecho», trad. de A. D. Oliver-Lalana, *Doxa* n.º 32, 2009.
 - «On the Concept and the Nature of Law», *Ratio Iuris*, vol. 21, n.º 3, 2008.
 - «The Nature of Legal Philosophy», *Ratio Iuris*, vol. 17, n.º 2, 2004.
 - «La teoría del discurso y los derechos fundamentales», en Menendez, A. J., Eriksen, E. O. (eds.), *La argumentación y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010.
 - «La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático», trad. de C. Añaños Meza, *Derechos y Libertades*, n.º 8, 2000.
 - «¿Derechos humanos sin metafísica?», trad. de E. R. Soderó, *Doxa*, n.º 30, 2007.
 - «My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason», Wintgens, L. J. (ed.), *The Law in Philosophical Perspectives*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1999.
 - «¿Derechos humanos sin metafísica?», trad. de E. R. Soderó, *Doxa*, n.º 30, 2007.
 - «Balancing, Constitutional Review and Representation», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n.º 4, 2005.
 - «Constitutional Rights, Democracy and Representation», *Rivista di Filosofia del Diritto*, IV/1, 2015.

- ANSUATEGUI ROIG, F. J., «Los derechos fundamentales en *Principia Iuris* (o los límites de la teoría del Derecho)», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIX, 2013.
- BOBBIO, N., *Giustnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. di Comunità, Milano, 1984.
- CUENCA GÓMEZ, P. «La compleja teoría de la validez jurídica de *Principia Iuris*. Una revisión crítica», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 26, 2012.
- DWORKIN, R., «Hard Cases», *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1978.
- FERRAJOLI, L., «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», trad. de N. Guzmán, *Doxa*, n.º 34, 2001.
- *Principia Iuris (I: Teoría del Derecho)*, Laterza, Bari, 2007.
- *La democracia a través de los derechos*, trad. de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2014.
- «Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy», *Rivista di Filosofia del Diritto*, IV/1, 2015.
- *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Laterza, Bari, 2016.
- FERRAJOLI, L., y RUIZ MANERO, J., *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Trotta, Madrid, 2012.
- GARZÓN VALDÉS, E., «Representación y democracia», *Doxa*, n.º 6, 1989.
- «Instituciones suicidas», *Isegoría*, n.º 9, 1994.
- *Consenso, legitimidad y democracia*, Fontamara, México, 2013.
- KELSEN, H., ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, est. prel. de G. Gasió, trad. y notas de R. J. Brie, supervisión de E. Bulygin, Tecnos, Madrid, 1995.
- LA TORRE, M., *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, Laterza, Bari, 1999.
- MATTEUCCI, N., «Positivismo giuridico e costituzionalismo», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XVII, n.º 3, 1963.
- NINO, C. S., *La validez del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985.
- *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987.
- *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.
- *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. de R. P. Saba, Gedisa, Barcelona, 1997.
- PRIETO SANCHIS, L., «Neoconstitucionalismos. Un catálogo de problemas y argumentos», y «Algunos desafíos al constitucionalismo de los derechos: globalización y multiculturalidad», en *id.*, *El constitucionalismo de los derechos*, Trotta, Madrid, 2013.
- SIECKMANN, J.-R., *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*, U. Externado de Colombia, 2014.
- TAMANAH, B. Z., *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, 2004.

Fecha de recepción: 31/03/2017. Fecha de aceptación: 31/10/2017.

El papel del estilo en la argumentación jurídica

The relevance of style in legal argumentation

Por TASIA ARÁNGUEZ SÁNCHEZ
Universidad de Granada

RESUMEN

El estilo forma parte del corazón de la argumentación, pues en los recursos estilísticos hay relaciones conceptuales de semejanza, diferencia y proporción. Dichas relaciones forman parte de la estructura de los argumentos. Además de reivindicar la centralidad retórica del estilo, este artículo aborda las cuestiones del estilo de las leyes, del estilo judicial y del estilo de la abogacía. En lo concerniente a este último tema se expone la clásica teoría de los tres estilos, que hace referencia a tres tipos de orador: vehemente, sencillo y moderado. El presente trabajo recupera nociones de la retórica clásica que pueden ser de mucho interés para las profesiones jurídicas de hoy.

Palabras clave: *Estilo de las leyes, estilo judicial, estilo de la abogacía, retórica, tipos de orador.*

ABSTRACT

Style is the heart of argumentation because in literary figures there are conceptual relations of similarity, difference and proportion. These relations are part of the structure of the arguments. In addition to claiming the centrality of style in rhetoric, this paper addresses the issues of law style, judicial style and style of lawyer profession. With respect to the latter issue, the clas-

sical theory of the three styles refers to three types of speaker: vehement, simple and modest. This paper studies notions of classical rhetoric that can be of great interest to the legal professions today.

Keywords: *Law style, styles of judges, styles of lawyers, rhetoric, types of speaker.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL ESTILO EN EL CORAZÓN DE LA ARGUMENTACIÓN.—3. EL ESTILO DE LAS LEYES.—4. EL ESTILO DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES.—5. EL ESTILO DE LA ABOGACÍA.—6. LA TEORÍA DE LOS TRES ESTILOS. UNA PROPUESTA CLÁSICA PARA LA ABOGACÍA DE HOY.—7. CONCLUSIÓN.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.—2. THE STYLE IN THE HEART OF ARGUMENTATION.—3. THE STYLE OF LAWS.—4. THE STYLE OF COURT JUDGMENTS.—5. THE STYLE OF LAWYERS.—6. THE THEORY OF THE THREE STYLES. A CLASSIC PROPOSAL FOR CURRENT LAWYERS.—7. CONCLUSION.

1. INTRODUCCIÓN

Cicerón¹, en los *Diálogos del orador*, realiza una interesante apreciación. Señala que la retórica usualmente traza una división entre el contenido del discurso (*inventio*), y la forma (*elocutio*). Sin embargo, señala Cicerón, las palabras no tienen valor si no dicen nada y, además, los pensamientos no existen sin las palabras. Por eso la distinción entre la *inventio* y la *elocutio* supone dividir lo que no puede dividirse. En el presente trabajo realizo una crítica a la perspectiva retórica de la llamada «teoría estándar»² de la argumentación (que

¹ CICERÓN, M. «Diálogos del orador». En M. CICERÓN, *Obras escogidas* (M. MenéndezyPelayo, Trans.). Buenos Aires, Librería «El Ateneo», 1951, p. 182.

² Una cuestión que es necesario aclarar es a qué me refiero cuando hablo de «Teoría Estándar». Como explica Vega Reñón, a finales de los años cincuenta del siglo XX se produjo un renacimiento de los estudios sobre argumentación, que, desde los años ochenta, ha dado lugar a un modelo tripartito con tres enfoques principales: la lógica, la dialéctica y el de la retórica. Esta división puede encontrarse, por ejemplo, en los célebres Van Eemeren y Grootendorst. Lo que hoy se entiende por argumentación jurídica, sostiene Atienza, tiene su origen en ese renacimiento de los años cincuenta, que tuvo como rasgo común el señalar la insuficiencia de la lógica formal como instrumento para analizar los razonamientos jurídicos en los casos complejos. Vega, L., y Olmos, P. (Eds.), *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, Madrid, Trotta, 2012. Cfr. VAN EEMEREN, F., y GROOTENDORST, R., *Speech Acts in Argumentative Discussions. A Theoretical Model for the Analysis of Discussions Directed toward Solving Conflicts of Opinions*, Dordrecht, Foris Publications, 1984. Cfr. ATIENZA, M. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, CEC.

ostenta la hegemonía actual, no solo en el ámbito de la teoría general de la argumentación, sino también en el ámbito específico de la teoría de la argumentación jurídica). Dicha crítica se dirige contra la excesiva centralidad de las temáticas relativas a la *inventio* (argumentos del discurso) y a la *dispositio* (orden de los argumentos dentro del discurso), y contra la correlativa marginación de la *elocutio* (estilo³) y la *actio* (exposición oral). Es decir, la teoría estándar privilegia lo relativo a la estructura de los argumentos y de los discursos⁴, pero margina lo relativo al estilo discursivo⁵ y a la exposición oral.

³ La reflexión sobre el estilo abarca lo relativo a la elocutio que, para Quintiliano, significa «hablar de modo hermoso y adornado», que es algo más difícil que argumentar bien y solo está al alcance de los mejores oradores. El dominio de la elocutio no requiere un discurso excesivo, cargado de adorno. El discurso debe poseer una belleza comedida y acompañada de una magnificencia que aporta un aura de autoridad. El estilo radica en dominar tanto el contenido como las palabras que lo expresan, sin caer en el exceso de pulcritud pues «no hay adorno mejor que el natural y conforme a la verdad de las cosas, y si es afectado, no sólo parece cosa fingida y sobrepuesta, sino que perdiendo su decoro hace que no se dé crédito a lo que dice el orador, porque deslumbra los sentidos y ahoga el discurso». Aunque Quintiliano separa la operación de la elocutio (momento de pulir el discurso) en una fase posterior a la *inventio* (búsqueda de los argumentos), es consciente de que no ambos están unidos intrínsecamente: «lo que suele ocurrir es que las mejores ideas dan lugar a hermosas expresiones, de modo que la misma luz de los argumentos es la que posibilita su belleza». Quintiliano, M. *Sobre la formación del orador (Institutiones Oratoriae)*, (A. Ortega, Trad.) Salamanca, Universidad Pontificia de Salamanca, 2001, VIII-Proemio.

⁴ Tanto Vega Reñón como Atienza aspiran a una fusión de la dialéctica y la retórica. En el caso de Vega Reñón, la propuesta consiste en el surgimiento de una teoría integradora que reivindique lo mejor de las tres perspectivas (lógica, dialéctica y retórica). En el caso de Atienza, su propuesta consiste en unificar a la dialéctica y a la retórica en la «dimensión pragmática» de la argumentación. De la descripción de ambos autores se deduce que la dialéctica es más ética y más racional, y desde su punto de vista esta fusión podría tener la ventaja de dar a la retórica la oportunidad de parecerse a la primera. La retórica enfatizaría los elementos del discurso que permiten convencer a las personas juzgadoras mediante argumentos (logos, *inventio* y *dispositio*), frente a los elementos tendentes a persuadir mediante emociones e imágenes (*ethos*, *pathos*, *elocutio*, *actio*). La perspectiva dialéctica, que constituye el epicentro de la teoría estándar, aporta la preocupación por los argumentos y también el énfasis en las reglas del discurso racional. Incluso la retórica de Perelman se encuentra más cerca de la tradición dialéctica que de la propia tradición retórica (mucho más preocupada por el estilo, la expresión no verbal y las emociones que la teoría de la argumentación actual). La racionalidad discursiva es tan importante para dicho autor que desarrolla la noción del auditorio universal, ideal regulador que recuerda al imperativo categórico kantiano, y al que solo se persuade mediante argumentos racionales (esta noción es muy distinta de los auditorios empíricos de Aristóteles, formados por distintos grupos sociales que demandan al orador amoldarse a distintos estilos emocionales). Vega, L. (2003). *Si de argumentar se trata*. Montesinos: Ediciones de Intervención Cultural. p. 10. Atienza, M. (2013). *op. cit.* cfr.

⁵ Hablar de retórica dentro de la teoría estándar es hablar, fundamentalmente, de Perelman, el padre de la «Nueva Retórica». López Eire explica que esta «Nueva Retórica» se inspira en una ética del discurso. El modelo de la «Nueva Retórica» concibe a la retórica, ante todo, como teoría de la argumentación (y no como aplicación de las pasiones, del carácter o de la belleza estilística). El propio Perelman explica en *La lógica jurídica y la nueva retórica*, que su meta era encontrar una metodología que

Considero que las causas de dicha marginación son profundas y están relacionadas con la primacía ideológica del punto de vista dialéctico en el interior de la «teoría estándar». En efecto, el punto de vista dialéctico incorpora tesis racionalistas y procedimentales que, en última instancia, se sustentan sobre la dicotomía entre lo racional y lo corporal, entre esencia y apariencia. Tanto el estilo como la expresión no verbal tienen en común que quedan del lado corpóreo y, por tanto, del lado de lo sospechoso. El estilo, según este punto de vista, se identifica con lo accesorio, la cosmética, la vacua floritura, la casa de la falacia⁶. Esta noción peyorativa del estilo no es algo nuevo, pues ya existía en la época clásica, unida allí al cientificismo platónico y a la desconfianza de lo estético. La consideración de lo estilístico como sospechoso fue una constante en la retórica clásica⁷.

La visión peyorativa del estilo se ve aún más acuciada en el mundo del derecho. Como explica el juez Posner⁸ la judicatura normalmente desdeña los preceptos de estilo, porque considera que el estilo es una cuestión literaria, y que la literatura es afectada y excesivamente refinada para las necesidades judiciales. La judicatura no pretende jugar

permitiera realizar razonamientos sobre cuestiones valorativas, trataba de estudiar cómo operaba la lógica en la argumentación jurídica y llegó a la conclusión de que en el ámbito del derecho no había lógica formal, sino técnicas de argumentación propias de la tradición retórica, dialéctica y tópica. Sin embargo, la parte de la tradición retórica que Perelman rescata es la que persuade por medio del discurso, excluyendo tanto la violencia como la seducción (es decir, excluyendo la parte más estética y emocional de la retórica, y quedándose con la más cercana al *logos*). LÓPEZ EIRE, A. (1998), «La retórica clásica y la actualidad de la retórica», en AA. VV., *Quintiliano: Historia y actualidad de la retórica* (vol. I, pp. 203-315). Logroño, Instituto de Estudios Riojanos. p. 299. Perelman, C. (1979). *op. cit.* p. 136.

⁶ La noción de falacia es compleja. Los griegos distinguían entre paralogismos y sofismas. Un paralogismo es un argumento incorrecto cometido de buena fe. Un sofisma es una estratagema argumentativa cometida con la intención de engañar. El concepto de falacia puede incluir a ambos, pero de un modo más estricto, puede utilizarse para hablar de sofismas. De acuerdo con el tratamiento tradicional del término «falacia» que nos llega desde Aristóteles, una falacia es lo que parece correcto y no lo es. Sin embargo, Vega Reñón considera que esta noción de «apariencia» no aclara demasiado pues lo que «parece» es todo lo que tiene eficacia suasoria, persuasiva, es decir, todo discurso retórico. La noción de apariencia, no obstante, es útil a la caracterización de la falacia, pues la falacia es toda estrategia argumentativa con intención de engañar y (apariencia de verdad) visos razonables de lograrlo. VEGA, L. (2003), *Si de argumentar se trata*, Montesinos: Ediciones de Intervención Cultural. p. 10.

⁷ Platón, en el «Gorgias», señala que la retórica se basa en la adulación de los sentidos y las emociones, frente a los argumentos que hablan el lenguaje de la razón. Pero incluso en los grandes defensores de la retórica es frecuente encontrar la comparación machista entre el estilo retórico y el maquillaje de una mujer, que oculta la imperfección. Platón. «Gorgias», en PLATÓN, *Diálogos* (J. Calonge, Trad., vol. II). Madrid, Gredos, 1983 § 463 b; 465 b. Ciceron, M. *El orador*. (E. Sánchez, Ed.) Alianza Editorial. 2004. Cfr., QUINTILIANO, M. *Sobre la formación del orador (Institutiones Oratoriae)*. (A. Ortega, Trans.) Salamanca, Universidad Pontificia de Salamanca, 2001, cfr.

⁸ Posner, R. *Law and Literature*, Cambridge, Harvard University Press, 2009, pp. 330 y ss.

con el poder persuasivo de la belleza, sino exponer los hechos con claridad. Sin embargo, señala Posner⁹, esa tesis parece ignorar que la belleza no está reñida con la claridad y que el poder de la retórica es algo que no se debería desdeñar. La retórica puede ayudar a crear imágenes emocionalmente poderosas, y en la labor judicial es importante que las exposiciones de hechos resulten persuasivas. No cabe duda de que la estética está presente en una sentencia: en el tono, el vocabulario, la cadencia, la estructura de las oraciones, las metáforas, etc. Una sentencia, como cualquier obra literaria, tiene que mantener el interés de quien la lea, construir una línea argumental coherente, mantener un grado de suspense que permita llegar hasta el final, seleccionar los hechos esenciales para incluirlos en la narración, proporcionándoles claridad y sucesión lógica, y contar la historia en una voz narrativa que les otorgue autoridad y credibilidad¹⁰. Considero que en la raíz del prejuicio contra lo estético se encuentran falsas dicotomías como contenido/ forma, argumento/ recurso literario, verdad/ apariencia, hechos/ narraciones u honestidad/ belleza. Espero que el presente trabajo contribuya a reflexionar sobre el papel fundamental que tiene el estilo en el derecho.

2. EL ESTILO, EN EL CORAZÓN DE LA ARGUMENTACIÓN

Antes de comenzar con cuestiones relativas al estilo en el derecho quiero introducir una reflexión de índole filosófica acerca de la relevancia del estilo para la argumentación. Mi tesis es que el estilo está en el corazón de la argumentación y, en relación con esta afirmación, considero interesante reivindicar la figura del célebre humanista español Baltasar Gracián¹¹, pues indagó sobre la unión intrínseca que existe entre el contenido de los textos y la forma de los mismos. La retórica de Gracián supone una ruptura y una auténtica innovación. En su *Arte del ingenio*, explica que los conceptos, para estructurarse, operan por comparación, o por concordancia con otros conceptos, y eso es lo que resulta proporcionado desde el punto de vista estético. La retórica, como la lógica, es un modo de acercarse a la arquitectura de las ideas. Las figuras del estilo son como las columnas de un edificio: algunas de ellas soportan el edificio, mientras que otras tienen como principal finalidad adornar. En cualquier caso, todas las figuras del estilo contienen una estructura conceptual¹². Gracián explica los recursos literarios desde esta óptica de su estructura. Por ejemplo, el

⁹ *Ibid.* p. 333.

¹⁰ *Ibid.* p. 350.

¹¹ GRACIÁN, B. *Arte de ingenio, tratado de la agudeza*, Madrid, Espasa Calpe, 1929. § II.

¹² *Ibid.* § IV.

enfrentamiento entre dos elementos iguales: una víbora y una osa, o el señalamiento de dos extremos con el fin de igualarlos.

Hay figuras cuya base recae más en los conceptos y otras que se sostienen también en gran medida sobre el sonido o la materialidad de las palabras (pero incluso estas se sostienen sobre relaciones analíticas de semejanza y diferencia), asimismo hay figuras que no son verbales, sino que se plasman en hechos en los que encontramos una proporción conceptual, una estructura inteligente. La agudeza fáctica, según explica Gracián, es la figura que consiste en encontrar la mejor manera de reaccionar ante una situación¹³. Por ejemplo, el tebano Ismenias era embajador ante el rey de Persia. Para los persas era ley inviolable hincar la rodilla ante la presencia real; y entre griegos hacer esto era una afrenta. Para salir del paso ante estas obligaciones enfrentadas Ismenias, al estar ante el rey, dejó caer un anillo y se inclinó para recogerlo, para dejar ambiguo si era cortesía o necesidad¹⁴. Las figuras pueden basarse en una relación analítica, en una similitud de sonidos o incluso en una curiosa armonía circunstancial que no requiere palabras. Pero además, Gracián explica que también un silogismo¹⁵ puede ser visto como una figura retórica si lo observamos desde el punto de vista estético. Es el caso de los silogismos estéticos, que son poemas o reflexiones artísticas como el siguiente de Guarini, «Ojos, astros mortales, ministros de mis males, que aun en sueños me mostráis que mi muerte buscáis, si me matáis cerrados, ¿Qué haréis, ojos, despiertos y rasgados?»¹⁶.

La tesis de Gracián es que, tras las los recursos estilísticos (Gracián los llama «agudezas»), sea cual sea el modo en el que se presenten, existe una sensación de belleza que emana de relaciones concep-

¹³ *Ibid.* § XXVII.

¹⁴ Otra figura parecida es la de las acciones hermosas, que son acciones que resultan persuasivas por su belleza. Un ejemplo es el de Pedro de Saboya que, ante el emperador Otón, fue vestido por el lado derecho con pedrería y por el izquierdo con fuertes armas. El emperador y todos los asistentes quedaron impresionados y dijo él, «señor, traigo esta mitad adornada para mostrar que estoy pronto a serviros; y esta otra armada, para mostrar que estoy también dispuesto a defender con armas vuestras tierras». Otra célebre anécdota es la de Hiperides, que cuenta Plutarco que defendía en un juicio a una hermosa mujer llamada Phrine y, viendo que no lograba convencer al auditorio, interrumpió su discurso y quitó a la joven el velo, mostrando a todos esa extrema belleza, de modo que borró toda sospecha de culpa y persuadió a los jueces de su inocencia. Otra divertida figura es la que consiste en aludir a un suceso, de manera que el auditorio se siente complacido por captar la alusión. Por ejemplo, unos cortesanos que decían a Nerón lo exquisitos que eran los hongos y él dijo «ciertamente, son comida de dioses», en alusión al hongo envenenado con el que mataron al emperador Claudio, su antecesor, al que contaban entre sus dioses. *Ibid.* §§ XXVIII a XXXII.

¹⁵ A minore ad maius (si esto es así en este pequeño contexto, mayor será en tal contexto mayor); a maiori ad minus (si esto tan grande no tiene gran efecto, menos aún lo tendrá lo pequeño), de igual a igual (si esto es así, en ese caso igual lo será también), etc.

¹⁶ *Apud.*, GRACIÁN, B., *Arte de ingenio*, *op. cit.* § XXXVII.

tuales, como pone de manifiesto esta hermosa afirmación de Lope de Vega «que era el remedio olvidar, y olvidóseme el remedio»¹⁷. Las relaciones que se dan tras las figuras son de alusión, contraposición, negación, disyunción, etc.¹⁸¹⁹. Gracián considera que, al igual que podemos encontrar belleza en las pequeñas unidades en las que el todo puede descomponerse, otra parte de la belleza emana del modo en el que se organiza el conjunto. Es decir, el estilo también está presente en la estructura general del discurso²⁰.²¹ En síntesis, la postura de Gracián es que no puede existir un estilo sin conceptos, porque los

¹⁷ APUD. GRACIÁN, B. *Arte de ingenio. op. cit.* § XXXX. Gracián afirma que este verso popularmente conocido es de Lope de Vega.

¹⁸ *Ibid.* § XXXX.

¹⁹ Disyunción (ejemplo, «mal que con muerte se cura, muy cerca tiene el remedio, mas no aquel que tiene el medio en manos de la ventura»), repartición (ejemplo, «pastores, que en vez de ovejas y de corderos en vez, rayos de sol guarda ella, de abril guarda flores él»), correspondencia (ejemplo, de Góngora «que los dos nos parecemos al roble, que más resiste los soplos del viento airado: tú en ser dura, yo en ser firme»), distribución (ejemplo, de Góngora: «la hermosura de Granada, cuyo pie da al campo flores, cristal su mano a Genil y al cielo sus ojos soles»), transición (ejemplo de Góngora, «cuantas veces remontada en esfera superior, de donde os perdía mi vista os cobraba mi atención» o de Monte Mayor «lo que empezaba la lengua lo acababa el corazón»), conmutación (ejemplo: un dicho de la universidad de Salamanca: «¡Oh, escuela de los maestros y maestra de las escuelas!»), gradación (ejemplo, de Góngora: «no solo en plata o viola trocada se vuelva, más tú y ello juntamente, en tierra, en humo, en polvo, en sombra, en nada»), etc., *ibid.* § XXXXI.

²⁰ *Ibid.* § XXXXII.

²¹ Entre los modos de hilar el discurso podemos citar aquel que consiste en componerlo con tres o cuatro partes con una conexión conceptual entre sí. Por ejemplo, hablar del nacimiento, la vida y la muerte de alguien. Aquí tenemos como nexo conceptual a la persona y a la sucesión cronológica. También podemos estructurar un discurso en tres problemas y tres posibles soluciones.

El hilo conductor del discurso puede ser una temática sobre la que se establecen relaciones de proporción como las expuestas en las figuras retóricas, por ejemplo de similitud: hoy ocurre lo mismo que ocurrió en otra ocasión. Por tanto, puede que el conjunto del discurso encaje dentro de una figura retórica. El discurso tiene que ir hilando las distintas figuras retóricas (y los argumentos que contienen) en un todo armónico. Un modo de hilar el discurso es mediante la formulación de una propuesta que luego se va desarrollando mediante argumentos. En estos casos la trabazón radica en la propuesta inicial. Otras veces se van encadenando afirmaciones, de modo que el desarrollo de una conduce a la siguiente. Esto se puede hacer también de modo ascendente o descendente, en una gradación. Por ejemplo, podríamos probar que esta persona hizo algo muy bueno, posteriormente que eso es útil para toda la comunidad, y finalmente que contribuye a un avance para la humanidad. Se puede utilizar una imagen como estructura del discurso, componiendo por ejemplo un retrato, con rostro, manos, boca. En cada parte del retrato se hablará de algo que tenga analogía con la parte concreta del cuerpo de la que se habla. Y también habrá semejanza entre la idea global del discurso y la imagen del retrato. Se puede dividir el discurso en tres aspectos, que se corresponden (o se oponen) con tres personas. También podemos empezar por una pregunta con varias respuestas posibles que pueden irse tratando una a una. En los discursos morales es frecuente plantear dos posibilidades enfrentadas, comenzar defendiendo una de ellas y luego defender la tesis contraria y refutar la primera. *Ibid.* §§ XXXXIII a XXXXVI.

conceptos son el alma del estilo²². El estilo en Gracián no necesita palabras, porque hay agudezas donde hay un ingenio que se desenvuelve en el mundo, donde hay invención, por ejemplo, en las soluciones creativas a los problemas que se nos presentan o en las imágenes hermosas que nos desarmen con su presencia. Antes de que nos dé tiempo a escribir o a verbalizar las ideas, el estilo ya se encuentra presente en ellas.

Esas estructuras e imágenes en las que nuestra mente sintetiza la realidad también son la clave de la racionalidad en el pensamiento kantiano, lo que probablemente no sea causal dado que el propio Kant dirigió la mirada hacia Gracián y es sabido que el humanista influyó sobre su pensamiento. Rivera de Rosales²³ nos presenta a un Kant romántico, casi herético, que se encuentra ante nuestros ojos en la mismísima *Crítica de la Razón Pura*²⁴. Según la tesis kantiana sentimos el mundo como una multiplicidad caótica, como un montón de imágenes, sonidos, impresiones táctiles carentes de sentido²⁵. Sobre esa masa informe actúa la imaginación, que es una actividad de nuestra mente que articula esa multiplicidad de sensaciones en objetos concretos haciendo figuras, imágenes y esquemas repetibles. Su carácter repetible, formal, es lo que hace de esos esquemas «conceptos», base del pensamiento lógico y de la abstracción²⁶. Fichte²⁷ considera que esta reflexión kantiana es subversiva: la imaginación, de ser considerada fuente de error y de capricho, de ser considerada la loca de la casa, pasa a ser la constructora de esa casa, la reina de la racionalidad, pues es la madre de las formas que nos permiten habitar el mundo. La imaginación construye el mundo al que llamamos real, y que es un mundo interpretado^{28, 29}. Desde estas tesis kantianas podría-

²² *Ibid.* § XXXXVIII.

²³ RIVERA, J. «La imaginación trascendental y el proyecto de transformación romántica», en F. Martínez (Ed.), *Romanticismo y marxismo* (pp. 145-212). Madrid, Fundación de Investigaciones marxistas, 1994, cfr.

²⁴ KANT, I., «Crítica de la Razón Pura», en *Obras completas I*, Madrid, Gredos, 2010.

²⁵ RIVERA, J. «La imaginación trascendental», 1994 *op. cit.* pp. 152 y ss.

²⁶ Lo sensible como tal, el mundo de lo múltiple y real, no puede ser conocido. Solo podemos conocer el mundo construido por las relaciones y esquemas de nuestra imaginación. Nuestro orgullo intelectual nos conduce a creer que lo auténticamente verdadero es el burdo esquema que usamos una y otra vez para capturar el mundo; pero en el fondo sabemos que nuestra imaginación y sus esquemas son lo que nos sitúa más cerca del mundo extraño que es nuestra casa. En la imaginación prerreflexiva, el conocimiento y la acción, las ideas y las sensaciones, están unidos. *Ibid.* p. 153.

²⁷ *Apud.* RIVERA, J., 1994, *ibid.* p. 158.

²⁸ *Ibid.* p. 159.

²⁹ En lo estético se manifiesta en su pureza la acción primaria y prerreflexiva de la imaginación, su acción sintetizadora. La imaginación, cuando está volcada en un propósito teórico, tiene el objetivo de hacer que la persona humana se sienta más cómoda en el mundo, que sienta que lo comprende. Por eso la razón humana elabora esquemas repetibles para otros objetos, a través de relaciones entre objetos de semejanzas y diferencias, de dependencia y continuidad, etc. Sin embargo, señala Kant, el

mos dirigir la mirada hacia las agudezas que recopila Gracián. Las agudezas expresan esquemas de la imaginación: poseen un componente imaginativo, pues son ingenio en acción; pero a la vez son esquemas, dado que contienen relaciones de semejanza, de diferencia, de contradicción. Esos esquemas son lo que permite que las agudezas (las figuras literarias o recursos retóricos) sean clasificadas.

3. EL ESTILO DE LAS LEYES

Se ha señalado³⁰ que el estilo en el que se redactan las leyes es conciso, y que reprime su carácter emocional, que es en ocasiones tan lapidario como el de las fórmulas matemáticas. Las leyes parecen querer transmitir con el estilo su carácter imperativo y el resultado es una aspereza que huye de realizar reflexiones teóricas. Las leyes tienen la ilación discursiva imprescindible para resultar comprensibles, pero el estilo de las leyes es bien distinto al de los ensayos. De Asís sostiene que, si encontramos belleza en estos textos será de un tipo parecido a la que expresan los edificios grandes y lineales, como una manifestación de poder y una metáfora inquietante de la autoridad del Estado. Sin embargo Llewellyn³¹ plantea que la estética de las normas intenta expresar algo más que una exhibición de poder, sostiene que la belleza del derecho ha de ser necesariamente, una belleza funcional. El estilo del derecho está condicionado por la necesidad de resultar eficaz. Llewellyn reflexiona sobre el concepto de la «funcionalidad» del estilo de las leyes. Matiza que, cuando dice que el derecho tiene que ser funcional, no está adoptando la concepción funcionalista de la arquitectura, que considera que no está legitimado ningún ornamento que no constituya una parte activa de la cosa proyectada. Llewellyn afirma que en una catedral gótica las vidrieras y esculturas no ayudaban a sostener el edificio, pero formaban una parte del mismo estéticamente justificada y necesaria para el propósito de edificio. Dice Llewellyn: «es tan procedente satisfacer el gusto del hombre por el juego y por la belleza como el que manifiesta por el trabajo bien

ámbito genuino del arte es aquel en el que la imaginación no se ve forzada a hacer la vida más fácil a la persona, no se dirige a comprender nada, sino que juega libremente, sin ninguna finalidad, contemplando la unicidad e irrepitibilidad de las sensaciones. La imaginación no produce aquí esquemas conceptualmente repetibles, sino que produce ideas estéticas, con las cuales hacemos finita la sensibilidad, haciendo captable para nosotros lo inefable. La genialidad artística escoge formas e imágenes en el incesante fluir, y esas formas son ingeniosas, nuevas, sorprendentes. El arte es bello cuando su adecuación a la forma parece tan libre de toda coerción de reglas como si fuera un producto de la naturaleza. Rivera, J. 1994, *op. cit.* p. 172 y ss.

³⁰ Agustín DE ASÍS, *Derecho y Arte*, publicaciones de la Escuela Social de Granada, 1959. p. 19.

³¹ Llewellyn, K. N., *Belleza y estilo en el Derecho*, Bosh, Barcelona, 1953. pp. 73 y ss.

hecho, o por una solución económicamente acertada, o por una forma correcta y precisa»³². Lo que sostiene Llewellyn es que podemos afirmar categóricamente que unas palabras están bien dichas cuando sirven para una función, y sobre todo, podemos afirmar que están mal dichas cuando sirven en exclusiva para estorbarla. Pero hay que ir más allá de esa utilidad estricta y valorar la conveniencia de cierto esplendor y belleza de los medios del derecho. En el derecho hay normas que son funcionales en el sentido más estricto, dado que no dejan lugar para que se añada ni una sola palabra porque dicha palabra, no solo sería un derroche, sino que además sería un peligro. Sin embargo, el autor señala que este estilo tan conciso a veces no es el más eficaz, dado que puede ser incomprensible y puede dar lugar a ambigüedades. Por eso las normas deben tener cuidado con el principio de economía del lenguaje³³.

El lenguaje de las normas debe ser intelectualmente accesible al pueblo, al que el derecho sirve y a quien pertenece. Aunque las personas profesionales del derecho a veces obtengan cierto beneficio usando un lenguaje oscuro, este resulta (a largo plazo) insostenible, porque el derecho demanda continuidad en su eficacia. El lenguaje jurídico debe ser claro. La norma jurídica más hermosa es la que expresa su finalidad y su razón de ser con claridad³⁴. Para Llewellyn la elegancia del derecho significa que cada detalle encaja, pero también requiere que las normas estén al servicio de las necesidades sociales, que el lenguaje exprese sentido, valores, precisión y que muestre que la norma es equitativa. Todo eso forma parte de la estética del derecho.

Atienza³⁵, como Llewellyn, considera que el lenguaje del derecho es, ante todo, funcional, es decir: no persigue valores literarios, sino resolver un determinado problema jurídico. Es un lenguaje que, a rasgos generales, resulta sobrio e impersonal, dirigido a un expresar al auditorio la idea de que va a resolver problemas de manera eficiente y no a proporcionar placer estético. A tenor de las reflexiones sobre el estilo de las leyes expuestas en este epígrafe me pregunto si el cambio en la ideología jurídica hacia una teoría de corte hermenéutico y axiológico daría lugar a un cambio en el lenguaje de las normas, tal vez hacia un enriquecimiento de sus cualidades estéticas y de sus referencias culturales. Como he expuesto, De Asís, en el contexto del franquismo español, consideraba que la finalidad del estilo normativo es expresar la autoridad del estado. Por su parte, Llewellyn y Atienza, adoptan la noción de eficiencia dentro de los contextos respectivos de un positivismo jurídico de corte realista en el caso de Llewellyn, y de un formalismo jurídico con tintes positivistas dominante en la España de Atienza. La noción de eficiencia, que alude a la técnica y a la opti-

³² *Ibid.* p. 76.

³³ *Ibid.* p. 77.

³⁴ *Ibid.* p. 79.

³⁵ ATIENZA, M., *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, cfr.

mización de resultados dentro de una racionalidad científica, resulta muy propia de sus respectivas culturas jurídicas.

4. EL ESTILO JUDICIAL

Atienza señala que las tres reglas que debe cumplir la escritura judicial son los tres preceptos básicos de la retórica: claridad, precisión y concisión. Dicho autor considera que uno de los problemas más habituales en nuestros días es el de las sentencias demasiado extensas. Este defecto está causado, en parte, por la facilidad de incorporar materiales que posibilitan los procesadores de texto³⁶. Según el juez Posner³⁷, la labor judicial tiene puntos en común con la escritura literaria. En concreto, el escritor desarrolla la historia de una manera específica porque siente que está bien así. Al juez le pasa eso a menudo: siente que un caso debe resolverse de un modo determinado. Es posteriormente, en el momento de motivar la sentencia, cuando logra expresar de modo razonado ese proceso interno. Ese esfuerzo por explicar da lugar a un refinamiento de la intuición inicial y a la introducción de matices.

Posner explica que en la judicatura se dan múltiples estilos³⁸ que se adaptan a la personalidad de cada juez y a cada momento histórico. El estilo depende de muchas cosas, incluyendo la decisión de evitar contracciones, coloquialismos y jerga. Por jerga no se refiere³⁹ a los términos de las doctrinas jurídicas (de los que la judicatura no puede prescindir) sino a los circunloquios y arcaísmos, que la judicatura usa a menudo. Esos usos son evitables, ya que el estilo es opcional. La judicatura confiere a su prosa un tono profesional, que muestra que pertenece a un grupo, pero se puede evitar el uso de mucha jerga ya arcaica. Las oraciones cortas, la supresión de ornamento y paréntesis, y la simplicidad y brevedad tienden a hacer más accesible el tono de un escrito, asemejándolo más al discurso oral. Pero una eliminación de toda ornamentación dará lugar a un estilo impersonal, burocrático

³⁶ ATIENZA, M. 2013, *op. cit.* p. 651.

³⁷ POSNER, R. *Law and Literature. op. cit.* pp. 330 y ss.

³⁸ El magistrado estadounidense expone una serie de reflexiones sobre algunos de sus más célebres predecesores en la judicatura de su país. Así, del famoso juez Marshall dice que utilizó un estilo «ilustrado», caracterizado por ser sistemático, poco emocional, poco adornado, poco pretencioso y voz de la razón, con ausencia de citas de precedentes y evitación de la jerga jurídica.

Posner señala que un estilo como el de Marshall tendría difícil acomodo en un sistema constitucional maduro, porque cuando una Constitución está fresca es normal escribir de manera más racional y más innovadora desde la perspectiva teórica. Un sistema constitucional maduro exige negociar con la jurisprudencia previa, que constriñe mucho la libertad, de modo que el estilo se vuelve más técnico y repetitivo. POSNER, R., *Law and Literature. op. cit.* pp. 351 y ss.

³⁹ *Ibid.* p. 369.

y excesivamente formal. La brevedad puede dar también un aire dogmático, las oraciones cortas pueden crear la impresión de un mandato. Posner continúa su exposición señalando que la evitación de títulos hace la sentencia más accesible, porque esos son elementos académicos. El uso de subordinadas y de jerarquías sintácticas en las oraciones, junto con el uso de conjunciones como «aunque» (construcción hipotética) da lugar a oraciones más difíciles de comprender. La propensión al uso de acrónimos eleva el tono haciendo parecer más técnico el escrito. La predilección por el uso de palabras raras que no son términos jurídicos puede elevar el tono haciendo parecer a la sentencia pomposa. El lenguaje personal hace que la sentencia resulte más accesible, y la impersonalidad eleva el tono. Configurar la sentencia como una narración, debate o indagación baja el tono, mientras que configurarla como un texto dogmático o una demostración lógica eleva el tono⁴⁰.

Posner señala que podemos dividir el estilo de las sentencias en dos modalidades: estilo puro y estilo impuro. El estilo puro es el que se expresa de manera extensa, solemne y previsible, en el sentido de que utiliza siempre los mismos modelos, que a su vez están tomados de la estructura de la mayoría de las sentencias judiciales del momento. Este estilo no se esfuerza por traducir palabras a la lengua común y cotidiana. Este tipo de sentencias utilizan el «corta-pega» con frecuencia, incluyen muchos detalles innecesarios para el escrito como nombres, datos y lugares, y complican el escrito con escrupulosas convenciones de citación. La persona juzgadora intenta parecer neutral, inexistente, refugiándose en frases hechas y huyendo de las novedades. El estilo puro es tan convencional que permite a la sentencia pasar desapercibida; y, sin embargo, es un estilo muy artificial, si se le compara con lo que escribiría sobre el mismo tema alguien sin conocimientos jurídicos⁴¹.

El estilo impuro se dirige a una hipotética audiencia de personas externas al mundo jurídico, intentando que se comprenda porqué se decide de una manera determinada. Estas personas juzgadoras escriben como si la sentencia fuese a ser oída más que como si fuese a ser leída, evitando largas citas de jurisprudencia previa, e intentando que el estilo resulte fresco, sin fórmulas hechas de antemano. El estilo impuro no pretende dar apariencia de saber más de lo que sabe, ni de tener más certeza de la que tiene. Omite los detalles innecesarios y los clichés.

El estilo puro, dice Posner, a pesar de la artificialidad, resulta más fácil de escribir para alguien acostumbrado a la práctica del derecho, ya que, una de las cosas que ocurre en las facultades de derecho es que el alumnado olvida cómo escribía antes de su conversión en juristas.

⁴⁰ *Ibid.* p. 370.

⁴¹ *Ibid.* p. 372.

Posner⁴² considera que se puede hablar de escritura buena y mala, y sentencia que la mayoría de la escritura judicial actual es mala. Una razón es la falta de cultura literaria del profesorado de derecho. Esta situación es reforzada por la percepción generalizada de que las profesiones jurídicas consisten en saber aplicar reglas y que esta labor no requiere saber escribir bien. En las facultades de derecho no se incentivan el hábito de lectura ni la adquisición de una cultura amplia. Posner parece coincidir con la elocuente idea de Atienza de que el formalismo jurídico es una enfermedad que produce malos escritores⁴³.

Antes que Posner, otro realista, Llewellyn⁴⁴, escribió sobre los estilos de escritura de la judicatura. Refiriéndose, no al estilo personal de cada persona juzgadora, sino a la forma de escribir más frecuente en cada periodo histórico. Llewellyn considera que es muy interesante comprobar cómo, al igual que ocurre con la arquitectura y con otros géneros artísticos, los cambios históricos van acompañados de cambios en la forma, en la estética de las sentencias judiciales. Para Llewellyn⁴⁵, el «estilo» son «las maneras de pensar y de operar por parte de quienes aplican el derecho». A pesar de que no se produzcan cambios legislativos en una sociedad, las transformaciones profundas en la escritura judicial ponen de manifiesto los cambios sociales. El derecho, en ese sentido, es como las catedrales: aunque las bases de la catedral sean románicas, las nuevas influencias estilísticas serán determinantes para el resultado arquitectónico. Cuando los poderes institucionales se resisten a introducir cambios constitucionales o legislativos, la judicatura posibilita la transformación del derecho a través de la flexibilidad del lenguaje. Dice Llewellyn: «me permito insitir nuevamente sobre el hecho de que la manera con que el artífice usa sus materiales tiene tanta o más importancia, respecto al resultado, como los materiales mismos»⁴⁶.

Llewellyn⁴⁷ critica al estilo formal, que solo funciona cuando opera en condiciones estables en las que los conceptos jurídicos y las normas se adaptan a las circunstancias y necesidades sociales del momento. Sin embargo el estilo formal está predestinado a convertirse en un mal estilo que obligará a las personas profesionales del derecho a recurrir tanto a las ficciones como a la interpretación espuria. Las consecuencias de ello son la confusión y el arbitrio impredecible. Llewellyn es tajante: considera que el estilo formal es una aberración estética, dado que «el derecho que no se manifiesta en armonía con la vida (...) no puede tener verdadera belleza»⁴⁸, en opinión de Llewellyn, la certi-

⁴² *Ibid.* p. 378.

⁴³ ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica. op. cit.* p. 651.

⁴⁴ LLEWELLYN, K., *Belleza y estilo en el Derecho*, Barcelona, Bosh, 1953, p. 27.

⁴⁵ *Ibid.* p. 31.

⁴⁶ *Ibid.* p. 33.

⁴⁷ *Ibid.* p. 73.

⁴⁸ *Ibid.* p. 74.

dumbre para los juristas es un bien prescindible cuando es necesaria la justicia para el pueblo, a cuyo servicio debe estar el derecho.

5. EL ESTILO DE LA ABOGACÍA

Frente al frío estilo de las leyes, Radbruch⁴⁹ elogia la fuerza de los grandes discursos de la abogacía, con su mezcla particular de frialdad analítica y calor de vida. Sin embargo, el jurista se lamenta de que la retórica no sea muy estimada en el mundo del derecho, pues se percibe la retórica como enemiga de la razón, como el bello ropaje que adereza los peores argumentos. La retórica resulta sospechosa y es tachada de artificial. Se considera que el discurso que se vale de la retórica ofrece una imagen falsa, una representación escénica que no se corresponde con el hablar auténtico, cotidiano y verdadero. Sin embargo, dice Radbruch «es en esos momentos extraordinarios de la vida, en los que trascienden de lo cotidiano, cuando el hombre se acerca más a su verdadero ser»⁵⁰. Radbruch considera que el recelo frente a la retórica tiene su causa en la sospecha que despierta, en general, todo lo estético, como si el hecho de que algo se diga con belleza y con sentimiento fuese indicativo de artificialidad e inautenticidad. Frente a esto el jurista aconseja: «hay que defenderse de esa crítica gazmoña que ve siempre en la elocuencia algo moralmente sospechoso, simplemente por tratarse de una forma o modalidad de arte»⁵¹. Llewellyn⁵² señala que la abogacía y la judicatura, con frecuencia, tratan de expresarse de modo sencillo, escueto, breve y preciso, dado que en el ámbito del derecho hay una idea muy extendida de que la tarea de la abogacía consiste en indicar el tipo jurídico en el que es subsumible un hecho, y que no hay que hablar de ética (que se considera algo extra jurídico). El formalismo jurídico (la filosofía simplista que concibe la tarea de la profesión jurídica como una mecánica subsunción, como una labor técnica que deja al margen toda motivación social o política y todo sentimiento de empatía) es un mal que conduce a la abogacía y a la judicatura a expresarse de modo deliberadamente feo y frío. La abogacía, en esa vorágine formalista, llega a eliminar el valor de la amistad, mirando en las relaciones solo el interés económico, como si solo eso fuese lo propio del derecho.

A propósito de esta reflexión sobre el estilo de la abogacía, considero interesante repasar las opiniones que los dejaron los grandes ora-

⁴⁹ RADBRUCH, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2005. p. 136.

⁵⁰ *Ibid.* p. 137.

⁵¹ *Ibid.* p. 137.

⁵² LLEWELLYN, K., *Belleza y estilo*, *op. cit.*, p. 20.

dores clásicos. Aristóteles⁵³ señala que el aspecto estilístico más importante de cualquier discurso es la claridad. En este sentido es interesante la advertencia del abogado Cicerón^{54, 55} de evitar las oraciones demasiado largas y las alteraciones de orden o las mezclas de conceptos que puedan provocar que el juez pierda el hilo. También recomienda Cicerón hablar despacio, para no abrumar con un tropel de palabras; así como usar palabras comunes, que todo el mundo comprenda, porque si no se comprende lo que decimos, nuestras palabras serán solo ruido. Una regla de la retórica que destaca Cicerón en relación con el estilo es que lo más placentero es lo que antes cansa⁵⁶. Por eso en retórica debemos ser breves en los excesos, tales como los momentos apasionados o poéticos, o las elevaciones de voz. El discurso no puede ser extremadamente expresivo y apasionado en toda su duración. Si queremos alzar la voz en un punto, es necesario que el discurso entero no sea un grito, hemos de variar la entonación. Y, con respecto a los recursos estilísticos, hemos de evitar empalagar⁵⁷. En los discursos jurídicos uno de los méritos del estilo radica en saber encontrar en la causa concreta los principios generales, aquello que realmente posee valor y que es capaz de despertar emociones. Los valores permiten llenar el discurso de sensaciones importantes y estas ideas tan elevadas nos inspiran discursos elocuentes y ponen pasión a nuestras palabras⁵⁸.

El abogado Quintiliano también nos aporta interesantes consejos estilísticos. Enumera una serie de características que hacen que un discurso resulte oscuro. Indica que las viejas fórmulas y las palabras desusadas deben evitarse. Lo mismo ocurre con los tecnicismos, que a muchas personas les resultan deslumbrantes, pero que deben omitirse siempre que hablemos a alguien que no pueda entendernos. Un elemento que genera especial oscuridad en el discurso es la excesiva extensión de las oraciones, que impide que entendamos su significado, por último, otro rasgo que hace confusos a los discursos son las digresiones, es decir, las aclaraciones y descripciones que interrumpen el hilo del asunto. Estas deben utilizarse con cuidado, para que el auditorio no se pierda⁵⁹. Un buen discurso, según el célebre orador, es claro y está expresado en palabras sencillas, posee un orden adecuado, contiene pocas fórmulas convencionales, y en él no falta ni sobra nada. Un buen discurso puede entenderse incluso si el auditorio anda

⁵³ ARISTÓTELES, *Retórica* (Q. Racionero, Trad.), Madrid, Gredos, 1990, § III-1404b.

⁵⁴ CICERÓN, M., «Diálogos del orador», en CICERÓN, M., *Obras escogidas* (M. Menéndez y Pelayo, Trans.), Buenos Aires, Librería «El Ateneo», 1951, p. 187.

⁵⁵ *Ibid.* p. 190.

⁵⁶ *Ibid.* p. 203.

⁵⁷ *Ibid.* p. 204.

⁵⁸ *Ibid.* p. 210.

⁵⁹ QUINTILIANO, M., *Sobre la formación del orador (Institutiones Oratoriae)* (A. Ortega, Trad.), Salamanca, Universidad Pontificia de Salamanca, 2001, § I-IV-III.

un poco distraído. Esto es esencial, ya que la persona juzgadora no siempre está del todo atenta a lo que decimos, y muchas veces no tiene ganas de esforzarse en interpretar todas las cosas enrevesadas que digamos. Además, la parte contraria intentará que la persona juzgadora no entienda lo que decimos, así que nos conviene que nuestros argumentos estén «tan claros como la luz del sol»⁶⁰.

Quintiliano destaca algunos defectos de estilo que son muy comunes. Tal vez el más común es el de que el discurso resulte monótono (parece que el sonido no varía), esto resulta desagradable para el oído y cansino. Se produce este problema cuando no hay figuras retóricas, cuando el discurso es demasiado largo y cuando las oraciones están mal construidas⁶¹. Otro defecto que enumera Quintiliano es el consistente en hablar con afectación, es decir, con demasiada grandeza, con exceso de dulzura, o con algún otro exceso que resulte poco natural⁶². Para Quintiliano una de las principales virtudes de un discurso consiste en expresar las cosas de manera viva, de modo que parezca que se despliegan ante la mirada del auditorio. Para ello se ha de describir de manera visual, señalando los colores, los elementos, las personas y todo lo que nos permita imaginar la situación. También se puede introducir dinamismo a la descripción, expresando el movimiento que se producía, lo que hacía cada persona en ese momento y lo que ocurría alrededor en su cotidianeidad. Cuando ha ocurrido un hecho que debería despertar emociones (por ejemplo, la compasión), no basta con decir de manera escueta que alguien fue asesinado, que a alguien le robaron o que alguien arruinó a otra persona. Si nos limitamos a constatar el hecho, todo el mundo comprenderá lo que queremos decir, pero nadie lo sentirá. Para que se sienta tendremos que hablar de los detalles de la situación, permitiendo que el auditorio, en su imaginación, sienta el abrazo, oiga los gritos y vea los rostros. Para lograr hacer esas precisas y punzantes descripciones la clave es no perder la sensibilidad ante la vida, pues solo así seremos capaces de transmitir aquello que nuestro corazón comprende⁶³. Quintiliano advierte que debemos tener moderación con las florituras discursivas. A la judicatura no le gustan los discursos tan bonitos que parecen fruto de un exceso de tiempo libre, un discurso debe empezar de manera sencilla y el mayor mérito del discurso forense es que no parezca muy elaborado⁶⁴. El estilo discursivo no radica solo en los pequeños elementos que lo componen, sino que también está presente en la estructura del mismo y en la armonía de la relación entre los conceptos. Así, se puede presentar una ordenación de conceptos que van desde lo menor hacia lo mayor, desde lo menos emotivo a lo más emotivo, desde lo

⁶⁰ *Ibid.* § I-IV-III.

⁶¹ *Ibid.* § I-VIII.

⁶² *Ibid.* § I-VIII.

⁶³ *Ibid.* § I-VIII.

⁶⁴ *Ibid.* § III-II.

más específico hacia lo más general, desde lo que ocurrió antes a lo que ocurrió después⁶⁵.

6. LA TEORÍA DE LOS TRES ESTILOS. UNA PROPUESTA CLÁSICA PARA LA ABOGACÍA DE HOY

Una de las grandes aportaciones de Cicerón⁶⁶ a la tradición retórica es su desarrollo de la teoría de los tres estilos. Cada uno de los tres estilos se adapta a un tipo de personalidad, pero también a un conjunto de situaciones e incluso a un tipo distinto de racionalidad. Cicerón explica que, si observamos las grandes obras pictóricas, encontraremos estilos muy distintos entre sí, y pensaremos que todos ellos, en su diversidad, son maravillosos. Esto ocurre también en la oratoria, porque las diferencias son algo natural en el arte. Hay personas abogadas que explican las cosas utilizando términos exactos, que estudian con gran atención las causas, y que encuentran con ingenio el argumento más fuerte para cada ocasión. Hay otras que brillan por su pasión, por hablar con una voz sonora, vehemente y arrebatada, con ademán noble y estilo en los movimientos, irradiando un aura de dignidad y utilizando un rico léxico. Estas descripciones son solo dos ejemplos de la infinita multiplicidad de los estilos, ya que hay tantos estilos retóricos como personas oradoras. Por eso, señala, cada persona encontrará la perfección oratoria por un camino distinto. Unas personas deberán hablar con menos adorno y más prudencia, mientras que otras deberán ser menos tímidas y modestas. La perfección no está en adaptarse a un modelo ideal, sino en que cada persona encuentre su propia perfección, su estilo único⁶⁷. El estilo se adaptará al auditorio, la situación, la gravedad del asunto, el contexto, los fines y sobre todo, a la persona oradora⁶⁸. A pesar de que cada persona posee un estilo único, Cicerón sostiene que a efectos pedagógicos es posible clasificar los estilos en tres tipos que recoge la tradición clásica y que describen los rasgos más relevantes de los más célebres oradores. En su obra *El orador*, Cicerón⁶⁹ señala que en los tres estilos han florecido ilustres oradores, pero muy pocos han destacado por igual en los tres.

El primero del los estilos es el vehemente, que se caracteriza por ser grandilocuente, apasionado, emocionante, variado, majestuoso, lleno de fuerza y rico en palabras e interrogaciones que implican al auditorio. Esas son las cualidades que acompañan al dominio del discurso vehemente, pero también puede ocurrir que la persona de estilo

⁶⁵ *Ibid.* § IV-I-IV.

⁶⁶ CICERÓN, M., *Diálogos del orador. op. cit.* p. 185.

⁶⁷ *Ibid.* p. 186.

⁶⁸ *Ibid.* p. 232.

⁶⁹ CICERÓN, M., *El orador* (E. Sánchez, Ed.), Alianza Editorial, 2004, § VI-20.

vehemente no tenga habilidad retórica y su discurso resulte desastroso. En este caso el discurso resultará carente de medida o corrección, y sonará como una verborrea excesiva que parece no tener fin. El tratado romano anónimo *Retórica a Herenio*⁷⁰, coincide con Cicerón al señalar que cuando se utiliza mal el estilo vehemente se produce un discurso histriónico y exagerado.

Cicerón explica que, el segundo de los estilos, el sencillo, se encuentra en el polo opuesto del vehemente y se caracteriza por ser agudo y más atento a la claridad que a la magnificencia. La *Retórica a Herenio* sostiene que, el estilo sencillo, cuando se utiliza mal, da lugar a un estilo seco, que es un discurso sin elegancia que parece entrecortado o monótono y que utiliza un vocabulario pobre, y a veces incorrecto⁷¹. Del estilo sencillo, explica Cicerón que parece lenguaje común, aunque en realidad no es tan fácil como parece. Es un estilo que no resulta exaltado en sus emociones, ni resulta rítmicamente atractivo, ni sofisticado en sus palabras. El rasgo central del estilo sencillo es que se centra en el contenido, es decir, se centra en informar. No emplea adornos, sino que pretende decir las cosas de modo limpio y elegante.

Este estilo procura que nada distraiga del contenido: ni un acento extraño, ni una voz afectada, ni unos gestos exagerados. Intenta regirse en todo momento por la prudencia⁷². El estilo sencillo era el preferido en la Grecia clásica, es el llamado estilo «ático». Dicho estilo apuesta por usar palabras de uso cotidiano, que suenen bien y que, sobre todo, expresen el concepto con la mayor claridad posible. La persona oradora sencilla no será audaz en el uso de palabras antiguas y procederá con moderación en el uso de expresiones adornadas. Las metáforas pueden usarse en este estilo, pero no para hacer el discurso más llamativo, sino cuando sean necesarias para definir algo con mayor claridad. Resulta sospechoso y poco prudente el uso de una metáfora más poética en este estilo. En este estilo no se usan muchas antítesis, ni recursos sonoros como la alteración de letras, porque no quiere parecer artificioso. El estilo sencillo no suele usar las repeticiones de palabras o frases que suelen usarse en retórica, ya que el objetivo de las mismas es alentar las pasiones. Las oraciones no destacan por la belleza de su prosa. La persona oradora adopta una actitud neutral, tanto en la voz, como en el contenido del discurso, y la expresión no verbal huye del histrionismo, de modo que no realiza movimientos exagerados del cuerpo, ni adopta expresiones marcadas con el rostro. Este tipo de oratoria admite el uso del humor, pero toma precauciones en su uso: no hacer chistes con demasiado frecuencia para no caer en la vulgaridad, no hacer mímica, no manifestar mala intención, no hacer chistes de desgracias (esto sería inhumano), ni de crímenes

⁷⁰ Anónimo, *Retórica a Herenio* (S. Núñez, Trad.) Madrid, Gredos, 1997, p. 135.

⁷¹ *Ibid.* p. 236.

⁷² *Ibid.* § XXIV-76.

(porque entonces la risa aplacará el odio), ni, por supuesto, sobre la persona juzgadora⁷³. El humor perseguirá solo a las personas adversarias, y aún así, con prudencia. El tipo de humor que suele usar este estilo ático es más ingenioso que cómico.

Del tercero de los estilos, el templado, señala Cicerón⁷⁴, es un estilo elegante, tranquilo y lento, que utiliza hermosas metáforas, alteraciones en el orden de las palabras y juegos con los sonidos. En este estilo caben las citas eruditas que dan un aspecto florido y profundo al discurso. La *Retórica a Herenio*⁷⁵ indica que, cuando se utiliza mal el estilo templado, se produce como resultado un discurso débil, carente de energía, que no logra mantener la atención de la persona oyente. El estilo débil produce en el auditorio la sensación de que ninguna idea se desarrolla de manera coherente.

Cicerón⁷⁶ señala que no puede erigirse a priori uno de los tres estilos como el mejor, ya que a unas personas les gustan los discursos arrebatados y rápidos como un río, y a otras personas les gustan los discursos pausados y de largas oraciones. Hay quienes transmiten sinceridad y candidez, y quienes hablan con dureza y severidad. En los tres estilos podemos encontrar la excelencia y la persona oradora debería aspirar a dominarlos los tres (aunque alguno de ellos se adapte mejor a su personalidad)⁷⁷. Cicerón explica que cada estilo es más adecuado a una finalidad distinta: el estilo sencillo es el mejor para argumentar y probar; el estilo templado es el mejor para agrandar y el estilo vehemente es el adecuado para emocionar. El dominio de la oratoria debería conducir a utilizar el estilo oportuno para cada ocasión. Es obvio que en algunas ocasiones queda muy mal hablar de manera grandilocuente, pero en otras ocasiones, la causa exige que se hable con vehemencia. En cualquier caso, es necesaria la virtud de la prudencia para saber cambiar el registro de estilo⁷⁸. Cicerón⁷⁹ señala que la persona que logre dominar el arte retórico sabrá cambiar de estilo en función de la ocasión y la materia. El estilo sencillo permitirá definir y explicar las cosas embrolladas. El estilo templado despertará la admiración que despiertan las personas moderadas, prudentes, cultas y elegantes. El estilo vehemente logrará mostrar en toda su grandeza los valores más elevados y los crímenes más terribles. Por tanto, aunque cada persona se sienta más identificada con un estilo que con otro, debe intentar dominarlos todos en la medida de lo posible. El propio Cicerón, conocido por su vehemencia, explica que intentó utilizar el estilo más conveniente a cada ocasión.

⁷³ *Ibid.* § XXVI-87.

⁷⁴ *Ibid.* § XXVII.92.

⁷⁵ Anónimo, *Retórica a Herenio*, 1997, *op. cit.*, p. 236.

⁷⁶ CICERÓN, M., *El orador*, *op. cit.*, § X-32.

⁷⁷ *Ibid.* § XIX-53.

⁷⁸ *Ibid.* § XXI-69.

⁷⁹ *Ibid.* § XXVIII-101.

A pesar de recomendar el dominio de los tres estilos, Cicerón⁸⁰ no puede evitar reflejar su predilección por el estilo vehemente, que, según lo describe, se caracteriza por hablar de modo entusiasta y abundante, resulta un estilo poderoso, elegante y teatral. Este es, según Cicerón, el estilo de la oratoria con mayúsculas, es decir, de esa oratoria que el auditorio contempla y admira, que pocas personas alcanzan. Esta oratoria es poderosa porque logra remover las emociones, arrancar las viejas opiniones y lograr adhesión hacia las propuestas. Cicerón⁸¹ señala que de los tres estilos es el más arriesgado porque esta pasión desbordante puede dar lugar a grandes desprecios. A la persona oradora sencilla le basta con hablar de modo inteligente y educado para que le declaren buena oradora, a la persona templada le basta con mostrar su natural elegancia. Pero este tercer tipo de persona oradora, sino tiene mucho cuidado parecerá una persona loca o delirante. Es necesario que controle su caudal para hablar con tranquilidad, reposo y orden cuando la causa lo exija, y habrá ocasiones en las que su estado emocional alterado le hará parecer una persona loca o beoda, especialmente cuando el auditorio no esté propenso a emocionarse.

Quintiliano⁸² explica en sus *Instituciones* que a Cicerón le criticaron enemigos que presumían de hablar en estilo ático (sencillo), pero que en realidad se expresaban de manera árida y aburrida. Esas personas no podían tolerar, en opinión de Quintiliano, «el gran golpe de luz» de la oratoria ciceroniana. En opinión de Quintiliano el modo en el que usamos la palabra, nuestro estilo, dice mucho sobre nuestro carácter ya que detrás de cada estilo hay una virtud: el estilo sencillo se corresponde con la inteligencia, el vehemente con la pasión y el templado con la dulzura. Sin embargo, recuerda Quintiliano, la retórica no se reduce a estos tres estilos; estos solo son una clasificación posible, pero en la oratoria real habrá más de tres estilos y también habrá personas oradoras que tengan cosas de varios. La persona oradora no debe elegir un solo estilo, sino hacer uso de las características de todos, según lo exijan las circunstancias⁸³. Quintiliano advierte que los buenos discursos del estilo vehemente son grandiosos, pero no desmesurados; fuertes, pero no temerarios; serios, pero no pesados ni convencionales; entusiastas, pero no frívolos; y completos, pero sin vistoso relleno. El discurso vehemente debe huir de la excentricidad⁸⁴.

Agustín de Hipona⁸⁵, que era especialista en retórica, desarrolló algunos aspectos de la teoría de los tres estilos. Apunta que el estilo vehemente no se distingue del templado por el mayor uso de adornos,

⁸⁰ CICERON, M. *El orador. op. cit.* § XXVIII-97

⁸¹ *Ibid.* § XXVIII-99.

⁸² QUINTILIANO, M., *Institutiones Oratoriae. op. cit.*, § XII-X-II.

⁸³ *Ibid.* § XII-X-IV.

⁸⁴ *Ibid.* § XII-XI-I.

⁸⁵ DE HIPONA, A. «Sobre la doctrina cristiana», en *Obras de San Agustín*, Madrid, B. A. C, Libro IV, 1958. p. 41.

ya que ambos pueden utilizar la misma cantidad de recursos retóricos; la diferencia entre ambos radica más bien en que el discurso vehemente es más apasionado. El discurso vehemente admite los recursos, pero también puede presentarse sin ellos, «ya que, llevado de su propio ímpetu, si le sale al encuentro la belleza de la expresión, la arrebatada por la fuerza de las cosas, mas no la toma por el afán de adornarse». Es decir, que no elige las palabras buscando la belleza, sino la expresión de las emociones⁸⁶. Por eso el filósofo sugiere que, cuando tengamos dudas sobre si un discurso pertenece a un estilo o a otro, hemos de preguntarnos si su rasgo más llamativo es la inteligencia, si lo es la elegancia o lo es la pasión. Eso nos permitirá saber si es un discurso sencillo, templado o vehemente⁸⁷. El de Hipona aconseja mezclar los estilos para lograr mantener la atención del auditorio. Al clasificar el discurso le designaremos el estilo que más haya marcado el discurso⁸⁸.

El principio de un discurso debe ser sencillo o moderado, ya que el énfasis del estilo vehemente servirá para resaltar las cuestiones importantes, y cuando se traten cuestiones difíciles de comprender debe usarse el estilo sencillo. Por su parte, el estilo moderado se utiliza para elogiar, y el vehemente para condenar o movilizar a la acción. Una persona oradora puede brillar en cualquier estilo, de modo que de una persona que logre el entusiasmo del auditorio no hemos de pensar automáticamente que utiliza el estilo vehemente. Reconoceremos el estilo vehemente más bien por el logro de lágrimas o por signos de efusiva adhesión⁸⁹. El estilo vehemente es el que puede lograr que una persona que tiene claro que desea hacer algo, salga de la sala queriendo hacer otra cosa muy distinta. Pero, en opinión del de Hipona, no se debe despreciar la capacidad del estilo sencillo que, mediante la paciente enseñanza, puede cambiar las vidas de la gente. Con respecto al estilo moderado, muy efectivo para la alabanza, también logra transformar las acciones del auditorio.

Los tres estilos logran persuadir, pero la vía por la que se logra esa persuasión es distinta en cada caso⁹⁰. Considero que puede ser muy interesante asociar estas reflexiones sobre la teoría de los tres estilos con la clasificación aristotélica de las tres vías de la persuasión. Recordemos que Aristóteles distingue el *logos* (la razón), el *pathos* (las emociones) y el *ethos* (el carácter ético)⁹¹. Señala el de Hipona que el estilo sencillo produce en el auditorio la sensación de que lo que oyen es la verdad (esto se correspondería con la vía persuasiva de la razón),

⁸⁶ *Ibid.* p. 44.

⁸⁷ *Ibid.* p. 50.

⁸⁸ *Ibid.* p. 51.

⁸⁹ *Ibid.* p. 53.

⁹⁰ *Ibid.* p. 54.

⁹¹ ARISTÓTELES, *Retórica* (Q. Racionero, Trad.), Madrid, Gredos, 1990, § II-1357a 31-32

el estilo vehemente hace sentir al auditorio que deben actuar de la manera que dice el discurso (vía persuasiva de las emociones). El poder del templado, dice el de Hipona, es más complejo. El discurso templado resulta bello y elegante, pero ¿para qué sirve eso? La persona oradora nos parece agradable, ya sea por su dulzura, por su cultura, por la belleza que transmiten sus palabras. Es decir, hay unas cualidades que nos resultan agradables y que se ponen de manifiesto en el discurso, y dicho discurso nos mueve a imitarlas o a promoverlas (vía del carácter)⁹².

7. CONCLUSIÓN

El estilo forma parte del corazón de la argumentación, pues la forma vertebrata las estructuras sobre las que se construye el pensamiento. En este sentido, las reflexiones de Gracián rompen con el juicio despectivo que se dirige a la *elocutio*, al estilo, como territorio de lo accesorio, lo frívolo y lo falso. Sus reflexiones también resultan innovadoras con respecto a la partición de la retórica clásica que sitúa a la *elocutio* como una fase distinta y posterior a la de la *inventio*. Para la retórica clásica el estilo es la operación que se realiza cuando el discurso está esbozado y solo nos queda pulirlo. El punto de vista de Gracián nos invita a considerar que no hay argumentación sin estilo, porque la *elocutio* no es como la vestimenta que podemos quitarnos, sino como el cuerpo, que es la casa de nuestro ser. La desconfianza hacia lo estético, que es considerado algo superficial, trivial y accesorio frente a la seriedad de la razón, se percibe también en el ámbito del derecho. Frente al punto de vista prejuicioso que considera que todo lo estético es vacío, el estilo se revela como la casa de los conceptos y la forma de los argumentos. Considero que el estilo es, simultáneamente, fuente de claridad conceptual y artífice de persuasión; de modo que en el estilo se unen la razón y la emoción. No existen en el derecho territorios libres de estilo, pues el estilo vertebrata las leyes, redacta las sentencias judiciales y está presente también en los escritos y alegatos que presenta la abogacía. No cabe una argumentación jurídica sin estilo. Frente al punto de vista de la teoría estándar, que sitúa en la preponderancia del estilo la causa histórica de la pérdida de influencia de la retórica (por su reducción a un compendio de recursos literarios), aquí se sostiene que fue el renacimiento científico de Bacon y Descartes (posterior al renacimiento humanista florentino), con su desconfianza de lo estético, el inicio del desmembramiento del arte de la elocuencia. La *elocutio* quedó desprestigiada, separada de la *inventio*, y juristas y literatos quedaron separados por la frontera que divide

⁹² *Ibid.* p. 55.

el reino del *logos* del territorio del *pathos*⁹³. La teoría estándar es hija de su tiempo y sus aproximaciones a la retórica, en mi opinión, no logran transmitir el espíritu hechicero y poético que manifestaban las obras clásicas (incluso las del crítico Platón), con su constante atención a la emoción y a la belleza.

El estudio del estilo resulta de utilidad tanto para la teoría del derecho como para la praxis cotidiana de los operadores jurídicos. El análisis del estilo de las leyes ha proporcionado interesantes reflexiones sobre la eficacia de los textos legales y constitucionales, como las aquí expuestas de Llewellyn. El estilo también nos permite extraer consideraciones acerca de las concepciones del derecho asumidas por la judicatura, como atestiguan las reflexiones de Llewellyn y de Posner. Junto con esta vertiente teórica, ha de enfatizarse la vertiente práctica de este objeto de estudio. La retórica clásica proporciona una sólida tradición de *elocutio* forense, con múltiples consejos destinados a la abogacía y la judicatura, con el fin de mejorar su capacidad persuasiva. La actualidad de estas recomendaciones, heredadas de los más célebres abogados de la época clásica, resulta asombrosa. La teoría de los tres estilos constituye un buen ejemplo de las posibilidades (poco conocidas) que ofrece el legado clásico a la argumentación contemporánea.

Fecha de recepción: 31/03/2017. Fecha de aceptación: 31/10/2017.

⁹³ Esta vinculación entre el desprestigio de la retórica y el renacimiento científico está sólidamente documentada en LÓPEZ EIRE, A. (1998), «La retórica clásica y la actualidad de la retórica», en AA. VV., *Quintiliano: Historia y actualidad de la retórica* (vol. I, pp. 203-315), Logroño, Instituto de Estudios Riojanos. p. 299. PERELMAN, C. (1979), *op. cit.*, p.136.

Algunas reflexiones en torno al Derecho y a la justicia
penal en la filosofía protoanarquista de William
Godwin (1756-1836)¹

*Some Reflections on Law and Criminal Justice in the
Protoanarchism Philosophy of William Godwin
(1756-1836)*

Por JOSÉ MARÍA GARRÁN MARTÍNEZ
Universidad de Salamanca

RESUMEN

El artículo examina dos reflexiones del pensador británico William Godwin. La primera es la relativa a la crítica de los rasgos generales del Derecho entonces vigente, la segunda se refiere a la filosofía y al modo de aplicación de las leyes penales. Analizaré sus planteamientos sobre algunos temas significantes, como el concepto de sanción penal, el problema de su justificación o la posibilidad de rehabilitación de los presos. También aludiré a varias de sus propuestas destinadas a revertir el orden jurídico, entre las que cabe destacar la abolición de las leyes y la construcción pacífica de un nuevo modelo de sociedad comunal. Haré algunas breves referencias a la tensión, que está presente en el trasfondo de estos temas, entre los derechos a la libertad y a la seguridad.

Palabras clave: *Derecho, pena, libertad, seguridad.*

¹ Este trabajo se inserta en el proyecto de investigación DER2016-74898-C2-1-R, «Conflictos de derechos: tipologías, razonamientos, decisiones», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, AEI y FEDER.

ABSTRACT

The article examines two reflections of the British thinker William Godwin. The first one is that of the critique to the general traits of the law at the time in force, the second one refers to the philosophy and the mode of application of the criminal laws. I will analyze his approaches to some important issues like the concept of criminal punishment, its justification and the possibility of rehabilitation of prisoners. I will also make allusion to several of his proposals to reverse the legal order, which include the abolition of laws and the peaceful construction of a new model of communal society. I will do some brief references to the tensión, which is present in the background of these issues, between the rights to the freedom and to the security.

Keywords: Law, criminal punishment, freedom, security.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.-2. LIBERTAD Y DERECHO.-3. RASGOS GENERALES DEL ORDEN JURÍDICO Y SU FUNCIONAMIENTO.-4. REFLEXIONES EN TORNO A LA JUSTICIA PENAL. 4.1 Generalidades. 4.2 Concepto de sanción penal. 4.3 La justificación utilitarista de la pena. 4.4 ¿Determinismo o libre arbitrio? 4.5 Rasgos principales del proceso penal. 4.6 Características y clases de penas. Referencia a la pena de muerte. 4.7 La rehabilitación del condenado y críticas al sistema penitenciario.-5. PROPUESTAS PARA UNA NUEVA SOCIEDAD. 5.1 La utopía judicial. 5.2 La utopía política.-6. BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.-2. FREEDOM AND LAW.-3. GENERAL FEATURES OF LEGAL ORDER AND ITS FUNCTIONING.-4. REFLECTIONS ON CRIMINAL JUSTICE. 4.1 Generalities. 4.2 Concept of criminal punishment. 4.3 The utilitarian justification of criminal punishment. 4.4 Determinism or free will? 4.5 Main features of criminal trial. 4.6 Characteristics and classes of criminal punishment. Reference to the death sentence. 4.7 The rehabilitation of the prisoner and critiques to the penitentiary system.-5. PROPOSALS FOR A NEW SOCIETY. 5.1 Judicial utopia. 5.2 Political utopia.-6. BIBLIOGRAPHY.

«Siempre que el gobierno se arroga la decisión de librarnos de la dificultad de pensar por nosotros mismos, la única consecuencia que produce es el letargo y la imbecilidad».

William Godwin, *Enquiry*, p. 567².

² GODWIN, W., *Enquiry Concerning Political Justice and its Influence on Modern Morals and Happiness*, «Introduction», «A Note to the Reader» and «A Note on the Text» by Isaac Kramnick, London, Penguin Books, 1985. El libro reproduce la edi-

1. INTRODUCCIÓN

La obra del filósofo británico William Godwin se enmarca en uno de los periodos más convulsos e influyentes de la historia del pensamiento iusfilosófico y político, los últimos años del siglo XVIII. Un momento en el que las teorías contractualistas y las utilitaristas comenzaban a enfrentar sus argumentos tendentes a justificar el porqué y el para qué existen la sociedad, el Derecho o el Estado, entre otros controvertidos temas.

En ese agitado contexto, marcado por las repercusiones de la Revolución Francesa, el discurso filosófico de Godwin aparece salpicado por múltiples influencias doctrinales procedentes del primer utilitarismo, del racionalismo ilustrado y del libertarismo utópico, entre otras³; no es extraño, pues, que su pensamiento se haya catalogado como ecléctico y protoanarquista⁴.

ción de 1798, que será la que utilizaré de forma casi exclusiva en mi exposición. Dado el título tan largo de la obra, me referiré a ella, simplemente, como *Enquiry*.

Del *Enquiry* conocemos tres ediciones publicadas en vida del autor y supervisadas por él. La primera es de 1793; la segunda, de 1796, contiene varios cambios y, la tercera, de 1798. Al parecer, esta última «es como él deseó que se leyera su libro por la posteridad». El historiador norteamericano Isaac Kramnick, concluye que, a pesar de las tres ediciones mencionadas, «los cambios en *Political Justice* son mínimos, la doctrina política anarquista permanece invariable de una edición a otra». Cfr., KRAMNICK, I., «A Note on the Text», en W. GODWIN, *Enquiry... op. cit.*, pp. 57 y 58.

Existe traducción al español titulada *Investigación acerca de la justicia política*, traducción J. Prince, incluye el artículo «William Godwin y su obra acerca de la justicia política», escrito por Diego A. DE SANTILLÁN (seudónimo de Sinesio Baudilio García Fernández), Madrid, Ediciones Júcar, 1985. Reproduce la edición de 1793.

Sobre la obra general de William Godwin, pueden consultarse, entre otros: BUENO OCHOA, L., *Godwin y los orígenes del anarquismo individualista*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2008; CANO RUIZ, B., *William Godwin. Su vida y su obra*, México, Editorial Ideas, 1977; SÁNCHEZ GARCÍA, R., *La razón libertaria: William Godwin, 1756-1836*, Madrid, Fundación Anselmo Lorenzo, 2007; de la misma autora, «William Godwin y la deslegitimación de la sociedad liberal», en *Cuadernos de historia contemporánea*, n.º 23, 2001, pp. 195-216, y «Aspectos económicos del pensamiento de William Godwin», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 16, 1993, pp. 159-193; TRUYOL Y SERRA, A., *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. 2. Del Renacimiento a Kant*, Madrid, Alianza, 1982, p. 310; ÁLVAREZ JUNCO, J., «La teoría política del anarquismo», en F. Vallespín (ed.), *Historia de la Teoría política* (4), Madrid, Alianza editorial, 1992, pp. 262 y ss.; WOODCOCK, G., *A Biographical Study*, New York, Black Rose Books, 1989; MARSHALL, P. H., *William Godwin*, New Haven, Yale University Press, 1984 (imp. 2015), y CLARK, J. P., *The Philosophical Anarchism of William Godwin*, Princeton, Princeton University Press, 1977 (imp. 2015).

³ Entre las influencias en su pensamiento, R. Sánchez García menciona las cuatro siguientes «las sectas protestantes disidentes, los clásicos griegos y latinos, la tradición británica y los filósofos franceses». Cfr., *La razón libertaria. William..., op. cit.*, pp. 19 y ss.

⁴ Refiriéndose a los precursores del anarquismo y la esencia de su ideario, J. Álvarez Junco considera que «las creencias básicas de las que se nutre son la libertad individual, el poder emancipador de la razón y la ciencia, la inevitabilidad del progre-

Antes de abordar el objeto de mi trabajo, las reflexiones de nuestro autor en torno al Derecho y a la justicia penal de su época, he considerado oportuno referirme a cuatro asuntos que pueden servir para conocer mejor el pensamiento filosófico general de Godwin.

1) La problemática sobre los «derechos del hombre», a la que no dedicó mucho tiempo a pesar de ser una cuestión muy en boga entonces, fue abordada por Godwin desde una perspectiva utilitarista⁵. En contra de lo defendido por la teoría que definía a los derechos naturales individuales como facultades ilimitadas, insistió en que la sociedad se instauró en su origen para el beneficio y la felicidad común y que, por tanto, en vez de reivindicar el ejercicio de sus derechos de modo absoluto, el ser humano es, ante todo, «un ser a quien corresponde el cumplimiento de determinados deberes». Los deberes hacia la sociedad tenían, para él, prioridad frente a los derechos individuales⁶.

2) En relación con la teoría del contrato social, Godwin planteó numerosos interrogantes que, a su juicio, aún no habían sido contestados de forma satisfactoria. Entre otros asuntos consideró necesario que cada generación renovase el contenido de ese acuerdo y se preguntó por las consecuencias que tenía el simple acatamiento tácito de lo establecido en ese contrato, remitiéndose a la doctrina de Locke y a la crítica de Hume⁷. Finalmente, rechazó la idea de delegar las deci-

so, la bondad básica del ser humano y la armonía fundamental de la naturaleza. Es este conjunto el que hace posible el ideal de una sociedad sin coacción» a lo que añade que «ideas así formuladas pueden encontrarse ya en Godwin, e incluso en autores muy anteriores, como Bernardin de Saint-Pierre, que difícilmente pudieron tener nada que ver con un movimiento obrero apenas embrionario por entonces y totalmente desprovisto de carga mitológica liberadora». Cfr. «La teoría política del...», *op. cit.*, p. 263.

⁵ Esta terminología de «derechos del hombre», como es sabido, era la utilizada entonces en la mayoría de los textos constitucionales y doctrinales.

⁶ Comentando las palabras de Godwin al respecto, Kramnick nos dice que «el hombre no tiene una concesión permisiva para hacer lo que quiera fundamentada en alguna ética supuesta de autojustificación. Está obligado por la justicia a cumplir su deber, a emplear sus talentos, su conocimiento, su fuerza y su tiempo en la producción de la mayor cantidad del bien general». Cfr. GODWIN, W., «Introduction», *Enquiry*, *op. cit.*, p. 17.

⁷ Sobre el consentimiento tácito, J. LOCKE, *Segundo tratado sobre el gobierno. Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno*, «Introducción», revisión de la traducción y notas de Pablo López Álvarez, Madrid, Biblioteca Nueva, 1999, «Capítulo VIII. Del comienzo de las sociedades políticas», p. 117, había afirmado que «todas aquellas personas que tienen bienes o el disfrute de una parte cualquiera de los dominios territoriales de un gobierno, otorgan con ello su consentimiento tácito y se obligan a obedecer desde ese momento las leyes de tal gobierno mientras sigan disfrutando de esos bienes y posesiones...ese consentimiento puede consistir simplemente en el hecho de vivir dentro del territorio de dicho gobierno». La conocida crítica de D. HUME, se encuentra en *Ensayos políticos*, introducción y traducción de César Armando Gómez, Madrid, Unión Editorial, 1975. Cfr., «Ensayo XII, del contrato original», p. 123, donde afirma: «La obediencia y la sujeción llegan a ser tan familiares que la mayoría de los hombres no indagan su origen o causa, como no se ocupan del principio de la gravitación, la resistencia de los cuerpos u otras leyes uni-

siones que deben ser adoptadas conforme al ejercicio de la libertad personal de cada sujeto en representantes políticos, siguiendo en esta ocasión la tesis de Rousseau, según la cual, la soberanía no puede ser delegada⁸. En el fondo de su pensamiento late la convicción de que el pacto social implica la creación de instituciones que inevitablemente actúan con autoridad, lo que supone, según él, la restricción de la libertad del individuo.

3) Las reflexiones filosóficas de Godwin comparten buena parte de las características de los discursos utópicos desarrollados desde finales del siglo XVIII hasta el primer tercio del XIX, aproximadamente. En sus obras se encuentran contundentes denuncias contra las injusticias políticas, sociales y económicas padecidas por la inmensa mayoría de la población. Afirmó que «la desigualdad en la propiedad había alcanzado un nivel alarmante» y que «los ricos en todos estos países son directa o indirectamente los legisladores del Estado», por ello, están «convirtiendo la opresión en un sistema»⁹. Criticó que en las sociedades de su tiempo la moralidad se practicaba a través de «la clemencia y la caridad, en vez de un sistema basado en la justicia»¹⁰. De los obreros y campesinos dijo que «al anochecer volvían a sus familias, hambrientos, medio desnudos, expuestos a las inclemencias del cielo, escasamente abrigados y se les deniega la más mínima instrucción»¹¹. No obstante, y a pesar de todas estas penurias, pronosticó que algún día llegará un futuro mejor en el que «no habrá... personas ocupadas en manejar los diversos rodajes de la complicada máquina del gobierno, no habrá recaudadores de impuestos, ni alguaciles, ni aduaneros, ni funcionarios... ejércitos ni armadas, no habrá cortesanos ni lacayos», expresiones que recuerdan a las promesas sobre la sociedad comunista de la que hablara Marx¹². Finalmente, Godwin concluyó que, desechado el Derecho y la violencia como instrumentos

versales de la naturaleza». Y en relación al contrato original dice que «... al ser tan antiguo, y haber pasado sobre él los mil cambios de gobierno y príncipes, no podemos pensar que conserve ninguna autoridad».

⁸ ROUSSEAU, J. J., *El contrato social*, traducción Enrique López Castellón, Madrid, Edimat, 2000. En este conocido párrafo puede leerse lo siguiente: «Los diputados del pueblo no son, pues, ni pueden ser sus representantes, no son más que sus delegados; no pueden acordar nada definitivamente. Toda ley que no haya sido ratificada personalmente por el pueblo es nula; no es una ley. El pueblo inglés se cree libre y se equivoca de parte a parte, sólo lo es durante la elección de los miembros del Parlamento, en cuanto los ha elegido, es esclavo, no es nada. Por el uso que hace de su libertad en los breves momentos en que disfruta de ella merecería perderla». Cfr. libro II, cap. XV, p. 124. Sobre las principales teorías del contrato social es imprescindible ver M. A. RODILLA GONZÁLEZ, *Contrato social. De Hobbes a Rawls*, 2 vols., Salamanca, Ratio Legis Ediciones, 2014.

⁹ Cfr. GODWIN, W., *Enquiry...*, *op. cit.*, pp. 89 y 92.

¹⁰ *Ibid.*, p. 708.

¹¹ *Ibid.*, p. 730.

¹² Cfr. GODWIN, W., *Investigación acerca de...*, *op. cit.*, p. 384. El capítulo original «Sobre la propiedad», contenido en esta primera edición por la que cito ahora, fue modificado posteriormente.

para transitar desde una sociedad injusta a otra ideal, el único camino viable para revertir todas las injusticias que oprimen la libertad e impiden la igualdad es el conocimiento, por lo que debemos dejar que la «verdad sea constantemente estudiada, demostrada y propagada... pero esperemos tranquilamente hasta que la cosecha de la opinión general esté madura»¹³. Reflexiones y propuestas muy similares a las expuestas en su momento por Saint-Simon, Robert Owen o Étienne Cabet, por ejemplo.

4) La tensión entre los derechos a la libertad individual y a la seguridad se resuelve de forma moderada y equilibrada en el discurso protoanarquista defendido por Godwin. Aunque aboga por el máximo ejercicio de la libertad, también reconoce que existen situaciones límite en las que la garantía de la seguridad debe imponerse para evitar que se destruya el marco de convivencia. Nuestro autor representa, pues, una filosofía anarquista que no es ni radicalmente individualista, –para él, la sociedad es algo valioso–; ni es absolutamente contraria al uso de ciertas sanciones impuestas por una autoridad comunal¹⁴. Si hubiera que condensar en pocas palabras sus ideas sobre esta cuestión, bien podría decirse que Godwin defiende el ejercicio de la máxima libertad, pero con ciertas garantías relativas a la protección de la seguridad individual y colectiva. El conflicto entre los derechos a la libertad y a la seguridad, uno de los ejes sobre los que pivota la idea de contrato social, aparecerá como trasfondo de los temas centrales que desarrollaré en este trabajo.

Como indiqué al principio, el objetivo de mi investigación consiste en analizar algunas de las reflexiones críticas de Godwin en torno al Derecho y la justicia penal de su época. Los comentarios más relevantes sobre estas cuestiones se encuentran en su obra filosófica por excelencia, *Enquiry Concerning Political Justice and Its Influence on Modern Morals and Happiness*, cuya primera edición es del año 1793; y también en su novela más conocida, *Things as They Are; or Adventures of Caleb Williams*, publicada en 1794¹⁵. Dadas las características

¹³ Cfr., GODWIN, W., *Enquiry...*, *op. cit.*, p. 565.

¹⁴ En relación con su forma de concebir las posibles tensiones entre el individuo y la sociedad, habría que recordar que «Godwin creyó que la sociedad no es más que una suma de individuos. Al mismo tiempo, defendió que el hombre es un ser social y que sus mejores cualidades están motivadas por la sociedad. Por esta razón trató de demostrar el correcto equilibrio entre la autonomía individual y la vida colectiva». Cfr., MARSHALL, P. H., *William...*, *op. cit.*, p. 400.

¹⁵ GODWIN, W., *Caleb Williams, or Things as They Are*, with an «Introduction» by E. A. Baker, London, Createspace, The Complete Three Volume Novel, 2014. Tanto esta novela, como *Enquiry*, tuvieron la misma finalidad: denunciar la injusticia imperante en todas las instituciones sociales. Según indica una de sus principales biografías, el objetivo de Godwin al escribir esta novela fue «retratar “las cosas como son” de una forma más concreta, de una forma más legible y comprensible para la mayoría, por lo que descendió de la tribuna del filósofo y tomó la más humilde pluma del novelista. El resultado fue su segunda obra maestra, y una de las mejores novelas

de mi estudio, me centraré, casi exclusivamente, en el análisis de las ideas filosóficas contenidas en la primera de las obras mencionadas.

El *Enquiry* está estructurado en ocho libros y contiene buena parte de los temas recurrentes de la Filosofía jurídica, política y moral de la época: entre otros, el estudio del fundamento de las instituciones sociales y políticas, los principios que debían orientar el buen gobierno, las funciones y los límites de los poderes públicos, las virtudes personales y los deberes morales o la propiedad y su función. Su obra debe ser considerada, además, como un ejemplo del compromiso político y social que algunos filósofos de esta época tuvieron con la defensa de las libertades individuales frente a los regímenes políticos que perpetuaban las desigualdades y los privilegios¹⁶.

Me detendré especialmente en el análisis de las materias expuestas en el libro VII de su *Enquiry*, *De los delitos y la pena*, cuyo título y contenido recuerdan al clásico *De los delitos y de las penas* de Cesare Beccaria, a quien Godwin menciona en varias ocasiones y cuya filosofía está muy presente en su discurso penal¹⁷. Este libro VII se articula, a su vez, en nueve capítulos, en los que nuestro autor desarrolla reflexiones generales sobre el orden político y jurídico, propuestas relativas a la teoría de la pena y a los fines de la misma y comentarios muy negativos sobre el Derecho penal de finales del siglo XVIII¹⁸. No hay en el *Enquiry* demasiadas referencias explícitas a las obras de otros filósofos, ya sean precedentes o contemporáneos de Godwin¹⁹.

de su tiempo, Caleb Williams». Cfr. G. WOODCOCK, G., *William Godwin. A biographical...*, op. cit., p. 116.

¹⁶ Es preciso recordar que el clima político inmediatamente posterior a la publicación de las dos grandes obras de Godwin fue muy agitado «a causa de la furiosa reacción contra la revolución francesa, que dio la nota en la política británica en lo sucesivo. Francia declaró la guerra a Inglaterra (...) en 1794 fue suspendida por Pitt la *Habeas Corpus Act*, y la suspensión duró siete años; toda opinión un tanto disidente de la del gobierno era considerada sediciosa y se procedía de inmediato contra sus gestores. Se estableció una censura rígida; las persecuciones políticas se pusieron a la orden del día, los espías aparecían por todas partes». Cfr. DE SANTILLÁN, D. A., «William Godwin y su obra acerca de la justicia política», en *Investigación acerca de la justicia...*, op. cit., p. 10.

¹⁷ BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, prefacio de Piero Calamandrei; edición bilingüe al cuidado de Perfecto Andrés Ibáñez; texto italiano establecido por Gianni Francioni, Madrid, Trotta, 2011.

¹⁸ Sigue así la estela crítica iniciada por BECCARIA, quien en la *Introducción* a su famoso escrito escribía: «... las leyes, que son o deberían ser pactos de hombres libres, no han sido por lo general más que el instrumento de las pasiones de unos pocos», por lo que consideraba imprescindible, como también lo haría años después William Godwin en su *Enquiry*, examinar y combatir «la crueldad de las penas y la irregularidad de los procesos criminales, una parte de la legislación tan importante como descuidada en casi toda Europa». Cfr. *De los delitos y...*, op. cit., p. 107.

¹⁹ Según Kramnick, Godwin siendo ya ministro calvinista, vio su fe interpelada por la lectura de las obras de varios filósofos franceses, como Rousseau, D'Holbach, Helvecio y por las doctrinas de Joseph Priestly. A los veintisiete años abandonó su ministerio y marchó a Londres, años después, la Revolución Francesa provocó un fuerte giro en Godwin y le inclinó hacia el estudio y la investigación política acercán-

No obstante, aparte del ya nombrado Beccaria, existen alusiones a algunos destacados pensadores como John Locke, Jean Jacques Rousseau, Thomas Paine, Edmund Burke o Jonathan Swift²⁰.

Iniciaré el análisis de los temas propuestos destacando algunos rasgos de la idea godwiniana de la libertad, pasaré rápidamente a comentar sus principales invectivas contra el orden jurídico de su época y centraré la atención en valorar sus reflexiones en torno al ámbito filosófico-penal. Finalizaré estructurando varias de sus propuestas judiciales y políticas pensadas para una sociedad futura ideal.

2. LIBERTAD Y DERECHO

Para desarrollar la problemática conexión que a juicio de Godwin se produce entre la esfera individual y la social de todo ser humano, temática muy importante para comprender el sentido general del *Enquiry*, nuestro autor comienza afirmando que todo ser racional guía su comportamiento buscando la realización de la justicia, identificada por él con la idea de utilidad. El camino para conseguirla ha de estar orientado, nos dice, por el propio juicio individual. Se puede advertir que desde el inicio de la exposición sobre este tema, Godwin no prescinde del carácter social del ser humano y de la influen-

dose a las sociedades políticas radicales, enfrentándole con el conservadurismo defendido por Edmund Burke en sus *Reflection on the Revolution in France*, publicada en 1790. Godwin «escribió en su diario que concibió la idea de escribir *Political Justice* en mayo de 1791, justo después de la aparición de la obra *Rights of Man* de Paine», porque, aunque admitía que la crítica a Burke contenida en dicha obra era «conmovedora e inteligente, Paine no era un filósofo, y Godwin sintió que lo que se necesitaba no era un tratado sobre impuestos o representación o sobre el problema de las constituciones no escritas, sino un escrito que se ocupara de los grandes asuntos filosóficos de la verdad, la razón y la educación». La primera edición del *Enquiry* «hizo instantáneamente famoso a Godwin». Cfr. «Introduction», en GODWIN, W., *Enquiry...*, *op. cit.*, pp. 10 y 11.

²⁰ De Swift se ha dicho que, en su famosa obra, «el relato de Gulliver... es particularmente severo con la justicia. Sus agentes reciben la peor descripción», sucede con los abogados, de los que dice son «hábiles en el engaño, la perfidia y la traición «y con los jueces, de quienes afirma que «favorecen el fraude, el perjurio y la humillación», adjetivos que casi copia literalmente Godwin. Cfr., GARCÍA RAMÍREZ, S., «Estudio introductorio. John Howard: la obra y la enseñanza», en John HOWARD, *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*, traducción de José Esteban Calderón, México, Fondo de Cultura económica, 2003, p. 38. Se remite a lo expuesto en la obra de SWIFT, J., *Viajes de Gulliver*, Traducción Montserrat Alfau, México, Porrúa, 1997, p. 178.

Otros autores, como F. E. Manuel y F. P. Manuel, advierten, no obstante, influencias más lejanas en la obra de Godwin, al indicar que «La *Political Justice* de Godwin... carecía de esa garra epigramática de la literatura de la guerra civil del XVII que caracterizara a los *levellers*, *diggers* y *ranterers*, de los que había copiado en parte su sistema ideal». Cfr., *El pensamiento utópico en el mundo occidental*, vol III, versión castellana de Bernardo Moreno Carrillo, Madrid, Taurus, 1984, p. 273.

cia que el colectivo y sus instituciones tienen sobre cada sujeto²¹. Y aun así, insiste en que si «yo actúo contra los dictados imparciales de mi propio juicio, abduco de la parte más digna del carácter del hombre». Es, pues, la conciencia personal la que debe regir nuestros actos morales²².

Además, denuncia la constante y abusiva intromisión que hacen las reglamentaciones jurídicas de algunos países, sin citar ninguno, en la libertad del individuo. Considera que en muchos lugares los seres humanos no «son capaces de mucho más que, como loros, repetir lo que otros han dicho» y, precisamente, para combatir esa uniformidad impuesta que ahoga el juicio de nuestra conciencia es por lo que se propuso investigar la verdad y divulgar sus conclusiones en el *Enquiry*²³. Finaliza estas reflexiones insistiendo en que «el ejercicio universal del juicio privado es una doctrina tan extraordinariamente bella que el político auténtico sentirá naturalmente una infinita repugnancia en admitir la idea de interferir en él»²⁴.

Godwin aboga por extender al máximo el ejercicio de la libertad y, aunque lo ideal para él sería que todos pudieran guiar sus conductas conforme a sus juicios privados fundamentados en la razón, también es consciente de que, en la situación actual, existen algunos supuestos en los que esto resulta irrealizable. Acepta, pues, que el poder del colectivo debe intervenir a través del Derecho asegurando ciertas cotas de seguridad, tanto para el individuo como para el grupo. Plantea dos casos en los que esa injerencia está justificada²⁵:

1. Ante la peligrosidad de una conducta individual. En este caso considera justificada la intervención de lo que denomina un «árbitro poderoso» que aplique «un determinado grado de restricción» al sujeto que amenaza el bien común y que carece del tiempo necesario para comprender el error de sus planteamientos. Ejemplifica este caso refiriéndose a la actitud delictiva de un asesino múltiple²⁶.

2. Frente a la violencia de un enemigo interior o exterior. En este supuesto justifica también la intervención del poder colectivo frente al juicio personal, aunque de una forma poco precisa alude a algunos «males» que se pueden derivar de ello. Admite que no es justo que yo contribuya «a una guerra que considero «inicua», e insiste en que debería ser la conciencia individual quien, en exclusiva, adoptara la

²¹ Cfr., GODWIN, W., *Enquiry...*, *op. cit.*, pp. 200 y ss.

²² *Ibid.*, p. 204.

²³ *Ibid.*, pp. 205-206.

²⁴ *Ibid.*, p. 208.

²⁵ Es posible que Godwin se hubiera inspirado, en parte, en la división realizada por Montesquieu al diferenciar entre lo que denominó «De las leyes en relación con la fuerza defensiva» y «De las leyes en su relación con la fuerza ofensiva». Cfr. MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1972, pp. 135-139 y 139-149.

²⁶ Seguimos ahora la exposición más extensa sobre este asunto contenida en W. GODWIN, *Investigación acerca de la justicia política*, *op. cit.*, pp. 81 y ss., que reproduce, como ya indiqué, la primera edición de 1793.

decisión. Sin embargo, la exposición que hace sobre este complejo asunto resulta bastante superficial y poco clara, precisamente, en un importante apartado donde parece estar defendiendo la objeción de conciencia²⁷.

3. RASGOS GENERALES DEL ORDEN JURÍDICO Y SU FUNCIONAMIENTO

Probablemente, una de las conclusiones a las que cualquier lector pueda llegar tras reflexionar sobre el contenido del *Enquiry* es que el objetivo principal de su autor fue alertar de la infinitud de los males causados por los gobiernos al limitar y vulnerar la libertad de los individuos aplicando leyes. Además, para Godwin, el Derecho ha sido utilizado a lo largo de los tiempos como uno de los medios más idóneos para perpetuar los privilegios de los grupos sociales que ejercen el poder arbitrariamente.

Como es lógico, las constantes denuncias contra el gobierno presentes en sus escritos deben enmarcarse en el convulso contexto histórico político en el que se publicaron²⁸. Un momento en el que muchos filósofos alentaron la transformación radical del Antiguo Régimen, un tiempo en el que el sistema estamental comenzaba a tambalearse y en el que las propuestas para erigir una nueva sociedad, más libre e igualitaria, proliferaban por doquier bajo el aliento inspirador de la Ilustración y del proceso revolucionario francés. Formando parte de esa corriente renovadora se encuentra el *Enquiry*, y dentro de esa obra, la mayoría de las críticas vertidas contra el Derecho aparecen recogidas en el capítulo VIII del libro VI, titulado precisamente *On Law*²⁹.

Lo primero que se plantea Godwin es si realmente las leyes, definidas como «guía normativa de los actos que debían cumplir o eludir los miembros de la sociedad», son necesarias y, aunque dilata en el tiempo una respuesta definitiva, su propuesta final es abolirlas, por lo que

²⁷ *Ibid.*, pp. 84-85.

²⁸ Especialmente interesante me ha parecido el estudio realizado por R. Sánchez García sobre la situación política en Gran Bretaña, desde finales del xviii hasta las primeras décadas del xix. Cfr., *La razón libertaria. William... op. cit.*, pp 27-57. En esas páginas pone de relieve, entre otras ideas, que la Revolución Francesa «provocó un debate que venía a ser la expresión de las dos direcciones que había tomado en Gran Bretaña el discurso político tras su propia revolución: o profundizar en los cambios (entendiendo por tal seguir la línea de los sectores más radicales en sus demandas sociales), o asentar la situación política nacional como ejemplo de la estabilidad frente a los extremismos absolutistas y revolucionarios continentales...». Cfr., *ibid.*, p. 27.

²⁹ Es de sobra conocido que el término inglés *Law* puede traducirse de varias formas, entre otras, se utiliza para referirse a la ley, entendida como un tipo de norma jurídica elaborada por la autoridad política, pero también se usa para referirse al Derecho objetivo, concebido como un conjunto de principios y reglas que ordenan la vida social. Godwin utiliza *Law* en ambos sentidos.

han sido, por lo que representan como instrumento de dominación y abuso sobre los desfavorecidos. Sin embargo, admite que la desaparición de las mismas sólo será factible en la sociedad ideal que va esbozando a lo largo de su escrito³⁰.

¿Cuáles eran, según él, las características generales de ese orden jurídico injusto que debían ser eliminadas para que la libertad fuera posible?³¹. Se podrían resumir en las cuatro siguientes:

1) Inflación normativa.

Este rasgo se produce porque constantemente surgen nuevas situaciones que requieren una regulación jurídica. Este fenómeno, propio del carácter dinámico del Derecho, provoca, según Godwin, que el mismo sea percibido como «perpetuamente deficiente», además de imposible de ser captado por la mente humana³². Refiriéndose al Derecho inglés, nuestro filósofo llama la atención sobre la infinidad de materiales jurídicos que componen lo que habitualmente denominamos Derecho: alude, entre otros, a los distintos códigos jurídicos vigentes, al Derecho consuetudinario, al no escrito, al civil, al eclesiástico, al canónico, a la jurisprudencia con sus precedentes y decisiones. Esta consideración le lleva a concluir que el Derecho es «un laberinto sin fin; es una masa de contradicciones que no pueden ser desenredadas»³³. Es evidente que cuantas más normas jurídicas existan, la libertad, en cualquiera de sus variantes, se constriñe, y la certeza y seguridad jurídica se ven menoscabadas ante la imposibilidad de conocer y prever las consecuencias derivadas, sobre todo, del incumplimiento de las normas vigentes.

2) Interpretaciones arbitrarias de las leyes.

Además de «elaborar una nueva ley para regular el caso particular» no regulado, Godwin denuncia que habitualmente se realizan interpretaciones arbitrarias que persiguen forzar la ley para incluir en ella un caso que «nunca fue contemplado por sus autores», es decir, por el legislador. Esta técnica, prosigue, es propia de los abogados, especialistas en «distorsionar el sentido de la ley» a su conveniencia justificando interpretaciones extensivas de forma abusiva. Finaliza

³⁰ Cfr., GODWIN, W., *Enquiry...*, op. cit., p. 684.

³¹ La situación de la legalidad penal, judicial y ejecutiva de la época se describe con estas palabras: «Se juzgaba bajo unas normas huidizas, quebradizas, oscuras o secretas. Cada país, cada condado, cada circunscripción menuda y voluntariosa contaba con sus propias reglas de juego de la libertad o el cautiverio. Se llamaba derecho a un mosaico de piezas infinitas... Dominaba la incertidumbre. Más que morar en un palacio, la justicia acechaba en un laberinto: ahí proliferaban las sorpresas y menudeaban las encrucijadas, sin freno bastante y practicable». Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, S., «Estudio introductorio. John Howard. La obra y la enseñanza», en John HOWARD, *El estado de las prisiones en...*, op. cit., p. 66.

³² Cfr., GODWIN, W., *Enquiry...*, op. cit., p. 686.

³³ *Ibid.*, p. 687.

afirmando que «la consecuencia de esta infinitud de leyes es su incertidumbre»³⁴.

Nuestro autor comparte aquí los postulados defendidos, entre otros, por Beccaria, quien siguiendo a Montesquieu, habla del deber de atenerse a la interpretación literal de la ley, única modalidad correcta para evitar sentencias arbitrarias causadas «por haber consultado no la voz fija y constante de la ley, sino la errante inestabilidad de las interpretaciones»³⁵.

Sin embargo, la exposición de Godwin sobre los modelos de aplicación e interpretación judicial del Derecho es contradictoria. Por una parte, critica la libertad de los jueces al actuar de forma arbitraria e insiste en el peligro de la interpretación extensiva de las normas y del retorcimiento que hacen de la letra de la ley, todo lo cual podría hacer nos pensar que está defendiendo postulados positivistas cercanos, por ejemplo, a los que más tarde habría de defender la Escuela de la Exégesis. Y, sin embargo, cuando esboza su visión del futuro de las sociedades comunales, presupone la presencia de hombres sabios que actuarán como si fueran jueces, aplicando la justicia desde la razón y el sentimiento; lo cual constituye una defensa de una nueva discrecionalidad fundamentada ahora en una absoluta confianza en la bondad y sabiduría de esos sujetos cuasi perfectos. Lo que antes era criticable, aparece como deseable para el futuro.

3) Tipificación general de las conductas.

Según Godwin, la generalización y la abstracción en la regulación de los comportamientos, características de las normas jurídicas más importantes de cualquier ordenamiento, constituían graves errores del orden jurídico de su época. Para él, la verdadera justicia sólo puede alcanzarse tras el análisis minucioso de todas las circunstancias relevantes de cada caso individual³⁶. La visión ideal que defiende en relación con el mundo jurídico se asemeja, más bien, a un sistema judicial de tipo casuístico en el que se prescinde de regulaciones generales y abstractas y en el que la decisión que pone término al conflicto es considerada justa porque es el resultado de un proceso individualizado y único.

4) Procesos judiciales que conducen a la indefensión del acusado.

Para finalizar la caracterización del orden jurídico, nuestro filósofo también hizo referencia a otras notas negativas que, según él, han

³⁴ *Ibid.*, p. 686.

³⁵ Cfr. BECCARIA, C., *De los delitos y...*, *op. cit.*, p. 123. Montesquieu ya había defendido antes que «en el gobierno republicano es propio de la naturaleza de la constitución que los jueces sigan la letra de la ley» y que «los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes». Cfr. *Del espíritu de las...*, *op. cit.*, pp. 100 y 156.

³⁶ Cfr. GODWIN, W., *Enquiry...*, *op. cit.*, pp. 688-689.

acompañado a la aplicación de la ley a lo largo de la historia. Recordaba que, con independencia de la fuente de la que proceda la ley, siempre fue utilizada para encubrir la opresión, además, su contenido, elaborado a veces en tiempos lejanos, era habitualmente obscuro, a lo que habría que añadir que los tribunales realizaban sus deliberaciones en un ambiente caracterizado por el secretismo que favorecía, por una parte, la arbitrariedad de los jueces y, por otra, la indefensión, casi absoluta, de los acusados³⁷. Valoraciones todas ellas muy cercanas a las realizadas por Beccaria.³⁸

4. REFLEXIONES EN TORNO A LA JUSTICIA PENAL

Una vez expuestos los rasgos generales que, según Godwin, caracterizan el Derecho de su época, me detengo a estudiar sus principales reflexiones sobre los problemas filosóficos que él detecta en el ámbito penal, pues, es obvio que el Derecho penal, conforme a su fin, limita la libertad individual, el valor fundamental para nuestro autor.

4.1 Generalidades

Siguiendo la tendencia iniciada años atrás por Beccaria, y coincidiendo con él en muchas de sus apreciaciones, Godwin realizó un estudio crítico en torno a algunos aspectos teóricos y prácticos del Derecho penal entonces vigente³⁹. El relato que nos ofrece combina reflexiones que se mueven en planos diferentes: algunas poseen un marcado tono de denuncia ante la falta de humanidad del Derecho

³⁷ *Ibid.*, p. 693.

³⁸ «Sean públicos los juicios, y públicas las pruebas del delito para que la opinión, que es quizá el único cemento de la sociedad, ponga freno a la fuerza y a las pasiones», y en la misma línea crítica afirma que «las acusaciones secretas son desórdenes evidentes, pero consagrados, y hasta necesarios en muchas naciones por la debilidad de la constitución. Tal costumbre hace a los hombres falsos y taimados». Cfr. BECCARIA, C., *De los delitos y...*, *op. cit.*, pp.159 y 161.

³⁹ Aunque existen diferencias entre los Derechos penales de la Europa continental y de la Inglaterra de Godwin, el denominador común de todos ellos fue, según puso de manifiesto, entre otros, Francisco Tomás y Valiente, la falta de humanidad y el exceso de violencia. En su reflexión final, se preguntaba: «Y ¿quién desata esa violencia? ¿El criminal que delinque? ¿La sociedad que acusa y condena a quien ataca los privilegios y las situaciones prepotentes de algunos grupos o estamentos, y que evita cualquier modificación que disminuya aquellos privilegios y haga menos necesarios muchos actos de delincuencia? ¿El legislador que hace la ley penal y que sólo con ella, con actos represivos quiere evitar que haya delitos, sin intentar ir más a lo hondo de las causas? El problema es viejo y nuevo, pasado y actual». Cfr., *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 409.

penal⁴⁰; mientras que otras tienen un cariz utópico al presentarnos un nuevo procedimiento ideal para la aplicación de las sanciones, lo que permite situar al ideario de nuestro autor dentro de las llamadas doctrinas abolicionistas de la pena, según señala Ferrajoli⁴¹.

La filosofía que vertebra todo su estudio sigue siendo la defensa de la máxima libertad del individuo frente a la sociedad y al gobierno, aunque admite que cierta autoridad es necesaria para castigar lo indebido. Lamentablemente, en el *Enquiry* no hay una reflexión filosófica en torno al fundamento de la obediencia al Derecho, ni respecto al derecho a penar, como sí realizó Beccaria quien, como es sabido, defendió una fundamentación contractualista para explicar el origen y el sentido de la ley y concibió las penas como instrumentos necesarios para evitar el caos cuando la libertad individual no tiene límites⁴². En

⁴⁰ Las críticas a las condiciones físicas y al ambiente general existente en las cárceles, fueron expuestas por Godwin en su famosa novela *Things as They Are; or Adventures of Caleb Williams*, publicada en 1794. Relata en ella, entre otras circunstancias, que las celdas de los reclusos tenían unas dimensiones mínimas (hecha la equivalencia a metros, el resultado es que las medidas de las mismas eran de 2,28 m x 1,98 m), además, se encontraban «por debajo de la superficie del suelo, eran húmedas, sin ventanas, luz, o aire» y que en «estos miserables receptáculos debían dormir juntas tres personas». Por otra parte, y con el fin de desvelar ante la opinión pública la realidad de las instituciones penitenciarias, Godwin compara las cárceles de su país con la situación que vive la Francia revolucionaria, y hace decir al protagonista de su novela, en tono crítico: «¡Gracias Dios, exclaman los ingleses, nosotros no tenemos la Bastilla! ¡Gracias Dios, entre nosotros ningún hombre puede ser castigado sin un crimen! ¡Irreflexivo desgraciado! ¿Es este el país de la libertad, donde miles languidecen encadenados en las mazmorras? ¡Ve, ve, loco ignorante y visita los bastidores de nuestras prisiones! ¡presencia su insalubridad, su inmundicia, la tiranía de sus gobernantes, la miseria de sus internos! ¡Tras esto, muéstrame el hombre con la vergüenza suficiente para sentirse orgulloso, y di, Inglaterra no tiene la Bastilla!». Cfr., GODWIN, W., *Caleb Williams...*, *op. cit.*, p. 181. En este mismo sentido, R. Sánchez García afirma que «al poner de manifiesto el engaño en el que vive el pueblo inglés, creyéndose poseedor de unas libertades que realmente no existen, Godwin pretende invalidar la interpretación *whig* de la historia inglesa (...) el paso de Caleb Williams por las cárceles son prueba de la existencia de otra faz de la sociedad inglesa en la que no se encuentra ni por asomo la protección a las libertades del individuo, en la que un hombre puede ser acusado arbitrariamente y en la que priman los intereses de los poderosos. Gran Bretaña, parece querer decirnos el autor, no es diferente de los demás países europeos en los que reina el despotismo». Cfr., *La razón libertaria...*, *op. cit.*, p. 146.

⁴¹ Junto a Godwin, Ferrajoli sitúa a Bakunin, Kropotkin y Malatesta como principales representantes de esta doctrina que «se limita a reivindicar la supresión de la pena como medida aflictiva y coercitiva, e incluso la abolición del derecho penal, pero no la abolición de cualquier forma de control social». Cfr. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruíz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta, 2.^a edición, 1997, p. 249.

⁴² Cfr. BECCARIA, C., *De los delitos y...*, *op. cit.*, p. 111. Allí afirma que «las leyes son las condiciones mediante las cuales los hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, cansados de vivir en continuo estado de guerra y de gozar de una libertad que resultaba inútil por la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron una parte de ella para gozar del resto con seguridad y tranquilidad... Se requerían motivos sensibles que bastasen para que el ánimo despótico de cada hombre desistiera de hun-

Godwin están presentes esos mismos planteamientos, pero no hay una exposición ni tan clara ni tan completa como la realizada por otros pensadores.

4.2 Concepto de sanción penal

En primer lugar me refiero a su concepto de sanción penal o *punishment*⁴³. Godwin precisa que el castigo penal difiere de la simple aplicación de la fuerza, porque, aunque implique también violencia, la pena tiene un propósito o una justificación ética. También precisa que no todo uso legítimo de la fuerza es propiamente una sanción penal y menciona los tres casos siguientes:

1. Cuando se utiliza la fuerza para resistir un acto de hostilidad previo. Es la idea clásica de la justificación de la legítima defensa, aunque no hay mayor desarrollo de esta idea.
2. Cuando se utiliza la fuerza para obligar a un miembro de la comunidad a asumir ciertos deberes por el bienestar de la sociedad, aunque ello pueda representar un sacrificio personal. Está haciendo referencia al deber de cumplir el servicio militar, por ejemplo.
3. Cuando, por el bien común, se condena a un «hombre valioso» a muerte porque «está infectado por una enfermedad contagiosa o porque algún oráculo ha declarado que es preciso para salvaguardar la seguridad pública»⁴⁴.

En todos estos casos de ejercicio de la fuerza falta el elemento del *castigo*, por lo cual no cabe hablar aquí de sanción penal.

4.3 La justificación utilitarista de la pena

Tras señalar estos tres supuestos, Godwin realiza diferentes comentarios en los que se hace patente su adscripción utilitarista dentro de las distintas teorías relativas a la justificación de la pena. Se percibe así, por ejemplo, cuando habla del sentido último que debe tener la pena, de porqué o para qué existe el castigo ante el incumplimiento normativo. Hace una crítica muy somera y vaga de otras doctrinas que

dir de nuevo en el antiguo caos las leyes de la sociedad. Estos motivos sensibles son las penas... la experiencia ha demostrado que la multitud no adopta principios estables de conducta... si no es con motivos que impresionen inmediatamente los sentidos... para contrarrestar las fuertes impresiones de las pasiones parciales que se oponen al bien universal...».

⁴³ Me decanto por traducir el término inglés *punishment*, que como sabemos se refiere a cualquier tipo de castigo o maltrato, por el de sanción penal o pena, ya que esta acepción más estricta se corresponde con el contexto jurídico en el que lo utiliza Godwin.

⁴⁴ Cfr. GODWIN, W., *Enquiry...*, *op. cit.*, p. 632.

consideran que el castigo al delincuente se debe fundamentar en el sufrimiento que debe padecer el mismo. Se refiere a la conocida filosofía de la pena concebida como contraprestación o retribución por el mal causado, conforme a la cual, quien ha cometido un mal delinquiendo, debe recibir como respuesta otro mal. Teoría que, además, define la pena como un fin en sí misma, nunca un medio para alcanzar otro objetivo. Esta concepción se enmarca dentro de lo que la Doctrina penalista califica como teorías absolutas de la pena⁴⁵.

Godwin considera erróneo este modo de concebir la sanción penal⁴⁶. Para él, la pena, aun aceptando que implica una merma en la libertad, en los bienes, en el honor del infractor, etc; sólo está justificada si constituye el medio para beneficiar al delincuente y a la sociedad en su conjunto. El castigo penal no es un fin en sí mismo, sino un medio, de modo que la pena sólo será justa si es útil, ya que «la única medida de la equidad es la utilidad». Por tanto, la justificación de la sanción penal no puede fundamentarse exclusivamente en la respuesta colectiva por la comisión de un ilícito, de un hecho ya sucedido. Frente a las concepciones retribucionistas que miran al pasado, el único sentido de la pena es, según Godwin, «prevenir futuros daños»⁴⁷.

4.4 ¿Determinismo o libre arbitrio?

Estas ideas reflejan también la influencia filosófica que nuestro autor recibió de las doctrinas del determinismo moral, frente a aquellas que defienden el libre arbitrio⁴⁸. Sin detenerme en las alusiones

⁴⁵ Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, *Derecho penal español. Parte general*, octava edición, Madrid, 1981, p. 831.

⁴⁶ Según señala B. Cano Ruiz, en relación con el castigo, «en su tiempo debió parecer una monstruosidad este razonamiento de Godwin. Aún dominaba las áreas del pensamiento la influencia de su compatriota Thomas Hobbes, el gran teórico del despotismo, que presentaba (el castigo) como una necesidad y un medio para contrarrestar la tendencia natural del ser humano a estar en conflicto permanente con sus semejantes». Cfr. *William Godwin. Su vida y...*, *op. cit.*, p. 103

⁴⁷ Cfr. GODWIN, W., *Enquiry...*, *op. cit.*, pp. 633-635. De nuevo, Godwin sigue, casi literalmente a Beccaria al referirse a la definición misma de delito: «todas las acciones opuestas al bien público que se denominan delitos»; a su tipificación y a la necesaria proporcionalidad de las penas en relación siempre con los daños causados a la comunidad. Así afirma Beccaria que «los obstáculos que retraen a los hombres de los delitos deben ser más fuertes cuanto más contrarios sean éstos al bien público» y que «la verdadera medida de los delitos es el daño a la sociedad». Cfr. *De los delitos y...*, *op. cit.*, pp. 129 y 137.

⁴⁸ Nuestro autor se remite aquí a las ideas expuestas por el filósofo y teólogo Jonathan Edwards sobre la imposibilidad del libre albedrío, tal y como aparecen contenidas en su obra, publicada en 1754, *Una investigación cuidadosa y estricta de las nociones modernas prevaletientes de la libertad de la voluntad, que se supone es esencial para la agencia moral, la virtud y el vicio, la recompensa y el castigo, el elogio y la culpa*. La crítica de Edwards se dirige al concepto de libertad defendido por el teólogo protestante Jacobo Arminio y por sus seguidores según el cual la libertad «consiste en un poder de autodeterminación de la voluntad, o una cierta sobera-

realizadas por nuestro autor en torno a la controversia entre estos planteamientos, paso a exponer sus opiniones en relación con el problema de la responsabilidad penal. Para Godwin, todo lo que acontece en el mundo está regido por leyes que describen cómo se desencadenan necesariamente determinados efectos como consecuencia de la existencia de ciertas causas. El principio de causalidad opera tanto en la materia, *matter*, como en el espíritu o pensamiento, *mind*. Pero, lo que más le interesa a Godwin es analizar cómo y por qué razones los individuos llevan a cabo determinadas conductas, cómo se construye lo que denomina el «carácter» o modo de ser de las personas. Para él, «todo conocimiento humano es el resultado de la percepción», de las experiencias o impresiones que van conformando la conducta del hombre, «de aquí surgen su temperamento y hábitos». La primera conclusión importante que se extrae de este discurso es que, Godwin, siguiendo a Edwards, afirma que el ser humano no dispone de una voluntad libre, no es libre de sentir o no sentir las impresiones recibidas, pues «el ser humano... está gobernado por esas aprehensiones de su entendimiento»⁴⁹. Se podría deducir entonces que está afirmando que el medio determina al sujeto. La segunda conclusión atañe directamente a la idea de responsabilidad penal. Frente a los defensores del libre albedrío y de la aplicación vindicativa de las penas, nuestro filósofo afirma que aunque «toda conducta equivocada... será considerada con desaprobación»; el comportamiento indebido debe ser considerado desde la doctrina de la necesidad como «un eslabón de una gran cadena de sucesos que no pudieron haber sido de otra manera que la que fueron»⁵⁰.

La concepción de Godwin sobre esta problemática debe situarse del lado de quienes abogan por calificar la responsabilidad penal conforme al análisis de las causas que provocaron el delito, no para negar la imputación al autor del mismo, sino para graduar su pena y buscar los cauces de rehabilitación del delincuente. El problema es que defiende un equilibrio entre determinismo y libre arbitrio de forma algo confusa. Por una parte, afirma que todos recibimos impresiones sensitivas que nos permiten conocer la realidad, lo cual indica que no somos seres absolutamente libres pues no podemos evitarlas y, a través de ellas, tenemos un primer conocimiento de lo que existe, porque esas percepciones van moldeando nuestro carácter desde la infancia. Pero, por otra, defiende que el sujeto puede y debe decidir conforme a

nía que la voluntad tiene sobre sí misma y sobre sus propios actos, de manera que determina sus propias voliciones y no es dependiente en sus determinaciones de ninguna causa exterior ni es determinada por ninguno de sus propios actos anteriores» Cfr. PATARROYO, C. G., «Jonathan Edwards: una investigación cuidadosa y estricta de las nociones modernas prevalecientes de la libertad de la voluntad», *Ideas y valores. Libertad, determinismo y responsabilidad moral*, vol. 58, núm 141 (2009), pp. 217-229.

⁴⁹ Cfr. GODWIN, W., *Enquiry...*, *op. cit.*, pp. 338, 341 y 349.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 357.

su juicio privado, admite la influencia del entorno social y dice que debe ser la conciencia individual quien adopte un curso de acción. Godwin también considera que podemos alterar las condiciones que determinan nuestros comportamientos, por lo que la conducta moral de cada sujeto también sería susceptible de perfeccionamiento. Hay, pues, en sus exposiciones un difícil equilibrio entre la fuerza de lo que nos condiciona y nuestra libertad⁵¹. Todo ello está presente en el análisis crítico que hizo también sobre la aplicación de las leyes procesales penales.

4.5 Rasgos principales del proceso penal

El *Enquiry* contiene interesantes denuncias contra el proceso penal y sus protagonistas, los jueces. Godwin comienza exponiendo el error en el que incurre el legislador al tipificar conductas generales, porque, para él, «nunca dos crímenes son iguales». Admite que la realización de un delito por distintos sujetos puede ser idéntica; pero no lo son ni los principios ni las intenciones que están detrás de su comisión. Esa dificultad ya había sido puesta de manifiesto por Beccaria, a quien Godwin se remite al afirmar que «para juzgar acerca de las intenciones de una persona es necesario estar informado de forma precisa sobre la impresión que las cosas producen en sus sentidos y la previa disposición de su mente, lo cual no sólo es de índole variable en diversas personas, incluso lo es en una misma persona en diferentes momentos». Según Godwin, ese análisis procesal, que debería ser practicado por los tribunales de forma meticulosa, no acontece nunca. Las distinciones relevantes sobre las intenciones y los actos realmente probados, que constituyen la base para calificar la responsabilidad y el castigo penal correspondiente, no son valoradas como debieran; muy al contrario, los jueces, prosigue, «no poseen conocimiento previo de la persona acusada, son absolutamente extraños a la misma y reúnen sus únicos materiales para estar informados de dos o tres testigos ignorantes e interesados». Y se pregunta retóricamente si «¿puede un sistema que iguala todas esas injusticias y confunde esas diferencias tener la tendencia de causar el bien?», la respuesta para él es, evidentemente, no⁵².

Las denuncias vertidas por Godwin hacia el proceso penal, extensibles a cualquier otro proceso judicial de su época, encuentran su

⁵¹ Se ha dicho que Godwin «concluye que el ambiente es el mayor determinante del pensamiento y de la acción humana. Admite que los hábitos y los prejuicios son influencias importantes en la conducta humana, pero sostiene que la razón es capaz de desterrar los prejuicios. Del mismo modo, afirma que aunque las atracciones sensitivas, las pasiones y los afectos son fuerzas intensas, pueden ser incluidas en una vida dirigida racionalmente». Cfr. CLARK, J. P., *The Philosophical Anarquism of...*, *op. cit.*, p. 86.

⁵² Cfr. GODWIN, W., *Enquiry...*, *op. cit.*, pp. 649-653.

fundamento en las innumerables irregularidades y arbitrariedades presentes en todas las etapas del mismo, aunque son de especial relevancia todas las que acontecen durante la fase probatoria del juicio. Si resulta imposible garantizar la objetividad y la imparcialidad en la instrucción judicial, la consecuente aplicación de la justicia contenida en el fallo judicial es una absoluta quimera. Alude a las dificultades existentes para confirmar la veracidad de los testimonios; para identificar al autor del delito; para interpretar las intenciones del mismo y para evitar que la pasión condene al acusado antes de examinar las pruebas sobre su culpabilidad. Estas circunstancias le llevan a concluir que «un hombre acusado de un delito es un pobre individuo abandonado» frente al cual se encuentra «toda la fuerza de la comunidad conspirando para su ruina». Así manifestó su absoluta desconfianza, por no decir terror, hacia el proceso penal entonces vigente⁵³.

El modelo de proceso penal descrito por Godwin estaba basado en la presunción de culpabilidad de los acusados y en la ausencia de la mayor parte de los derechos procesales que hoy en día están vigentes en nuestros ordenamientos jurídicos, se asentaba, además, en una aplicación rigurosa de la pena, concebida por el poder político, según Beccaria, como «violencia ejercida por uno o por muchos contra un ciudadano», ignorando las exigencias de «ser esencialmente pública, pronta, necesaria, la mínima posible en las circunstancias dadas, proporcionadas a los delitos y dictadas por las leyes»⁵⁴.

4.6 Características y clases de penas. Referencia a la pena de muerte

Algunos de los principales rasgos de las penas, así como su tipología, fueron fuertemente criticados en el capítulo VI del libro VII del *Enquiry*. Godwin parte de una declaración general sobre la inevitable y penosa necesidad de acudir a la sanción penal. Insistiendo en postulados que antes había defendido en relación con la finalidad de las penas, establece, de forma imprecisa, cuándo pueden imponerse las sanciones penales. La pérdida de la libertad del delincuente, una de las principales penas, debería producirse sólo cuando el sujeto fuese «notoriamente peligroso para la seguridad pública». Este criterio chocaba con la práctica habitual de los tribunales, acostumbrados, como nos recuerda, a enviar a prisión a todo condenado para «infligir una muerte lenta y dolorosa... dictada por sentimientos de resentimiento, por una parte, o por el deseo de exhibir un terrible ejemplo, por otra». En contra de esta respuesta penal y de su inadmisibles finalidad de venganza y ejemplaridad, Godwin insiste, especialmente, en la crítica de la pena de muerte. Defiende, entre otras razones para oponerse a la

⁵³ *Ibid.*, p. 657.

⁵⁴ Cfr. BECCARIA, C., *De los delitos y...*, *op. cit.*, p. 281.

misma, que debería ser considerada un daño muy grave, pues cierra a quien la sufre «todos los placeres, virtudes y la dignidad del ser humano». La ejecución de la pena de muerte constituye un punto de no retorno porque se pierde definitivamente la posibilidad de rehabilitación del reo, una de las principales finalidades de la pena⁵⁵.

Sin embargo, y pese a esa crítica general, Godwin admite que existen supuestos especiales en los que personas «inocentes sufran por el bien general». Reconoce que «es una cuestión de delicada naturaleza» y que «un severo moralista sentirá siempre profunda repugnancia ante la idea de condenar a muerte a un semejante, en beneficio de los demás»⁵⁶. En el fondo de esta cuestión está presente la peculiar visión que nuestro autor tuvo sobre la relación entre los derechos y los deberes del ser humano. Según él, el derecho a la vida y a la libertad personal deben admitirse de forma limitada, porque hay individuos que tienen «el deber de privar de la vida o de la libertad» a otro sujeto si se probara que actuar así resulta indispensable para prevenir un mal mayor⁵⁷.

Conforme a esta justificación utilitarista, Godwin está, por una parte, negando la posibilidad de rehabilitación del sujeto al que se condena a muerte, lo cual es incoherente con su afirmación de que la finalidad de la pena no es el castigo sino la rehabilitación del delincuente y, por otra, condiciona el derecho a la vida, o la posibilidad de perderla, a la interpretación que alguien pueda hacer de lo que constituye un *mal mayor* para la sociedad entera, un mal cuya existencia sería absolutamente incompatible con la vida de un individuo, lo cual genera, entre otros efectos, una falta absoluta de certeza y seguridad jurídica⁵⁸.

4.7 La rehabilitación del condenado y críticas al sistema penitenciario

Al igual que había hecho en muchos otros pasajes del *Enquiry*, nuestro autor no sólo condenó la actuación general de las instituciones sociales, sino que también propuso alternativas a las políticas aplicadas hasta entonces. Así, en referencia al sentido y finalidad de las

⁵⁵ Cfr. GODWIN, W., *Enquiry...*, *op. cit.*, p. 672.

⁵⁶ Curiosamente esta frase no aparece en la edición de 1798, pero sí en la primera de 1793. No hay explicación de su supresión. Cfr. GODWIN, W., *Investigación acerca de...*, *op. cit.*, p. 83.

⁵⁷ Cfr., GODWIN, W., *Enquiry...*, *op. cit.*, pp. 197 y 198

⁵⁸ En referencia a esta cuestión, P. CALAMANDREI, «Prefacio», en C. BECCARIA, *De los delitos y...*, *op. cit.*, p. 75, manifiesta que «la valoración del interés público es, en efecto, eminentemente variable y relativa: no sólo la pena de muerte, sino los modos más feroces de exasperarla, podrán un día ser proclamados autoritariamente como útiles y, por tanto, legítimos cuando los tiranos del momento tengan la sagacidad de presentar sus gustos sanguinarios bajo el solemne pretexto de la razón de Estado».

penas, afirmaba que la «rehabilitación de los presos podría ser casi infalible». Sin aportar ningún estudio científico al respecto, alegaba que en muchos casos se pueden encontrar personas que, tras cometer un delito, han alcanzado altas cotas de prosperidad y felicidad, lo que demostraría que su historia «tal vez podría ser la historia de cada condenado». Para que se generalizara esa posibilidad consideraba imprescindible un cambio radical en el tratamiento penitenciario existente hasta entonces. Así, entre otras medidas aplicables al reo propuso que se «... le trate con bondad... se le haga entender con cuánta renuencia se ha empleado la fuerza de la sociedad contra él... se le explique los hechos con calma, claridad y benevolencia» con el objetivo de «... prevenir los motivos de su obstinación y corrupción»⁵⁹.

Sólo en los casos en los que la seguridad pública esté en peligro, Godwin justifica el internamiento del delincuente, y siempre con una finalidad preventiva y rehabilitadora. Insistió en la idea de que «el castigo no se encuentra entre los medios legítimos de reforma del delincuente», y concluyó que es justo mantenerlo separado de los demás, tanto como la seguridad de la comunidad lo prescriba, aunque impedirle «su propia rehabilitación es contrario a la razón y a la moralidad»⁶⁰. Defendió que la restricción de la libertad del condenado está directamente relacionada con el cambio de «propensiones y disposiciones» que se perciban en el mismo⁶¹. Criticó que no se aplicara ninguna política de tratamiento particularizado de los presos y que existieran diversas circunstancias, que «contribuyen a imbuir en los mismos hábitos de indolencia y vicio y a desalentar el trabajo»; destacando que «no se hace ningún esfuerzo para eliminar o suavizar estas circunstancias», por lo que, concluía, las cárceles, más que centros pensados y preparados para la rehabilitación de los penados son «seminarios del vicio»⁶², algo muy similar a lo manifestado en su tiempo por Beccaria⁶³.

⁵⁹ Cfr., GODWIN, W., *Enquiry...*, *op. cit.*, pp. 672-673.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 675.

⁶¹ En los escritos de Godwin, como antes en los de Beccaria, puede advertirse que la problemática alrededor del incumplimiento de las leyes va mucho más allá de la simple aplicación de la sanción, es algo más complejo, pues, como indica CALAMANDREI refiriéndose al jurista italiano «... entre reminiscencias de Rousseau y de Helvétius, se encuentra una idea fundamental, de la que la ciencia penal de los siglos posteriores es deudora a Beccaria; la idea que ha fructificado, en particular, en la escuela positiva italiana, de que el problema de los delitos y de las penas es, sobre todo, un problema de prevención más que de represión; cuestión de educación o de reeducación moral, o sea, de justicia social. Así, la enseñanza de Beccaria es viva y actual, y ha sido acogida por el moderno constitucionalismo». Cfr. «Notas», en C. BECCARIA, *De los delitos y...*, *op. cit.*, p. 296.

⁶² Cfr. GODWIN, W., *Enquiry...*, *op. cit.*, p. 676.

⁶³ «Porque parece que en el presente sistema criminal, según la opinión de los hombres, prevalece la idea de la fuerza y de la prepotencia sobre la de la justicia; porque se arrojan a la misma caverna los acusados y los convictos; porque la prisión es más bien un suplicio que una custodia del imputado». Cfr. BECCARIA, C., *De los delitos y...*, *op. cit.*, p. 217.

Para paliar algunos de los males del sistema penitenciario, se había propuesto evitar el contacto de unos presos con otros aislándoles individualmente, al menos esa fue la idea defendida por Howard⁶⁴. Godwin la rechazó de inmediato alegando entre otras razones que «el hombre es un animal social», que esa ocurrencia impedía el ejercicio de las virtudes y que «la soledad, considerada en absoluto, nos puede instigar a servirnos a nosotros mismos y no a nuestros vecinos... la soledad puede ser una cura para locos e idiotas, pero no es útil para miembros de la sociedad». También se opuso a la aplicación de trabajos forzados acompañados de castigos corporales, práctica muy habitual entonces, porque esas penas, decía, eran castigos sin utilidad social defendidos sólo por quienes poseen una visión cruel e inhumana del Derecho penal⁶⁵.

El último de los capítulos del libro VII del *Enquiry* está dedicado a la aplicación del indulto y, aunque el análisis de este controvertido asunto fue muy breve, su argumento para oponerse al mismo fue contundente. Para Godwin, la conducta del hombre debía estar presidida siempre por la búsqueda y la realización de la justicia, definida como la mayor utilidad que puede resultar de la conducta individual para el conjunto de la sociedad. El indulto, o *clemency*, por el contrario, no era más que un acto de alguien que «se imagina que puede hacer algo mejor que la justicia», un acto arbitrario de una autoridad con el que se favorece el interés personal del reo frente al interés del colectivo. En este sentido afirma que «la justificación razonable de mi sufrimiento debe fundamentarse en su consonancia con el bienestar general»; lo contrario, sería un acto injusto⁶⁶. En términos muy similares se había manifestado Beccaria al referirse al derecho de gracia, tras afirmar que «la clemencia debería ser excluida de una perfecta legislación», señalando, además, un problema relativo a la competencia para aplicarla, pues decía que la misma «es la virtud del legislador, y no del ejecutor de las leyes»⁶⁷.

5. PROPUESTAS PARA UNA NUEVA SOCIEDAD

A lo largo de su *Enquiry* Godwin nos ofrece múltiples y variadas propuestas para construir una nueva sociedad futura, por lo que ahora

⁶⁴ Se refiere Godwin a John Howard (1726-1790), autor del amplio estudio titulado *The State of Prisons in England and Gales*, cuya primera edición inglesa es de 1789. Sobre el mismo puede verse, entre otros, CARO, F., «John Howard y su influencia en la reforma penitenciaria europea de finales del siglo XVIII», *Eguzquillore*, n.º 27, San Sebastián, 2013, pp. 149-168.

⁶⁵ Cfr. GODWIN, W., *Enquiry...*, *op. cit.*, p. 678.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 696.

⁶⁷ Cfr. BECCARIA, C., *De los delitos y...*, *op. cit.*, p. 279.

sólo me referiré a algunas de las propuestas judiciales y políticas que forman parte de lo que se podría llamar su utopía libertaria.

5.1 La utopía judicial

Frente a las prácticas judiciales realizadas al amparo y bajo la anuencia de grupos privilegiados minoritarios, Godwin nos propone:

a) El único principio que debería guiar la aplicación e interpretación en el ámbito jurídico es el de la «razón ejerciendo una jurisdicción libre sobre las circunstancias del caso». Esta idea la vincula con la importancia de la adecuación del contenido de la norma al tiempo en que ésta ha de ser aplicada⁶⁸. Con esta afirmación y otras similares, nos ofrece como alternativa a la jurisdicción existente entonces, un modelo de aplicación no sometido a la letra de la ley, sino abierto a una aplicación racional de resoluciones justas.

b) Tras la abolición de la ley, situación venidera pero indefinida en el tiempo, Godwin admite que pasará un tiempo en el que las decisiones judiciales futuras no diferirán mucho de las adoptadas cuando la ley ejercía su imperio. Pronostica que a aquellos a los que se les confíe la tarea de decidir en la resolución de los conflictos lo harán siempre desde la responsabilidad, examinando, además, la racionalidad de los principios aplicables que «hasta ahora eran incontrovertidos». Nos da a entender, pues, que este nuevo arbitraje social actuará con rigor, buscando la realización de la justicia en cada caso concreto, justo lo opuesto a lo que sucedía en los procesos judiciales de épocas pasadas⁶⁹. Ante el posible desconcierto que pudiera derivarse de las consecuencias de abolir las leyes, Godwin respondió desde el optimismo que le invadía cuando pensaba en un futuro libertario. Los procedimientos de resolución de conflictos serán siempre sencillos y comprensibles para todos, nos dice, y los jurados integrados por vecinos, que sustituirán a los anteriores tribunales, se guiarán no sólo por sus sentimientos y por sus experiencias, sino, sobre todo, por la razón, que es «mil veces más inteligente y explícita que la ley»⁷⁰.

c) Los jurados serán entonces los encargados de decidir sobre los comportamientos indebidos que se produzcan dentro de su pequeña comunidad y, como consecuencia de su práctica de resolver los conflictos de forma justa, provocarán que el castigo, tal y como lo entendemos ahora, sea definitivamente eliminado. Esta situación se producirá, nos vaticina, como efecto de «la inspección general que habrán de ejercer los miembros de ese reducido círculo sobre la conducta de cada uno, por la seriedad y el buen sentido que caracterizarán los con-

⁶⁸ Cfr. GODWIN, W., *Enquiry...*, *op. cit.*, pp. 690-691.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 694.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 698.

troles entre los hombres»⁷¹. La amenaza de la sanción jurídica, considerada un buen motivo para el cumplimiento de la ley, será sustituida por este nuevo sistema de controles mutuos practicado entre los miembros de esas pequeñas comunidades. Sin embargo, Godwin no se detiene a evaluar los posibles problemas que se pueden derivar de este modelo de aplicación de sanciones sociales, lo presenta como una solución ideal que no generará controversias entre los sujetos.

5.2 La utopía política

Además de recordar que todas las medidas para reformar la sociedad deben ser implementadas desde la persuasión, la no violencia, el diálogo y la demostración racional de su bondad, Godwin diseña, con trazos bastante gruesos por cierto, cuál sería la organización y las competencias de las entidades políticas que existirían en ese futuro indefinido⁷².

a) Aboga por el ejercicio de la autoridad en núcleos políticos que abarquen un territorio reducido, porque los habitantes de esos lugares son quienes, a su juicio, «están mejor informados sobre lo que concierne a cada uno de ellos». Admite como excepción a esta política basada en la proximidad y en el conocimiento mutuo que, en el caso de que la seguridad externa se vea comprometida de alguna forma, esas pequeñas comunidades deberían coordinarse para defender su supervivencia⁷³.

b) Considera que la autoridad que se ejercería en esas comunidades sería mínima, como lo sería también al contenido de sus normas jurídicas. Según Godwin, la constitución podría limitarse a dos simples artículos: el primero establecería la división de todo el territorio en distritos iguales por su población, y el segundo, fijaría periodos para la elección de la Asamblea Nacional». Pero, incluso va más allá, y afirma que el procedimientos de enviar leyes a los distritos para su aprobación, salvo en los casos de seguridad nacional, constituye algo innecesario, y añade que «sería mucho mejor, en los casos en que fuera posible, permitir que los distritos elaborasen sus propias leyes

⁷¹ *Ibid.*, p. 545. Es la idea godwiniana del llamado «ojo público» que Ferrajoli compara con los conceptos de «fuerza invisible», «educación moral» o «solidarismo terapéutico» de los que hablan otros autores cercanos a las tesis abolicionistas de Godwin. Cfr. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del...*, op. cit., p. 250.

⁷² En relación con estas propuestas de Godwin, se ha afirmado, de forma acertada, que «la eutanasia del gobierno propuesta es demostrativa de una visión preanarquista o anarquizante que cuenta con un doble punto de partida: por un lado, la confrontación sociedad-gobierno, encarnando este último todos los males sociales; y por otro, la identificación entre ética y política que lleva, en última instancia, hacia un estadio *post-político*, a una política de lo *antipolítico*». Cfr. BUENO OCHOA, L., *Godwin y los orígenes del anarquismo...*, op. cit., p. 305.

⁷³ Cfr. GODWIN, W., *Enquiry...*, op. cit., p. 542.

sin la intervención de la Asamblea General». Además, el funcionamiento autónomo de los territorios provocará, a largo plazo, que las leyes generales sean innecesarias⁷⁴.

Descentralización máxima, autogestión solidaria y coordinación mínima serán, según Godwin, las características de las futuras sociedades políticas en las que, a diferencia de lo que ocurría en las instituciones políticas de su época, la toma de todo tipo de decisiones colectivas será adoptada de forma directa por cada uno de los individuos que integran esos pequeños núcleos comunitarios⁷⁵.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ JUNCO, J., «La teoría política del anarquismo», en F. Vallespín (ed.), *Historia de la Teoría política* (4), Madrid, Alianza editorial, 1992, pp. 262-305.
- BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, edición bilingüe al cuidado de Perfecto Andrés Ibáñez; texto italiano establecido por Gianni Francioni, Madrid, Trotta, 2011.
- BUENO OCHOA, L., *Godwin y los orígenes del anarquismo individualista*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2008.
- CALAMANDREI, P., «Prefacio» y «Notas», en BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, edición bilingüe al cuidado de Perfecto Andrés Ibáñez; texto italiano establecido por Gianni Francioni, Madrid, Trotta, 2011.
- CANO RUIZ, B., *William Godwin. Su vida y su obra*, México, Editorial Ideas, 1977.
- CARO, F., «John Howard y su influencia en la reforma penitenciaria europea de finales del siglo XVIII», *Eguzquilo*, n.º 27, San Sebastián, 2013, pp. 149-168.
- CLARK, J. P., *The Philosophical Anarchism of William Godwin*, Princeton, Princeton University Press, 1977 (imp. 2015).
- DE SANTILLÁN, D. A. (seudónimo de Sinesio Baudilio García Fernández), «William Godwin y su obra acerca de la justicia política», en GODWIN, W., *Investigación acerca de la justicia política*, traducción J. Prince, Madrid, Ediciones Júcar, 1985.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohíno, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta, 2.ª edición, 1997.
- GARCÍA RAMÍREZ, S., «Estudio introductorio. John Howard: la obra y la enseñanza», en JOHN HOWARD, *El estado de las prisiones en Inglaterra y*

⁷⁴ *Ibid.*, pp. 609-610.

⁷⁵ «Godwin no ofreció un proyecto de sociedad futura en *Political Justice*... sin embargo dejó claro las direcciones inconfundibles hacia las cuales le gustaría ver el desarrollo de la sociedad... no debería haber más estados nación... la ley y el gobierno deberían ser gradualmente abolidos... no sería necesaria una asamblea permanente nacional... debería existir una igualación de la propiedad...». Cfr., MARSHALL, P. H., *William...*, *op. cit.*, pp. 109 y 110.

- Gales*», traducción de José Esteban Calderón, México, Fondo de Cultura económica, 2003.
- GODWIN, W., *Enquiry Concerning Political Justice and its Influence on Modern Morals and Happiness*, London, Penguin Books, 1985 (reproduce la edición de 1798).
- *Investigación acerca de la justicia política*, traducción J. Prince, Madrid, Ediciones Júcar, 1985 (reproduce la edición de 1793).
- *Caleb Williams, or Things as They Are*, London, Createspace, The Complete Three Volume Novel, 2014.
- HUME, D., *Ensayos políticos*, Introducción y traducción de César Armando Gómez, Madrid, Unión Editorial, 1975.
- KRAMNICK, I., «Introduction», «A Note to the Reader» and «A Note on the Text», en GODWIN, W., *Enquiry Concerning Political Justice and its Influence on Modern Morals and Happiness*, London, Penguin Books, 1985.
- LOCKE, J., *Segundo tratado sobre el gobierno. Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno*, introducción, revisión de la traducción y notas de Pablo López Álvarez, Madrid, Biblioteca Nueva, 1999.
- MANUEL, F. E. y MANUEL, F. P., *El pensamiento utópico en el mundo occidental*, vol. III, versión castellana de Bernardo Moreno Carrillo, Madrid, Taurus, 1984.
- MARSHALL, P. H., *William Godwin*, New Haven, Yale University Press, 1984 (imp. 2015).
- MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1972.
- PATARROYO, C. G., «Jonathan Edwards: una investigación cuidadosa y estricta de las nociones modernas prevalientes de la libertad de la voluntad», *Ideas y valores, Libertad, determinismo y responsabilidad moral*, vol. 58, núm. 141, 2009, pp. 217-229.
- RODILLA GONZÁLEZ, M. Á., *Contrato social. De Hobbes a Rawls*, 2 vols., Salamanca, Ratio Legis Ediciones, 2014.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, *Derecho penal español. Parte general*, octava edición, Madrid, 1981.
- ROUSSEAU, J. J., *El contrato social*, traducción Enrique López Castellón, Madrid, Edimat, 2000.
- SÁNCHEZ GARCÍA, R., *La razón libertaria: William Godwin, 1756-1836*, Madrid, Fundación Anselmo Lorenzo, 2007;
- «William Goldwin y la deslegitimación de la sociedad liberal», en *Cuadernos de historia contemporánea*, n.º 23, 2001, pp. 195-216.
- «Aspectos económicos del pensamiento de William Godwin», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 16, 1993, pp. 159-193.
- SWIFT, J., *Viajes de Gulliver*, traducción de Montserrat Alfau, México, Porrúa, 1997.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Madrid, Tecnos, 1992.
- WOODCOCK, G., *A Biographical Study*, New York, Black Rose Books, 1989.

Fecha de recepción: 31/03/2017. Fecha de aceptación: 31/10/2017

Dignidad y Derecho: de la Antigüedad a la Edad Media

Dignity and Law: from Antiquity to Middle Ages

Por JOSÉ JUSTO MEGÍAS QUIRÓS¹
Universidad de Cádiz

RESUMEN

La recepción de la idea de dignidad en el mundo jurídico es antigua, aunque tuvo escasa aceptación entre los juristas romanos. Las obras de filósofos estoicos y de algunos pensadores romanos colaboraron a extender la idea de que todo ser humano compartía una cualidad común que lo diferenciaba de los animales. Sexto Pedio pudo ser el primero en recurrir a la dignidad humana como fundamento de la protección del esclavo, aunque no tuvo mucho éxito. La dignidad precisó de un mayor desarrollo conceptual en el plano filosófico y teológico hasta alcanzar cierto protagonismo entre los juristas.

Palabras clave: *Dignidad, derecho, derechos, Antigüedad, Edad Media.*

ABSTRACT

The reception of the idea of dignity in the legal world is ancient, although it had little acceptance among Roman jurists. However, the works of Stoic

¹ C. U. de Filosofía del Derecho. Universidad de Cádiz. Avda. de la Universidad, 4, 11406 Jerez Fra., josejusto.megias@uca.es.

philosophers and some Roman thinkers helped spread the idea that every human being shared a common quality that differentiated him from animals. In this sense, Sexto Pedio could be the first to resort to human dignity as a basis for the protection of slavery. Nonetheless, this idea did not have much success. In reality, dignity needed a greater conceptual development both on philosophical and theological levels in order to provide more insight among jurists.

Key words: *Dignity, law, rights, Antiquity, Middle Ages.*

SUMARIO: 1. APROXIMACIÓN ESTOICA A LA DIGNIDAD PERSONAL.-2. RECEPCIÓN EN EL PENSAMIENTO ROMANO.-3. REFLEJO EN EL MUNDO JURÍDICO.-4. APORTACIONES DEL PENSAMIENTO CRISTIANO.-5. SU RECEPCIÓN EN LA EDAD MEDIA.

SUMMARY: 1. STOIC APPROACH TO PERSONAL DIGNITY.-2. RECEPTION IN ROMAN THOUGHT.-3. REFLECTION IN THE LEGAL WORLD.-4. CONTRIBUTIONS OF CHRISTIAN THOUGHT.-5. RECEPTION IN THE MIDDLE AGES.

En los textos jurídicos de la Antigüedad, el término *dignitas* aparecía referido a cargos y magistraturas, a posiciones públicas estimadas socialmente o a percepciones más subjetivas relacionadas con el honor, la imagen pública y la buena fama con reflejo en el ámbito público². Esta *dignitas* tenía una gran carga objetiva, pues se trataba de un reconocimiento público en atención a los méritos personales, familiares, sociales, profesionales, intelectuales, etc., pero también subjetiva en el sentido de que los sujetos podían sobredimensionar su propia *dignitas*. No obstante, Robleda mantuvo que también se invocó la dignidad como fuente y fundamento de derechos que no se encontraban amparados por una norma positiva, sino que, una vez reconocidos en el curso de un proceso, pasarían a ser positivados. Para Robleda, al igual que un jurista podía crear *ius civile* con sus dictámenes, también el pretor creaba *ius praetorium* basándose en la *aequitas* entendida como norma objetiva no positiva, y que cuando concedía por vez primera una *actio praetoria*, una *restitutio in integrum*, una *missio in possessionem* u otro remedio con fundamento en la *aequitas*,

² Advierte Ruiz Miguel en el uso del término *dignitas* entre los romanos «un sentido moral y un sentido sociopolítico», de modo que «en Roma la dignidad es una noción multívoca que por un lado, tiene una connotación moral y por otra social o política que mayormente alude a la idea de elevación, excelencia o mérito». RUIZ MIGUEL, C., «La dignidad humana. Historia de una idea», *Lex Tantum. Anuario de la Escuela de Derecho de la Universidad Anáhuac de Xalapa*, 2/2, 2005, p. 523.

no se apoyaba en norma positiva preexistente³, sino que la concedía en atención únicamente a la dignidad personal del *cives*. Según Robleda, se dieron situaciones en las que la petición del ciudadano romano no estaba amparada por una norma positiva, pero entendía que le correspondía en atención a la equidad y a su dignidad personal. En estos casos, afirmaba Robleda, «el relieve de la dignidad de la persona del *cives*, y sus correlativas exigencias emergen todavía más como algo subjetivo, cuando no preexiste una norma concesiva positiva, sino sólo la natural de la *aequitas*»⁴. Este razonamiento, utilizado frente a d'Ors y Villey⁵, prescinde de considerar del estatus del *cives*, que es lo que permitía al ciudadano acudir al pretor y solicitar su protección, y no su dignidad. El estatus del ciudadano y su relación con la *res* objeto de litigio era lo que permitía al pretor, basándose en la equidad, conceder o no una facultad o un poder, de modo que, si prescindimos de ese dato (su condición de ciudadano), el individuo ni siquiera hubiera podido acudir al pretor en solicitud de protección. Trataremos de analizar brevemente en estas páginas la recepción de la idea de dignidad en la Antigüedad romana, así como el valor jurídico que se le reconoció durante los últimos siglos de esta época y su continuidad en siglos posteriores.

1. APROXIMACIÓN ESTOICA A LA DIGNIDAD PERSONAL

Ya hemos referido la importancia de las aportaciones sobre la dignidad, o más bien sobre la humanidad, realizadas por Platón, que emparentó al ser humano con la divinidad, y por Aristóteles, que destacó esa cualidad propia del ser humano que lo diferenciaba ontológicamente de los animales⁶. Sin embargo, interesa sobre todo el pensa-

³ «Es verdad —escribía Robleda— que el pretor, procediendo a base de la *aequitas*, procede, de todos modos, a base de una norma objetiva, ya que la *aequitas* es una norma objetiva, si bien, no positiva; pero ni aun esa norma objetiva se nombra o aparece en el caso. Lo que entonces aparece, y se ve, es únicamente la exigencia del *cives*, su petición. Esa exigencia del *cives*, que el pretor vivamente considera, es igual a la realidad, a la substancia de un derecho subjetivo. Sólo después que el pretor ha concedido sus específicos remedios por primera vez, y los ha fijado luego en su Edicto anual, se podrá hablar de un *ius* también positivo (pretorio), que precede al subjetivo». ROBLEDA, O., «La idea del derecho subjetivo en el ordenamiento romano clásico», *Bulletino dell' Instituto di Diritto Romano*, 80, 1977, p. 27.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Vid. D'ORS, A., «Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de *ius*», *Studi in memoria di E. Albertario*. Milano, Giuffrè, 1953, vol. II, pp. 279-299. VILLEY, M., «Los orígenes de la noción de derecho subjetivo» y «*Suum ius cuique tribuens*», *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, Ediciones Universitarias, 1976, pp. 23-57 y 59-70, respectivamente.

⁶ Aristóteles no llegó a defender que todo ser humano era valioso por sí mismo, sino por el grupo al que pertenecía, de ahí que la mujer, el extranjero y el esclavo pudieran recibir un trato discriminatorio sin que se produjera a su juicio injusticia

miento estoico por su influencia en los autores romanos y cristianos. Con su Ley natural universal y su cosmopolitismo, pusieron el primer fundamento de la idea de la igual dignidad de todos los seres humanos⁷, en especial Panecio y Epicteto.

Para Panecio, compartir la misma naturaleza humana no hacía idénticos a todos los hombres; cada sujeto estaba revestido de potencialidades personales que le permitían diferenciarse del resto. La naturaleza común otorgaba por igual unos impulsos comunes, como la inclinación a la autoconservación, a la vida social, a la búsqueda de la verdad y de la justicia, etc., pero junto a estos impulsos comunes cada individuo debía desarrollar sus potencialidades propias sirviéndose de su capacidad racional y de su libertad. Por ello, liberado del sometimiento a la ley de la necesidad, los impulsos naturales no justificaban cualquier actuación humana, sino que debían ser racionalizadas por el sujeto si de verdad quería comportarse con rectitud, con humanidad⁸. El ser humano debía servirse de la razón para conocer bien y de la libertad personal para elegir lo que le permitiera desarrollarse plenamente y alcanzar la felicidad mediante un proyecto de vida propio⁹.

Epicteto avanzó un paso más en este planteamiento al reconocer que el hombre podía hacerse cargo de su vida y acomodarla según la razón a las exigencias propias de su naturaleza humana y de sus propias circunstancias, de modo que se le podía hacer plenamente responsable de su comportamiento¹⁰. Su concepción del hombre comen-

alguna. La naturaleza no hacía a todos los seres humanos iguales en dignidad y, aunque se compartieran rasgos antropológicos, sólo el ciudadano libre estaba dotado por la naturaleza para llevar una existencia verdaderamente humana. Para una visión detallada de la dignidad en Aristóteles y sus implicaciones en el pensamiento posterior, vid. PELE, A., *La dignidad humana. Sus orígenes en el pensamiento clásico*, Madrid, Dykinson, 2010, pp. 167-302.

⁷ Gómez Franco expone la evolución desde los antiguos estoicos hasta Epicteto y cómo se acepta la idea introducida por Zenón y seguida por Crisipo (no por Cleantes) de que el hombre no debe vivir sólo conforme a la Naturaleza en general, sino a su naturaleza particular. Vid. GÓMEZ FRANCO, G., «Vivir en acuerdo con la razón: sobre las definiciones estoicas del telos», *Disertaciones*, 4, 2015, pp. 51-68.

⁸ «El pensamiento de Panecio debería relacionarse con su tendencia a considerar a cada hombre como un miembro de la raza humana en lugar de uno de los fragmentos de la Razón divina que impregna el cosmos como un todo». RIST, J. M., *La filosofía estoica*, trad. de D. Casacuberta. Madrid, Crítica, 1995, p. 203.

⁹ El determinismo estoico va llegando a su fin, aunque no lo hará de forma definitiva hasta las propuestas de Epicteto. Cfr. SALLES, R., *Los estoicos y el problema de la libertad*, México, UNAM, 2006, pp. 29-61.

¹⁰ «Piensa quién eres: lo primero, un hombre; es decir, que no tienes nada superior al albedrío, sino que a él está subordinado lo demás, y él mismo no puede ser esclavizado ni subordinado. Mira entonces de quiénes te distingues por la racionalidad. Te distingues de las fieras, te distingues de las ovejas. En estas condiciones eres ciudadano del mundo y parte de él, y no uno de los servidores, sino uno de los que lo dirigen, pues eres capaz de comprender el gobierno divino y de extraer consecuencias de ello». *Disertaciones por Arriano II*, X, 1, trad. de P. Ortiz García, Madrid, Gredos, 2001.

zó a abrir las puertas a la subjetividad¹¹ y a superar la valoración del ser humano solamente en razón de su pertenencia al grupo. Cada ser humano era capaz de reconocer su propio valor y el de los demás individualmente, aprehendiendo su propia dignidad aunque en ocasiones se olvidara de ella y se conformara con un precio, que era lo que caracterizaba a las cosas externas¹². En este incipiente individualismo estoico de Epicteto podemos entrever, por tanto, las semillas del reconocimiento de la igual dignidad de todo ser humano, fuera heleno o bárbaro, varón o mujer, libre o esclavo¹³.

Debemos, sin embargo, realizar dos matizaciones para no incurrir en el riesgo de acomodar las ideas estoicas a nuestro pensamiento. La primera de ellas es que sólo se asomaron al reconocimiento de la dignidad individual, sin desarrollar una doctrina sobre la que se pudiera reconocer valor infinito a la persona como se haría más adelante. En segundo lugar, esa dignidad y ese incipiente individualismo permanecieron en el plano filosófico, por lo que jamás propusieron la dignidad como fundamento de derechos personales que debieran ser reconocidos a todo ser humano con carácter universal.

2. RECEPCIÓN EN EL PENSAMIENTO ROMANO

La influencia estoica se aprecia en Cicerón y Séneca. El primero transmitió eficazmente las ideas del estoicismo medio con sus obras, en las que el reconocimiento de la cualidad especial del ser humano (próxima a la dignidad) aparece como una idea consolidada ya en el siglo I a. C. Cicerón aceptó que sólo el ser humano disfrutaba de una cualidad que lo diferenciaba ontológicamente de cualquier otra criatura, al tiempo que ponía en primer plano la responsabilidad personal sobre el comportamiento individual: quien obraba de acuerdo con su naturaleza, obraba con humanidad, mientras que lo hacía como un animal quien con su comportamiento contrariaba su propio modo de ser¹⁴.

Aunque el hombre comparte inclinaciones con los animales, para Cicerón el modo de ser del hombre se caracterizaba por capacidades

¹¹ «Si tuvieras algún sentido, intentarías no hacer nada indigno del que te fabricó, ni de ti y no presentarte con aspecto indigno a los que te ven (...) ¿Ni siquiera te acordarás de que no sólo te fabricó [el demiurgo], sino que además te confió sólo a ti mismo y te puso sólo en tus propias manos, y encima pondrás en vergüenza esa tutela?» *Disertaciones por Arriano*, cit., II, VIII, 18-23.

¹² «Eres tú quien te conoces a ti mismo, quien sabes cuánto vales para ti mismo y en cuánto te vendes: cada uno se vende a un precio» [olvidando su dignidad], *Disertaciones por Arriano*, cit., I, II, 11.

¹³ Cfr. MELÉNDEZ, G. A., «Sobre el arte de vivir en Epicteto», *Eidos: Revista de Filosofía de la Universidad del Norte*, 20, 2014, pp. 284-286 y 307-308.

¹⁴ Vid. PELE, A., *op. cit.*, pp. 337-379.

como la racionalidad y la inteligencia, que a su vez le facultaban para profundizar en el conocimiento del mundo, elegir con libertad, proyectar su vida en el futuro y prever acontecimientos¹⁵. Estas capacidades le fueron conferidas por la divinidad, con quien comparte lo más elevado de la creación, de ahí su excelencia en el ser¹⁶. Su concepción estoica de la divinidad es muy diferente del Dios personal de los cristianos, que no sólo pone orden sino que crea, pero la relevancia que otorga a la conexión del hombre con la divinidad, como ya hiciera Platón, permanecerá constante a lo largo de los siglos.

El reproche que se formula a Cicerón es que, de haber sido coherente con la idea de que todo ser humano estaba revestido de esa cualidad excepcional, debería haber defendido la igual dignidad de hombres libres y esclavos, de ciudadanos y extranjeros, de varón y mujer, y no lo hizo. Si bien en un plano filosófico o moral todos los seres humanos eran iguales por naturaleza en cuanto a su humanidad, cuando Cicerón se refiere al plano social, regido por el derecho y los usos sociales, admite como normal establecer diferencias sobre lo que corresponde a cada uno según su nacimiento, ciudadanía, sexo, etc., de ahí que, por ejemplo, no tenga inconveniente en afirmar que la aristocracia debía gobernar a la plebe, el varón a la mujer o el amo al esclavo¹⁷. Para Cicerón, la ley, respetando una naturaleza que otorgaba a cada ser diferentes potencialidades, no debía igualar a todos los

¹⁵ Lo que une al género humano «es la razón y la palabra, las cuales, por los procesos de enseñar y de aprender, comunicar, discutir y razonar, concilian entre ellos a los hombres y los unen en una cierta asociación natural; y en ninguna otra cosa distamos tanto de la naturaleza de las fieras, en las que decimos a menudo que hay fortaleza, como en los caballos o los leones, pero no decimos que posean justicia o bondad; por cuanto están privadas de razón y palabra». *Sobre los deberes* I, 16, trad. de J. Guillén Cabañero, Madrid, Tecnos, 1999. Además, el hombre «distingue los efectos, ve las causas de las cosas, prevé sus procesos y sus antecedentes, compara sus semejanzas, enlaza íntimamente a lo presente lo futuro, ve todo el curso de la vida y prepara lo necesario para ella». *Op. cit.*, I, 11. Por ello, «hay que tener presente cuánto aventaja la naturaleza del hombre a la de los animales domésticos y de las demás bestias. Éstas no sienten más que el placer y hacia él son arrastradas irresistiblemente; la mente del hombre, en cambio, se nutre aprendiendo y meditando. Está siempre indagando o haciendo algo, y se ve atraída por el ansia de ver y oír». *Op. cit.*, I, 105.

¹⁶ Así, afirma que «este animal previsor, perspicaz, múltiple, agudo, dotado de memoria, lleno de razón y de inteligencia, al que llamamos hombre, ha sido creado por el dios supremo en una condición especialísima». *Las leyes* I, 7, 22, trad. de A. d'Ors. Madrid, IEP, 1953. Y más adelante insiste en que «habiendo inclinado a los demás animales hacia el pasto, sólo al hombre lo levantó y lo estimuló hacia la vista del cielo como su antiguo domicilio familiar, y ha formado los rasgos de su fisonomía de suerte que en ella se reflejan las íntimas cualidades morales». *Las leyes*, cit., I, 7, 26.

¹⁷ Cfr. PELE, A., *op. cit.*, p. 412. Pele ahonda en esta desigual dignidad individual en el pensamiento ciceroniano en las pp. 410-460. En el fondo, Cicerón reconoce la condición humana en todo ser humano, lo que le lleva a rechazar cualquier justificación de las injusticias sobre las personas con independencia de su condición, pero admite una graduación de su dignidad en función de su nacimiento (libre o esclavo), del sexo, de la clase social a la que pertenezca, del hecho de gozar o no de ciudadanía romana, etc.

hombres, sino establecer lo justo adecuándose a las circunstancias históricas y sociales particulares; si la ley igualara a todos los hombres anularía sus diferencias naturales y con ellas la capacidad de desarrollo de algunos de ellos, que verían mermadas sus expectativas naturales por intromisión de la ley humana. La igualdad implicaba que, una vez tenidas en cuenta las diferencias naturales, todos eran iguales ante las leyes aprobadas¹⁸. Por tanto, aunque hubiera existido en esta época una mentalidad jurídica subjetivista, que no existió, hubiera sido imposible descubrir en el pensamiento ciceroniano base alguna que sirviera de fundamento a unos derechos universales entroncados con la dignidad. De haber existido tal mentalidad subjetivista, se hubiera llegado como mucho a unos derechos variables en función del grupo social al que perteneciera cada uno.

También para Séneca el hombre era «la más perfecta de las criaturas»¹⁹, por lo que afirmó «¡Qué error el compararnos a seres que no poseen más que una ciega furia, en lugar de la razón, noble guía del hombre! (...) ¿Y por qué sometéis el hombre a tan injuriosos paralelos? ¿No tenéis al universo, no tenéis a dios, que entre todas las criaturas solamente el hombre puede concebirlo, por ser el único de los seres que existe para imitarlo?»²⁰. Séneca percibía en el ser humano algo divino que lo hacía especial y lo elevaba sobre cualquier otra criatura. Para destacar que esa cualidad especial era personal, se fijó, a juicio de Pele, en la conciencia individual del hombre, que le permitía aprehender no sólo su propia individualidad y valor, sino también la de los demás seres humanos sin excepción²¹. Esta conciencia perso-

¹⁸ Cfr. DEL POZO, J. M., *Cicerón: conocimiento y política*, Madrid, CEC, 1993, p. 128.

¹⁹ *De ira* I, 5. Trad. de J. Fernández Navarrete y N. Estévez, México, Porrúa, 1984.

²⁰ *Op. cit.*, II, 16. Ya había dejado constancia del abismo existente entre el hombre y los animales: «Los animales mudos son ajenos a las pasiones del hombre; no tienen sino impulsos que se les parecen. De lo contrario, si hubiera en ellos amor, habría igualmente odio; la amistad supondría también la enemistad, y las disensiones la concordia; de todas estas cosas ofrecen algún indicio, pero el bien y el mal pertenecen exclusivamente al corazón humano. Solamente al hombre se le han dado la previsión, el discernimiento, el pensamiento; nuestras virtudes y nuestros vicios son ajenos a los animales, que interiormente difieren de nosotros tanto como exteriormente». *Op. cit.*, I, 3.

²¹ «La dignidad humana no pertenece al campo de la mera especulación filosófica sino que se vuelve una cualidad otorgada a todos los seres humanos con, además, el deber de protegerla. Ahora bien, para despertar este deber, Séneca no recurre a la pura contemplación, sino a la idea de conciencia individual, que ya ha emergido paulatinamente en Platón, Aristóteles y Cicerón. Por un lado, esta conciencia individual sigue vinculada a la contemplación filosófica pero no implica una huida idealista. La conciencia individual se orienta hacia la aprehensión de la individualidad propia y ajena. Dicha aprehensión debe surgir a su vez de una reacción crítica ante la degradación de la dignidad del ser humano». PELE, A., *op. cit.*, p. 479. Y más adelante afirma que «Séneca otorga una dignidad al ser humano a partir de su libertad. Este valor impulsa el redescubrimiento y la defensa de la interioridad individual. Toda su argumentación consiste en despertar en el individuo la conciencia de su dignidad, junto con el deber de expresar y defenderla. Ahora, las reflexiones de Séneca apuntan hacia

nal, y no sólo la razón, será la guía también para desarrollar un comportamiento verdaderamente humano, es decir, un comportamiento recto y lleno de virtud que se adecuara a su naturaleza según lo establecido por la ley natural.

En un principio parece superar las propuestas de Cicerón reclamando el reconocimiento de un igual valor supremo de todos los seres humanos, incluso de los esclavos, afirmando que el hombre era cosa sagrada para el hombre (*homo, homini sacra res*)²², por lo que merecía recibir siempre un trato humano con independencia de su posición social o de si era libre o esclavo²³. Pero esta afirmación, utilizada por quienes defienden que Séneca se manifestó a favor de la abolición de la esclavitud en razón de la dignidad humana, no puede ser trasladada desde el plano filosófico o moral al jurídico, porque Séneca no lo hizo. Afirma Pele que «este reconocimiento de un valor intrínseco al individuo por el hecho de ser humano, se hace a partir de una desigual dignidad jurídica y política que no está criticada por Séneca. En efecto, es Nerón, quien desde su superioridad, manifiesta su clemencia en relación con sus súbditos. Éstos gozan entonces de su dignidad no gracias a un fundamento jurídico, sino gracias a la bondad de un personaje que, como *princeps*, se encuentra fuera del alcance de las leyes»²⁴. Séneca sólo exigió un trato más humano hacia los esclavos, pero ni condenó la esclavitud²⁵ ni utilizó el poder que Nerón dejó en sus manos para legislar en favor de los esclavos en razón de su dignidad.

Encontramos las ideas estoicas romanizadas fuertemente consolidadas un siglo más tarde. El hombre no sólo tenía una cualidad única que le hacía diferente a los demás seres, sino que ésta exigía a su vez un comportamiento adecuado a ella para ser meritorio. El hombre no era especial sencillamente por estar dotado de razón y libertad, por ser superior a los animales, sino por saber hacer uso adecuado –razona-

el reconocimiento de una dignidad en el otro. No sólo se trata de tener conciencia de su dignidad individual, sino también reconocer y defender la de los demás. El puente que une ambas perspectivas es la consideración de la libertad individual definida como absoluta». *Op. cit.*, p. 630.

²² PELE, A., *op. cit.*, p. 674. También D'Ors afirma que los juristas importantes de la época (Próculo, Labeo, Sabino y Caius Longinus) no compartieron las ideas de Séneca, ni éstas ejercieron influencia sobre las decisiones del Senado ni sobre las leyes. La esclavitud siguió siendo considerada como una institución natural, a pesar de que Séneca la considerara un producto de la cultura, de la ceguera humana. Cfr. D'Ors, A., «Séneca ante el tribunal de la jurisprudencia», *cit.*, pp. 200 y 206.

²³ «Lo que Séneca quiere decir [al afirmar que todo hombre es *res sacra*] es esto: que no sólo debemos reconocer, como ya se hacía entre los juristas, que el cadáver y la sepultura de un esclavo son cosa tan religiosa como los de una persona libre, sino que también el cuerpo de un esclavo vivo, lejos de echarse a las fieras, debe ser respetado como un templo». D'ORS, A., «Séneca ante el tribunal de la jurisprudencia», *Nuevos papeles del oficio universitario*, Madrid, Rialp, 1980, p. 205.

²⁴ PELE, A., *op. cit.*, p. 674. También D'Ors afirma que los juristas importantes de la época (Próculo, Labeo, Sabino y Caius Longinus) no compartieron las ideas de Séneca, ni éstas ejercieron influencia sobre las decisiones del Senado ni sobre las leyes. La esclavitud siguió siendo considerada como una institución natural, a pesar de que Séneca la considerara un producto de la cultura, de la ceguera humana. Cfr. D'Ors, A., «Séneca ante el tribunal de la jurisprudencia», *cit.*, pp. 200 y 206.

²⁵ «La esclavitud no está formalmente condenada por Séneca (...) La humaniza sin derrocarla», PELE, A., *op. cit.*, p. 688.

ble— de todo cuanto le rodeaba. Así lo puso de relieve Marco Aurelio al afirmar que «ni es meritorio transpirar como las plantas, ni respirar como el ganado y las fieras, ni ser impresionado por la imaginación, ni ser movido como una marioneta por los impulsos, ni agruparse como rebaños, ni alimentarse (...) ¿Qué queda digno de estima? Opino que el moverse y mantenerse de acuerdo con la propia constitución, fin al que conducen las ocupaciones y las artes»²⁶. Para Marco Aurelio, el *modo de ser* propio del ser humano le exigía un comportamiento adecuado a su propia constitución (naturaleza); si obraba contra ella, sólo conseguía comportarse como un animal, perdiendo de ese modo su humanidad y su honra²⁷. El hombre que actúa contra las exigencias derivadas de su propia naturaleza se degrada a sí mismo con ese comportamiento y, además, puede lesionar la dignidad ajena si la acción tuviera consecuencias sobre otras personas.

En esto poco se distancia de Cicerón y Séneca, pero a diferencia de éstos, que sólo tuvieron un poder insuficiente para introducir cambios determinantes en el mundo jurídico, Marco Aurelio fue emperador y podría haber modificado la legislación del Imperio en favor de una igual dignidad de todos los seres humanos, pero no lo hizo²⁸.

Debemos reconocer el mérito y la relevancia de estas ideas del estoicismo y del humanismo romano, pero sólo constituyeron un puente hacia la consideración de la verdadera dignidad individual, pues griegos y romanos sólo reconocieron en realidad la superioridad

²⁶ MARCO AURELIO, *Meditaciones* VI, 16, trad. de R. Bach Pellicer, Madrid, Gredos, 1977.

²⁷ «El alma del hombre se deshonor a sí misma: primero, cuando produce en la sociedad los mismos efectos que un tumor en el cuerpo humano, es decir, que se vuelve una partícula molesta en el organismo de la Naturaleza. En efecto, enfadarse contra los acontecimientos es como una deserción respecto a la Naturaleza, de la que forman parte las naturalezas de los demás seres que la integran. Y en segundo lugar, cuando tiene odio a otro individuo o lo maltrata, como sucede cuando se encoleriza. También se deshonor cuando se deja vencer por el placer o el dolor, cuando emplea la hipocresía, el disimulo y la mentira en sus actos o palabras y, finalmente, cuando no dirige hacia un objeto determinado su conducta y sus esfuerzos, haciendo todo sin cuidado ni orden, siendo así que hasta las cosas más insignificantes deben conducir al mismo fin. Luego el fin de los seres racionales está en vivir conforme a la razón y a las leyes del universo, que es el Gobierno más antiguo y el mejor legislador». MARCO AURELIO, *op. cit.*, II, 16. Es una idea que se repite constantemente en esta obra; cfr., por ejemplo, III, 9 y 12, IV, 4 y 40, etc.

²⁸ No obstante, imbuido del humanitarismo estoico, «se esforzó por mejorar la condición de los esclavos, elevó la capacidad jurídica de la mujer, suavizó la dureza del derecho penal, alivió las cargas de la parte más menesterosa de la población, trató con equidad a las provincias, instituyó asilos públicos para la niñez desvalida, atenuó la crueldad de los espectáculos circenses y no perdonó ocasión para mostrar el desprecio que le inspiraban». MONTES DE OCA, F., «Estudio preliminar», a *Manual y Máximas* de Epicteto y *Soliloquios* de Marco Aurelio, México, Porrúa, 1986, p. LXVI.

del hombre sobre cualquier otra criatura, no la igual dignidad de todo ser humano con independencia de su condición²⁹.

3. REFLEJO EN EL MUNDO JURÍDICO

Los juristas emplearon el término *dignitas* en multitud de ocasiones, casi siempre con el significado de honor, posición social o política, honorabilidad pública, cargos o magistraturas, comportamiento recto, magnanimidad, etc. No obstante quisiera detenerme brevemente en dos textos recogidos más tarde en el *Digesto* y que apuntan a la recepción jurídica de ese nuevo significado de la dignidad como cualidad de todo ser humano³⁰.

El primero constata la normalidad, en contra de las propuestas filosóficas, de la desigual dignidad según el nacimiento, estatus social, sexo, etc. Así se aprecia en D. 1, 9, 1: «nadie duda que el varón Consular ha de ser preferido a la mujer Consular. Pero se ha de ver si el varón que ha sido Prefecto será preferido a la mujer Consular. Yo juzgaría que sea preferido, porque hay mayor dignidad en el sexo viril»³¹. Se trata de un comentario de Ulpiano contenido en su *Ad edictum praetoris* (libro LXII). Aunque pudiera parecer que se refiere a la dignidad de la persona como cualidad, en realidad se está pronunciando sobre la posición social condicionada por el hecho de ser mujer o varón y que, en general, la de la mujer tenía una consideración inferior a la del varón³². No nos llama la atención esta discriminación porque encaja en la mentalidad propia de la época, que ha perdurado, aunque esté en vías de extinción, hasta nuestros días y que se concreta en frecuentes discriminaciones hacia la mujer. Esa desigual dignidad por razón de sexo ya estaba repudiada en los textos filosóficos y morales, pero no llegó a influir en los jurídicos.

El segundo texto, de mayor importancia, tiene que ver con la esclavitud. Cicerón y Séneca, siguiendo ideas estoicas, habían reclamado un trato más humanitario para los esclavos, diferenciándolos de animales

²⁹ «Esta elevada valoración de la especie acaso puede fundamentar una protección en cuanto especie, pero no la intangibilidad de la dignidad de la persona individual como fuente de pretensiones normativas». HABERMAS, J., «La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, p. 115.

³⁰ Para un estudio profundo sobre la dignidad durante estos siglos, *vid.* DE FILIPPI, M., *Dignitas. Tra Repubblica e Principato*. Bari, Cacucci, 2009.

³¹ D. 1, 9, 1. Ulpiano, *Libro LXII, ad Edictum*. «Consulari feminae utique Consulare virum praefendum nemo ambigit. Sed vir Praefectorius an Consulari feminae praefatur, videndum. Putem praeferi, quia maior dignitas est in sexu virili». Cito por *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Edición bilingüe de I. L. García del Corral, Jaime Molinas ed., Barcelona, 1889-1898.

³² Cfr. PEPPE, L., «La donna romana: quale cittadinanza?», en AA. VV., *Estudios en Homenaje a Luiz Fabiano Corrêa*, Sao Paulo, Max Limonad, 2014, p. 200.

y objetos por valiosos que éstos fueran. Nunca reconocieron en ellos una cualidad que pudiera ser llamada dignidad y sirviera de fundamento suficiente para abolir la esclavitud, pero sus ideas –y otras propuestas similares del cristianismo– pudieron tener su puntual y leve reflejo en los juristas. Así se aprecia en el texto recogido en D. 21, 1, 44, pr.: «muy justamente no quisieron los Ediles que un esclavo fuera accesorio de una cosa que fuese de menor valor, a fin de que no se cometiese algún fraude o contra el Edicto, o contra el derecho civil, como dice Pedio, por consideración a la *dignidad del hombre*»³³. El texto corresponde a un fragmento de los comentarios de Paulo *Ad edictum edilium curulium libri II* en el que comenta la disposición de Sexto Pedio que, como se advierte, trataba de prohibir la venta de un esclavo como bien accesorio de otro bien principal. Sin embargo, la venta de un esclavo como bien principal no quedó prohibida, incluso llevando aparejada la transmisión de otro bien accesorio con un valor económico muy superior al fijado para el propio esclavo³⁴.

La duda que se suscita sobre el texto de Paulo es si la contemplación de la dignidad del esclavo como causa de la prohibición estaba ya contenida en el texto original de Pedio o no. Si fuera así, supondría un reconocimiento muy temprano de la dignidad en el orden jurídico, pues la obra de este jurista se sitúa en la segunda mitad del siglo I, posiblemente con Séneca aún vivo³⁵. Algunos autores lo consideran probable apoyándose, por un lado, en que Pedio se caracterizó por su amplia formación cultural, lo que hace suponer que estaba familiarizado con las obras estoicas en las que se defendía la igual dignidad de todo ser humano, y, por otro, por el constante recurso de este jurista a la equidad, por lo que no sería extraño que se adelantara a los tiempos con ese matiz de humanidad³⁶.

³³ D. 21, 1, 44, pr.: «Idem, libro II. ad Edictum Aedilium curulium. Iustissime Aediles noluerunt, hominem ei rei, quae minoris esset, accedere, ne qua fraus aut Edicto, aut iuri civili fieret, ut ait Pedius, propter dignitatem hominum». La cursiva en el texto es mía.

³⁴ *Ibidem*, «por lo demás, la misma razón hubo también respecto a las otras cosas, porque es ridículo que un fundo sea accesorio de una túnica. Mas es lícito agregar cualquier cosa a la venta de un esclavo; porque también a veces importa más el peculio que el esclavo, y en ocasiones el vicario, que es accesorio, es de más valor que el esclavo que se vende».

³⁵ Sobre la vida y obra de Sexto Pedio, *vid.* GIACHI, V., «Per una biografia di Sesto Pedio», *Studia et Documenta Historiae Iuris*, LXII, 1996, pp. 69-123. La autora cree muy probable que la obra comentada perteneciera a la etapa más prolífica de Pedio, que establece en la segunda mitad del siglo I.

³⁶ En este sentido se pronunció Ferrini, reconociendo que Pedio «elaborò il diritto con acume e indipendenza grande, con vivo sentimento dell'*aequitas* e una sagace modernità di indirizzo». FERRINI, C., *Sesto Pedio*, en *Opere*, vol. 2, Milano, U. Hoepli, 1929, p. 46. Y también La Pira al considerarlo el primer jurista que recurrió a la dignidad humana del esclavo apoyándose en la equidad: «ragioni di equità –che si possono ricondurre al principio della tutela della *dignitas hominum* D. 21.1.44 pr.– giustificano alcune eccezioni al divieto per il liberto di chiamare in *ius* il patrono». LA PIRA, G., *La personalità scientifica di Sesto Pedio*, *Bullettino*

Las dudas sobre la autoría de Sexto Pedio de la referencia a la «dignidad del hombre» se suscitan al comprobar que, antes de que lo hiciera Paulo, el texto ya había sido comentado en la segunda mitad del siglo II por Gayo (D. 21, 1, 32, Gai 2 *ad ed. aed. cur.*) y a principios del siglo III por Ulpiano (D. 21, 1, 1, 1, Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*), y lo hicieron de tal forma que parecía que Pedio únicamente pretendía evitar el fraude en la venta de esclavos, es decir, por una razón puramente económica. Antes de que Sexto Pedio publicara su disposición, los vendedores de esclavos ya estaban obligados a informar al comprador sobre los posibles vicios de éstos (enfermedad, discapacidad, ser fugitivo, etc.), pero si los vendían como bienes accesorios de otro bien principal, se veían libres de esa obligación. En sus comentarios, ni Ulpiano ni Gayo hicieron mención de la razón por la que se había establecido la nueva prohibición, lo que hace suponer que únicamente perseguía evitar el fraude³⁷ y que lo más probable es que la referencia a la dignidad no figurara en el texto original, sino que fuera añadida por Paulo a principios del siglo III³⁸.

De lo que no cabe duda es que Paulo quiso destacar el motivo humanitario sobre el económico al incluir el término *iustissime*, como queriendo destacar el relieve ético alcanzado por la idea de una igual dignidad de todo ser humano. Tampoco cabe duda de que no fueron los juristas de Justiniano los que introdujeron posteriormente este matiz al recogerlo en el *Digesto*, sino que se limitaron a transcribir el comentario tal como aparecía en la obra de Paulo, por lo que debemos concluir que el primer reconocimiento de la dignidad en un texto jurídico data al menos de principios del siglo III³⁹.

Sin embargo, en todos los textos jurídicos el esclavo continuó siendo considerado como un bien, un bien cualificado no equiparable a un animal o un objeto, y que esta referencia a la dignidad humana del esclavo no llegó hasta el punto de servir de fundamento para prohibir la esclavitud. Ello nos hace pensar que la afirmación de Robleda,

dell' Instituto di Diritto Romano, 45, 1938, p. 325. También ORTU, R., «*Propter dignitatem hominum*. Nuove riflessioni su D. 21.1.44 pr. (Paul. 2 ad ed. aed. cur.)», en *Tra storia e diritto, Studi in onore di Luigi Berlinguer*, II, Soveria Mannelli, Rubbettino Editore, 2008, pp. 439-476.

³⁷ Que el motivo económico fuera la única razón de la prohibición fue defendido por Impallomeni, para quien «non però la dignità dell' uomo, ma la necessità di reprimere possibili frodi determinò gli edili a statuire la presente norma». IMPALLOMENEI, G., *L' editto degli edili curuli*, Padova, CEDAM, 1955, p. 65.

³⁸ Así lo mantiene Manna, que lo considera «frutto di una estensione giurisprudenziale del dettato editale intervenuta probabilmente in epoca classica». MANNA, L., *Actio redhibitoria e responsabilità per vizi della cosa nell' editto de mancipiis vendundis*. Milano, Giuffrè, 1995, p. 79. En el mismo sentido GIACHI, C., *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l' editto*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 112.

³⁹ Cfr. WACKE, A., «Die Menschenwürde von Sklaven im Spiegel des Umgehungsgeschäfts nach Sextus Pedius. Si alii rei homo accedat und D. 21,1,44 pr.», en *Iurisprudentiae universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly*. Hrsgg. M. J Schermaier, J. M. Köln-Weimar-Wien, Reiner und L. C. Winkel, 2002, p. 813.

recogida al inicio de estas páginas, sobre el reconocimiento de derechos por parte del pretor basándose en la equidad y en la dignidad no constituye más que una interpretación de los textos jurídicos romanos según nuestra mentalidad contemporánea. Sin embargo, creemos que no estaba completamente equivocado y que la búsqueda de soluciones equitativas a las situaciones problemáticas reales teniendo también en consideración la dignidad humana pudo comenzar con los juristas de los primeros siglos de nuestra Era, aunque no podía traducirse en derechos personales porque para ello tendría que haber existido una mentalidad subjetivista, que no existió en aquella época.

Los primeros indicios claros de derechos subjetivos los encontramos en el periodo postclásico romano y, aun así, no se trataba de derechos que pertenecieran a la persona por el hecho de ser persona o por estar revestida de dignidad, sino que se trataba de facultades, inseparables de obligaciones simultáneas, que correspondían al ciudadano concreto por encontrarse en una situación jurídica concreta. Afirmaba D'Ors que la acepción subjetiva del derecho era reconocible en los textos del periodo postclásico, sólo que sus autores ni teorizaron sobre ella ni le dieron la importancia que nosotros le otorgamos en la actualidad⁴⁰, pues las facultades o pretensiones individuales, aunque fueran importantes, estaban para el jurista en un segundo plano: «la idea, que podía encontrarse en los textos romanos, de *tener derecho* no era más que un modo de referirse a la justa conducta personal conforme a ese gran orden cósmico, del que el hombre era una pieza de singular relevancia. Por tanto, una concepción eminentemente objetivista»⁴¹. El *tener derecho* debía ser entendido, por tanto, principalmente como que una conducta o acción era recta y se adecuaba a las exigencias de un orden jurídico objetivo, ya fuera natural o positivo⁴².

D'Ors descartó que los *iura* a los que en ocasiones se referían los juristas romanos se pudieran asemejar a derechos personales como los entendemos hoy, y mucho menos derivados del reconocimiento de la dignidad, pues ello hubiera requerido otorgar un protagonismo al individuo sobre la comunidad que los romanos no otorgaron. Si bien admite D'Ors que en el periodo clásico pudo aparecer la referencia a la persona como *subiectum*, apunta también que con este término siempre se quiso indicar que el ser humano «estaba sujeto» a un orden jurídico, natural o positivo, al orden que regulaba las relaciones huma-

⁴⁰ Poco dados a las especulaciones teóricas estériles, que servían de poco en la práctica, según D'Ors los juristas romanos no acometieron la distinción entre Derecho y derechos por considerarla «un producto de la especulación racional no excesivamente necesario para la inteligencia de la realidad jurídica». *Una introducción al estudio del Derecho*, Madrid, Rialp, 1963, p. 14

⁴¹ *Prelección Jubilar*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de C., 1985, pp. 24-25.

⁴² Este fue el alcance que D'Ors propuso siempre en sus escritos, coherente con su concepción del derecho subjetivo como reflejo de los deberes contenidos en el Derecho. Cfr. *Derecho y sentido común*, Madrid, Civitas, 1999, p. 29.

nas, pero que nunca pretendieron con él referirse al individuo como ser autónomo y fuente originaria de sus propios derechos⁴³.

4. APORTACIONES DEL PENSAMIENTO CRISTIANO

La narración de la creación del hombre a *imagen y semejanza* divinas recogida en el *Génesis*⁴⁴ fue determinante para que los autores cristianos reconocieran en el ser humano una cualidad única que no sólo lo diferenciaba de las demás criaturas, sino que también hacía iguales a todos los hombres. Si Dios era un ser único, también cada ser humano, creado a su imagen y semejanza, debía ser considerado único e irrepetible, distinto a todos los demás en cuanto a su proyecto de vida, aunque igual en dignidad entendida ésta como cualidad común y propia de todos los seres humanos. En este sentido quedaría recogida por san Pablo en su *Carta a los hebreos*, en la que, en referencia a los textos sagrados de éstos, presentó al hombre como ya se había recogido en el *Salmo* 8, 6, como un ser «poco inferior a los ángeles, coronado de gloria y honor»⁴⁵, bajo cuyo poder puso Dios todo lo creado para su administración. Pero no fueron sólo los textos del Antiguo Testamento los que sirvieron a Pablo para desarrollar sus enseñanzas, sino también gran parte de las ideas estoicas acomodadas

⁴³ D'Ors enmarca su consolidación definitiva en la Modernidad, época en la que «el hombre queda constituido en centro, y religado tan sólo en su intimidad con aquel que puede suponerse creador de una naturaleza que se ordena por sí misma, un ser lejano que se mantiene ajeno a la vida social. Desde este momento se viene a concebir el Derecho como un sistema de facultades individuales, del que, por una inversión semántica del *subjectum*, que significa lo sujeto a un orden superior, se llama ahora el *sujeto del derecho*, como contrapuesto al *objeto*». *Prelección Jubilar*, cit., p. 25.

⁴⁴ «Dijo Dios: Hagamos al hombre a nuestra imagen, según nuestra semejanza». *Génesis* 1, 26-29, *Sagrada Biblia*. Vol. I. *Pentateuco*, Pamplona, Eunsá, 2000, pp. 49. La idea queda reforzada cuando más adelante (cap. 2, 7) alude a la creación del hombre a partir del barro con una diferencia respecto al resto de los seres creados: Dios le infunde «un aliento de vida». Sólo el hombre recibe de Dios este aliento de vida, con el significado que ello tenía en cuanto a diferenciación de los animales. Esta dignidad se recoge también de forma explícita en el *Salmo* 8, 5-7, un salmo de alabanza atribuido a David que expresa el reconocimiento de la grandeza de Dios en la dignidad otorgada al hombre: «Qué es el hombre, para que de él te acuerdes, y el hijo de Adán, para que te cuides de él? Lo has hecho poco menor que los ángeles, le has coronado de gloria y honor. Le das el mando sobre las obras de tus manos. Todo lo has puesto bajo sus pies». *Sagrada Biblia*. Vol. III. *Libros poéticos y sapienciales*, Pamplona, Eunsá, 2001, p. 204.

⁴⁵ Cfr. *Carta de san Pablo a los Hebreos* 2, 7, *Sagrada Biblia*. Vol. V. *Nuevo Testamento*, Pamplona, Eunsá, 2004, pp. 1334-1335. Afirma López Bravo que «en el pensamiento cristiano la personalidad individual queda profundamente subrayada y se recalca la idea de dignidad de la persona, concebida como fin en sí misma: en ello se fundamentará la condena de la esclavitud, la ilicitud del suicidio, la dignificación del trabajo, la santificación del matrimonio, la función social de la propiedad». LÓPEZ BRAVO, C., «Consideraciones sobre el concepto de ley natural en san Pablo», *Revista Española de Filosofía Medieval*, 9, 2002, p. 276.

a la nueva doctrina cristiana. Se pone de manifiesto en varios textos paulinos, como *Romanos* 2, 14-15, en el que hace referencia a la ley natural al más puro estilo estoico, o en *Filipenses* 5, 8, en el que menciona valores y virtudes con gran similitud a las exposiciones estoicas, o en *Gálatas* 3, 27-28, en el que apuesta por la igualdad de todos los seres humanos al afirmar que la institución del bautismo termina con las diferencias entre judíos y gentiles, entre esclavos y libres y entre hombres y mujeres⁴⁶.

Los textos bíblicos implicaban para el cristiano que no podía dudar de la igual dignidad de todo ser humano por haber sido creado por Dios a su imagen y semejanza y por gozar de una filiación divina por adopción. Ello hubiera sido suficiente para los creyentes, pero la doctrina cristiana asumió también las ideas propuestas por los estoicos sobre la valía e igualdad del hombre. En sintonía con esas ideas, al ser humano no se le reconocería valor sólo por pertenecer a la especie humana, a una comunidad política o a un grupo determinado, sino también por sí mismo, por ser quien era. Dejaba de ser un simple individuo de la especie superior para convertirse –a todos los efectos en un ser con valor en sí mismo: todo ser humano gozaba de una igualdad absoluta por naturaleza, rota únicamente por las circunstancias –sociales, económicas, políticas, culturales, etc. que daban origen al establecimiento legal de diferencias. No se trataba de una igualdad simplemente biológica de todos los seres humanos, sino de una igualdad moral: nadie era más persona que nadie por naturaleza, aunque las circunstancias concretas llevaran a establecer las diferencias legales⁴⁷.

No obstante, poco hizo el cristianismo por la dignidad durante los primeros siglos en el terreno jurídico, pues escapaba a sus posibilidades de acción. Es cierto que propagó la fe en igualdad de condiciones entre mujeres, esclavos, extranjeros, etc., sin distinción por razones de nacimiento, sexo, estatus social, etc., pero no se advierten, por ejemplo, iniciativas o movimientos hacia la liberación de los esclavos que pertenecían a los propios cristianos. En la misma línea de Séneca, durante los primeros siglos promovió un trato más humanitario, pero no la abolición de la esclavitud⁴⁸.

⁴⁶ Vid. SPENCER, J., «Free from All Men: Stoic Influence in the Writings of Saint Paul», *The Dualist*, 9/1, 2004, pp. 29-41. Vid., más extensamente, GONZÁLEZ RUIZ, J. M., *La dignidad de la persona humana según san Pablo*, Madrid, Rivadeneira (Instituto Social León XIII), 1956.

⁴⁷ Así se aprecia en la *Carta a Filemón* de san Pablo, remitida a través del esclavo que le había sido enviado a Roma para su instrucción personal y profesional. Cuando Onésimo es reclamado por su dueño, Pablo le dice que debe volver con su amo, pero pide a Filemón –también cristiano– que lo trate como si fuera el propio Pablo, pues por naturaleza merece todo el respeto que corresponde a cualquier ser humano. Coincide con Séneca en que la esclavitud respondía a circunstancias culturales concretas. Cfr. *Carta de san Pablo a Filemón*, *Sagrada Biblia*, vol. V, cit., pp. 1314-1317.

⁴⁸ Vid. sobre esta cuestión, SPLÉNDIDO, M., «El debate por los esclavos en las asambleas cristianas a fines del siglo II», *Circe de clásicos y modernos*, XIV/1, 2010, pp. 133-146. Para A. Gauthier, aunque la Iglesia no condenó la esclavitud, sí favore-

Afirma Habermas que el paso importante hacia la igual dignidad de todo ser humano se dio de forma definitiva en la Edad Media, pero reconoce que «ya en la Antigüedad se estableció una estrecha relación entre *dignitas* y *persona*»⁴⁹. Según el pensador alemán, para hablar de la dignidad como fuente de pretensiones jurídicas, se necesitaba [primero] reconocer el valor del individuo «en las relaciones horizontales entre los hombres, no de la posición “del” hombre en la relación vertical con Dios o con seres inferiores. [Y] Segundo, tuvo que aparecer el valor absoluto de la persona en lugar del valor relativamente superior de la humanidad y de sus miembros individuales. Se trata del *valor incomparable* de cada uno»⁵⁰.

Estos pasos se aprecian, a mi juicio, con claridad en textos patrísticos⁵¹ y, de modo especial, en Gregorio de Nisa (335-394) y san Agustín (354-430). Continuaron utilizando el término dignidad para referirse al reconocimiento social y los cargos públicos desempeñados por las personas, pero también lo utilizaron con absoluta normalidad para designar una cualidad que correspondía únicamente al ser humano y a todo ser humano por igual, sin distinción, convirtiéndolo en un ser al que no se le podía poner precio.

Entre los Padres de la Iglesia que comentaron la dignidad, destaca Gregorio de Nisa⁵², gran conocedor de la filosofía griega y de los textos bíblicos. Sus escritos muestran claramente el dominio de las ideas de Platón (y otros platónicos, como Filón de Alejandría), de Aristóteles y de los estoicos, reconociendo a éstos últimos el mérito de haber presentado al ser humano como un microcosmos en el que se encontraba representado todo el universo, al tiempo que les reprocha el haberlo situado en el mismo plano ontológico que los animales o los insectos, cuando en realidad había sido creado con un modo de ser muy superior, con dignidad, apto para regir toda la creación.

Para Gregorio, la dignidad del hombre encontraba su fundamento en haber sido creado a imagen y semejanza de Dios y se manifestaba interna y externamente en una serie de atributos personales de los que carecía cualquier animal. Una y otra vez trató de explicar que el ser humano no era digno por ser racional, inteligente, libre, etc., sino al contrario, era racional, inteligente, libre, etc., porque había sido con-

ció la manumisión y un trato más humanitario. Cfr. *Roman Law and its Contribution to the Development of Canon Law*, Ottawa, Saint Paul University, 1996, p. 33.

⁴⁹ HABERMAS, J., *op. cit.*, p. 116.

⁵⁰ HABERMAS, J., *op. cit.*, p. 115.

⁵¹ Sobre la dignidad en los textos patrísticos, cfr. GAMBRA, J. M., «La noción clásica de dignidad y los derechos humanos», *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, 16, 2010, pp. 34-39.

⁵² Gregorio de Nisa, al completar el *Hexaemeron* (obra inconclusa de su hermano Basilio), formuló en el *De hominis opificio* (año 379) toda una doctrina sobre la dignidad a partir de la consideración del hombre creado a imagen y semejanza de Dios. Vid. MATEO-SECO, F. L., «Imágenes de la Imagen: Génesis 1, 26 y Colosenses 1, 15 en Gregorio de Nisa», *Scripta Theologica*, 40, 2008, pp. 677-694.

cebido por Dios antes de su propia creación⁵³ con un modo de ser tan digno (entre lo terrenal y lo espiritual) que requería la atribución de esas capacidades o facultades para que pudiera dirigir su vida y todo lo creado: «la naturaleza humana, creada para dominar el mundo, a causa de su semejanza con el rey universal, ha sido hecha como una imagen viviente que participa del arquetipo por la dignidad y por el nombre (...) Todo en ella manifiesta la dignidad real por su exacta semejanza con la belleza del arquetipo»⁵⁴. El hombre no era un simple reflejo del universo creado como habían defendido los estoicos, ni tampoco una burda copia borrosa del Arquetipo, sino una auténtica «imagen viviente de la divinidad»⁵⁵.

Destaca en el Niseno que la libertad es el atributo humano por excelencia, el que más distinguía al hombre de otras criaturas. También contempla la racionalidad como elemento diferenciador, pero no la propuso, a diferencia de los pensadores griegos y romanos, como el rasgo esencial, sino que se fijó en la libertad en su doble vertiente, interior y externa. El alma humana, afirmaba en el capítulo IV de *De hominis opificio*, manifiesta su excelso carácter «por su independencia y autonomía y por el hecho de que, en su conducta, ella es dueña de su propio querer», y en el capítulo XII insistía en que entre los bienes con que fue agraciado el hombre destacaba el «hallarse libre de todo determinismo, no estar sometido a ningún poder físico, sino tener el señorío (*autesouxion*) sobre sus decisiones»⁵⁶. Con igual rotundidad lo expuso en *De anima et resurrectione* al afirmar que «la libertad es el parecido con quien carece de dueño (es *a-déspotos*) y es soberano de sí mismo (*autokratés*), semejanza que se nos dio en el principio»⁵⁷. Por tanto, es el dominio interno de sí mismo o autodomi-

⁵³ «Para la formación del hombre el Creador procede con deliberación y, según la descripción de la Escritura, ha establecido un plan de antemano para determinar ese ser futuro, su naturaleza, el arquetipo cuya semejanza llevará, su fin, su género de actividad, el ejercicio de su poder. La Escritura examina todo eso cuidadosamente, de antemano, para mostrar que el hombre va a obtener una dignidad anterior a su nacimiento, ya que ha obtenido el gobierno del mundo antes de venir al ser». *De hominis opificio*, MIGNÉ, J. P., *Patrologiae Cursus Completus, Series Graeca*, Paris, Imprimerie Catholique, 1857-1866, vol. 44, 133.

⁵⁴ *Op. cit.*, PG, 44, 136. Y reitera que Dios «formó nuestra naturaleza adaptada al ejercicio de la realeza, pues la preparó de modo que fuese idónea para reinar por la superioridad que le viene del alma y por la misma forma del cuerpo. En efecto, ya en su intimidad, el alma manifiesta su dignidad regia y mucho más alta que la condición común en lo siguiente: en que es autónoma, carece de dueño, y en sus elecciones actúa con dominio de sí. ¿De quién es esto propio, sino de un rey?» (*ibidem*).

⁵⁵ *Op. cit.*, PG, 44, 162. «La grandeza del hombre no consiste en llevar en sí la semejanza con el universo creado, sino en ser a imagen de la naturaleza de Aquel que lo ha hecho». *Op. cit.*, PG, 44, 180.

⁵⁶ *Op. cit.*, PG, 44, 136 y 184, respectivamente.

⁵⁷ *De anima et resurrectione*, PG, 46, 101. Mateo-Seco destaca esta concepción de la libertad como un atributo irrenunciable derivado de la dignidad. Cfr. MATEO-SECO, L. F., «Persona, esclavitud y libertad en Gregorio de Nisa», *Revista Española de Filosofía Medieval*, 13, 2006, pp. 12, 13 y 19. Refuerza esta concepción con otro

nio, sin sometimiento a la ley de la necesidad, lo que caracteriza al ser humano como imagen de Dios⁵⁸, pero también lo caracteriza su libertad externa, entendida como la imposibilidad de ser sometido al dominio de otro hombre, a la esclavitud.

Pero así como la libertad interior era el mayor don del ser humano, también podía convertirse en el mayor riesgo, pues el mal uso de ella a través de sus decisiones y acciones podía desfigurar la imagen divina con la que fue creado. Y es que esa libertad tenía los límites naturales que derivaban de la dignidad, de la exigencia de respetar la imagen divina presente en todo ser humano. El hombre que se dejaba llevar por las pasiones y la razón obnubilada no perdía del todo la imagen divina, pero se comportaba como un animal o peor que éste, pudiendo dañarse a sí mismo y a quienes le rodean⁵⁹.

Entre las acciones más detestables se encontraba el someter a esclavitud a otros hombres, el quitarles la libertad natural con la que habían sido revestidos por el Creador: «condenas a la esclavitud al hombre que tiene una naturaleza libre y dueña de sí y te permites dar una ley que se opone a Dios, contradiciendo la ley natural. A este mismo hombre que fue creado para ser el señor de toda la tierra, al que el Creador constituyó como señor de toda la creación visible, lo some-

texto del Niseno recogido en su *Oratio catechetica magna*, 5: «¿Cómo iba el hombre a ser privado del don más hermoso y más honorable, es decir, el don de ser independiente (*a-déspotos*) y dueño de sí (*autésouxios*)? En efecto, si la necesidad determinase la vida humana, en este aspecto, la *imagen* sería engañosa pues estaría adulterada por una desemejanza con su arquetipo. ¿Cómo podría calificarse de imagen de la naturaleza soberana lo que está sometido y sujeto a ciertas necesidades? Así pues, aquello que ha sido hecho conforme en todo con la divinidad debía con toda seguridad poseer en su naturaleza la libertad (*autokratés*) y ser independiente (*a-déspotos*) de forma que la participación en los bienes fuese el precio del combate librado por la virtud» (citado por Mateo-Seco, *op. cit.*, p. 18).

⁵⁸ «En Gregorio la libertad admite diversidad de planos y sentidos. En primer lugar tenemos la *autoxeousía* –autonomía radicada en la capacidad intelectual del hombre– y la *proatresis* que es la capacidad de elección o disposición para decidir sobre sí mismo eligiendo sus propios bienes. De modo análogo a como Dios gobierna sobre todas las cosas, el hombre rige sobre el mundo material comenzando por su propio cuerpo: ese dominio se manifiesta en el autocontrol que el hombre ejerce sobre sí mismo». GARCÍA CUADRADO, J. A., «La idea unitaria del hombre en el *De hominis opificio* de Gregorio de Nisa», *Scripta Mediaevalia. Revista de pensamiento medieval*, 9/1, 2016, p. 22.

⁵⁹ «La peor parte de nuestro ser oculta la mejor. Pues, en efecto, uno entrega toda su actividad espiritual a estas pasiones y fuerza a la razón a ser su esclava; se produce entonces una inversión de la imagen de Dios existente en nosotros hacia la imagen del bruto. Toda nuestra naturaleza es rechecha conforme a este modelo, como si nuestra razón no cultivase más que los principios de las pasiones y las convirtiese en numerosas. Así, el amor a los placeres, al nacer, tuvo su origen en nuestro parecido con los irracionales, pero creció con las maldades humanas hasta el punto de que no se vean unas formas de placer en los animales como la perversa sensualidad de los hombres entregados a los placeres. Así el movimiento hacia la ira tiene afinidad con el mismo movimiento de los animales, pero crece mucho con la fuerza de la razón. De aquí proceden la crueldad, la envidia, la mentira, la insidia, la hipocresía». *De hominis opificio*, PG, 44, 193.

tes al yugo de la servidumbre haciendo así resistencia y oposición al orden de Dios (...) ¿Es que has olvidado los límites de tu poder, que sólo se extendía a los seres irracionales? ¿Cómo es posible que yendo mucho más allá, te exaltes frente a esa misma naturaleza que es libre poniendo en el número de los cuadrúpedos, o aun de aquellos que no tienen pies, al que es de tu misma especie?»⁶⁰. La esclavitud era aborrecible, era situarse por encima de Dios, que jamás había revocado la libertad concedida al hombre aunque la hubiera utilizado contra Él⁶¹. Para san Gregorio, ni siquiera el respaldo de la ley o de un documento contractual que legitimara socialmente el dominio sobre otro hombre podía servir para justificarlo, porque todos los hombres eran iguales y libres por naturaleza⁶². No estaba en sus manos cambiar las leyes –si hubiera podido, lo hubiera hecho–, y tampoco reclamó el reconocimiento de derechos porque no era la mentalidad de su época, pero más claro no se podía hablar en favor de la dignidad personal, la igualdad y la libertad natural de todo ser humano.

Al tratar esta cuestión sigue a Epicteto en la idea sobre el valor de todo ser humano, pero con una variación determinante. El estoico descartaba poner precio al hombre, pero no el que cada uno pudiera fijar su propio precio; Gregorio niega incluso esta posibilidad, pues el valor del ser humano, sea o no persona relevante, es infinito y procede de su propia naturaleza, común a todos los seres humanos: «¿Qué has podido encontrar, en el mundo entero, que pueda ser puesto en parangón con el valor de una naturaleza semejante? ¿Qué precio le has fijado a la razón? ¿Cuántos denarios has pagado por la imagen de Dios? ¿Por cuántas monedas has comprado esta naturaleza hecha por Dios mismo?»⁶³. A pesar de la fragilidad o debilidad que lleva al hombre a

⁶⁰ IV Homilía *Sobre el Eclesiastés* 335, 5-17, citado por BERGADÁ, M. M., «El hombre y su lugar en el mundo en la obra de san Gregorio de Nisa», *Teología, Revista de la Facultad de Teología de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, 67, 1996, pp. 15-16. La autora utiliza los textos recogidos en Jaeger, W. (ed.); *Gregorii Nysseni Opera*, Vol. V, Münster, 1962.

⁶¹ «Dime, si puedes, ¿quién es el que puede vender o quien es el que puede comprar a aquel que está hecho a imagen de Dios y dotado por Dios del poder de regir todo lo que hay sobre la tierra? (...) Se diría que ni Dios mismo puede hacerlo. Pues, dice la Escritura *sus dones son irrevocables* (Rom. 11, 29), y por tanto no reducirá a servidumbre a aquella naturaleza que Él ha confirmado en su libertad incluso cuando nos hemos sometido a la servidumbre del pecado. Así, si Dios mismo no ha reducido a servidumbre a aquel que es libre ¿quién se atreverá a extender su dominio propio aún más allá del de Dios?». IV Homilía *Sobre el Eclesiastés*, 336, 14-20. Citado por M.^a M. BERGADÁ, *op. cit.*, p. 16.

⁶² Para Gregorio «un hombre, por el hecho de ser hombre, es decir, por el hecho de ser imagen de Dios, vale más que el universo material entero». Mateo-Seco, «Persona, esclavitud y libertad...», *cit.*, p. 17.

⁶³ IV Homilía *Sobre el Eclesiastés*, 336, 7-11. Citado por M.^a M. BERGADÁ, *op. cit.*, p. 16. Y abunda en esta idea al exponer que «¿Cómo podrá ser vendido aquel que tiene el dominio sobre toda la tierra y sobre todo lo que se encuentra en ella? En efecto, es necesario que los bienes de quien es vendido sean vendidos también. ¿Y en cuánto valoraremos toda la tierra? ¿En cuánto valoraremos todo lo que se encuentra

abusar de su libertad interior hasta el punto de arrebatar la libertad exterior a otros hombres, la imagen de Dios permanece en él, nunca pierde su dignidad como cualidad inherente a su ser. Y esta permanencia de la imagen de Dios en todo hombre, a pesar de los mayores errores y de la total degradación personal, es lo que le permite siempre volver al bien, por bajo que haya caído. Esto refleja la mentalidad optimista del Niseno sobre la vida y su confianza en la naturaleza humana.

En san Agustín, aunque predomina la influencia platónica, también se descubren ideas las estoicas. Apunta Colish que en ocasiones propone propuestas estoicas para mostrar su disconformidad con ellas, pero en otras las acomoda al pensamiento cristiano o las acepta tal como fueron formuladas por los estoicos⁶⁴. Entre las ideas que toma de los estoicos, destaca la creciente relevancia de la individualidad, en el sentido de que la persona no debe resultar anulada por el grupo porque cada persona es importante por sí misma y su bien particular no puede quedar sometido al bien de una mayoría, sino únicamente al bien común. De ahí que algún autor haya manifestado que el estoicismo y el agustinismo son las dos grandes expresiones del individualismo antiguo⁶⁵.

El punto de partida de su pensamiento, sobre el que va a construir su concepción del hombre, es la dignidad de todo ser humano sin excepción por haber sido creado a imagen y semejanza de Dios (fundamento teológico) y haber sido dotado de razón y libertad (argumento filosófico)⁶⁶. En realidad, su doctrina sobre el hombre y el universo es muy similar a la de Gregorio de Nisa⁶⁷, aunque las construcciones para llegar a una misma meta fueran diferentes y el modo de expresarse más diplomático en ocasiones, razones por las que quizá llegó a tener más éxito entre los pensadores posteriores.

El ser humano no era digno por tener las capacidades de raciocinio y libertad, sino que éstas eran consecuencia de la dignidad con la que había sido creado. Repetirá en numerosas ocasiones que «el verdadero

sobre ella? Ahora bien, si todas estas cosas no tienen precio, dime, ¿qué precio tendrá aquel que es señor de todas ellas?».

⁶⁴ Cfr. COLISH, M. L., *The Stoic Tradition from Antiquity to the Early Middle Ages*. Vol. 2. *Stoicism in the Christian Latin Thought through the Sixth Century*, Leiden, J. Brill, 1990, p. 235.

⁶⁵ Cfr. DARAKI, M., *Una religiosité sans Dieu. Essai sur les stoïciens d'Athènes et saint Agustin*, Paris, La Découverte, 1989, p. 180.

⁶⁶ Así lo advierte Capánaga al exponer que san Agustín recoge «la corriente bíblica y paulina del hombre, imagen de Dios y ser caído en la culpa, y la corriente griega del *homo rationalis*, o animal movido por un verbo interior, en que se cifra toda su alteza y dignidad». CAPÁNAGA, V., *Introducción general y primeros escritos*, en *Obras de San Agustín*, vol. I, Madrid, BAC, 1969, p. 64.

⁶⁷ Cfr. MATEO-SECO, L. F., «Persona, esclavitud y libertad en Gregorio de Nisa», cit., p. 15.

honor del hombre consiste en ser imagen y semejanza de Dios»⁶⁸ y que «descollamos sobre los animales que tienen sensibilidad y vida y somos, por la razón, muy superiores a ellos, razón impresa en el alma y que nos hace ser imagen de Dios; el libre albedrío de que está dotada es un brillante atributo de su dignidad»⁶⁹. El que la libertad sea un atributo de la dignidad –y no al contrario– le lleva a afirmar que, incluso perdiendo la libertad, la dignidad permanece intacta como cualidad porque está en su modo de ser. Si utiliza mal su libertad se rebaja al nivel del animal, actúa indignamente, pero no pierde su dignidad⁷⁰ porque sólo puede dañar la naturaleza recibida de Dios, no cambiarla: «aunque su naturaleza es excelsa, pudo, no obstante, ser viciada, porque no es suprema; y aunque pudo ser viciada, porque no es suprema, con todo, es su naturaleza sublime, pues es capaz y puede ser partícipe de una gran naturaleza»⁷¹. Las acciones que no se ajustan a la naturaleza humana son indignas, impropias del ser humano, pero cabe su reparación, pues Dios «permite recuperar la dignidad [en el comportamiento] y el estado feliz de nuestra primera creación»⁷².

El sometimiento a esclavitud tampoco hace perder la dignidad inherente al ser humano. No debería existir, pero existía como consecuencia del pecado. No justificaba la esclavitud, pues Dios creó a todos los hombres a su imagen y semejanza, sin distinción entre unos

⁶⁸ *Obras de san Agustín*, vol. V, *Tratado de la Santísima Trinidad* XII, 11, 16. Trad. de L. Arias, Madrid, BAC, 1956. Podemos leer también que «El hombre fue constituido en honor al ser creado a imagen de Dios. Elevado a esta dignidad, levantado del polvo, ensalzado en la tierra, recibió el alma racional, y así se antepuso, por la excelencia de su razón, a todas las bestias, a los animales, a las aves y a los peces. ¿Pues cuál de éstos posee inteligencia? Ninguno de ellos fue hecho a imagen de Dios (...) ninguno de ellos posee esta dignidad». Salmo 101 (Plegaria de un afligido) I, 11, en *Obras de san Agustín*, vol. XXI, *Enarraciones sobre los Salmos* (3.º). Trad. de B. Martín Pérez, Madrid, BAC, 1964.

⁶⁹ Réplica a Juliano I, 94, en *Obras de san Agustín*, vol. XXXVI, *Escritos anti-pelagianos* (4.º). Trad. de L. Arias, Madrid, BAC, 1985.

⁷⁰ Cfr., por ejemplo, «Del libre albedrío» III, 5, 12; III, 5, 15; III, 15, 42; III, 20, 56, etc., en *Obras de san Agustín*, vol. III, *Obras filosóficas*, trad. de V. Capánaga y otros, Madrid, BAC, 1963. En el *Tratado de la Santísima Trinidad*, cit., XII, 11, 16, afirma que «si [el hombre] cede a la apetencia de experimentar su propio poder, cae, por su capricho, en sí mismo como en su centro. Y así, no queriendo estar, al igual de Dios, bajo nadie, en pena de su presunción, es precipitado desde su metacentro al abismo, esto es, al deleitoso placer de la bestia; y, siendo la semejanza divina su gloria, es su infamia su semejanza animal». *El hombre puesto en dignidad no entendió; se comparó a los asnos estúpidos y a ellos se asemejó*.

⁷¹ *Tratado de la Santísima Trinidad*, cit., XIV, 4, 6. De ahí que Capánaga afirme en la Introducción general al vol. VI de las *Obras de san Agustín, Tratados sobre la gracia*, Madrid, BAC, 1956, p. 109 que «la culpa original no derribó la dignidad humana con sus excelencias propias, con el vigor de su entendimiento y capacidad para conocer la verdad y para elevarse a Dios por la contemplación de las criaturas. Conservó sus tendencias sanas a la verdad, al bien, a la hermosura, a la eternidad. Ni el libre albedrío quedó anegado con la culpa adánica, y aunque débil, subsiste en el hombre como una prerrogativa esencial a la voluntad».

⁷² Réplica a Juliano II, 8, 27, en *Obras de san Agustín*, vol. XXXV, *Escritos anti-pelagianos* (3.º), trad. de T. C., Madrid y L. Arias, Madrid, BAC, 1984.

y otros⁷³. Por ello, la presentaba como castigo y consecuencia indeseable del mal uso de la libertad por parte del hombre, e introducida por el propio hombre, al que Dios sólo le otorgó el dominio sobre los animales⁷⁴.

Algunos autores ven en la doctrina agustiniana una pérdida de la libertad por parte del hombre (y de su dignidad), pues, según san Agustín, una vez dañada por el pecado la naturaleza y con ella la razón, el hombre debía obedecer a la Iglesia si quería comportarse rectamente, lo que le haría perder su autonomía⁷⁵. Pero san Agustín habla de una naturaleza dañada y de una razón limitada –proclive al error–, no invalidada, por lo que el hombre podría seguir conociendo la verdad sin necesidad de ayuda, aunque ni podría *conocer toda* la verdad ni en toda ocasión⁷⁶. Lo que afirmaba Agustín era que la Iglesia, a través de su magisterio, podía ayudar en el conocimiento de la verdad, pero en ningún caso anular la libertad individual, que quedaba intacta. El hombre era libre, pero también responsable de su actuación, pudiendo elegir entre hacerlo de acuerdo con el orden establecido por Dios o como un pagano, en la ignorancia de las exigencias divinas, o comportarse, incluso, como una bestia guiada únicamente por sus instintos. Aunque actuara como pagano o como animal mantenía *la dignidad* inherente, no dejaba de ser persona, pero se convertía en un ser indigno por su comportamiento⁷⁷.

⁷³ «Por naturaleza, tal como Dios creó en un principio al hombre, nadie es esclavo de otro hombre o del pecado. A pesar de todo, esta misma esclavitud, fruto del pecado, está regulada por una ley que le hace conservar el orden natural y le impide perturbarlo. Porque si no hubiera quebrantado esta ley, no habría lugar a castigo alguno de esclavitud». *Obras de san Agustín*, vol. XVII, *La ciudad de Dios* XIX, 15, trad. de S. Santamarta y M. Fuertes. Madrid, BAC, 1988.

⁷⁴ También en ocasiones hace referencia a la igualdad de todo ser humano, a pesar de las diferencias circunstanciales que pudieran existir entre unos y otros: «Por lo tanto, vosotros, hombres, ovejas de Dios, ovejas del rebaño de Dios, no os preocupéis por vuestras diferencias temporales, porque unos se hallen revestidos de dignidad [cargos] y otros no; unos con dinero, otros sin él; porque unos sean bellos corporalmente, otros menos bellos; unos agotados por la sed, otros jóvenes, otros niños, otros varones, otros mujeres. Dios está igualmente presente en todos». Sermón XLVII. Las ovejas, 30, en *Obras de san Agustín*, vol. VII, *Sermones* (1.º), trad. de M. Fuertes Lanero y M. M. Campelo, Madrid, BAC, 1981.

⁷⁵ «San Agustín realiza una explicación antropocéntrica de la esclavitud: deriva del mal uso que el hombre ha hecho de su libertad en el estado de naturaleza. Quiere así neutralizar en la base la libertad del ser humano y controlar la razón humana. La dignidad del ser humano se encuentra solamente en la penitencia y en la obediencia a la Iglesia». PELE, A., «Modelos de la dignidad del ser humano en la Edad Media», *Derechos y Libertades*, 21, 2009, p. 157. Desarrolla más la idea en su *Filosofía e historia en el fundamento de la dignidad humana*. Tesis doctoral, Universidad Carlos III, Getafe, 2006, pp. 559-565.

⁷⁶ «Ni siquiera esa parte que de nuestra naturaleza se distingue por su más elevada dignidad, es decir, la mente o la razón, puede desembarazarse del error si no le asiste Dios, luz de las mentes». Epístola 155, 6, en *Obras de san Agustín*, vol. XI, *Cartas* (2.º), trad. de Fr. Lope Cirelluelo, Madrid, BAC, 1953.

⁷⁷ Una interpretación completamente distinta y negativa de la dignidad y de la libertad en el pensamiento agustiniano en PELE, A., «Modelos de la dignidad...», cit., pp. 152-157. Siguiendo a Peces-Barba, expone que san Agustín proponía renunciar a

Sin embargo, san Agustín, y en esto estamos de acuerdo con sus críticos, no exigió protección jurídica de esa igual dignidad, ni afirmó que existieran derechos personales fundamentados en ella que debieran ser reconocidos en los textos legales. Pero eso hubiera sido adelantarse notablemente a la mentalidad imperante en su tiempo. Su pensamiento dominaría durante los siglos inmediatamente posteriores sin apenas variaciones entre filósofos y teólogos⁷⁸, pero escasamente entre los juristas. Los recopiladores del *Corpus Iuris Civilis* no incorporaron las ideas más avanzadas sobre la dignidad para protegerla jurídicamente, limitándose a recoger los dos textos ya comentados en el epígrafe anterior.

5. SU RECEPCIÓN EN LA EDAD MEDIA

Después de san Agustín no encontramos pensadores de su talla hasta los siglos XI y XII, pero sí fieles transmisores, como san Isidoro de Sevilla y Alcuino de York. El primero de ellos reflejó su conexión con el pensamiento agustiniano en sus *Etimologías*, donde puso de relieve la importancia de la racionalidad humana y afirmaba que, por la inteligencia del hombre se reconocía que era imagen de Dios⁷⁹, aunque esa inteligencia no caminaba aislada, sino que se fundía con las demás potencias, en particular con la voluntad y la memoria, en el alma⁸⁰. En las *Sentencias* explicaba más detenidamente que ese ser imagen de Dios era lo que elevaba al ser humano por encima de toda criatura, y lo hacía superior hasta el punto de que todas las cosas que existían bajo el cielo fueron creadas a disposición del hombre⁸¹.

En las *Etimologías* de san Isidoro intuye Carpintero el paso intermedio hacia los posibles derechos personales cuando diferenciaba entre *ius* y *fas*. Los términos *ius* y *fas* habían aparecido en los textos romanos arcaicos con significado similar, incluso como sinónimos durante los siglos VI-III a. C., pero el *fas* implicaba un carácter religioso o divino que otorgaba a la acción del sujeto un plus de legitimidad

la autonomía y seguir en todo momento los designios divinos si se deseaba conservar la dignidad.

⁷⁸ Ruíz Miguel refiere la continuidad de los argumentos teológicos en san León Magno, que proclamó «la dignidad de todo ser humano, basada en dos distintos títulos: de un lado, y de forma expresa, en que el hombre ha sido hecho a imagen de Dios, de otro lado, implícitamente, en que Dios al hacerse hombre dignificó la naturaleza humana». RUIZ MIGUEL, C., *op. cit.*, pp. 523-524.

⁷⁹ «El hombre, por su inteligencia, es imagen de Dios», SAN ISIDORO, *Etimologías* XI, I, 12, trad. de J. Oroz y M. A. Marcos, Madrid, BAC, 1983.

⁸⁰ Cfr. *op. cit.*, XI, I, 11-13.

⁸¹ Cfr. *Los tres libros de las Sentencias* I, 9, 2 y I, 11, 1, trad. de I. Roca Meliá, Madrid, BAC, 2009.

(si se adecuaba a lo exigido) o de reproche (si no se adecuaba, *nefas*)⁸². Al consolidarse la distinción entre *ius humanum* y *ius divinum* a partir del siglo III a. C., *ius* y *fas* comenzaron a distanciarse⁸³. Carpintero expone, al explicar los antecedentes del subjetivismo jurídico, que san Isidoro utilizó –porque debía estar ya en el ambiente– el término *fas* para referirse a lo que era justo, mientras que con el término *ius* designaba lo que era legal. Así, el sujeto que transitara por una propiedad ajena sin permiso de su dueño, debemos suponer que sin causar daño y por una necesidad real, lo haría lícitamente, aunque careciera de justificación legal⁸⁴. Esto lleva a Carpintero a mantener que este *fas* así expuesto por san Isidoro parecía reconocer un derecho natural que justificaría la posibilidad –amparada por la ley divina– de actuar libremente sin daño para otros⁸⁵. Sin embargo, san Isidoro no habla de unos derechos universales con fundamento en la dignidad humana, sino que se refiere posibilidades de actuar no contrarias al derecho natural por existir una situación objetiva que justificaba entrar en una finca ajena. No podemos ignorar la carga de subjetividad contenida en el planteamiento isidoriano, pero no creo que esté en su mente presentar estas posibilidades lícitas de acción como derechos personales, sino más bien como situaciones jurídicas naturales que justifican objetivamente por sí mismas la acción.

En cuanto a Alcuino de York, no realizó incursiones en el campo jurídico, pero cultivó la doctrina agustiniana sobre la dignidad e hizo que se transmitiera en todos los centros de saber que fundó con la ayuda del emperador Carlomagno. Lo más destacado, al objeto de este estudio, es que en *De ratione animae* se refirió a la dignidad por naturaleza y en *Disputatio puerorum* se refiere a las potencias del

⁸² Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «Conceptos y dicotomías del ius», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 3, 2000, pp. 10-11.

⁸³ Algo lógico «según el conocido principio léxico-semántico de que por economía toda lengua tiende a eliminar la sinonimia perfecta introduciendo diferencias de significado aunque sean de matiz o al menos de uso contextual. Con Cicerón (siglo I a. C.) ya ha cristalizado la diferenciación consistente en que *ius* expresa el derecho humano y *fas* el derecho divino, sea divina la norma por su origen o por su objeto». BOGARÍN DÍAZ, J., «De nuevo sobre el concepto etimológico de derecho», *Derecho y Conocimiento*, 1, 2001, p. 325.

⁸⁴ «Todas las leyes son divinas o humanas. Las divinas tienen su fundamento en la naturaleza; las humanas, en las costumbres de los hombres (...). Lo justo (*fas*) es una ley divina; lo legal (*ius*) es una ley humana. Atravesar una posesión ajena es justo, pero no es legal». *Etimologías*, cit., V, II, 1.

⁸⁵ «La equiparación del *usus innoxius* a un derecho natural permisivo fue un añadido isidoriano, aunque probablemente era otro ejemplo de uso frecuente en las escuelas del Bajo Imperio. En cualquier caso, lo que podemos contrastar es que tanto en las escuelas de artes como en las de derecho, la libertad de las personas estaba siendo enseñada como fundamentada en el derecho natural». CARPINTERO, F., MEGÍAS QUIRÓS, J. J., RODRÍGUEZ PUERTO, M. J., y DE MORA QUIRÓS, E. V., *El derecho subjetivo en su historia*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2003, p. 45.

alma como dignidades⁸⁶. Sin embargo, nos parece precipitada la afirmación de Peretó de que la dignidad del hombre, creado a imagen y semejanza de Dios, fuera para Alcuino fuente de derechos naturales⁸⁷. Vallet de Goytisolo reconoce que Alcuino trató de fundamentar la dignidad de la persona y destacar las consecuencias de su reconocimiento, así como el deber de garantizar su respeto, pero entiende que nunca llegó a traducir en derechos el contenido de la dignidad⁸⁸.

Advierte Tierney que, poco más de dos siglos después de Alcuino, se advierte en decretalistas ingleses un planteamiento similar al isidoriano. Entre los diferentes significados de *ius*, expusieron uno muy similar al *fas* utilizado por autores anteriores y que se presentaban como facultades personales de libertad amparadas por la ley natural⁸⁹. La reiteración de este planteamiento en otros decretalistas lleva a Tierney a afirmar que se podría considerar como la primera formulación de una doctrina de los derechos naturales en el siglo XII⁹⁰ como cualidades innatas de la persona que habilitaban para actuar con rectitud y licitud por provenir de la naturaleza⁹¹. Como telón de fondo encontramos la teoría de que la ley natural, tal como la presentaron los decretalistas a juicio de Tierney, no sólo ordenaría lo que estuviera bien y prohibiría lo que estuviera mal, sino que también dejaría ámbitos a la libertad del sujeto, de modo que éste podría lícitamente elegir cómo actuar⁹². Sin embargo, para Segovia, Tierney demuestra «que en los

⁸⁶ Cfr. PERETÓ, R. A., «Alcuino de York: Sobre el Alma y sus Dignidades», *Mirabilia*, 4, 2004, pp. 102-103

⁸⁷ Cfr. PERETÓ, R. A., «La ley natural en el Alto Medioevo. El caso de Alcuino», *Anuario Filosófico*, XLI/1, 2008, p. 58.

⁸⁸ Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, J., «Esbozo de una metodología de los derechos humanos», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 70, 1993, pp. 344-345. Se apoya en el extenso estudio de V. SERRALDA, *La philosophie de la personne chez Alcuin*, Paris, Nouvelles Editions Latines, 1978.

⁸⁹ Así lo mantuvo tempranamente al exponer que en diversas glosas anónimas de autores ingleses del siglo XII aparece el *fas* como la facultad del hombre de hacer con libertad por derecho natural. Cfr. TIERNEY, B., «Two Anglo-Norman Summae», *Traditio*, 15, 1959, pp. 483-491.

⁹⁰ Cfr. «Origins of natural rights language: text and context, 1150-1250», *History of Political Thought*, 10/4, 1989, p. 623, y *The idea of natural rights: studies on natural rights, natural law and Church Law 1150-1625*. Emory University Studies in Law n.º 5, Atlanta, Scholars Press, 1997, pp. 46-48. Para Tierney, «many canonists included in their lists of meanings a subjective one that explained *ius naturale* as a faculty or power inherent in human nature» (*op. ult. cit.*, p. 76).

⁹¹ Cfr. *The idea of natural rights...*, cit., pp. 61-68. Atribuye a Juan Teutónico en su glosa al Decreto de Graciano la equiparación entre la *potestas* personal y el *ius*. Cfr. «The idea of natural rights. Origins and persistence», *Northwestern Journal of International Human Rights*, 2/1, 2004, p. 5. También se apoya en los comentarios de Rufino y Hugocío.

⁹² Insiste en esta idea en escritos posteriores. Cfr. «Natural Law and natural rights: old problems and recent approaches», *The Review of Politics*, 64/3, 2002, p. 292 y «Dominion of self and natural rights before Locke and after», en V. Mäkinen y P. Korkmann (eds.), *Transformation in medieval and early-modern rights discourses*, Dordrecht, Springer, 2006, pp. 175-176.

canonistas existió la atribución de derechos a los sujetos pero no un uso subjetivo del concepto, porque el fundamento de tales atribuciones no estaba en el sujeto (no hay una subjetivación del concepto como en la modernidad) sino en la misma cosa justa, *id quod iustum est*⁹³. Coincido con esta crítica, pues, sin descartar que se manejara en esta época esporádicamente la acepción del derecho como facultad, tengo la impresión de que Tierney se propuso desde un principio adelantar la época en que aparecen los derechos de autonomía con fundamento en el propio sujeto sin más y que para ello traslada al siglo XII una concepción del sujeto y del derecho que no arraiga hasta el nominalismo del siglo XIV y que se consolida en la Modernidad⁹⁴. De igual modo, habría que estudiar si en estos siglos se aprecia alguna relación, por leve que sea, entre la dignidad del hombre y los derechos que se le reconocen.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUSTÍN DE HIPONA, *Obras de san Agustín*, Madrid, BAC, 1953-1988.
- BERGADÁ, M. M., «El hombre y su lugar en el mundo en la obra de san Gregorio de Nisa», *Teología, revista de la Facultad de Teología de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, 67, 1996, pp. 7-26.
- BOGARÍN DÍAZ, J., «De nuevo sobre el concepto etimológico de derecho», *Derecho y Conocimiento*, 1, 2001, pp. 299-329.
- CARPINTERO, F., MEGÍAS QUIRÓS, J. J., RODRÍGUEZ PUERTO, M. J., y DE MORA QUIRÓS, E. V., *El derecho subjetivo en su historia*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2003.
- CICERÓN, *Las leyes*, Trad. de A. d'Ors, Madrid, IEP, 1953.
- *Sobre los deberes*. Trad. de J. Guillén Cabañero. Madrid, Tecnos, 1999.
- COLISH, M. L., *The Stoic Tradition from Antiquity to the Early Middle Ages*. Vol. 2. *Stoicism in the Christian Latin Thought through the Sixth Century*. Leiden, J. Brill, 1990.
- D'ORS, A., «Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de *ius*», *Studi in memoria di E. Albertario*. Milano, Giuffrè, 1953, vol. II, pp. 279-299.
- *Una introducción al estudio del Derecho*, Madrid, Rialp, 1963.
- «Séneca ante el tribunal de la jurisprudencia», *Nuevos papeles del oficio universitario*, Madrid, Rialp, 1980, pp. 192-224.
- *Prelección Jubilar*, Santiago de C., Universidad de Santiago de C., 1985.
- *Derecho y sentido común*, Madrid, Civitas, 1999.

⁹³ SEGOVIA, J. F., «Los derechos naturales en la ley natural permisiva y la autoconservación» (Revisando la tesis de Brian Tierney sobre el origen de la idea de los derechos subjetivos), *Revista Cruz del Sur*, 14, 2015, p. 48. En las pp. 35-48 recorre críticamente los pasos de Tierney en su empeño por justificar sus hipótesis.

⁹⁴ Así lo pone de relieve también A. Guzmán Brito en todos sus estudios. *Vid. especialmente*, «Historia de la denominación del derecho-facultad como *subjetivo*», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XXV, 2003, pp. 407-443, e «Historia de la atribución de categorías o predicamentos a *derecho (ius)*», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* XXXIII, 2011, pp. 273-317.

- DARAKI, M., *Una religiosité sans Dieu. Essai sur les stoïciens d'Athènes et saint Agustin*, Paris, La Découverte, 1989.
- DE FILIPPI, M., *Dignitas. Tra Repubblica e Principato*, Bari, Cacucci, 2009
- DEL POZO, J. M., *Cicerón: conocimiento y política*, Madrid, CEC, 1993
- EPICTETO, *Disertaciones por Arriano*, trad. de P. Ortiz García, Madrid, Gredos, 2001.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «Conceptos y dicotomías del ius», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 3, 2000, pp. 9-43.
- FERRINI, C., *Sesto Pedio*, en *Opere*, vol. 2. Milano, U. Hoepli, 1929, pp. 39-52
- GAMBRA, J. M., «La noción clásica de dignidad y los derechos humanos», *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, 16, 2010, pp. 31-53.
- GARCÍA CUADRADO, J. A., «La idea unitaria del hombre en el *De hominis opificio* de Gregorio de Nisa», *Scripta Mediaevalia, Revista de pensamiento medieval*, 9/1, 2016, pp. 11-33.
- GAUTHIER, A., *Roman Law and its Contribution to the Development of Canon Law*, Ottawa, Saint Paul University, 1996.
- GIACHI, C., *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto*, Milano, Giuffrè, 2005.
- GIACHI, V., «Per una biografia di Sesto Pedio», *Studia et Documenta Historiae Iuris*, LXII, 1996, pp. 69-123.
- GÓMEZ FRANCO, G., «Vivir en acuerdo con la razón: sobre las definiciones estoicas del telos», *Disertaciones*, 4, 2015, pp. 51-68.
- GONZÁLEZ RUIZ, J. M., *La dignidad de la persona humana según san Pablo*, Madrid, Rivadeneyra (Instituto Social León XIII), 1956.
- GREGORIO DE NISA, *De hominis opificio*, Migne, J. P.; *Patrologiae Cursus Completus, Series Graeca*, Paris, Imprimerie Catholique, 1857-1866, vol. 44.
- *De anima et resurrectione*, Migne, J. P.; *Patrologiae Cursus Completus, Series Graeca*, Paris, Imprimerie Catholique, 1857-1866, vol. 46.
- GUZMÁN BRITO, A., «Historia de la denominación del derecho-facultad como *subjetivo*», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XXV, 2003, pp. 407-443.
- «Historia de la atribución de categorías o predicamentos a *derecho (ius)*», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos XXXIII*, 2011, pp. 273-317.
- HABERMAS, J., «La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, pp. 105-121.
- IMPALLOMENI, G., *L'editto degli edili curuli*, Padova, CEDAM, 1955.
- ISIDORO DE SEVILLA, *Etimologías*, trad. de J. Oroz y M. A. Marcos, Madrid, BAC, 1983.
- *Los tres libros de las Sentencias*, trad. de I. Roca Meliá, Madrid, BAC, 2009.
- LA PIRA, G., *La personalità scientifica di Sesto Pedio*, *Bulletino dell' Instituto di Diritto Romano*, 45, 1938, pp. 293-234.
- LÓPEZ BRAVO, C., «Consideraciones sobre el concepto de ley natural en san Pablo», *Revista Española de Filosofía Medieval*, 9, 2002, pp. 275-285.
- MANNA, L., *Actio redhibitoria e responsabilità per vizi della cosa nell' editto de mancipiis vendundis*, Milano, Giuffrè, 1995.
- MARCO AURELIO, *Meditaciones*, trad. de R. Bach Pellicer, Madrid, Gredos, 1977.
- MATEO-SECO, F. L., «Imágenes de la Imagen: Génesis 1, 26 y Colosenses 1, 15 en Gregorio de Nisa», *Scripta Theologica*, 40, 2008, pp. 677-694.

- MATEO-SECO, L. F., «Persona, esclavitud y libertad en Gregorio de Nisa», *Revista Española de Filosofía Medieval*, 13, 2006, pp. 11-19.
- MELÉNDEZ, G. A., «Sobre el arte de vivir en Epicteto», *Eidos: Revista de Filosofía de la Universidad del Norte*, 20, 2014, pp. 271-310.
- ORTU, R., «*Propter dignitatem hominum*. Nuove riflessioni su D. 21.1.44 pr. (Paul. 2 ad ed. aed. cur.)», en *Tra storia e diritto, Studi in onore di Luigi Berlinguer*, II, Soveria Mannelli, Rubbettino Editore, 2008, pp. 439-476.
- PELE, A., «Modelos de la dignidad del ser humano en la Edad Media», *Derechos y Libertades*, 21, 2009, pp. 149-185.
- *Filosofía e historia en el fundamento de la dignidad humana*. Tesis doctoral, Universidad Carlos III, Getafe, 2006.
- *La dignidad humana. Sus orígenes en el pensamiento clásico*, Madrid, Dykinson, 2010.
- PEPPE, L., «La donna romana: quale cittadinanza?», en AA. VV., *Estudios en Homenagem a Luiz Fabiano Corrêa*. Sao Paulo, Max Limonad, 2014, pp. 197-217.
- PERETÓ RIVAS, R. A., «Alcuino de York: Sobre el Alma y sus Dignidades», *Mirabilia*, 4, 2004, pp. 101-115.
- «La ley natural en el Alto Medioevo. El caso de Alcuino», *Anuario Filosófico*, XLI/1, 2008, pp. 55-67.
- RIST, J. M., *La filosofía estoica*, trad. de D. Casacuberta, Madrid, Crítica, 1995.
- ROBLEDA, O., «La idea del derecho subjetivo en el ordenamiento romano clásico», *Bulletino dell'Instituto di Diritto Romano*, 80, 1977, pp. 23-41.
- RUIZ MIGUEL, C., «La dignidad humana. Historia de una idea», *Lex Tantum. Anuario de la Escuela de Derecho de la Universidad Anáhuac de Xalapa*, 2/2, 2005, pp. 520-542.
- SALLES, R., *Los estoicos y el problema de la libertad*, México, UNAM, 2006.
- SEGOVIA, J. F., «Los derechos naturales en la ley natural permisiva y la autoconservación (Revisando la tesis de Brian Tierney sobre el origen de la idea de los derechos subjetivos)», *Revista Cruz del Sur*, 14, 2015, pp. 15-59.
- SÉNECA, *Cartas morales a Lucilio*, trad. de J. Bofill, Barcelona, Planeta, 1989.
- *De ira*. Trad. de J. Fernández Navarrete y N. Estévanez, México, Porrúa, 1984.
- SPENCER, J., «Free from All Men: Stoic Influence in the Writings of Saint Paul», *The Dualist*, 9/1, 2004, pp. 29-41.
- SPLÉNDIDO, M., «El debate por los esclavos en las asambleas cristianas a fines del siglo II», *Circe de clásicos y modernos*, XIV/1, 2010, pp. 133-146.
- TIERNEY, B., «Two Anglo-Norman Summae», *Traditio*, 15, 1959, pp. 483-491.
- «Origins of natural rights language: text and context, 1150-1250», *History of Political Thought*, 10/4, 1989, pp. 615-646.
- *The idea of natural rights: studies on natural rights, natural law and Church Law 1150-1625*. Emory University Studies in Law n.º 5, Atlanta, Scholars Press, 1997.
- «Natural Law and natural rights: old problems and recent approaches», *The Review of Politics*, 64/3, 2002, pp. 389-406.
- «The idea of natural rights. Origins and persistence», *Northwestern Journal of International Human Rights*, 2/1, 2004, pp. 2-12.
- TIERNEY, B., «Dominion of self and natural rights before Locke and after», en V. Mäkinen y P. Korkmann (eds.); *Transformation in medieval and early-modern rights discourses*, Dordrecht, Springer, 2006, pp. 173-203.

- VALLET DE GOYTISOLO, J., «Esbozo de una metodología de los derechos humanos», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 70, 1993, pp. 341-358.
- VILLEY, M., «Los orígenes de la noción de derecho subjetivo», *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, Ediciones Universitarias, 1976, pp. 23-57.
- «*Suum ius cuique tribuens*», *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, Ediciones Universitarias, 1976, pp. 59-70.

Fecha de recepción: 31/03/2017. Fecha de aceptación: 31/10/2017.

La constitución del Derecho Internacional,
su extinción y reconstrucción

*The Constitution of International Law, its Extinction
and Reconstruction*

Por LUIS A. LÓPEZ ZAMORA¹
Universidad de Kiel (Alemania)

RESUMEN

A inicios del siglo veinte los académicos y los aplicadores del Derecho Internacional presenciaron relaciones inter-estatales volátiles que, finalmente, llevaron a dos terribles conflagraciones mundiales. Finalizado el enfrentamiento y, terminado aquel siglo, la esperanza de un orden internacional estable se avivó gracias a ciertos sectores teóricos que sostenían la posible transformación del Derecho Internacional; específicamente, de un cambio del Derecho Internacional dominado por los intereses del Estado, hacia uno con bases comunitarias. Como resultado de este supuesto viraje en el Derecho Internacional, se incorporó la idea de progreso y la esperanza de una eventual constitucionalización del sistema legal internacional. Sin embargo, esta idea se ha visto propensa a la censura y descalificación dada la falta de una teoría que sostenga adecuadamente sus afirmaciones. En el siguiente artículo, proponemos explorar una de las hipótesis centrales del

¹ Visiting Researcher en el Walther-Schücking-Institut für Internationales Recht del Christian Albrechts Universität zu Kiel (Kiel, Alemania). El autor ha sido adjunto de docencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Derecho Internacional. Es abogado en los tribunales de Lima, Perú. LL. B. y Lic. De Derecho por la PUCP. Contacto en: llopezz@pucp.edu.pe

constitucionalismo del Derecho Internacional, específicamente, aquella por la que se afirma que se habría producido un cambio fundamental en sus bases –de magnitud tal– que habría generado un nuevo tipo de sistema legal. Para esto, utilizaremos el concepto de Revolución y su interacción con el Derecho.

Palabras clave: *Constitución del Derecho Internacional, Estado de Derecho Internacional, Normas contra-constitucionales, Comunidad internacional.*

ABSTRACT

At the beginning of the 20th century, both academics and practitioners of International Law faced challenging inter-state relations, which ended in the horrors of world wars. Now, by the end of that century a new trend advanced the idea of a possible transformation of International Law; more specifically, a transit from a state-oriented International Law to a community oriented global law. To this end, International Law discourse incorporated the idea of its own constitutionalization. Nevertheless, this is still a much-contested idea. A good reason for this is the lack of a unified theory that support those assertions as well as world events that challenges that approach. In the following lines, we propose to explore one of the most basic hypothesis of the constitutional movement in International Law: the shift of the foundations of that discipline into a new type of legal regime, using to this end the concept of Revolution and Law.

Keywords: *Revolution, Theory of International Law, History of International Law, Legal Transformation, Constitutionalization of International Law.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.–2. IDENTIFICANDO UN POSIBLE PUNTO DE TRANSFORMACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL. 2.1 *La opinión de expertos respecto al posible advenimiento de un nuevo período en el Derecho Internacional.* 2.2 *Evidencias normativas y jurisprudenciales del posible advenimiento de un nuevo período en el Derecho Internacional.*–3. DETERMINANDO EL CONTENIDO DE LA NORMA FUNDAMENTAL DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL CONTEXTO DE SU DISOLUCIÓN Y RECONSTRUCCIÓN. 3.1 *Teoría de la Revolución y el Derecho.* 3.2 *Consecuencias normativas de una posible revolución en el Derecho Internacional.*–4. A MODO DE CONCLUSIÓN.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.–2. LOCATING A CONSTITUTIONAL MODIFICATION POINT IN INTERNATIONAL LAW. 2.1 *Experts' Opinions Regarding the Emergence of a New Period in International*

Law. 2.2 Legal and Jurisprudence Evidence Regarding the Emergence of a New Period in International Law.—3. DETERMINING THE INTERNATIONAL LAW'S FUNDAMENTAL NORM IN THE CONTEXT OF IT DISSOLUTION AND RECONSTRUCTION. 3.1 *Theory of Revolution and Law.* 3.2 *Legal Consequences of a Revolution in International Law.*—4. CONCLUSION.

1. INTRODUCCIÓN

La efectividad del Derecho Internacional para satisfacer las necesidades humanas, depende en buena medida de la voluntad de quienes la teorizan y la ponen en la práctica. Y si hacemos referencia a que el Derecho Internacional está obligado a satisfacer los intereses del ser humano y, no solo el de los Estados, se debe a que la realidad internacional ya no está envuelta exclusivamente en relaciones interestatales. La incorporación de la problemática humana, como bien indicó Carrillo Salcedo², inició la humanización del orden internacional, generando con ello, una serie de nuevos desafíos para su funcionamiento. A decir verdad, el ingreso del ser humano produjo una serie de tensiones dentro del Derecho Internacional, especialmente, por que implicó el ingreso de ciertos productos normativos dirigidos a proteger los derechos del ser humano; esto —en un primer momento— desestabilizó los cimientos tradicionales del Derecho Internacional pues no pudo explicarse el ingreso de cierta normatividad sin la voluntad del sujeto esencial de las relaciones internacionales; sin embargo, esta situación ofreció igualmente la oportunidad para desarrollar enfoques novedosos que compatibilizan la humanización del Derecho Internacional con el andamiaje tradicional del derecho de gentes.

Dado esto, a finales del siglo pasado (y, con el objetivo de compatibilizar a nivel institucional la recepción en la realidad internacional del ser humano) surgió la corriente constitucional del Derecho Internacional; corriente liderada por académicos de Europa continental que tuvo un relativo éxito en los primeros años del actual siglo. Esta corriente defendió y promocionó la posible existencia de una norma constitucional en el Derecho Internacional, propugnando con ello que el Derecho Internacional debía dejar de ser un simple producto subjetivo (voluntarista) para pasar a ser un verdadero sistema normativo objetivo. Si bien esto fue prometedor, las fuerzas centrífugas internacionales llevaron a que aquella propuesta se estancara y fuese remplazada por un discurso que desembocó en un proceso regresivo que ha culminado más bien en la unilaterización de las relaciones internacio-

² CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*, 2.^a Ed. Madrid, Tecnos, 2001, p. 14.

nales. Esta tendencia ha supuesto la vuelta a la subordinación del factor humano a los intereses de los Estados, relativizando así el impacto de la humanización del Derecho Internacional en la estructural de su teoría general. Todo esto, como no ha podido ser diferente, ha supuesto la puesta en duda de uno de los proyectos principales de la corriente humanizadora del Derecho Internacional como es la defensa de la presencia de una norma fundamental en el Derecho Internacional. En ese sentido, el actual escenario que envuelve a la teorización del Derecho Internacional no se muestra propicio para defender la idea del constitucionalismo internacional; sin embargo, esto no debe llevarnos a detener todo avance en la materia. Todo lo contrario, salir de aquel escollo exige ser más que un simple observador de los acontecimientos internacionales³.

Por tanto, para que el proyecto constitucionalista encuentre nuevos impulsos no basta esperar a que las condiciones internacionales mejoren; en una etapa como esta, parece preciso explorar las limitaciones del discurso constitucional internacional con el fin de formular soluciones y, con ello, brindar nuevas fuerzas discursivas que la apoyen o bien, para descartar el constitucionalismo del discurso teórico del Derecho Internacional si es que no muestra la fuerza teórica suficiente.

Teniendo en cuenta ello, es preciso observar que parte de las limitaciones del discurso constitucional del Derecho Internacional, encuentra su origen en la falta de articulación de sus postulados; comenzando por la falta de un uso unitario del término «constitución» hasta llegar al tratamiento fraccionado, o demasiado comprensivo, de dicho fenómeno en las relaciones internacionales. Nuestra intención en este espacio será analizar un elemento puntual que adopta contornos más claros si explicitamos algunas interrogantes involucradas por el mismo: ¿Cómo puede plantearse desde un enfoque normativo que el Derecho Internacional ha desarrollado una norma fundamental, tras el surgimiento de las Naciones Unidas? ¿Puede afirmarse que desde 1945 el Derecho Internacional ha ingresado en un nuevo período? ¿Puede sostenerse esto, no solo desde un punto de visto político, sino normativo? ¿Y si esto es así, qué fuerzas están involucradas en aquel cambio y, cómo su constatación podría aclarar el contenido del ordenamiento constitucional internacional en formación?

Estas interrogantes surgen del postulado del constitucionalismo internacional que sostiene que hacia el final de las dos grandes guerras mundiales y –con el nacimiento de las Naciones Unidas como organización global universal– habría cristalizado en el plano internacional

³ Todo lo contrario, como Hudson indicara al recordar a Roscoe Pound, es necesario fortificar la confianza de que el Derecho es capaz de continuar en un camino ascendente y, adecuado a las necesidades que la realidad plantea. Véase: HUDSON, M., «Prospect for International Law in the Twentieth Century», *Cornell Law Review*, vol 10, n.º 4, 1925, p. 421.

una norma fundamental (constitución). Esta afirmación es sugerente, sin embargo, si la misma es correcta, entonces debiera ser posible encontrar, en dicho período, opiniones en aquella línea (tanto del sector académico como de los funcionarios de la nueva organización mundial) y decisiones jurisprudenciales que reconozcan algún tipo de modificación en las bases del Derecho Internacional. De encontrarse indicios suficientes de un cambio substancial en el Derecho Internacional, utilizaremos la teoría de la «Revolución y el Derecho» con el fin de analizar aquel punto de transformación. Esto último ofrecerá contornos que objetivicen el contenido de la supuesta norma fundamental del ámbito internacional.

2. IDENTIFICANDO UN POSIBLE PUNTO DE TRANSFORMACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Para determinar la presencia o ausencia de una constitución en el Derecho Internacional, se requiere tratar dos temas.

En primer lugar, debe tenerse presente el aspecto temporal de aquel supuesto orden constitucional; es decir, es imprescindible identificar el momento en que se habrían producido su conformación. En segundo lugar, es necesario tratar un aspecto de fondo como es el contenido que aquel núcleo constitucional (una vez identificado) tendría.

Sobre el aspecto temporal, hacemos nuestras las afirmaciones sostenidas por una diversidad de autores que apuntan a que a mediados del siglo pasado y, tras una serie de eventos traumáticos, se produjeron cambios en los fundamentos básicos del Derecho Internacional que marcaron el nacimiento de una fase particular en aquella disciplina. Esto quedaría evidenciado en la institucionalización de la comunidad internacional con la instauración de las Naciones Unidas en 1945. Aquel cambio fundamental también se constataría, según diversos autores, en la presencia de ciertos actos institucionales adoptadas en el marco de la naciente comunidad internacional⁴. Ahora bien, si estas

⁴ Esto se encuentra en línea con los postulados del movimiento constitucionalista del Derecho Internacional, el mismo que encuentra en el final de las dos guerras mundiales; en la creación de una organización internacional global (Naciones Unidas) y la suscripción de tratados universales de derechos humanos desde 1945; el momento central en la formación de un nuevo período en el Derecho Internacional. Este movimiento sostiene que se habría producido un momento crítico con la capacidad suficiente como para iniciar la constitucionalización de aquella disciplina. El surgimiento de la «seguridad humana» y los «intereses comunitarios», como finalidades esenciales del sistema internacional y la «variación de la base justificatoria del Derecho Internacional» serían ecos de aquel cambio estructural. Véase: PETERS, A., «Global Constitutionalism Revised», *International Legal Theory*, vol. 11, 2005, pp. 39-67; TOMUSCHAT, C., «International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century», *Recueil des Cours*, vol. 281, 1999, pp. 9-438; y otros autores. Por lo

afirmaciones pretenden ser tomadas en serio es imprescindible revisar aquellos alegatos así como los eventos producidos una vez terminadas las dos grandes guerras, para así determinar si es convincente que en efecto, en el período de posguerras se produjo una modificación esencial en los fundamentos del Derecho Internacional. Para ello, tendremos en cuenta las posturas brindadas por los expertos internacionalistas después de la Primer y Segunda Guerra Mundial; los efectos normativos asignados a dichos eventos por la doctrina; ciertas decisiones adoptadas por los tribunales creados después de ambas guerras; y la producción normativa formulada inmediatamente al final de las hostilidades.

2.1 La opinión de expertos respecto al posible advenimiento de un nuevo período en el Derecho Internacional

El período al que se hace alusión líneas arriba, fue considerado por diferentes personalidades en su momento como central para la teoría del Derecho Internacional; ejemplo de ello, son las opiniones de Jessup, Kerns y Francois, quienes –desde diferentes enfoques metodológicos– en 1945 sostuvieron que el Derecho Internacional debía desarrollarse institucionalmente. Es decir, sostuvieron que el desarrollo del Derecho Internacional debía involucrar más que su simple codificación (mediante la identificación de normas consuetudinarias), para pasar a su formulación estrictamente institucional; es decir, a su formulación en el marco de la naciente organización y según los nuevos principios que habían emergido en el Derecho Internacional. Sobre el mismo, Jessup opinaba que la Asamblea General tenía la labor no solo de codificar el Derecho Internacional sino la tarea de desarrollarlo progresivamente, teniendo en cuenta el artículo 13 de la Carta. En palabras de Jessup, «sería ridículo que en esta coyuntura, cuando el mundo clama por más Derecho, más Derecho moderno y más Derecho efectivo, la Asamblea General se contentara con la mera continuación de los esfuerzos de la Liga de Naciones de desarrollar la progre-

demás, aquello parece estar apoyado por la realidad normativa que emergiera desde aquel momento, específicamente por la proliferación de tratados de derechos humanos (y la jurisprudencia en aquella materia) como por el deterioro gradual y progresivo de la aproximación voluntarista del Derecho Internacional (la principal explicación teórica del Derecho Internacional). Sobre esto último, se evidencia un deterioro en la credibilidad teórica de aquella escuela dada su imposibilidad de explicar cierta fenomenología legal. Nociones como las normas de *ius cogens*, las obligaciones *erga omnes*, el surgimiento espontáneo de la costumbre internacional, los poderes cuasilegislativos de la Asamblea General (entre otros fenómenos) prueban que algo ha afectado la teoría general del Derecho Internacional en un nivel profundo. Véase: LÓPEZ ZAMORA, L., «El Unificador Fragmentado-La fenomenología de las normas de *ius cogens* en un contexto de cambio», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 30, 2014, pp. 203-250.

siva codificación del Derecho Internacional»⁵. Esta perspectiva de no solo proceder a codificar el Derecho Internacional existente, sino de promover la creación de un nuevo Derecho Internacional fue acompañada por otras opiniones, como la de Ivan Kerno, quien opinó que el desarrollo progresivo implicaba –sin duda– ir hacia adelante con la formulación del Derecho Internacional, de acuerdo con las necesidades de la sociedad internacional organizada y, que aquello estaba relacionado con las nuevas vías de formulación del Derecho Internacional. Por su parte, Francois –respecto a esto mismo– sostuvo que la obligación de la Comisión de Derecho Internacional no solo involucraba la codificación de las reglas existentes del Derecho Internacional, sino –además– lograr su desarrollo progresivo; por tanto, el autor sostuvo que la Comisión de Derecho Internacional, «(...) no debe esperar a que una multiplicidad de regulaciones del Derecho Internacional [lleven a] una orientación incompatible con las necesidades de la humanidad. (...) La Comisión no debe ser tímida; por el contrario, debe establecer los principios que en su opinión son del interés de la humanidad»⁶.

De aquellos argumentos, se desprende que aquellos académicos respondían a la creencia de que el Derecho Internacional había sufrido un cambio fundamental tras las dos grandes guerras. En ese sentido, Jessup indicaba que «la explosión sobre Hiroshima (...) soltó los pernos que mantenían unidos el pensamiento básico de las ciencias sociales. ¿Sabemos si las bases han sido debilitadas a tal punto que debemos iniciar la construcción de una estructura conceptual enteramente nueva?»⁷. Otros académicos, como Eugene Korovin –desde la perspectiva de los juristas de la Unión Soviética– sostuvo que: «Las Naciones Unidas han resuelto (...) establecer una familia mundial de países democráticos (basados en principios democráticos de política internacional) así como construir un genuino nuevo orden internacional (...)»⁸. Como era claro, el establecimiento de un nuevo orden internacional, impactaba en las bases del Derecho Internacional, por lo que «a la luz de las lecciones de la Segunda Guerra mundial un nuevo y más profundo tratamiento de la soberanía internacional se

⁵ JESSUP, Philip C., «Development of International Law by the United Nations», *American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, p. 755.

⁶ Desirability and Possibility of Establishing an International Judicial Organ for the Trial of Persons Charged with Genocide or other Crimes over which Jurisdiction will be Conferred upon that Organ by International Conventions [1950], Y. B. Int'l L. Comm'n ¶ 37, A/CN.4/15 and corr. 1 - A/CN.4/20; Formulation of the principles of international law recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the judgment of the Tribunal: Report by Mr. Spiroponlos [1950], Y. B. Int'l L. Comm'n ¶ 78 (A/CN.4/22) and Regime of the High Seas: Report by Mr. François, [1950] Y. B. Int'l L. Comm'n ¶ 78 (A/CN.4/17).

⁷ *Idem.*, Jessup. p. 756.

⁸ Véase, KOROVIN, E., «The Second World War and International Law», *American Journal of International Law*, vol. 40, 1946, p. 743.

hace necesario»⁹. Es cierto que Korovin se refería a la transformación y no al remplazo de la soberanía; sin embargo –según él– aquello habría cambiado las relaciones internacionales, marcando el surgimiento de un nuevo Derecho Internacional¹⁰.

A estas opiniones se les sumaban otras provenientes de los académicos que analizaban la novedosa problemática de la incorporación del ser humano en la realidad internacional. Sobre esto, Lauterpacht indicaría:

De esta exposición general sobre la naturaleza de la protección ofrecida por la Carta a los derechos humanos y libertades [fundamentales], puede llegarse a la conclusión fácil y poco precisa que sus provisiones son simples declaraciones de principios, desprovistas de todo elemento de obligatoriedad legal. (...). En tanto estas provisiones figuran prominentemente en la declaración de propósitos de las Naciones Unidas (...) (l)os miembros [de la misma] están bajo una obligación legal de actuar de acuerdo con aquellos propósitos. Es su deber legal respetar y observar los derechos humanos y libertades fundamentales. Estas disposiciones no son simples adornos de un documento histórico; no fueron una idea tardía o accidental del borrador. Estas fueron adoptadas con deliberación y después de prolongadas discusiones antes y durante la Conferencia de San Francisco, como parte de la filosofía del nuevo sistema internacional y, como una lección (...) derivada de la experiencia de las inadecuaciones y peligros de la antigua¹¹.

Por otro lado, desde la Comisión de Derecho Internacional (CDI), las opiniones de sus funcionarios presentarían un tono similar. Por ejemplo, Vladimir Koretsky –al opinar sobre el Borrador de la Declaración de Derechos y Obligaciones del Estado y la eliminación de la sección en donde se reconocía la protección de los derechos humanos, como deber de los Estados– señaló que aquella sección incorporaba uno de los nuevos principios del Derecho Internacional¹² y, que aún más, «(...) el señor Amado había estado justificado de alguna forma cuando sostuvo que una clase de revolución se había producido en el Derecho Internacional. (...)»¹³. Por su parte, Scelle, en esa misma sesión, recordó que diversas autoridades en Francia creían que, «(...) los derechos humanos no solo pertenecían al derecho positivo y constitucional, sino además al derecho supraconstitucional (...)»¹⁴, y Brierly, complementaba todo aquello, al indicar que «(...) aun sin la

⁹ *Idem.* (traducción del autor).

¹⁰ *Idem.*, p. 751.

¹¹ LAUTERPACHT, H., «The International Protection of Human Rights», *Recueil des Cours*, vol. 70, 1947, pp. 15-16 (traducción del autor).

¹² Summary Records and Documents of the First Session, [1949] Y. B. Int'l L. Comm'n, ¶ 70.

¹³ *Idem.*, ¶ 73 (traducción del autor).

¹⁴ *Idem.*, ¶ 78 (traducción del autor).

frase en cuestión, el artículo (...) marcaría un cambio revolucionario en el Derecho Internacional, en tanto traía dentro del dominio del Derecho Internacional una materia que había sido hasta ese momento de pura jurisdicción doméstica; el tratamiento dispensado por un Estado a sus propios nacionales»¹⁵. Sobre esto último, cabe resaltarse que Brierly consideró que se había producido un cambio fundamental que quedaba evidenciado en la adopción de los Principio de Núremberg y su Carta, pues ambos establecían obligaciones de respetar los derechos humanos como elemento esencial para el desarrollo de las relaciones pacíficas entre los Estados¹⁶.

2.2 Evidencias normativas y jurisprudenciales del posible advenimiento de un nuevo período en el Derecho Internacional

Ahora, complementando las opiniones de aquellos autores, las decisiones adoptadas por la Asamblea General dieron, igualmente, un impulso a la idea de un cambio fundamental en el Derecho Internacional, específicamente por la inclusión de la protección del ser humano. Por ejemplo, tras el establecimiento de las Naciones Unidas, la Asamblea General incorporó en sus discusiones la problemática de los derechos humanos¹⁷ y, aún más, proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)¹⁸ con lo cual reafirmaba la prioridad que adoptaba el factor humano en el funcionamiento de la nueva organización y las relaciones internacionales. Aun así, ciertos académicos

¹⁵ *Idem.*, ¶ 66 (traducción del autor).

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ Es así que la Asamblea General en su primera sesión abordó el crimen de genocidio, confirmando que su castigo constituiría una materia de trascendencia internacional. Véase: *The Crime of Genocide* (1946), G. A., 1st Session - 96.1. Fifty-fifth plenary meeting. En la misma sesión, la Asamblea General adoptó la Resolución 3(1), recomendando a sus miembros, tomar todas las medidas para arrestar a los criminales de guerra de la Segunda Guerra Mundial. Véase: *Extradition and Punishment of War Crimes* (1946), G. A., 1st Session - 3(1). Thirty-second plenary meeting. Y en su tercera sesión analizó la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales en Bulgaria y Hungría. Véase: *Observance in Bulgaria and Hungary of Human Rights and Fundamental Freedoms* (1949), G. A., 3rd Session - 272(III). Además, cuestiones como el problema de la esclavitud [*The Problem of Slavery* (1949), G. A., 3rd Session GAOR - 278(III).], el estudio de los problemas sociales de las poblaciones aborígenes de las Américas [*Study of the Social Problems of the Aboriginal Populations and other under-developed Social Groups of the American Continent* (1949), G. A., 3rd Session. 290(IV). GAOR - 275(III).], medidas para la protección de los refugiados [*Assistance to and Protection of Refugees* (1952), G. A., 6th Session. 538(VI). 371st plenary meeting.], el regimen racista en Sudáfrica [*The question of race conflict in South Africa resulting from the policies of apartheid of the Government of the Union of South Africa* (1952), G. A., 7th Session. 616(VII). 401st plenary meeting.], entre otros; fueron todos ellos tocados urgentemente, al mismo tiempo que la Asamblea General daba vida a las agencias básicas de las Naciones Unidas.

¹⁸ *Universal Declaration of Human Rights* [1948], G. A., 3rd Session - 217(III).

como Hudson opinaban que la Carta de las Naciones Unidas, «(...) no establecía de forma expresa, como deber de los Estados, el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales. Éste les requería mantener la paz y seguridad internacional»¹⁹. Esto apuntaba a que la DUDH no solo se limitaba a ser una declaración (y por tanto incapaz de generar obligaciones en estricto) sino que tampoco encontraba asidero ni fundamento en las nuevas obligaciones asumidas por los Estados, tras la creación de las Naciones Unidas. Eso era cierto pues la Carta de las Naciones Unidas no incorporó obligaciones explícitas en materia de derechos humanos; sin embargo, la práctica desarrollada por la Asamblea General (como órgano de dicha organización) validó en poco tiempo que los derechos humanos tenían carácter obligatorio para los miembros de la organización. Esta es la razón por la que en 1949, la Asamblea General analizó la violación de derechos fundamentales en la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), declarando que «(...) el artículo 1(3) de la Carta, vincula a todos los miembros a promover el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, de todos, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión (...)»^{20, 21}. En ese sentido, si bien es cierto que en sus inicios la referencia de los derechos humanos en la Carta de las Naciones Unidas era accidental y programática, en 1949 la Asamblea General, al proclamar la DUDH, expresó que «(...) el reconocimiento de la dignidad inherente y del derecho en pie de igualdad e inalienable de los miembros de la familia humana son el fundamento de la libertad, justicia y paz en el mundo»²². Por consiguiente, uno de los caminos necesarios para alcanzar la paz era la protección de los derechos humanos. Esta misma posición se reafirmó en la 4ta Sesión de la Asamblea General, cuando se solicitó a cada Estado «(...) promover, en reconocimiento de la suprema importancia de preservar la dignidad y valor de la persona humana, completa libertad (...) [y] completo respeto para todos los otros derechos fundamentales expresados en la

¹⁹ Summary Records and Documents of the First Session [1949], Y. B. Int'l L. Comm'n, ¶ 84.

²⁰ Violation by the Union of Soviet Socialist Republics of fundamental human rights, traditional diplomatic practices and other principles of the Charter [1949], G. A., 3rd Session GAOR – 285(III). En aquella misma sesión, la Asamblea General analizó la observancia de los derechos humanos en Bulgaria y Hungría, momento en que señaló: «Considerando que el gobierno de Bulgaria y Hungría han sido acusados (...) de actos contrarios a las finalidades de las Naciones Unidas y respecto a sus obligaciones bajo el Tratado de Paz, de asegurar a todas las personas dentro de sus respectivas jurisdicciones el disfrute de derechos humanos y libertades fundamentales».

²¹ Sobre esto, una posición escéptica podría sostener que, si bien aquellas declaraciones eran relevantes, el principal propósito para el establecimiento de las Naciones Unidas era, estrictamente, el mantenimiento de la paz por medio de la aplicación del Derecho Internacional clásico y, que los derechos humanos solo constituían una finalidad política y programática.

²² International Bill of Human Rights, [1948] G. A., 3rd Session GAOR – 217(III).

Declaración Universal de Derechos Humanos (...)»²³. La relevancia de este último pasaje se centró en que los derechos humanos fueron incluidos como parte de la lista de los Aspectos Esenciales para la Paz (*Essentials of Peace*), fin y propósito fundamental de la naciente organización internacional.

Por tanto, la DUDH sería percibida al final como una manifestación normativa de un posible reenfoque en la teoría general del Derecho Internacional. Aun así, el instrumento sufriría nuevas críticas; por ejemplo, Lauterpacht²⁴ y Kunz criticarían que el instrumento no era ni un tratado ni un acuerdo internacional²⁵; es decir, criticaban su naturaleza carente de vinculatoriedad. Pero, si bien eso era cierto, no puede negarse –gracias a la perspectiva que otorga el tiempo– que aquella declaración con todas sus iniciales limitaciones, inició un cambio en la forma de concebir el Derecho Internacional, al sustraer oficialmente al ser humano del dominio absoluto del Estado, hecho revolucionario para la normatividad internacional. Y todo esto quedaría formalizado, cuando diversas provisiones de aquel instrumento cristalizaron en Derecho Internacional consuetudinario²⁶. Además, la DUDH permitió la adopción de instrumentos universales vinculantes como fueron el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Tal y como el mismo Kunz sostuvo en 1949 al analizar la Declaración Universal; la fase dirigida a darle contenido real solo podría suceder con la adopción de sus protocolos, y la «(...) aceptación y ejecución efectiva de semejantes tratados, sería ciertamente de carácter revolucionario y tendería a transformar la comunidad internacional en una Federación Mundial de Estados; a transformar el Derecho Internacional en derecho global»²⁷.

²³ *Essentials of Peace* [1949], G. A., 4th Session. 290(IV). 261st plenary meeting.

²⁴ Ahora, aquella afirmación debe ser tomada en su verdadero contexto. Tal y como indica von Bernstorff, «La lectura negativa de Lauterpacht [de la DUDH] tenía ciertamente una función estratégica, en tanto preparaba el campo para su propia propuesta institucional, la de un tratado vinculante con un mecanismo de petición individual. Por tanto, la crítica servía al mantenimiento de un impulso político para la futura creación de verdaderas y ejecutables obligaciones de derechos humanos. (...) A pesar de, o tal vez debido al fuerte compromiso de Lauterpacht respecto a un viraje conceptual hacia derechos individuales en el Derecho Internacional, es que él desarrolló la primera crítica de largo alcance al discurso de los derechos humanos en el plano internacional. La deseada revolución legal internacional no se había producido.» (traducción del autor) Véase: VON BERNSTORFF, J. «The Changing Fortunes of the Universal Declaration of Human Rights: Genesis and Symbolic Dimensions of the Turn to Rights in International Law», *European Journal of International Law*, vol. 19, 2008, pp. 909-910.

²⁵ Véase KUNZ, J., «The United Nations Declaration of Human Rights», *American Journal of International Law*, vol. 42, 1949. p. 321.

²⁶ Véase HANNUM, H., «The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 25, 1996, pp. 287-397.

²⁷ *Idem.*, p. 322.

Y, como si todo esto no fuese poco, lo antes indicado se vería complementado por la emisión de ciertas decisiones jurisdiccionales que formalizaron algunos de los cambios producidos en las bases del Derecho Internacional. Sin embargo, este progreso fue paulatino, siendo necesario primero vencer la resistencia del tradicionalismo. Es por ello que, después de la Primera Guerra Mundial, no aparecieron innovaciones jurisprudenciales destacables que permitieran observar un viraje en la concepción general del Derecho Internacional; todo lo contrario, con la sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en el caso *Lotus*, quedaron reafirmados los fundamentos del Derecho Internacional clásico. El tribunal en su famoso *dictum* sostuvo que: «El Derecho Internacional gobierna las relaciones entre Estados independientes. En ese sentido, el derecho vinculante para los Estados emana de su propia y libre voluntad, como es la expresada en convenciones o, por el uso general aceptado como medio de expresión de los principios del derecho (...). En ese sentido, las restricciones aplicables a la independencia de los Estados no pueden ser presumidas»²⁸. Este pasaje representa el momento culminante para el positivismo voluntarista del Derecho Internacional²⁹, y esto no solo

²⁸ The *Lotus Case* (France v. Turkey), Judgment, 1927 PCIJ 18 (Sep. 7).

²⁹ Sobre el funcionamiento del positivismo en el Derecho Internacional, debe aclararse ciertos puntos. El positivismo clásico tuvo un impacto relevante en el Derecho Internacional; específicamente, el positivismo que apeló a la noción de autoridad para explicar la fenomenología jurídica internacional; dicha autoridad bajo la influencia de la filosofía hegeliana se vio reconducido al monopolio estatal de la creación del derecho así como al convencimiento de que el «el estado, como entidad fáctica, constituye un *prius* en relación al derecho (el mismo que), se encuentra por debajo y por encima (del mismo) (y), en último análisis, es su única fuente». AGO, R. «Positivism», *Encyclopedia of Public International Law*, Elsevier, Heidelberg, 1997, vol. III, p. 1073. El estatismo positivista y su postulado sobre la voluntad estatal, condujo a la reducción del objeto del Derecho Internacional hacia un simple producto contractualista, ya que desde aquel momento, el Derecho Internacional sólo podría estar confirmado por tratados a los que los Estados voluntaria, expresa y libremente se adherían. Con esto, se llegó al convencimiento de que no podía existir un producto normativo independiente de la voluntad del Estado, naciendo así el voluntarismo-estatista como teoría que –aun hoy en día– constituye una de las corrientes dominantes del Derecho Internacional y, desde donde se adherirían nociones cardinales como la soberanía estatal, el monopolio de los sujetos internacionales, entre otros. Tiempo después, conforme finalizaba el siglo XIX, una nueva corriente positivista surgió en la Teoría del Derecho, el positivismo científico. Sin embargo, aquel positivismo moderno no fue triunfante en el plano internacional debido a la inexistencia de una estructura sistemática del Derecho Internacional y al carácter desorganizado de la sociedad internacional, GREWE, W., «History of the Law of Nations: World War I to World War II», *Encyclopedia of Public International Law*, Elsevier, Amsterdam, North-Holland, 1995, vol. III, pp. 252-262], todo ello hizo que el positivismo moderno no pudiera influir de forma determinante como lo hizo el estatismo positivista. CARTY, A., «The Continuing Influence of Kelsen on the General Perception of the Discipline of International Law», *European Journal of International Law*, vol. 9, n.º 2, 1998, p. 347. Sobre estos puntos, véase BOBBIO, N., *El Problema del Positivismo*, Jurídico México: Biblioteca de Ética y Filosofía del Derecho y Política, Fontamara, 2012, p. 42; HART, H. L. A., «Positivism and the Separation of Law and Morals», *Harvard*

porque la existencia de una regla sin el consentimiento del Estado era calificada como una infracción a la dignidad e independencia de aquel Estado, sino porque el TPJI aceptaba indirectamente que tenía poco que decir cuando el mismo no era capaz de identificar una regla internacional explícita (sea convencional o consuetudinaria) que regulara los asuntos de dos Estados o los asuntos de un Estado y la sociedad internacional, aun cuando aquel tribunal -según su propio estatuto- tenía la posibilidad de utilizar como fuente del derecho los principios del Derecho Internacional³⁰. Como Berge en su momento indicó, el caso (y debiera añadirse la representación del Derecho Internacional en aquel momento) obligó a examinar el asunto desde la óptica de que nada de lo que no estuviese prohibido a un Estado (vía Derecho Internacional consuetudinario o convencional) le estaba permitido. Aquella conclusión parecía sepultar de plano los aspectos naturalistas del Derecho Internacional y, aun cuando algunos ha relativizado los efectos de esta decisión³¹ lo cierto es que el dictamen de Lotus contribuyó a la consolidación del positivismo en el Derecho Internacional. Esto

Law Review, vol. 71, n.º 4. 1958, pp. 593-629; GUASTINI, R., «Bobbio sobre la Norma Fundamental y la Regla de Reconocimiento», P. Comanducci y R. Guastini (Ed.), en *Analisi e Diritto, Ricerche di Giurisprudenza Analitica, Giappichelli*, Torino, 2006, pp. 203-207; LAUTERPACHT, H., *Private Law Sources and Analogies of International Law (with special reference to international arbitration)*, London, Longman's, 1927; BOBBIO, N., y ZOLO, D., «Hans Kelsen, The Theory of Law and International Legal System: A Talk», *European Journal of International Law*, vol. 9, n.º 2, 1998, pp. 355-368; MORGENTHAU, H., «Positivism, Functionalism, and International Law», *American Journal of International Law*, vol. 34, n.º 2, 1940, pp. 260-284, y CARTY, A., «The Continuing Influence of Kelsen on the General Perception of the Discipline of International Law», *European Journal of International Law*, vol. 9, n.º 2, 1998, pp. 344-354.

³⁰ Aún más, cuando una de las partes (Francia) solicitó a la CPJI concluir que Turquía había violado el Tratado de Lausanne, el mismo que en su artículo 15 establecía lo siguiente: «(...) toda pregunta referida a la jurisdicción respecto a Turquía y otros estados contratantes, deberá decidirse de acuerdo con los principios del Derecho Internacional». Francia sostuvo que la jurisdicción ejercitada por Turquía violó uno de los principios del Derecho Internacional, en tanto la jurisdicción criminal turca fue aplicada respecto a ciudadanos franceses por hechos producidos en alta mar, solicitando a la Corte, declarar que Turquía se encontraba vulnerando el artículo 15 del tratado, a menos que Turquía pudiese identificar una regla permisiva que le permitiera realizar ello. Por tanto, la labor de la TPJI era establecer la existencia (o no) de un principio que imposibilitara a Turquía aplicar su jurisdicción en el caso antes indicado. Sin embargo, la Corte fue más allá de aquello, al señalar: «International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities (...)». Criticando la conclusión del TPJI, véase FITZMAURICE, G., «The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law», *Recueil des Cours*, vol. 92, 1957, p. 57.

³¹ Véase SPIERMANN, Ole, *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice-The Rise of the International Judiciary*, Cambridge University Press, 2005, pp. 247-263; PAZARTZIS, P., «Judicial Activism and Judicial Self-Restraint: The PCIJ's Lotus Case», de Tams, C. J., y F. Malgosia (Eds.), en *Legacies of*

último, no tanto por las interpretaciones que desde aquel momento se realizaría a aquella decisión, sino por el hecho de que, como indicara Fitzmaurice: «Si, en lugar de señalar que no debían ser presumidas las restricciones en la independencia de los Estados, el Tribunal hubiese indicado que no debía ser presumido ni restricciones, ni la ausencia de restricciones, aquello hubiese sido una mejor representación de la verdadera posición»³²; sin embargo, esto estaba ausente y –con ello– el Derecho Internacional de bases voluntaristas quedaba reafirmado, en exclusión de cualquier otra posición metodológica interpretativa.

A pesar de esto, con el final de la Segunda Guerra Mundial se produjo un impulso importante en la evolución del Derecho Internacional. Tras la última conflagración mundial, la comunidad internacional (en aquel momento reunida de forma *ad hoc*) decidió llevar a cabo los juicios de Núremberg y Tokio, procesos criminales que marcaron un alejamiento de los criterios meramente positivistas consagrados en el caso Lotus. Tomemos como ejemplo, el proceso llevado en contra de los altos mandos nazi en Núremberg. Aquel proceso criminal tuvo dos efectos en la teoría del Derecho Internacional:

a) Por un lado, expuso el fracaso rotundo del Derecho Internacional clásico para evitar el desarrollo de conflictos armados de escala global. En ese sentido, aquellos juicios le permitieron a la comunidad internacional entender que los orígenes de la guerra en gran medida fueron facilitados por la doctrina clásica del Derecho Internacional dominante en aquel momento. Sobre esto, el fiscal de los Estados Unidos, Jackson (presente en aquellos enjuiciamientos) indicó:

Al inicio de este torturado y sangriento siglo, los hombres instruidos en derecho dominaban las consejerías de la mayor parte de las naciones occidentales. Ellos pensaban en los problemas del Estado, en base a ciertas asunciones suministradas por su disciplina legal. Cuatro de [aquellas asunciones] pueden ser condensadas [así]: Primero, cada Estado es soberano, su derecho absoluto, su voluntad ilimitada y libre de recurrir a la guerra en cualquier momento, por el propósito que fuese. Segundo, los tribunales, en ese sentido, deben considerar cualquier guerra como legal (...). Tercero, las medidas adoptadas por los altos oficiales, como el planeamiento, instigación y desarrollo de la guerra, constituyen «actos de Estado», cuyo ejercicio no está sujeta a obligación alguna ante la sociedad internacional (...)³³.

the Permanent Court of International Justice, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, pp. 326-327.

³² Véase FITZMAURICE, G., *The general principles of international law...*, p. 57. *supra* nota 29.

³³ JACKSON, R. H., «Nuremberg in Retrospect: Legal Answer to International Lawlessness», en *American Bar Association Journal*, vol. 35, 1949, p. 813.

Teniendo en consideración esto, Jackson concluía que, «sería difícil observar una disciplina intelectual que hiciese más por incentivar el desenfreno internacional y la agresión (...). Los fiscales en Núremberg constituyen el mayor y más definitivo cuestionamiento a este concepto anárquico del derecho de las naciones»³⁴.

Y, por otro lado, aquellos enjuiciamientos;

b) Dejaron constancia de la poca idoneidad de los postulados del tradicionalismo para sancionar a los responsables de conspirar contra la paz global. Esto se hizo patente cuando las defensas de los líderes nazis argumentaron sus estrategias legales sobre la base de elementos incuestionables del Derecho Internacional clásico, produciendo con ello una tensión entre la finalidad de aquellos procesos (sancionar a los autores de la iniciación de la guerra) y el respeto a ciertos postulados fundamentales del Derecho Internacional clásico. Es en ese contexto que se formuló una serie de críticas en contra del funcionamiento del tribunal militar³⁵. Sin disminuir la relevancia de aquellas críticas, estas fueron ampliamente analizadas y respondidas en su oportunidad³⁶; sin embargo, uno de los cuestionamientos no obtuvo una respuesta lo suficientemente convincente. Dicho cuestionamiento apuntaba a que el tribunal militar, al juzgar a los líderes nazis por crímenes contra la paz y contra la humanidad, no estaban aplicando el Derecho Internacional existente al momento de la comisión de los hechos³⁷, sino disposiciones creadas recién finalizada la Segunda Guerra Mundial; esta circunstancia violaba el principio de *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* y fue bien conocida por los aliados en los procedimientos³⁸.

³⁴ *Idem*.

³⁵ Específicamente, se consideró que éste estaba aplicando normatividad expost facto, en especial en relación al nuevo crimen contra la paz y a los crímenes contra la humanidad, hecho que se consideraba que debilitaba el principio de *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*; porque el tribunal estaría imponiendo responsabilidad criminal a individuos en aplicación del Derecho Internacional y no en aplicación de normas provenientes del derecho doméstico (algo que no encontraba antecedente en la práctica internacional); porque el tribunal era un juicio de los victoriosos, lo cual generaba dudas respecto a su imparcialidad; o, por que el proceso judicial solo involucraba a los crímenes cometidos por el régimen nazi y no los actos cometidos por los aliados. [Véase WECHSLER, Herbert, «The Issues of the Nuremberg Trial», *Political Science Quarterly*, vol. 62, 1947, pp. 23-26.]

³⁶ Véase GOODHART, A. L., «Questions and Answers Concerning the Nuremberg Trials», *International Law Quarterly*, vol. 1, 1947, pp. 525-531; WRIGHT, Q., «The Law of the Nuremberg Trial», *American Journal of International Law*, vol. 41, 1947, pp. 38-72, y JACKSON, R., «Nuremberg in Retrospect...», p. 38, *supra* nota 32.

³⁷ Véase SCHICK, F. B., «The Nuremberg Trial and the International Law of the Future», *American Journal of International Law*, vol. 41, 1947, p. 784.

³⁸ Por ejemplo, Sir Hartley Shawcross (Consejero Principal de Reino Unido), indicó que: «El Derecho Internacional, podría decirse, no atribuye criminalidad a los Estados y aún menos a los individuos. Pero, ¿realmente puede afirmarse en favor de los defendidos que las ofensas de aquellas guerras de agresión que embarcaron a millones de personas a su muerte... representan [en efecto] solo una ofensa? (...).

Ese fue un punto de cuestionamiento constante, que, a pesar de su relevancia, no obtuvo mayor respuesta. Más allá de las justificaciones esgrimidas por los vencedores, lo cierto en torno a esto es que la búsqueda de justicia llevó a aplicar un contenido jurídico internacional creado por fuera de los cauces del voluntarismo estatista tradicional. Siendo ello así, los juicios de Núremberg representaron un momento en donde la comunidad internacional aceptó que ciertos crímenes no podrían ser criminalizado por medio de la simple aplicación del antiguo Derecho Internacional y que –por el contrario– era necesario aceptar (momentáneamente o no) una serie de principios y reglas que permitieran la criminalización de los autores de aquellos crímenes internacionales. Es por esto que son destacables los juicios de Núremberg, pues, aunque no constituyeron en estricto un precedente en el Derecho Internacional,³⁹ sí lograron el objetivo final de su creación, el mismo que involucraba «(...) no solo el castigo de aquellos que eran culpables, sino, igualmente, el establecimiento de la supremacía del Derecho Internacional sobre el derecho nacional (...)»⁴⁰; esto último, tuvo que lograrse creando nuevo Derecho Internacional de aplicación inmediata, dejando atrás el uso de puros postulados positivistas voluntaristas. Por lo demás, fue por ese segundo propósito que las limitaciones de la decisión de Núremberg (como era el haber sido emitido por un tribunal militar de vencedores, mas no uno universal) fueron resueltas rápidamente por las Naciones Unidas; específicamente, cuando la Asamblea General hizo suyas «(...) los principios del Derecho Internacional reconocidos por la Carta del Tribunal de Núremberg

Constituye un principio valioso, un principio de derecho, que los políticos que se embarcan en una política de guerra de agresión, no deben ser capaces de buscar inmunidad detrás de la personalidad intangible del Estado (...). El derecho relativo a los crímenes de guerra, como cuestión diferente al del crimen de agresión, se encuentra sustentado en el principio de responsabilidad individual. El futuro del Derecho Internacional y, ciertamente, del mundo en sí, depende de su aplicación en un sentido mucho más amplio (...)» (traducción del autor) [Citado por Quincy Wright. Véase WRIGHT, Q., «The Law of the Nuremberg Trial...», p. 64, *supra* nota 35.

³⁹ Kelsen puso en duda el carácter de precedente de la sentencia en mención. Según el autor: «Al crear nuevo derecho a ser aplicado por el tribunal, al proveer de responsabilidad criminal individual, no solo por llevar a cabo la guerra en violación de tratados existentes, sino también por planear, preparar o instigar aquellas guerras y participar en una conspiración para lograr aquellas acciones, el Acuerdo de Londres ciertamente creó nuevo derecho. Pero, el Tribunal Militar Internacional establecido por este acuerdo no tuvo participación en la creación del mismo (...). Esta sentencia no es fuente de derecho en el sentido en el que un verdadero precedente lo es (...). Un verdadero precedente debe tener fuerza vinculante. Ello implica que la regla general establecida en el precedente debe ser legalmente vinculante para el tribunal que la elaboró y frente a otros tribunales inferiores (...)» (traducción del autor), KELSEN, Hans, «Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?», *International Law Quarterly*, vol. 1, 1947, p. 162.

⁴⁰ LAWRENCE, J., «The Nuremberg Trials», *Journal of International Affairs*, vol. 23, 1947, p. 153.

y la sentencia del tribunal»⁴¹. Entonces, tal y como Wright indicara, puede verse en este último paso la intención de las Naciones Unidas de hacer vinculante aquellos principios para sus miembros, y para los no miembros de la organización (en aplicación del artículo 2.6. de la Carta de las Naciones Unidas) y, en ese sentido, «(...) las Naciones Unidas, al hacer [suyo] el acuerdo del Tribunal de Núremberg habría intentado actuar por la comunidad de naciones como un todo, y por tanto, habría creado Derecho Internacional universal»⁴².

Como es claro, esta circunstancia impuesta por la necesidad de sancionar la violación de la conciencia internacional puso en entredicho el inimpugnable voluntarismo expresado en el *dictum* del caso Lotus. Y, aún más, todo aquello quedaría refrendado y explicitado poco después en la sentencia de la CIJ en el caso del Estrecho de Corfú en 1946. En aquella ocasión, los hechos del caso obligaron a relativizar nuevamente la doctrina que sostenía que la regla del Derecho Internacional era oponible solo a los Estados que hubiesen expresado su consentimiento. Para ello, la CIJ reconoció la existencia de ciertas obligaciones vinculantes para Albania que involucraban la obligación de notificar y advertir la existencia de minas en sus aguas territoriales, «(...) basado, no en la Convención de la Haya de 1907 (...) el cual es aplicable en tiempo de guerra, sino en ciertos principios; específicamente: consideraciones elementales de humanidad, aún más exigibles en tiempos de paz, que en tiempos de guerra, el principio de la libertad de las comunicaciones marítimas y la obligación a cargo de cada Estado de no permitir ciertas acciones cuando estuviesen enterados de que su territorio sería utilizado para el desarrollo de actos contrarios a los derechos de otros Estados»⁴³. Diversos autores han sostenido que dicho pasaje

⁴¹ Affirmation of the Principles of International Law recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal, [1946] G. A., 1st Session - 95.1. Fifty fifth plenary meeting.

⁴² Véase WRIGHT, Q., «The Law of the Nuremberg Trial...», p. 51, *supra* nota 35.

⁴³ Corte Internacional de Justicia. Corfu Channel Case (UK v. Albania). Judgment of 9 April 1949. Para. 22. Debe recordarse que el Principio de Humanidad apareció antes de la decisión en el Estrecho de Corfú; por ejemplo, en la decisión adoptada en el caso del Arbitraje de Naulilaa (Greece v. Germany). En este caso, tal y como Meron indica, los árbitros «(...) aplicaron principios de humanidad con el fin de limitar el alcance permisivo de las represalias: “la représaille est limitée par les expériences de l’humanité”». Naulilaa representó uno de los primeros pasos expresados en la jurisprudencia del Derecho Internacional (aun cuando fuse solo en el contexto de un arbitraje) en el que se utilizó el Principios de Humanidad para reconocer reglas y obligaciones que limitaban el voluntarismo de los Estados (en este caso, específicamente, la regla de proporcionalidad vinculada a las represalias). Este arbitraje es una primera evidencia de los cambios que habría de sufrir el Derecho Internacional; pues, como se ha indicado, «(...) el tribunal enfatizó que el Derecho Internacional estaba cambiando y que la inclusión del principio de proporcionalidad dentro de la estructura del Derecho Internacional representaba un proceso ya iniciado. Las recientes experiencias en la Primera Guerra Mundial llamaban a una limitación de la aplicación de las represalias por parte de los Estados (...)». Véase: MERON, T., «The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience», *American Journal of*

tiene una clara influencia de los valores vinculados a los derechos humanos⁴⁴; pero –aún más– presenta un doble significado para la teoría del Derecho Internacional. Por un lado, con aquella decisión se dejó claramente establecido que la CIJ podía identificar reglas restrictivas de la libertad de los Estados no solo sustentado en las voluntades de estos, sino en base a principios del Derecho Internacional, principios que no solo están vinculados con los principios de Soberanía estatal y de Territorialidad, sino que podían estar basados en «consideraciones de humanidad»⁴⁵. Además de ello, por medio de esta decisión quedó establecido que el Principio de Territorialidad (uno de los principios básicos del Derecho Internacional clásico) presentaba límites; el primero y más importante, la imposibilidad de utilizar el propio territorio para actuar en contra de otro Estado.

Ahora, aquel pasaje no fue la única en evidenciar un cambio en la concepción general del Derecho Internacional. De igual importancia es la sección de aquella sentencia en donde la CIJ respondió las alegaciones de Reino Unidos:

La Corte solo puede considerar el alegado derecho de intervención, como una manifestación de una política de fuerza, tal y como la que en el pasado originara los más serios abusos y, de naturaleza tal, que a pesar de los presentes defectos en la organización internacional, no puede tener lugar en el Derecho Internacional. La intervención, es –tal vez aún menos admisible– en la forma particular que adoptaría aquí; pues, de la naturaleza de las cosas, aquella estaría reservada para los Estados más poderosos y podría fácilmente llevar a pervertir la administración de justicia internacional⁴⁶.

Tal y como Quincy Wright comentara en 1949, «la opinión es notable por cuanto la Corte se basó en amplios principios del derecho, al ser considerados, aparentemente, como evidentes, los mismos que fueron sostenidos sin citación de precedentes o autoridades. Es, además, notable que estos principios se refieran a derechos de la humanidad y a obligaciones de no recurrir al uso de la fuerza, los mismos que han sido especialmente enfatizados en recientes convenciones generales»⁴⁷. Tal y como diferentes comentaristas concuerdan, hoy en

International Law, vol. 94, 2000, p. 82, y PFEIL, Julia, «Naulilaa Arbitration (Portugal v. Germany)», en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2nd ed., 2007.

⁴⁴ Véase SCHWEBEL, S., «The Treatment of Human Rights and of Aliens in the International Court of Justice», de Lowe, Vaughan, y Fitzmaurice, Malgosia (Eds.), en *Fifty Years of the International Court of Justice, Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, p. 330.

⁴⁵ Véase FITZMAURICE, G., *The general principles of international law...*, p. 57, *supra* nota 29.

⁴⁶ Corfu Channel Case (UK v. Albania) Para. 35, *supra* nota 42.

⁴⁷ WRIGHT, Q., «The Corfu Channel Case», *American Journal of International Law*, vol. 43, 1949, p. 494.

día, las limitaciones establecidas por la CIJ⁴⁸ expresan en buena medida una nueva forma de concebir el Derecho Internacional; y esto es correcto en tanto las consecuencias de dicha sentencia no se limitaron a puros efectos teóricos. A decir verdad, tuvo un efecto claro en el funcionamiento práctico del Derecho Internacional⁴⁹. Por ejemplo, desde la adopción de los criterios del caso Corfú la lógica contenida en el caso Lotus no fue expandida⁵⁰, y por el contrario –hasta cierto punto– fue relativizada⁵¹; en segundo lugar, con la decisión en el caso Corfú se dio un primer paso en el camino de reconocer el Principio de Humanidad en el Derecho Internacional, principio que desde aquel momento fue progresivamente recogido por diferentes organismo de adjudicación internacional⁵².

Ahora bien, estas evidencias de la presencia de un cambio fundamental en el Derecho Internacional, no se limitaron a ciertas opiniones académicas o a ciertas decisiones jurisdiccionales; aquellas evidencias también se expresaron en intentos de formular Derecho Internacional positivo. Ejemplo de esto fue el Borrador de la Declaración de los Derechos y Obligaciones de los Estados (Borrador de Declaración) de 1949⁵³, cuya finalidad fue expresar algunos princi-

⁴⁸ Véase: TALMON, S., «Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion», *European Journal of International Law*, vol. 26, 2015, p. 423.

⁴⁹ Véase: BEDJAOUI, M., «An International Contentious Case on the Threshold of the Cold War», de Bannelier, Karine; Christakis, Theodore y Heathcote, Sarah (Eds.), en *The ICJ and the Evolution of International Law, The Enduring Impact of the Corfu Channel Case*, Routledge, 2012, pp. 3-15.

⁵⁰ Véase: HANDEYSIDE, H., «The Lotus Principle in the ICJ: Was the Ship ever Afloat», *Michigan Journal of International Law*, vol. 29, 2007, pp. 71-94.

⁵¹ Ejemplo de esto es lo afirmado por el exjuez de la CIJ Bedjaoui: «No doubt this decision expressed the spirit of the times, the spirit of an international society which as yet had few institutions and was governed by an international law of strict coexistence (...) It scarcely needs to be said that the face of contemporary international society is markedly altered. (...)». Véase: Advisory Opinion of the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, 1996 ICJ ¶ 12, 13 (July 8) (declaration of President Bedjaoui). De igual importancia, son las palabras del exjuez Weeramantry. Véase Dissenting Opinion of Judge Weeramantry.

⁵² Un ejemplo de esto puede encontrarse en la decisión adoptada en el caso Tadic (Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia): «Indeed, elementary considerations of humanity and common sense make it preposterous that the use by States of weapons prohibited in armed conflicts between themselves be allowed when States try to put down rebellion by their own nationals on their own territory. What is inhumane, and consequently proscribed, in international wars, cannot but be inhumane and inadmissible in civil strife». Véase Prosecutor v. Dusko Tadic, Case n.º IT-94-1-I, Decision on Defense Motion for Interlocutory Appeal of Jurisdiction, ¶ 119 (Oct. 2, 1995).

⁵³ Véase: Draft Declaration on the Rights and Duties of States [1949], IY. B. Int'l L. Comm'n 287, U. N. Doc. A/CN.4/SER. A/1949. El texto original fue propuesto por Panamá. Mediante Resolución 178 (II) del 21 noviembre de 1947, la Asamblea General instruyó a la Comisión de Derecho Internacional preparar un borrador de declaración sobre los derechos y obligaciones de los Estados. Debe añadirse que dicha temática puede rastrearse en la teoría del Derecho Internacional desde el siglo XVIII, sin

pios fundamentales que gobernarían la sociedad de Estados como resultado del hecho de que, «una gran mayoría de Estados del mundo han acordado establecer un nuevo orden internacional bajo la Carta de las Naciones Unidas, y la mayoría de los otros Estados del mundo han declarado su deseo de vivir dentro de aquel orden (...)»⁵⁴. Como se indica en el preámbulo de aquel documento, su finalidad es formular una serie de derechos y deberes básicos y fundamentales aplicable a los Estados. En ese sentido, la relevancia del instrumento se aprecia por el hecho de que apuntaba a admitir la existencia de derechos y deberes inherentes a la existencia de los Estados; es decir, a la presencia de normatividad internacional objetiva que, tendría que expresarse a través de otras fuentes del Derecho Internacional (y ya no solo por vía convencional o consuetudinaria)⁵⁵. Es por esto mismo que el nuevo orden internacional, al que hace alusión el preámbulo del Borrador de la Declaración debía ser diferente al orden internacional previo no solo en un sentido figurativo sino desde un punto de vista normativo.

Expresión de esto último fue su artículo 14, el cual, contradiciendo al voluntarismo positivista, dispuso que: «Cada Estado tiene el deber de conducir sus relaciones con otros Estados de acuerdo con el Derecho Internacional y con el principio de que la soberanía de cada Estado está sujeta a la supremacía del Derecho Internacional»⁵⁶. Esta disposición puede considerarse como una fuerte evidencia del deseo de replazar las bases del Derecho Internacional desde la primacía del consentimiento estatal, a la primacía del Estado de Derecho internacional⁵⁷. Sir Gerard Fitzmaurice describió aquello en los siguientes términos: «esta provisión (...) enuncia el importante principio de la subordinación de la soberanía de cada Estado a la supremacía del Derecho Internacional –en corto, de la soberanía o Estado de Derecho en el campo internacional– el cual en efecto podría ser considerado el primero y más importante de los principios del Derecho Internacional. Desde donde los demás le siguen: sin él, puede existir costumbre, prácticas, hábitos, cortesías –lo que se quiera– pero no derecho»⁵⁸. Aun así, contradiciendo a Fitzmaurice, Kelsen sostuvo respecto a aquella disposición (y sobre el instrumento en sí) que, «su valor como

embargo, los intentos por construir aquellos derechos y deberes de forma precisa se iniciaron después de finalizada la Primera Guerra Mundial. Véase Preparatory Study Concerning a Draft Declaration on the Rights and Duties of State - Memorandum submitted by the Secretary General [1948], *Y. B. Int'l L. Comm'n, A/CN.4/2*.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ CARBONE, S., y SCHIANO DI PEPE, L., «States, Fundamental Rights and Duties», en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2009. Disponible en: <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1112>.

⁵⁶ *Idem*, artículo 14.

⁵⁷ Utilizando el artículo 14 del Borrador de la Declaración, como expresión del Estado de Derecho a nivel internacional, véase FITZMAURICE, G., «The general principles of international law...», p. 57, *supra* nota 29.

⁵⁸ *Idem*, p. 6.

una declaración teórica [era] de lo más problemática, en tanto permanece la duda de si la Declaración tiene como finalidad formular el Derecho Internacional existente o hacer sugerencia respecto a su futuro desarrollo»⁵⁹. Sobre esto, era cierto que el instrumento exhibía cierta falta de técnica⁶⁰, sin embargo, el instrumento y, en particular, su artículo 14 dejaba claramente establecido una voluntad de innovación en el Derecho Internacional ya no solo desde un ámbito doctrinal sino desde un enfoque positivo.

Y, apoya aquella conclusión el hecho de que esa no fue la única manifestación positiva de los posibles cambios producidos en las bases del Derecho Internacional. La misma Carta de Naciones Unidas recepcionó los cambios teóricos del Derecho Internacional y, aún más, los magnificó, específicamente por los efectos que su régimen legal producía en el orden internacional general. Verdross ahondó en este punto al analizar el estatus legal de los Estados no miembros a la naciente organización. Verdross explicaría que, debido a la configuración de la Carta, ésta imponía deberes a los Estados no miembros. A decir de Verdross:

Pero si la Carta impone deberes a los Estados no-miembros, sin mediar sus voluntades, [es decir] contrario a los Principios del Derecho Internacional general, incluyendo el Pacto Briand-Kellogg, solo dos soluciones son posibles. Bien, reconocemos la continuidad de la validez del principio de que ningún tratado es obligatorio y oponible a un tercer Estado, en cuyo caso la acción del Consejo de

⁵⁹ KELSEN, H., «The Draft Declaration on Rights and Duties of States», *American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, p. 260.

⁶⁰ Seguro, su estatus no estaba del todo claro, especialmente dado que el instrumento nunca fue adoptado [Sobre el proceso de estancamiento de la aprobación de este instrumento, véase: Comisión de Derecho Internacional. Preparatory Study Concerning a Draft Declaration on the Rights and Duties of States - Memorandum submitted by the Secretary General. Doc. A/CN.4/2. 21 de noviembre de 1947]; pero, además, por cuanto no existía una teoría que explicara y legitimara expresamente un desarrollo de tal magnitud. Como resultado de esto, un neopositivista como Kelsen [Véase KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho* (2nd. ed. 1982), pp. 325-326. BOBBIO, Norberto, y ZOLO, Danilo, «Hans Kelsen - The Theory of Law and the International Legal System: A Talk», *European Journal of International Law*, vol. 9, 1998, pp. 355-367, y CARTY, Anthony, «The Influence of Kelsen on the General Perception of the Discipline of International Law», *European Journal of International Law*, vol. 9, 1998, p. 347], de forma comprensible tuvo observaciones en torno al artículo 14 del instrumento. En su opinión, «la segunda parte del artículo 14 es objetable, además, por cuanto incluye el término “soberanía”. En su significado original y único, soberanía significa autoridad suprema. Como tal, la misma es incompatible con el Derecho Internacional; los Estados que tienen deberes bajo el Derecho Internacional no son soberanos (...)» [*ibid* 276]. Esta afirmación se produjo por cuanto la disposición exhibía un uso poco claro de la terminología legal (especialmente en relación al Principio de Soberanía). Para un creyente en la permanencia de aquel principio; el artículo 14 del Borrador de la Declaración era la oportunidad para resolver las contradicciones que generaba mantener un concepto absoluto de soberanía en el sistema jurídico internacional; sin embargo, en tanto no se brindó una explicación respecto al uso del término, el artículo no podía ser más que un error.

Seguridad frente a estados no-miembros y que no han violado el Derecho Internacional general es ilegal. O, reconocemos que este principio ha sido alterado por la Carta. Pero, en tanto la Carta vincula solo a las partes contratantes en base al Derecho Internacional general, es claro que sus provisiones, en donde se imponen deberes a los no-miembros, no encuentran sustento en principios generales del Derecho Internacional y –por el contrario– constituyen una revolución legal o una interpretación contraria al Derecho Internacional preexistente⁶¹.

Todo esto reafirma las opiniones académicas antes recogidas, siendo razonable admitir que el Derecho Internacional podría haber sufrido un cambio fundamental en sus bases, lo cual habría afectado su núcleo constitucional. Esto parece ser a lo que se refería el ex-juez de la Corte Internacional de Justicia, Alejandro Álvarez, al opinar en relación a la Opinión Consultiva sobre las Condiciones de Admisión de un Estado como Miembro de las Naciones Unidas de 1948, al indicar que: «los principios fundamentales del Derecho Internacional están cursando una crisis seria, y esto requiere su reconstrucción. Un nuevo Derecho Internacional se está desarrollando, el mismo que no solo incluye esta reconstrucción sino además algunos elementos totalmente nuevos»; y añade: «Una nueva concepción del derecho en general y, en particular, del Derecho Internacional también ha emergido. La concepción jurídica e individualista tradicional del Derecho está siendo progresivamente dejada de lado por la siguiente concepción: (...) el derecho social de la interdependencia. Esta última es el resultado no de una teoría, sino de las realidades de la vida internacional y de la conciencia jurídica de las naciones»⁶². Álvarez ratificaría su posición en 1949, en su opinión individual en el caso del Estrecho de Corfú, oportunidad en la que recordó que existe un nuevo Derecho Internacional, «(...) enteramente diferente del antiguo derecho (...)», y que, «(...) el nuevo Derecho Internacional no constituye *lex ferenda*, como usualmente se cree; tiene una existencia real y tiene un sustento actual y esencial el cual, «usualmente entra en colisión con el antiguo Derecho Internacional»⁶³. La posición de Álvarez fue una de las posiciones más progresista respecto a la transformación del Derecho Internacional, siendo verificadas algunas de sus posturas años después, con el camino adoptado por el Derecho Internacional a finales del siglo XX.

⁶¹ VERDROSS, A., «General International Law and the United Nations Charter», *Journal of International Affairs*, vol. 30, 1954, p. 347.

⁶² Corte Internacional de Justicia. Opinión Consultiva sobre las Condiciones de Admisión de un Estado como Miembro de las Naciones Unidas, 1947 ICJ (diciembre 12) (opinión individual del juez Álvarez). Sección III.

⁶³ Corte Internacional de Justicia. Caso del Canal de Corfú (Fondo del Asunto), 9 de abril de 1949.

3. DETERMINANDO EL CONTENIDO DE LA NORMA FUNDAMENTAL DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL CONTEXTO DE SU DISOLUCIÓN Y RECONSTRUCCIÓN

Como hemos indicado desde un inicio, el análisis del posible tránsito del Derecho Internacional clásico de corte positivista a uno de carácter comunitario constitucional se hará aplicando la Teoría de la Revolución y el Derecho. Se escoge esta última aproximación, por cuanto los cambios referidos no parecieran apuntar a la reforma del orden jurídico previo, sino a la sustitución de un orden por otro. Esto parece estar confirmado por el hecho de que aquellos cambios no encuentran justificación en el ordenamiento jurídico previo; esto apunta a un posible cambio revolucionario. Ahora bien, la teoría de la Revolución y el Derecho que utilizaremos será aquella que fuese articulada por la doctrina del derecho doméstico. No obstante esto, trataremos de obtener reglas generales aplicables a todo ordenamiento legal, incluido el internacional. Para ello, analizaremos los patrones presentes al momento de producirse la disolución de un orden legal fundamental y al momento de la instauración de un sistema jurídico nuevo. Con aquel análisis podremos determinar qué desencadena la disolución de un orden fundamental y qué hace que sea reemplazado por uno diferente. Tomando en cuenta esas reglas sociales, podremos concluir si un cambio de esta naturaleza se habría producido en el Derecho Internacional y, de igual forma, dar contenido a la norma fundamental que pudo haber emergido en las relaciones internacionales contemporáneas, una vez finalizadas las dos grandes guerras.

3.1 Teoría de la Revolución y el Derecho

Son diversos los autores que han analizado el fenómeno revolucionario, tanto desde su dimensión política como sociológica. Sin embargo, aquel concepto y sus leyes internas siguen eludiendo la formulación de una teoría firme que la explique⁶⁴. Teniendo en cuenta la dificultad de utilizar un tema como éste, nuestra intención en lo que sigue se enfocará en describir brevemente la relación del fenómeno revolucionario y el Derecho.

En primer lugar debemos partir indicando que, desde una perspectiva simplificada, las revoluciones constituyen eventos históricos pues la mayor parte de los mismos ocurren en momentos particulares; por cuanto explican diferentes ángulos del presente y en tanto son objeto

⁶⁴ Para entender lo antes indicado (y para tener presente su obra en sí), véase HOBBSAWM, E. J., «Revolution», de Porter, Roy y Teich, Mikulas (Eds.), en *Revolution in History*, Cambridge University Press, 1993, pp. 4-46.

de revisión histórica⁶⁵. Sin embargo, estos fenómenos presentan complejidades mayores⁶⁶. En su sentido contemporáneo, una «revolución» implica un punto de quiebre en la psique de un grupo social –con fuerza tal– como para influenciar el camino que aquel grupo habrá de tomar en el futuro⁶⁷. La razón básica para que se manifieste una revolución se encuentra en la necesidad humana de alcanzar el cambio, justicia⁶⁸ y libertad. Ahora bien, este enfoque importante, pero etéreo, necesita ser formulado en términos más precisos si pretende ser utilizado por la ciencia legal. En ese sentido, es preciso entender que para que una «revolución» se produzca, no será suficiente que un grupo exprese deseos de cambio; además de ello, en el grupo social debe producirse una verdadera discontinuidad con su pasado, o lo que es lo mismo, una alteración de los valores fundamentales que hasta aquel momento eran incuestionables⁶⁹. En ese sentido, una revolución involucra necesariamente el reinicio y remplazo de los valores esenciales de una sociedad⁷⁰. Para que se produzca esto, lo usual es que los

⁶⁵ Conceptualmente, la noción de «revolución» ha involucrado diferentes significados, lo cual ha dependido del período en que éste ha sido utilizado. De igual forma, aún se discute el origen y los detonantes que dan inicio a las revoluciones. Para una explicación de los diferentes significados de esta noción, véase ARENDT, Hannah, *Sobre la Revolución* (trad. Pedro Bravo), Madrid, *Revista de Occidente*, 1967, pp. 27-66.

⁶⁶ Véase HEBERLE, R., *Social Movements - An Introduction to Political Sociology*, New York, Appleton-Century-Crofts, 1951.

⁶⁷ Debe dejarse sentado, la diferencia entre una «revolución» (como reinicio de un sistema social) y el concepto de «rebelión» (como manifestación de la voluntad de remplazar una autoridad específica en un sistema social). La diferencia yace en que la rebelión «(...) aunque involucre violencia colectiva, deja el marco constitucional sin alterar. Nuevos titulares del poder ocuparan los cargos previos (...)». En ese sentido, «las rebeliones de todo tipo comparten una finalidad similar y limitada; estos dejan los marcos sociales y políticos en buena cuenta como la encontraron» (traducción del autor). Véase BARKUN, M., «Law and Social Revolution: Millenarianism and the Legal System», *Law & Society Review*, vol. 6, 1971, pp. 118-119.

⁶⁸ CARNELUTTI, F., *Teoría General del Derecho* (trad. Francisco Osset), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 128.

⁶⁹ Sobre el particular, es importante tener presente que los sujetos en una sociedad presentan una imagen compartida de lo que son y de hacia dónde se dirigen. En palabras de Landheer: «(e)sta imagen de sí mismos se ve reflejada en lo que es denominada la “estructura forma” del grupo: sus patrones culturales, sus principios éticos y legales, su ideología (...)». Esta imagen de las sociedades respecto a sí mismas, se recuenta sobre creencias compartidas y valores compartidos y, por tanto, en principios inmutables aplicables a la sociedad como un conjunto, los que deberán ser respetados y protegidos. Como el mismo autor señala: «(l)a involuntaria y espontánea parte de la estructura formal consiste en los principios fundamentales del grupo, de su civilización, filosofía, arte o ideología, los cuales son tal vez el reflejo de sus emociones más fuertes (...). En estos principios fundamentales puede existir un gran deseo por la permanencia o un gran deseo de cambio, pero en ambos casos aquellos principios fundamentales son considerados como ya dados y no objeto de cambio» (traducción del autor). Véase LANDHEER, B., *Contemporary Sociological Theories and International Law*, en *Recueil des Cours*, vol. 91, pp. 12-13.

⁷⁰ Históricamente, como Decouflé ha recordado, su principal función es liberar al hombre de las cosas y de sí mismo con el fin de que ésta logre vivir como hombre

defensores del cambio ataquen los valores tradicionales dominantes⁷¹ para así lograr que aquellos pierdan credibilidad y legitimidad. Si esto tienen éxito se logrará resquebrajar la estructura social⁷² que fuese creada para dicha sociedad; es decir, se alterará el funcionamiento dinámico de sus elementos fundamentales como son los roles asignados a los individuos y a los grupos, a las instituciones sociales y los detentadores del poder, todo ello forzando a la reformulación de las relaciones de los actores sociales.

Pero, esto obliga a preguntarnos: ¿Por qué un valor social tendría tal importancia como para que su eliminación o degradación produzca el cambio de una sociedad en su conjunto? La razón se encuentra en que los valores sociales fundamentales juegan un rol clave en el funcionamiento de cualquier orden humano⁷³ al legitimar por medio de

pleno. Véase: DECOUFLÉ, A., *Sociologie des Révolutions*, (Trad. Marcos Falconi) Editorial Proteo, Buenos Aires, 1968, p. 44.

⁷¹ Indicamos esto en línea con lo indicado por Gusfield en relación a la categoría de «movimiento social». El autor indica: «(...) Un movimiento social (...) no es la desapercibida acrecencia de muchos cambios no reconocido. Por el contrario, tiene el carácter de una explícita y consiente acusación de todo, o parte del orden social, conjuntamente con una consiente demanda de cambio. De igual forma, presenta un componente ideológico -es decir, un grupo de ideas que incluyen descontentos específicos, prescripciones de solución y justificación de cambio» (citado por Chalmers Johnson). Esto implica, siguiendo a Chalmers, que «(...) los movimientos sociales revolucionarios son aquellos que ubican sus mayores quejas en un orden político constituido o que ven la toma y ejercicio exclusivo del poder político, como necesario para lograr sus intenciones». Véase JOHNSON, C., *Revolutionary Change*, 2.^a Ed., Standford University Press, Standford, 1982, p. 179.

⁷² Por estructura social hacemos referencia a lo indicado, de alguna forma, por Mannheim y Luna Arroyo; y –por lo tanto– lo tomamos de la Sociología. En primer lugar, Mannheim indica en su obra, *Ideología y Utopía*: «(...) to perfect the technique of reconstructing social history to such an extent that, instead of scattered isolated facts, one will be able to perceive the social structure as a whole, i.e. the web of interacting social forces from which have arisen the various modes of observing and thinking through the existing realities that presented themselves at different times» Véase MANNHEIM, Karl, *Ideology and Utopia: An Introduction to the Sociology of Knowledge*, Harcourt, New York, 1954, pp. 45-46. Por su lado, Luna Arroyo formula una suerte de definición de estructura social en base a los trabajos de Siegfried Nadel, después de dar una recopilación al uso variado del término en la sociología y otras ciencias: «(...) llegamos a la estructura de una sociedad abstrayendo de la población concreta y, de su comportamiento concreto, el esquema o red (o sistema) de relaciones que prevalecen entre individuos en su capacidad de desempeñar roles los unos respecto de los otros» [Véase LUNA ARROYO, A., «Nadel, Siegfried. La Teoría de la Estructura Social, Madrid, Ediciones Guadarrama, 1966 (Reseña Bibliográfica)», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n.ºs 124-125-126, 1982, p. 846].

⁷³ Si tomamos en cuenta lo indicado por Goodwin, podemos encontrar una respuesta. A decir del autor (siempre hablando de una teoría de la revolución en el contexto del Estado), «¿Por qué los movimientos revolucionarios, a diferencia de otros tipos de movimientos sociales, se preocupan por apoderarse o aplastar el poder estatal? Si el análisis precedente es correcto, aquellos quienes han de transformar radicalmente las sociedades modernas, deben estar obviamente preocupadas con el Estado. (¡Y, sino lo estuviesen, el Estado ciertamente estará preocupado por ellos!) En otras palabras, en tanto el Estado ejecuta (si es necesario mediante violencia) las reglas más

acuerdos tácitos y/o explícitos aquello que forma la estructura social del grupo; es decir, legitiman entre otras cuestiones: a) El rol y el estatus de los sujetos sociales; b) La posesión del poder por parte de algunos, poder que otros no poseen; c) La dinámica entre los actores sociales y las demandas que algunos de ellos pueden imponer sobre los demás y d) La existencia de una elite llamada a ofrecer la interpretación correcta de aquella sociedad⁷⁴. Entonces, cuando los valores fundamentales de una sociedad se erosionan al punto que ya no existe ningún consenso sobre los mismos, cada elemento de aquella «estructura social» comienza a perder unidad, y si aquel proceso continúa, la expresión de dicha unidad (la estructura social) se resquebrajará y finalmente se producirá una gran transformación. Por consiguiente, si se produce el declive en el convencimiento de la validez de los valores

fundamentales de la sociedad (...) cualquier intento de remodelar aquellas reglas requiere acceso a (...) el poder estatal en sí» (traducción del autor). Véase: GOODWIN, Jeff, «State-Centered Approaches to Social Revolutions: Strengths and Limitations of a Theoretical Tradition», de Foran (Ed.), en *Theorizing Revolutions*, Taylor and Francis, 2005, pp. 12-13. Poniendo esto en otros términos, si el valor fundamental que sostiene la norma básica deja de ser considerada esencial; entonces como resultado, variará la reacción estatal ante la vulneración de esta última; en ese sentido, la modificación de un valor esencial del Estado impacta en el tipo de poder que será ejercido para su aseguramiento. Esto implica que, si un valor se ve remplazado por otro, la transformación social estará más cerca de perennizarse, pues la reacción estatal ante la modificación del orden social, habrá sido modificada. Por esta razón, la variación del valor esencial de un orden social resulta esencial para su modificación como un todo. Esto coincide con lo indicado por Ross; el recuerda que, en una posición más alta que la propia constitución escrita, se encuentra la ideología que sostiene el sistema. A decir de él: «(...) Cada sistema de derecho promulgado está necesariamente basado en una hipótesis inicial que constituye a la autoridad suprema, pero que al mismo tiempo no ha sido creada por ninguna autoridad. Existe solo en la forma de una ideología política que forma el presupuesto del sistema. Cualquier modificación del derecho promulgado mediante un procedimiento legal solo es posible dentro del sistema, cuya identidad está determinada por la hipótesis inicial. Cada cambio de la última, es decir, cada transición de un sistema a otro, constituye un fenómeno extrasistemático, un cambio socio-psicológico factual en la ideología política dominante, y no puede ser descrita como la creación de derecho por medio de un procedimiento [formal]» (traducción del autor). Véase: Ross, A., *On Law and Justice*, 3.ª Ed., New Jersey, Exchange, 2007, p. 83.

⁷⁴ En lo que respecta al Derecho Internacional clásico, este patrón puede distinguirse con cierta claridad. Por ejemplo, tras la asunción de la Soberanía Estatal como valor estructural del Derecho Internacional (dado el declive de la *respublica christiana*), dicho concepto (convertido en valor máximo del naciente sistema) permitió el surgimiento de una nueva «dinámica social» con las características antes señaladas. En ese sentido, la teoría de la Soberanía Estatal legitimó el rol y la posición especial del Estado como una nueva unidad política y con poderes supremos dentro de su órdenes sociales y, en igualdad de condiciones con respecto a los otros Estados; legitimó el monopolio de la creación del Derecho Internacional por parte de los Estados (y las formas cómo dicho producto normativo lo vincularía); legitimó la aplicabilidad y superioridad de los principios provenientes de las «naciones civilizadas» en contraposición a la representación legal internacional proveniente de las unidades políticas no-independientes; y legitimó la consolidación del positivismo estato-céntrico como base de las relaciones internacionales.

fundamentales en una sociedad, lo más probable es que se genere desconfianza en el antiguo aparato social, con lo cual los elementos antes considerados inamovibles iniciarán su cambio.

Ahora bien, en línea con Melotti, debe agregarse que: i) las revoluciones no requieren de violencia ni instantaneidad⁷⁵. Por esto mismo, una revolución puede producirse sin movilizaciones sociales (aun cuando lo normal es que estén vinculadas a ello), y ii) Puede desarrollarse a un ritmo relativamente lento⁷⁶. Por consiguiente, la característica esencial de una revolución no se encuentra en su grado de violencia ni la inmediatez del cambio iniciado por ella, sino en la desconexión que la sociedad sufre con respecto a los elementos valorativos bajo los cuales aquella vez fue erigida originalmente⁷⁷. Dicho de otro modo, una revolución está representado por «un cambio en la base psicológica del control social; es decir, un cambio en las ideas imperantes, creencias y sentimientos respecto del cual el orden social se sostiene»⁷⁸. Es por este aspecto de rompimiento con el orden previo que las revoluciones requieren además de una teoría política que catalice el descontento, una teoría que permita reconstruir la estructura social a disolver. Sin este ingrediente, una revolución podría dar origen a una sociedad en perpetuo conflicto. Si esa es la situación, aquella revolución eventualmente fracasará y entonces lo más probable es que aparezcan fuerzas restauradoras, antes que todo se reduzca a una etapa presocietaria sin legalidad que bien podría consolidar como la nueva realidad⁷⁹.

Ahora, en relación a la conexión entre la Revolución (como fenómeno social) y el Derecho debe tenerse presente que la Revolución constituye el género de una serie de revoluciones producidas en un contexto de cambio, incluyendo la revolución normativa⁸⁰. Para que una revolución llegue a esa última manifestación (revolución legal) el movimiento revolucionario debe haber sido capaz de infiltrarse en el poder o haberlo

⁷⁵ Véase GEIGER, T., *Handwörterbuch der Soziologie*, vol. IV, Enke, Stuttgart, 1931; RALEA, M., *L'Idée de Révolution dans les Doctrines Socialistes*, Jouve, París, 1923). Citado por Melotti. Véase MELOTTI, U., *Rivoluzione e Società* (trad. José Luis Pérez Hernández), Milán, Ed. La Culturale, 1971, p. 16.

⁷⁶ *Ibid.*, esta es la razón por la cual según los estudios sociológicos de este fenómeno, éste puede desarrollarse como una evolución revolucionaria o bien como una revolución evolutiva.

⁷⁷ Véase DECOUFLÉ, André, *supra* nota 69.

⁷⁸ ELLWOOD, Charles, «A Psychological Theory of Revolutions», *American Journal of Sociology*, vol. 11, 1905, p. 49.

⁷⁹ Como Coing ha indicado, la vida social bajo el estado de derecho, no es ni histórica ni sociológicamente la única forma por la que el hombre puede vivir o ha vivido. Más allá de la vida bajo el estado de derecho, el hombre puede vivir en violencia y lucha; en ese sentido, el Derecho no es una situación obvia, el hombre debe de crearla y conservarla. Véase COING, H., *Grunzuge der Rechtsphilosophie* (trad. Juan Manuel Mauri), Editorial Ariel, 1976, p. 101.

⁸⁰ En ese sentido, la suma de una serie de revoluciones específicas en una sociedad (sea legal, filosóficas, política, económica, demográfica, industrial, tecnológica) conforman –de darse las circunstancias adecuadas– una gran revolución de tipo social.

tomado. Si esto es así aquel movimiento se encontrará en posición de lograr la consubstanciación del movimiento revolucionario hacia un «Derecho Revolucionario». Este «Derecho Revolucionario» para desarrollarse requiere, igualmente, de una teoría que la fundamente; sin embargo, para ello no bastará el solo recurso a la teoría política que inició la revolución social, pues el fenómeno revolucionario es apreciado por la ciencia legal desde un punto de vista particular. Y es que, mientras la función de una revolución social es el rompimiento con el pasado (aun cuando aquel rompimiento no sea absoluto) el Derecho tiene por finalidad preservar la integridad del orden social⁸¹ (o en el peor de los casos, permitir una progresiva, ordenada y controlada modificación del *estatus quo*). Por consiguiente, la «Revolución» y el «Derecho» presentan finalidades antagónicas, razón por la cual –en principio– resulta contradictorio hablar de un Derecho Revolucionario.

No obstante, este tipo de normatividad se produce⁸². La razón de esto pareciera encontrarse en un elemento de necesidad, pues para que una transformación radical sea efectiva se necesita, en adición a un cambio político, uno de tipo normativo que proteja el primero. El elemento que tendrían en común ambos es verse impulsadas por teorías que defienden el cambio, pero cuyas manifestaciones se producen con diferentes intensidades. En ese sentido, mientras que una teoría revolucionaria en el plano político puede emerger –con o sin intención inmediata de reemplazar⁸³ el *ethos* vigente– la teoría legal revolucionaria una vez superada su contradicción interna, aparecerá con la intención inmediata de substitución; no existe pues razón para la formulación de una teoría legal revolucionaria si no es para poner en funcionamiento un nuevo sistema legal. Por consiguiente, el «Derecho Revolucionario» está obligado a extinguir el orden normativo previo, si éste pretende cobrar vida; no pueden existir dos sistemas legales fundamentales regulando una misma realidad social. En contraposición a ello, las teorías políticas del Estado pueden verse expresada por más de una vía, pudiendo coexistir una teoría oficial y una divergente, ambas explicando el mismo grupo social hasta que la revolución se imponga o se extinga.

Como consecuencia de esto, el Derecho y la Revolución presentan una relación especial; Harold Berman trata esto en *Law and*

⁸¹ COTTA, S., «Per un Concetto Giuridico di Rivoluzione» in *Studi di Sociologia e Politica in Onore di Luigi Sturzo*, Bologna, 1953, p. 471. Citado por Cattaneo. Véase CATTANEO, *infra* nota 95.

⁸² El derecho producido en un proceso revolucionario fue considerado por Kelsen como una de las vías por las que una nueva norma fundamental podía originarse, produciendo una discontinuidad en la creación constitucional. Sobre la teoría de «constitución histórica» de Kelsen, téngase en cuenta a FINNIS. Véase KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, 2.ª Ed. (trad. Roberto Vernengo), UNAM, México, 1982, pp. 207-208, y FINNIS, J., *Philosophy of Law-Collected Essays*, volume IV, Oxford University Press, 2011, pp. 407-429.

⁸³ ARENDT, H., *Sobre la Revolución*, p. 52, *supra* nota 64.

*Revolution*⁸⁴, indicando que para el Derecho es contra-natural sufrir cambios revolucionarios, no obstante lo cual, sucede continuamente. Esto se debe a que los cambios radicales son connaturales a la naturaleza humana y, por ello mismo las revoluciones al ser los vehículos *par excellence* por el que se cristalizan cambios abruptos en la realidad. Sin embargo, incluso los cambios logrados por medio de movimientos revolucionarios necesitan fijarse, y esto solo puede lograrse de forma efectiva (en términos contemporáneos) mediante el Derecho⁸⁵. Es de esta forma que la revolución política se entrelaza con la transformación legal revolucionaria.

Por todo ello, puede concluirse que las movilizaciones revolucionarias no son más que la manifestación concreta de una teoría que ha logrado erosionar las bases de un antiguo aparato social, especialmente los valores que legitiman las relaciones sociales básicas; por su lado, el derecho revolucionario constituye expresión de dicha transformación siendo utilizada para proteger la realidad en cambio⁸⁶. Por esta razón, en términos generales, las proposiciones teóricas de cambio preceden a los hechos (revoluciones) y ambos preceden la transformación de la realidad jurídica^{87, 88}. Como el Profesor Allott expu-

⁸⁴ Véase BERMAN, H., *Law and Revolution-The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Harvard University Press, 1983, p. 15.

⁸⁵ Véase LANDHEER, B., *Contemporary Sociological Theories...*, p. 13, *supra* nota 68.

⁸⁶ Como Herrfahrtd explica, en la etapa inicial de una revolución sus representantes raramente tienen la fuerza suficiente como para sostenerla, bajo puros factores externos. Como consecuencia, sus representantes se ven en la necesidad de justificarla en términos jurídicos. Véase HERRFAHRDT, Heinrich, *Revolución y Ciencia del Derecho-Investigación Acerca del Alcance Jurídico de los Procesos Revolucionarios y su Significación Práctica para la Teoría General del Proceso* (trad. Antonio Polo), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1932, p. 17.

⁸⁷ Aun así, debe reconocerse que uno de los detonantes de las revoluciones, es la poca flexibilidad en un sistema legal, situación que puede provocar la opresión del pueblo. Por tanto, los sistemas legales no son solo productos de las revoluciones, estos también pueden ser el origen de épocas revolucionarias. Véase BERMAN, H., *supra* nota 83.

⁸⁸ Un buen ejemplo de esto es la Revolución Francesa. Los académicos se han preguntado contantemente sobre el origen de aquella revolución, siendo lugar común indicar que su causa se debió a una crisis económica en Francia o el incremento en la lucha de clases. Sin embargo, como Jonathan Israel ha demostrado, aquellas razones se ven desacreditadas. El origen de aquella revolución como atestiguaron ciertos participantes en aquellos eventos (como Jacques Necker, Dominique Joseph Garat y Pierre-Louis Roederer) se originó en la filosofía iluminista. Como señala Israel (citando las opiniones de los autores antes indicados), aquella «revolución fue creada en la mente y hábitos de los hombres. ¿Cómo y por qué? Debido a que los grandes principios y disposiciones revolucionarios –como la abolición de la aristocracia y, eventualmente, todo uso de títulos aristocráticos; igualdad ante la ley; democracia; libertad de prensa; igualdad de cultos y su separación del Estado; (...) estuvieron, todos ellos, saturados del lenguaje, debates y categorías filosóficas iluminicistas. Una «revolución de las ideas» era necesario antes de que pudiese producirse una revolución en los hechos, concordaba Dominique Joseph Garat (1749-1833) (...). Véase ISRAEL, J., *Revolutionary Ideas: An Intellectual History of the French Revolution from the Rights of Man to Robespierre*, Princeton University Press, Princeton, 2014, p. 15.

siese: «Las historias de las sociedades humanas contienen diversos ejemplos de cambios revolucionarios, no solo en la constitución real de las sociedades, sino –igualmente– en la idea que tienen de sí mismas, revoluciones en la mente. Eventos de esta naturaleza son momentos de autoiluminación, los cuales transforman el potencial y la realidad de aquellas sociedades»⁸⁹.

Por ende, la rebelión se enciende por una teoría que habrá de propagarse en la mente colectiva; esto lleva al cambio de ciertos valores fundamentales, los que, una vez impactado en la estructura social, obligan a una sociedad cambiar en su conjunto; sin embargo, la nueva realidad requiere ser protegida de subsecuentes transformaciones radicales, surgiendo con ese fin un cuerpo normativo que la fije. Dada esa función especial, dicha normatividad requiere caracterizarse, así misma, con rasgos perentorios por lo que los teóricos de aquel nuevo derecho lo establecerán como el derecho fundamental del grupo social (o lo que es lo mismo) como parte de su derecho constitucional. Con ello, el derecho revolucionario es declarado como un derecho sagrado e inamovible. Y, con el nacimiento del nuevo orden normativo la teoría legal revolucionaria se formalizará, convirtiéndose con el tiempo en parte del tradicionalismo de aquel nuevo orden social y siendo tarea de quienes sustentan su validez y legitimidad, explicar la lógica del nuevo sistema normativo en funcionamiento, proveyendo periódicamente nuevos enfoques para mantener aquel derecho como un derecho de carácter «estructural»⁹⁰.

Ahora bien, habiendo identificado ciertas reglas vinculadas a la transformación de un orden fundamental y, teniendo en cuenta lo que se ha indicado en las primeras secciones, volvemos a preguntarnos: ¿Puede afirmarse que se produjo un cambio fundamental (revolucionario) en el contenido normativo del Derecho Internacional? Y, de haberse producido esto: ¿Qué eventos la han catalizado y cómo entender eso en términos legales?

3.2 Consecuencias normativas de una revolución en el Derecho Internacional

Tal y como hemos indicado, cualquier transformación producida en el Derecho Internacional se habría materializado después de los horrores de la guerra. Sin embargo, no se observa que dicha transfor-

⁸⁹ ALLOTT, P., *The Health of Nations. Society and Law Beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 81.

⁹⁰ Landheer explica: «Si el derecho es utilizado para expresar las relaciones y la estructura de la realidad social, éste se convierte en una fuerza conservadora que busca perpetuar las condiciones existentes. Si estas condiciones son consideradas aceptables, entonces será éticamente normal desear su perpetuación. Pero, si el grado de cambio social es bajo, el derecho tiene a aproximarse a la estructura de la realidad social y la misma tiende a convertirse en lo que puede denominarse «derecho estructural». LANDHEER, B., *Contemporary Sociological Theories ...* p. 13, *supra* nota 68.

mación haya sido acompañada por una teoría que respaldase aquel cambio histórico. Sobre esto, debe tenerse presente que las opiniones reproducidas en la primera sección de este artículo han sido –ante todo– observaciones aisladas de los cambios sufridos en el Derecho Internacional; es decir, representan opiniones individuales y no observaciones que permitan identificar la existencia de una teoría relativa al nuevo orden internacional. Como resultado de ello, aquel cambio en el Derecho Internacional no pareciera coincidir con el patrón que se produce cuando acontece el cambio radical en el Derecho, pues la transformación legal internacional pareciera aparecer sin un armazón teórico formal ni expreso. Sin embargo, es igualmente constatable que aquel déficit teórico no ha significado que dichos cambios desaparezcan. Teniendo en cuenta esto, llegamos a dos conclusiones: i) La falta de una teoría que explique el posible cambio fundamental del Derecho Internacional no ha supuesto la parálisis ni eliminación de su transformación normativa; sin embargo, esto ha permitido la aparición de ciertas tendencias regresivas⁹¹ al permitir, el surgimiento de posiciones que defienden la continuidad del orden legal previo, negándose así la posibilidad de un proyecto contemporáneo fuera del voluntarismo tradicional. ii) Que los eventos traumáticos que habrían iniciado los cambios en el Derecho Internacional, llevándolo a su humanización y a la búsqueda de la paz⁹² por encima de la propia voluntad de los Estados, han logrado transformar la mentalidad humana de forma similar a como se produciría mediante la internalización de los postulados de una teorización compleja⁹³.

⁹¹ Al respecto, véase PETERS, A., «Global Constitutionalism in a Nutshell», en *Veröffentlichungen des Walther-Schücking-Institut für Internationales Recht an der Universität Kiel-Liber amicorum Jost Delbrück* (Duncker and Humblot, Berlin), Band 155, 2005, pp. 546-548.

⁹² Esta última afirmación que en el pasado habría sido considerada como una posición puramente idealista, por cuanto «los miembros activos [los Estados] poseen el monopolio de la creación del Derecho Internacional, [mientras que] los miembros pasivos de la comunidad de Estados [los seres humanos y otros] son simples criaturas del Derecho Internacional» (traducción del autor) [Véase VON VERDROSS, Alfred, «On the Concept of International Law», *American Journal of International Law*, vol. 43, 1949, p. 439], ya no es admisible el día de hoy. Véase LEGAZ y LACAMBRA, L., «La Humanidad, Sujeto de Derecho», de Adolfo Miaja de la Muela y Luis Sela Sampil (Eds.), en *Estudios de Derecho Internacional Público y Privado, Homenaje al Profesor Luis Sela Sampil*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1979, pp. 549-560, y CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los Estados...*, p. 14, *supra* nota 1.

⁹³ Sobre este punto, podría insinuarse la posibilidad del traspaso de la ideología política de los funcionarios estatales involucrados en el establecimiento del orden legal internacional tras las grandes guerras; ideología que, en líneas generales, estaba provista de ciertas premisas como que los derechos fundamentales debían ser respetados en toda relación jurídica. Si esto fue así, la teoría que sustentaría esta nueva manifestación del Derecho Internacional no estaría formalizada y por consiguiente requeriría expresarse para que no exista dudas de su existencia.

Esto último implica que el contenido fundamental de lo que constituye hoy en día el Derecho Internacional incluye, por lo menos, aquellos dos principios básicos, sujetando y condicionando en diferentes circunstancias las demás instituciones del Derecho Internacional. Esto significa que los principios de humanización y paz habrían sido capaces de reformar el orden internacional en su conjunto⁹⁴. Sin embargo, esto nos lleva a tener que responder la siguiente interrogante: ¿Cómo es posible que la proscripción del uso de la fuerza y la protección de la dignidad humana pudiesen desplegar semejantes efectos en el orden legal internacional?

Para responder esto, es preciso concluir que existen indicios suficientes de que, al final de las dos grandes guerras, dos nociones lograron ingresar en el andamiaje valorativo que sostenía el Derecho Internacional clásico. Aquellas dos nociones, alzadas en virtudes para desarticular las concepciones tradicionales que permitieron la muerte de millones de seres humanos, fueron el de la dignidad humana y el de la prohibición del uso de la fuerza. Éstas nociones transfiguraron de conceptos incompatibles (o fuera del ámbito) del derecho de las naciones, a valores estructurales del sistema normativo internacional⁹⁵. Para entender esto, debemos recordar lo indicado por Verdross, en el sentido de que el derecho positivo no está enraizado únicamente en un substrato sociológico, sino –además– en el reino de los valores, desde donde aquel obtiene fuerza vinculante; esto significa que las normas presuponen la existencia de una conceptualización valorativa que justifique porqué los mismos deben ser efectivizadas y obedecidas⁹⁶. Por consiguiente, si el valor de la dignidad humana y el mantenimiento de la paz ingresaron al sistema normativo internacional como nuevos valores primordiales del ordenamiento, dos situaciones debieron de producirse: a) Aquellos valores al ingresar a la fenomenología del Derecho Internacional tuvieron que expresarse en lenguaje normativo y ya no solo moral. Y, dado que los valores contienen proposiciones de sumo abstractas y programáticas, la vía idónea para que se efectuara

⁹⁴ Esto acerca tardíamente al Derecho Internacional al tránsito que los ordenamientos internos sufrieron cuando se vieron instados a incorporar el aseguramiento y protección de los derechos humanos, como parte de sus normas fundamentales (constitucionales). Esto, en sí mismo, genera toda una línea de indagación relativo al proceso de inter-legalidad de la ciencia legal en su conjunto incluyendo el Derecho Internacional, los ordenamientos domésticos y otros posibles sistemas jurídicos, lo cual formaría todo ello un proceso de pluralización legal global. Sobre el pluralismo legal, la interlegalidad (como intersección de diferentes ordenamientos legales) y el concepto postmoderno del Derecho, véase DE SOUSA SANTOS, B., «Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law», *Journal of Law and Society*, vol. 14, n.º 3, 1987, pp. 298 y ss.

⁹⁵ O, de forma más precisa, recuperó la posición que tuvo siglos atrás.

⁹⁶ VERDROSS, A., *Derecho Internacional Público*, 5th Ed., Tolle Lege, 1974, p. 15.

aquel ingreso habría sido por medio de los principios del derecho⁹⁷. Y, b) Si tales valores ingresaron mediante principios generales, los principios legales previos incompatibles con estos, tendrían que haber sido eliminados o reformulados. Con esto último hacemos referencia al efecto que habría tenido el ingreso del ser humano y la paz sobre el Principio de Soberanía del Estado (de extirpe voluntarista), el cual como resultado se ha visto removido del pináculo del sistema legal internacional, para ser re-conceptualizado⁹⁸. Al respecto, tomemos en cuenta las palabras del ex juez Álvarez: «(n)osotros, no podemos considerar más a la soberanía, como un derecho absoluto e individual de cada Estado (...) de acuerdo al cual, cada Estado está vinculado solo por las reglas que ha aceptado. Hoy en día (...), los Estados se encuentran vinculados por diversas reglas que no han sido establecidas por su

⁹⁷ Aquellos nuevos principios habrán de dictar el contenido y la legitimidad de los productos normativos inferiores (Derecho Internacional consuetudinario y convencional), estableciendo sus límites y moldeando su contenido. Es en esto que encontramos diversos de los problemas del Derecho Internacional de nuestros días.

⁹⁸ Una idea sugerente, que se encuentra vinculado a esto, es que una vez vencido el Principio de Soberanía (en su sentido absoluto) comenzó a serle exigible a los Estados cumplir con otros tantos principios (así como con ciertas normas vinculadas a aquellos otros principios) sin ser necesario que aquello fuese reconducible al principio de voluntad del Estado. Si esto fue así, la justificación de la obligatoriedad de las normas internacionales (su legitimidad) dejó de derivar únicamente de la voluntad estatal y pasó a derivar de alguna justificación vinculada a otro espacio, como puede ser el funcionamiento en sí de relaciones internacionales contemporáneas, al hacerse estas más complejas. Esto último, apunta a que las relaciones internacionales se han complejizado como resultado del proceso de globalización, el cual indefectiblemente ha unido los intereses domésticos estatales con los sucesos globales. Con ello, la justificación de la vinculatoriedad de los principios de humanidad y de paz (y su normatividad internacional conexas), derivaría de las bases socio-legales del Derecho Internacional y, ya no del subjetivismo de sus actores (convirtiéndose así el tema de la legitimidad del Derecho Internacional en un tema relevante y complejo). Esto último ha tratado de explicarse (desde un punto de vista socio-legal), en la idea del tránsito de las bases internacionales, desde un formato societario a uno de tipo comunitario (lo que en términos de filosofía del derecho alude al tránsito hacia un cosmopolitismo global). Esto último, haría que existieran normas objetivas en el Derecho Internacional vinculadas con los derechos humanos y la paz, que, desde la teoría del derecho se explicaría bajo la idea de la obligatoriedad de ciertas normas dado la membresía de los sujetos internacionales a una comunidad internacional global. Sobre la existencia de las obligaciones de derechos humanos bajo la teoría de la membresía a una sociedad política organizada; véase COHEN, J., «Minimalism About Human Rights: The Most We Can Hope For?», *Journal of Political Philosophy*, vol. 12, n.º 2, 2004, pp. 190-213, y BESSON, S., «The Authority of International Law, Lifting the State Veil», *Sydney Law Review*, vol. 31, 2009, pp. 343-380. En general, sobre el cosmopolitismo (tanto desde el ángulo de su vinculación a las ciencias sociales como desde el ángulo de sus dilemas) y, de interesante aplicación a las actuales tendencias cosmopolitas del Derecho Internacional, véase, BECK, U., «The Cosmopolitan Society and Its Enemies», *Theory, Culture and Society*, vol. 19, n.º 1-2, pp. 17-44, y BECK, U., «Unpacking Cosmopolitanism for the Social Sciences: A Research Agenda», *British Journal of Sociology*, vol. 57, n.º 1, 2006, pp. 381-403.

voluntad. La soberanía de los Estados, se ha convertido en una institución (...) que debe ser ejercida de acuerdo con el nuevo Derecho Internacional»⁹⁹.

Pero, todo esto nos lleva inevitablemente a un punto crítico; si la dignidad humana y la paz fueron introducidos como nuevos valores legales estructurales del Derecho Internacional y los principios básicos previos tuvieron que ser adaptados a esta nueva realidad, entonces como resultado las normas inferiores del sistema internacional vinculadas a aquellos viejos principios, han tenido que adaptarse igualmente a aquella nueva realidad legal para así mantener su validez. Si esto es así, entonces el ingreso de aquellos valores por medio de principios legales a las relaciones internacionales contemporáneas representarían la manifestación normativa de una revolución legal¹⁰⁰. Es evidencia de eso último el reconocimiento de ciertas manifestaciones legales vinculadas a aquellos nuevos aspectos valorativos como lo ejemplifican diversas secciones de la Carta de Naciones Unidas, en especial su preámbulo, lugar donde se reconoce que la creación del organismo internacional es efectuado por los pueblos de las Naciones Unidas antes que por los Estados¹⁰¹; el reconocimiento de normas perentorias

⁹⁹ Corfu Channel Case (UK v. Albania) (individual opinion by Judge Alvarez) Punto. V. *supra* nota 42.

¹⁰⁰ En este punto, debe tenerse presente la conexión entre una Revolución (como un evento destructivo) y el Derecho. Cattaneo explica esto en su obra *Il Concetto di Rivoluzione nella Scienza del Diritto*, al indicar que, aunque una Revolución involucra un elemento de destrucción (rompimiento de las viejas estructuras políticas) también presenta un elemento de naturaleza constructiva, cuyo objetivo es establecer un nuevo orden inspirado en una nueva ideología, CATTANEO, M., *Il Concetto di Rivoluzione Nella Scienza del Diritto*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1968, p. 63. Véase, igualmente, CARRILLO SALCEDO, J. A., «Reflections on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law», *European Journal of International Law*, vol. 8, 1997, p. 588. En este contexto, la ideología no es más que la formulación teórica de los valores que llevan a los individuos a realizar un cambio substancial en sus relaciones existentes. Véase, ÁLVAREZ, A., «The New International Law», *Transactions of the Grotius Society*, vol. 15, 1929, pp. 35-51, y LEGAZ y LACAMBRA, L., «Ideología y Principios Fundamentales», *Revista de Estudios Políticos*, vol. 175, 1971, pp. 5-18.

¹⁰¹ Kelsen opinó en su momento que: «El significado del preámbulo no es el de establecer, por sí mismo, obligaciones. (...) El preámbulo establece ciertas ideas políticas cuya realización no siempre está garantizada por sanciones formuladas por la carta. Por tanto, el preámbulo tiene una importancia más ideológica que legal». Sobre esto, debemos añadir lo siguiente: i) Ciertamente el preámbulo y los preceptos que pudieran derivar de ella presentan una significación normativa distinta si la comparamos —por ejemplo— con las obligaciones establecidas en el cuerpo de la Carta; su naturaleza es claramente declarativa antes que obligatoria. ii) No obstante ello, el preámbulo constituye un punto de cambio clave en la técnica de celebración de tratados y, más importante, implica la legalización de un cambio ideológico con efectos concretos en el funcionamiento de la Carta. Tal y como Kelsen habría de reconocer, «(una) afirmación cuya finalidad es establecer una obligación, es una norma. Una declaración tiene carácter normativo aun si solo es usado con el propósito de interpretar otras afirmaciones que sí tienen características de verdaderas normas.» Véase KELSEN, H., «The Preamble of the Charter. A Critical Analysis», *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, pp. 142-143.

en el Derecho Internacional; de obligaciones *erga omnes*; el desarrollo del requerimiento del *Human Rights Based Approach* para el funcionamiento de las atribuciones de las Naciones Unidas y, la certeza de que las normas internacionales no pueden ser reconocidas si su contenido es inhumano¹⁰². Por consiguiente, la afirmación que sostiene la existencia de una constitución¹⁰³ internacional a partir de 1945, no es más que la narración de la sustitución del valor clásico y estructural del sistema normativo previo (sustentado en el Principio absoluto de Soberanía), por nuevos valores estructurales como son la dignidad humana y la prohibición del uso de la fuerza^{104, 105}. Por todo ello, pareciera atendible la proposición de que el Derecho Internacional habría sufrido un cambio legal revolucionario, pues al cambiar el sentido habitual del más básico de los elementos teóricos del antiguo sistema internacional, su estructura inició un imparable cambio.

Ahora, habiendo dicho todo esto, es preciso señalar que no es válido afirmar que un orden normativo ha mutado, o se ha extinguido, por la sola modificación de algunas de sus provisiones constitucionales; al menos, no hasta que no se hayan agotado todas las explicaciones sobre dicha modificación, teniendo en cuenta las disposiciones vigentes en aquel sistema legal¹⁰⁶. Sin embargo, aun con todo ello, resulta claro que una diversidad de cambios reconocidos en la normativa del Derecho Internacional contemporáneo no pueden explicarse bajo los términos del orden constitucional del Derecho Internacional clásico, pues estos contradicen incesantemente el sentido tradicional de la

¹⁰² VERDROSS, A., *Derecho Internacional Público...* p. 19, *supra* nota 95.

¹⁰³ Sobre las complejidades de aplicar el concepto de «constitución» en el Derecho Internacional, y abogando por el uso del término «orden público internacional», Véase LÓPEZ ZAMORA, L. A., «Normatividad Internacional en Colisión con la Norma Fundamental del Derecho Internacional», *Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, Oxford University Press, vol. 2017, 2018, Forthcoming.

¹⁰⁴ Esto es expresado, en otros términos, por Koji Teraya. Véase TERAYA, K., «Multifaceted Conceptions of Implementation and the Human Rights Approach», de Komori, Teruo y Wellens, Karen (Eds.), en *Public Interest Rules of International Law, Towards Effective Implementation*, Routledge-Taylor and Francis, 2016. pp. 87 y ss. Igualmente, téngase en cuenta lo sostenido por PETERS, A., «Fragmentation and Constitutionalization», de ORFORD, A.; HOFFMANN, F., y CLARK, M. (Eds.), en *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 1015 y ss.

¹⁰⁵ BURDEAU, G., *Traité de Science Politique*, vol. III, París, 1950, pp. 535-545. En palabras de Burdeau (al analizar el fenómeno revolucionario y el derecho), una revolución es la sustitución de una idea legal, por otra, como principio directriz de la actividad social. Citado por Melotti. Véase MELOTTI, Umberto, *Rivoluzione e Società...*, p. 11, *supra* nota 74. Para entender esto, es importante tener en cuenta el rol de los Principios del Derecho como fuente indispensable en nuestra disciplina. Véase: VERDROSS, A., *Derecho Internacional Público...*, p. 24, *supra* nota 95, y Corte Internacional de Justicia, Fisheries Case (UK v. Norway), 1951 ICJ Point II (individual opinion by Judge Alvarez).

¹⁰⁶ ZICCARDI, P., *La Costituzione dell'Ordinamento Internazionale*, Milano, 1943, p. 143.

norma principal de aquel antiguo régimen (el Principio absoluto de Soberanía Estatal).

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

En ese sentido y, teniendo en cuenta todo lo indicado, resulta razonable la posibilidad de haber asistido a la transmutación del antiguo orden legal internacional pero con la falta de una teoría que explique su surgimiento. Aquella falta de teorización ha tenido por lo menos tres consecuencias. En primer lugar, ha impedido que el positivismo voluntarista se percate del cambio efectuado, condenándolo a resolver incesantemente contradicciones dentro de su teoría del Derecho Internacional. Debido a ello, el positivismo voluntarista no se ha percatado de su incapacidad intrínseca para explicar la fenomenología contemporánea del Derecho Internacional, pues, las «(r)evoluciones significan la discontinuidad del orden legal. No pueden ser entendidas desde el punto de vista del orden legal que ha sido violado»¹⁰⁷. En segundo lugar, la falta de una teorización sobre una nueva fase en el Derecho Internacional le ha permitido al positivismo voluntarista reducir las diferentes expresiones de aquel nuevo Derecho Internacional a simples distorsiones del sistema. En tercer lugar, este vacío teórico explica el secuestro del que han sido objeto aquellos valores por parte de ciertos poderes hegemónicos, los mismos que –con el fin de llevar a cabo sus ambiciones políticas particulares– han hecho uso de las mismas¹⁰⁸ pero introduciendo en ellas particularidades que ponen en entredicho el Estado de Derecho en el ámbito internacional.

Como resultado de todo ello, permanece la ilusión de un Derecho Internacional clásico, legítimo y funcional (para la tranquilidad del tradicionalismo) y –alternativamente–, la ilusión de su cambio (por medio de los principios de la dignidad humana y la paz) pero condicionando ello a las particularidades apetecidas por los poderes que lo llevan a cabo¹⁰⁹. Como resultado de todo esto, las relaciones internacionales contemporáneas –hoy en día– se encuentran reguladas por: i) estructuras teóricas caducas, ii) por discursos hegemónicos o,

¹⁰⁷ KUNZ, J., «Revolutionary Creation of Norms of International Law», *American Journal of International Law*, vol. 41, 1947, p. 121.

¹⁰⁸ Esto puede calificarse como una tendencia desintegradora del constitucionalismo generado a finales del siglo pasado, y que tienen por finalidad cristalizar un orden internacional con características particulares. Véase DIGGELMANN, O., y ALTWICKER, T., «Is There Something Like a Constitution of International Law. Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 68, 2008, pp. 628-629.

¹⁰⁹ Véase PETERS, A., «The Growth of International Law between Globalization and the Great Power», *Austrian Review of International and European Law*, vol. 8, 2003, p. 120. Then, the practice of the United States is far for replacing current International Law.

bien, iii) por construcciones legales que aspiran a humanizar el orden internacional, pero que carecen de una teoría que las solidifique; todo ello, llevando a que en la realidad internacional convivan fuerzas contrapuestas que fuerzan constantemente al Derecho Internacional a sus límites, e incluso que llevan a su negación normativa.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGO, R., «Positivism», *Encyclopedia of Public International Law*, Heidelberg, Elsevier, 1997, vol. III, pp. 1072-1080.
- ALLOTT, P., *The Health of Nations. Society and Law Beyond the State*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.
- ÁLVAREZ, A., «The New International Law», *Transactions of the Grotius Society*, vol. 15, 1929, pp. 35-51.
- ARENDET, H., «Sobre la Revolución» (trad. Pedro Bravo), *Revista de Occidente*, Madrid, 1967.
- BARKUN, M., «Law and Social Revolution: Millenarianism and the Legal System», *Law & Society Review*, vol. 6, 1971, pp. 113-141.
- BECK, U., «The Cosmopolitan Society and Its Enemies», *Theory, Culture and Society*, vol. 19, n.º 1-2, pp. 17-44.
- «Unpacking Cosmopolitanism for the Social Sciences: A Research Agenda», *British Journal of Sociology*, vol. 57, n.º 1, 2006, pp. 381-403.
- BEDJAOU, M., «An International Contentious Case on the Threshold of the Cold War», de Bannelier, Karine; Christakis, Theodore y Heathcote, Sarah (Eds.), en *The ICJ and the Evolution of International Law. The Enduring Impact of the Corfu Channel Case*, Routledge, 2012, pp. 3-15.
- BERMAN, H., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Harvard University Press, 1983.
- BESSON, S., «The Authority of International Law. Lifting the State Veil», *Sydney Law Review*, vol. 31, 2009, pp. 343-380.
- BOBBIO, N., y ZOLO, D., «Hans Kelsen. The Theory of Law and the International Legal System: A Talk», *European Journal of International Law*, vol. 9, 1998, pp. 355-367.
- BOBBIO, N., *El Problema del Positivismo*, Jurídico México: Biblioteca de Ética y Filosofía del Derecho y Política, Fontamara, 2012.
- BURDEAU, G., *Traité de Science Politique*, vol. III, París, 1950.
- CARBONE, S., y SCHIANO DI PEPE, L., «States, Fundamental Rights and Duties», en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2009. Disponible en: <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1112>.
- CARRILLO SALCEDO, J. A., «Reflections on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law», *European Journal of International Law*, vol. 8, 1997, pp. 583-595.
- *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*, 2.ª Ed. Madrid, Tecnos, 2001.
- CARTY, A., «The Continuing Influence of Kelsen on the General Perception of the Discipline of International Law», *European Journal of International Law*, vol. 9, 1998, pp. 344-354.

- CATTANEO, M., *Il Concetto di Rivoluzione Nella Scienza del Diritto*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1968.
- COHEN, J., «Minimalism About Human Rights: The Most We Can Hope For?», *Journal of Political Philosophy*, vol. 12, n.º 2, 2004, pp. 190-213.
- COING, H., *Grünzuge der Rechtsphilosophie* (trad. Juan Manuel Mauri), Editorial Ariel, 1976.
- COTTA, S., «Per un Concetto Giuridico di Rivoluzione», en *Studi di Sociologia e Política in Onore di Luigi Sturzo*, Bologna, 1953.
- DECOUFLÉ, A., *Sociologie des Révolutions* (trad. Marcos Falconi), Buenos Aires, Editorial Proteo, 1968.
- DE SOUSA SANTOS, B., «Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law», *Journal of Law and Society*, vol. 14, n.º 3, 1987, pp. 279-302.
- DIGGELMANN, O., y ALTWICKER, T., «Is There Something Like a Constitution of International Law. Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 68, 2008, pp. 623-650.
- ELLWOOD, C., «A Psychological Theory of Revolutions», *American Journal of Sociology*, vol. 11, 1905, pp. 49-59.
- FINNIS, J., *Philosophy of Law. Collected Essays*, volume IV, Oxford University Press, 2011.
- FITZMAURICE, G., «The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law», *Recueil des Cours*, vol. 92, 1957, pp. 5-222.
- GEIGER, T., *Handwörterbuch der Soziologie*, vol. IV, Enke, Stuttgart, 1931.
- GOODHART, A. L., «Questions and Answers Concerning the Nuremberg Trials», *International Law Quarterly*, vol. 1, 1947, pp. 525-531.
- GOODWIN, J., «State-Centered Approaches to Social Revolutions: Strengths and Limitations of a Theoretical Tradition», de Foran (Ed.), en *Theorizing Revolutions*, Taylor and Francis, 2005, pp. 9-35.
- GREWE, W., «History of the Law of Nations: World War I to World War II», *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier, North-Holland, 1995, vol. III, pp. 252-262.
- GUASTINI, R., «Bobbio sobre la norma fundamental y la regla de reconocimiento», P. Comanducci y R. Guastini (Eds.), en *Analisi e Diritto, Ricerche di Giurisprudenza Analitica, Giappichelli*, Torino, 2006, pp. 203-207.
- HANDEYSIDE, H., «The Lotus Principle in the ICJ: Was the Ship ever Afloat», *Michigan Journal of International Law*, vol. 29, 2007, pp. 71-94.
- HANNUM, H., «The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 25, 1996, pp. 287-397.
- HART, H. L. A., «Positivism and the Separation of Law and Morals», *Harvard Law Review*, vol. 71, n.º 4, 1958, pp. 593-629.
- HEBERLE, R., *Social Movements. An Introduction to Political Sociology*, New York, Appleton-Century-Crofts, 1951.
- HERRFAHRDT, H., *Revolución y Ciencia del Derecho. Investigación acerca del alcance jurídico de los procesos revolucionarios y su significación práctica para la teoría general del proceso* (trad. Antonio Polo), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1932.
- HOBSBAWM, E. J., «Revolution», de Porter, Roy y Teich, Mikulas (Eds.), en *Revolution in History*, Cambridge University Press, 1993, pp. 4-46.

- HUDSON, M., «Prospect for International Law in the Twentieth Century», *Cornell Law Review*, vol. 10, n.º 4, 1925, pp. 419-459.
- ISRAEL, J., *Revolutionary Ideas: An Intellectual History of the French Revolution from the Rights of Man to Robespierre*, Princeton, Princeton University Press, 2014.
- JACKSON, R. H., «Nuremberg in Retrospect: Legal Answer to International Lawlessness», en *American Bar Association Journal*, vol. 35, 1949, pp. 813-816, 881-887.
- JESSUP, P. C., «Development of International Law by the United Nations», *American Journal of International Law*, vol. 39, n.º 4, 1945, pp. 754-757.
- JOHNSON, C., *Revolutionary Change*, 2.ª Ed, Standford, Standford University Press, 1982.
- KELSEN, H., «The Preamble of the Charter. A Critical Analysis», *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, pp. 134-159.
- «Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?», *International Law Quarterly*, vol. 1, 1947, pp. 153-171.
- «The Draft Declaration on Rights and Duties of States», *American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, pp. 259-276.
- *Teoría Pura del Derecho*, 2.ª Ed. (trad. Roberto Vernengo), UNAM, México, 1982.
- KOROVIN, E., «The Second World War and International Law», *American Journal of International Law*, vol. 40, 1946, pp. 742-755.
- KUNZ, J., «Revolutionary Creation of Norms of International Law», *American Journal of International Law*, vol. 41, 1947, pp. 119-126.
- «The United Nations Declaration of Human Rights», *American Journal of International Law*, vol. 42, 1949, pp. 316-323.
- LANDHEER, B., «Contemporary Sociological Theories and International Law», en *Recueil des Cours*, vol. 91, pp. 1-103.
- LAUTERPACHT, H., *Private Law Sources and Analogies of International Law (with special reference to international arbitration)*, London, Longman's, 1927.
- «The International Protection of Human Rights», *Recueil des Cours*, vol. 70, 1947, pp. 1-108.
- LAWRENCE, J., «The Nuremberg Trials», *Journal of International Affairs*, vol. 23, 1947, pp. 151-159.
- LEGAZ Y LACAMBRA, L., «Ideología y Principios Fundamentales», *Revista de Estudios Políticos*, vol. 175, 1971, pp. 5-18.
- «La Humanidad, sujeto de derecho», de Adolfo Miaja de la Muela y Luis Sela Sampil (Eds.), en *Estudios de Derecho Internacional Público y Privado. Homenaje al Profesor Luis Sela Sampil*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1979, pp. 549-560.
- LÓPEZ ZAMORA, L., «El unificador fragmentado. La fenomenología de las normas de *ius cogens* en un contexto de cambio», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 30, 2014, pp. 203-250.
- «Normatividad internacional en colisión con la norma fundamental del Derecho Internacional», *Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence* (Oxford University Press), vol. 2017 (2018, Forthcoming).
- LUNA ARROYO, A., «Nadel, Siegfried. La Teoría de la Estructura Social Ediciones Guadarrama, Madrid. 1966 (Reseña Bibliográfica)», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n.º 124-125-126, 1982, pp. 823-879.

- MANNHEIM, K., *Ideology and Utopia: An Introduction to the Sociology of Knowledge*, New York, Harcourt, 1954.
- MELOTTI, U., *Rivoluzione e Società* (trad. José Luis Pérez Hernández), Milán, Ed. La Culturale, 1971.
- MERON, T., «The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience», *American Journal of International Law*, vol. 94, 2000, pp. 78-89.
- MORGENTHAU, H., «Positivism, Functionalism, and International Law», *American Journal of International Law*, vol. 34, n.º 2, 1940. pp. 260-284.
- PAZARTZIS, P., «Judicial Activism and Judicial Self-Restraint: The PCIJ's Lotus Case», de Tams, Christian J. y Fitzmaurice, Malgosia (Eds.), en *Legacies of the Permanent Court of International Justice*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, pp. 319-338.
- PETERS, A., «The Growth of International Law between Globalization and the Great Power», *Austrian Review of International and European Law*, vol. 8, 2003, pp. 109-139.
- «Global Constitutionalism in a Nutshell», en *Veröffentlichungen des Walther-Schücking-Institut für Internationales Recht an der Universität Kiel. Liber amicorum Jost Delbrück*, Berlin, Duncker and Humblot, Band 155, 2005, pp. 535-550.
- «Global Constitutionalism Revised», *International Legal Theory*, vol. 11, 2005, pp. 39-67.
- «Fragmentation and Constitutionalization», de Orford, Anne; Hoffmann, Florian y Clark, Martin (Eds.), en *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 1011-1032.
- PFEIL, J., «Naulilaa Arbitration (Portugal v. Germany)», en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* 2nd ed. 2007.
- RALEA, M., *L'Idée de Révolution dans les Doctrines Socialistes*, Jouve, París, 1923.
- ROSS, A., *On Law and Justice* 3.^a Ed. New Jersey, Exchange, 2007.
- SCHICK, F. B., «The Nuremberg Trial and the International Law of the Future», *American Journal of International Law*, vol. 41, 1947, pp. 770-794.
- SCHWEBEL, S., «The Treatment of Human Rights and of Aliens in the International Court of Justice», de Lowe, Vaughan y Fitzmaurice, Malgosia (Eds.), en *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, pp. 327-350.
- SPIERMANN, O., *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice. The Rise of the International Judiciary*, Cambridge University Press, 2005.
- TALMON, S., «Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion», *European Journal of International Law*, vol. 26, 2015, pp. 417-443.
- TERAYA, K., «Multifaceted Conceptions of Implementation and the Human Rights Approach», de Komori, Teruo y Wellens, Karen (Eds.), en *Public Interest Rules of International Law. Towards Effective Implementation*, Routledge, Taylor and Francis, 2016, pp. 77-96.
- TOMUSCHAT, C., «International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century», *Recueil des Cours*, vol. 281, 1999, pp. 9-438.
- VERDROSS, A., «On the Concept of International Law», *American Journal of International Law*, vol. 43, 1949, pp. 435-440.

- VERDROSS, A., «General International Law and the United Nations Charter», *Journal of International Affairs*, vol. 30, 1954, pp. 342-348.
— *Derecho Internacional Público*, 5th Ed., Tolle Lege, 1974.
- VON BERNSTORFF, J., «The Changing Fortunes of the Universal Declaration of Human Rights: Genesis and Symbolic Dimensions of the Turn to Rights in International Law», *European Journal of International Law*, vol. 19, 2008, pp. 903-924.
- WECHSLER, H., «The Issues of the Nuremberg Trial», *Political Science Quarterly*, vol. 62, 1947, pp. 11-26.
- WRIGHT, Q., «The Law of the Nuremberg Trial», *American Journal of International Law*, vol. 41, 1947, pp. 38-72.
— «The Corfu Channel Case», *American Journal of International Law*, vol. 43, 1949, pp. 491-494.
- ZICCARDI, P., *La Costituzione dell'Ordinamento Internazionale*, Milano, 1943.

Fecha de recepción: 31/03/2017. Fecha de aceptación: 31/10/2017.

Vulnerabilidad y solidaridad. Una concreción de la dignidad

Vulnerability and solidarity. A concretion of dignity

Por CRISTINA MONEREO ATIENZA
Universidad de Málaga

RESUMEN

La materialización de la noción abstracta de dignidad humana requiere incorporar al discurso conceptos nuevos y emergentes que, en ocasiones retomando tesis pasadas, favorezcan a la reformulación conjunta de los valores liberales ilustrados de dignidad. El objetivo es equilibrar la dimensión individual y social. En concreto, en este trabajo, se sugiere que para poder reconducir un diálogo interno y social sobre uno de esos valores, el de la solidaridad, se precisa reconocer las diversas situaciones de vulnerabilidad humana. De esta manera, se propone que no hay solidaridad sin el reconocimiento de la vulnerabilidad humana. La vulnerabilidad humana ha emergido como un concepto clave en el discurso filosófico jurídico en relación a la autonomía y la igualdad. Este trabajo conecta vulnerabilidad y solidaridad, ya que la vulnerabilidad acentúa la idea del «nosotros» y la articulación de políticas públicas de solidaridad. En esta línea es fundamental incidir en que la vulnerabilidad no es opuesta a la autonomía. Tampoco debe confundirse o sustituirse por el valor de igualdad. En general, esta noción es muy interesante, como complemento del discurso de los valores y derechos, aunque no como suplente de aquel. Es especialmente atrayente por su conexión con la solidaridad.

Palabras clave: *Solidaridad, vulnerabilidad, autonomía relacional, reconocimiento recíproco, dignidad.*

ABSTRACT

In order to materialize the abstract notion of human dignity, new and emerging concepts (in fact not so original) must be incorporated into the discourse to re-think the liberal values of dignity. It is about balancing the individual and social dimension. Specifically, in this paper, it is suggested that in order to redirect an internal and social dialogue on one of these values, solidarity, recognition of the various situations of human vulnerability must be safeguarded. In this way, it is proposed that there is no solidarity without the recognition of human vulnerability. Human vulnerability has emerged as a key concept in the philosophical and legal discourse related to autonomy and equality. This paper connects vulnerability and solidarity because vulnerability is connected to the idea of «us» and the articulation of public policies of solidarity. In this line, it is fundamental to emphasize that vulnerability is not opposed to autonomy. Neither the term of vulnerability has to be confused or substituted by the notion of equality. In general, this notion can be very interesting, as a complement to the discourse of values and rights, although not as a substitute for it. It is especially motivating for its connection to solidarity.

Key words: *Solidarity, vulnerability, relational autonomy, reciprocal recognition, dignity.*

SUMARIO: 1. DIGNIDAD Y VULNERABILIDAD. EL ENRIQUECIMIENTO DEL VALOR DE SOLIDARIDAD.—2. SOLIDARIDAD Y VULNERABILIDAD HUMANA. 2.1 *Vulnerabilidad y autonomía relacional.* 2.2 *Vulnerabilidad, sujeto y responsabilidad pública.*—3. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA NECESARIA COMPLEMENTARIEDAD DE ENFOQUES PARA LA CONCRECIÓN DE LA DIGNIDAD. BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY: 1. DIGNITY AND VULNERABILITY. THE VALUE OF SOLIDARITY ENRICHED. 2. SOLIDARITY AND HUMAN VULNERABILITY. 2.1 *Vulnerability revised by the theory of relational autonomy.* 2.2 *Vulnerability revised by the vulnerable subject theory.*—3. CONCLUSION: THE ESSENTIAL COMPLEMENTARITY OF APPROACHES TO THE REALIZATION OF DIGNITY. BIBLIOGRAPHY.

1. DIGNIDAD Y VULNERABILIDAD. EL ENRIQUECIMIENTO DEL VALOR DE SOLIDARIDAD

En este trabajo voy a considerar el valor de vulnerabilidad en relación al concepto de solidaridad y, en última instancia, en conexión con la noción de dignidad humana, porque considero que al final es a esta noción a la que conjuntamente se reconducen todos los valores: libertad, igualdad y solidaridad. Esto hace que los valores estén íntima-

mente relacionados entre sí, aunque tengan independencia conceptual. Esta es la razón también por la que, al hablar de vulnerabilidad y solidaridad, también me referiré a conceptos como el de autonomía o igualdad.

Para comenzar, es preciso revisitar las nociones de dignidad y solidaridad de las que parto, para luego poder conectarlas con la noción de vulnerabilidad, que en determinados círculos actuales se ha utilizado para conformar un paradigma alternativo al de los derechos y los valores, especialmente el de igualdad, lo cual influye obviamente en la noción de sujeto (que no se remitiría a la idea de sujeto de derechos, sino de sujeto vulnerable). Esto ha sucedido, especialmente, en el ámbito de la literatura anglosajona y, por ello, me centraré especialmente en el debate en torno a ella¹.

La noción de dignidad humana es una noción abstracta en la que convergen todas las preocupaciones del ser humano en torno al concepto de sí mismo, de la Sociedad, el Estado o el Derecho. Sin embargo, la dificultad de conceptualizar racional o convencionalmente este concepto tan visitado y enarbolado ha hecho que la dignidad se haya convertido en un axioma de carácter indiscutible y con un fuerte carácter emotivo², pero no existe realmente una única definición semántica y una concreción de sus exigencias, ni siquiera en Occidente³.

En la historia occidental, la dignidad emerge a partir de la Modernidad como un término abstracto al que se reconducen los valores de libertad, igualdad y solidaridad⁴. Desde ciertas posiciones, la dignidad humana se esgrime como fundamento de los derechos acudiendo a un discurso histórico-racional remontado principalmente al Renacimien-

¹ Este debate también se ha introducido en el ámbito europeo, por ejemplo, en trabajos como el de PERONI, L., y TIMMER, A., «Vulnerable Groups: The Promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention Law», *International Journal of Constitutional Law*, 11 (4), 2013, pp. 1056-1085.

² ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., «Prólogo» a PELÉ, A., *El discurso de la dignitas hominis en el humanismo del Renacimiento*, Madrid, Cuadernos de Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2010, pp. 13-16, en concreto p. 15.

³ Obviamente, estamos en el marco occidental, aunque la idea de dignidad y ciertos valores como la democracia también ha estado presente, de otra manera, en muchas culturales. Véase SEN, A., *La idea de la Justicia*, trad. H. Valencia Villa, Madrid, Taurus Santillana, 2010, pp. 552 y ss.

⁴ Sin duda, existen precedentes anteriores nada despreciables en nuestra historia, véase PELE, A., «Modelos de la dignidad del ser en la Edad Media», en *Derechos y Libertades*, núm. 21, 2009, pp. 149-186. Además, el periodo en la que se elabora complejamente este concepto es difícil de determinar. Parece haber un acuerdo relevante en la importancia que tuvo el pensamiento humanista durante el tránsito a la Modernidad, que podrá comprender los siglos XVII al XIX, según el territorio al que nos refiramos. Véase también PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Tránsito a la Modernidad y derechos fundamentales», en Peces-Barba Martínez, G. y Fernández García, E. (dirs.); *Historia de los Derechos fundamentales, T. 1. Tránsito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1998, pp. 15-263.

to⁵. En ese momento, el ser humano comienza a tener un papel activo en la determinación de su propia vida. El Humanismo del periodo reinterpreta los textos clásicos para tratar la dignidad del ser humano, y ofrece una confianza absoluta en la naturaleza y razón humanas, más allá de los dogmas religiosos (aunque no necesariamente rompiendo totalmente con la Religión⁶). Es así como la dignidad se conecta con la libertad individual de elección y libre albedrío, y con el fin del ser humano que es la felicidad. No está de más resonar que Immanuel Kant formuló este principio en relación al individuo, entendiendo que todo ser humano es un *fin en sí mismo*, y nunca un medio para conseguir cualquier otro fin:

«Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo, y nunca solamente como un medio»⁷.

La Modernidad ilustrada ofreció una nueva concepción del mundo y del sujeto basados en la razón. El sujeto ilustrado se basaba en la acción, y usaba la razón para explicar el mundo, y caminar hacia el progreso y la emancipación humana. Con la razón se introdujeron los valores de la libertad, igualdad y la solidaridad, que luego se concretaron en una serie de derechos fundamentales del ser humano.

Fue más tarde cuando se comprobó un significativo desfase entre las premisas ilustradas de universalidad y la práctica real, que excluía irremisiblemente a ciertos grupos sociales. La denominada cuestión social de los siglos XIX y principios del XX fue el reflejo de las incongruencias teórico-prácticas del sistema liberal burgués. Se planteó como un fenómeno multidimensional que ocupó transversalmente todos los ámbitos de la esfera social, y cuyas causas determinantes se hallaban en la crisis total producida como consecuencia de las disfuncionalidades e incoherencias de la ordenación liberal de la vida, enten-

⁵ No es momento ahora de desarrollar este tema, pero me refiero a la posición dualista de la Escuela de Gregorio Peces-Barba Martínez y otros. Este teoría es, a grandes rasgos y con matizaciones (especialmente lo que tienen que ver con el diálogo entre culturas), la que yo misma defiendo. También ha sido aceptada por el mismo Gregorio Peces-Barba. No obstante, como se sabe, existen otras posiciones, como aquellas que encadenan el concepto de dignidad humana con la propia naturaleza del hombre y la existencia de una moralidad objetiva, que para algunos incluso es invariable en el tiempo.

⁶ PELÉ, A., *El discurso de la dignitas hominis en el humanismo del Renacimiento*, cit., p. 122 (entre otras).

⁷ KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. M. García Morente, Madrid, Espasa-Calpe, 1980, cap. II. [en línea] http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/fundamentacion-de-la-metafisica-de-las-costumbres--0/html/dcb0941a-2dc6-11e2-b417-000475f5bda5_3.html#I_3_ (última consulta 1 de febrero de 2017).

dida en su más amplio significado. Las más inminentes fueron la implantación del liberalismo individualista, económico y político⁸.

Desde entonces, el proyecto inacabado⁹ de Modernidad en relación a los valores y derechos fundamentales manifiesta la difícil, aunque necesaria, relación entre la idea individual universal y abstracta, y la idea social contextual y concreta de los individuos. A pesar del impulso de la idea social y las matizaciones de la idea individual, especialmente durante las constitucionalizaciones del siglo xx y hasta la actualidad, existe aún una inestabilidad o, si se prefiere, un equilibrio muy precario entre ambas ideas¹⁰.

El concepto de solidaridad emerge como uno de los contrapuntos principales frente a la idea individual. Hay que recordar que la solidaridad se plasma como un principio ético y político-jurídico, que reactualiza el valor ilustrado de fraternidad. Primero se concibe como principio ético, una virtud cuya base está en la caridad cristiana (a su vez fundamentada en otros conceptos más antiguos como la *filia* aristotélica o la *pietas* y *humanitas* estoicas), y que incide sobre los lazos de emoción, unidad, y ayuda al necesitado. Más tarde, se seculariza completamente como principio jurídico-político legitimador del Estado. Gregorio Peces-Barba trabaja el origen histórico del concepto y afirma que:

«Será difícil delimitar las influencias, pero una cierta corriente cristiana, una socialización de sectores liberales, junto con (...) una liberalización de sectores socialistas, el llamado socialismo reformista, democrático o liberal de origen ético o utópico y una idea anarquista de la realidad, serán a mi juicio determinantes. Todo este movimiento que es una continuación de la Ilustración con matices de romanticismo social incorporará una dimensión laica y secularizada de la idea de solidaridad»¹¹.

La solidaridad se va consolidando como contrapeso del individualismo posesivo y del egoísmo propiamente liberales. A partir del siglo XIX, un nuevo punto de vista de la Justicia social influencia con distinta intensidad a corrientes de diversos signo político, y permite impulsar especialmente el intervencionismo social más allá de la cari-

⁸ MONEREO ATIENZA, C., *Ideologías jurídicas y cuestión social. Los orígenes de los derechos sociales en España*, Granada, Comares, 2007, pp. 27 y ss.

⁹ Existe también debate al respecto. Sobre la polémica acerca del posible fin del proyecto moderno y entrada al periodo de post-modernidad, véase MONEREO ATIENZA, C., *Desigualdades de género y capacidades humanas*, Comares, Granada, 2012.

¹⁰ Todo ello extensamente tratado en MONEREO ATIENZA, C., *Ideologías jurídicas y cuestión social*, cit.

¹¹ Ciertamente hay estudios muy completos sobre el origen del término, por ejemplo PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Humanitarismo y solidaridad social como valores de una sociedad avanzada*, Madrid, La ley, 1991, p. 36. Sobre solidarismo véase más recientemente Losano, M. G. (ed.), *Solidaridad y derechos humanos en tiempos de crisis*, trad. L. Lloredo Alix y C. Lema Añón, Madrid, Dykinson, 2011, pp. 15 y ss.

dad cristiana (promotora de una relación asimétrica). Esta tendencia impulsa la idea de responsabilidad cívica compartida, que cimienta la provisión estatal de servicios y asistencia social.

Además, la solidaridad es una noción heredera también de las tradiciones sociológicas (especialmente de Emile Durkheim). Estas teorías conciben la sociedad como un organismo¹², y con ello se acentúa el conjunto social y el «nosotros» como un «todo».

Esta concepción del «nosotros» es parte de la tradición político-jurídica y social de Occidente¹³, pero a pesar de ello, en el contexto de la cultura liberal contemporánea la solidaridad sigue despertando recelos, y continúa aproximándose únicamente a un mero sentimiento moral piadoso hacia los necesitados. Algunas tesis tan paradigmáticas como la de John Rawls pretendieron superar esta visión reduccionista de la solidaridad, pero esta posición está aún encerrada en el individualismo liberal al basar este valor en el principio de la diferencia y, por tanto, considerar su carácter meramente instrumental. Según afirma el mismo filósofo:

«En comparación con la libertad y la igualdad, la idea de fraternidad ha tenido un lugar menos relevante en la teoría democrática. Se ha pensado que no es un concepto específicamente político y que por sí mismo no define ninguno de los derechos democráticos, sino que más bien (...) encierra (...) un sentido de amistad cívica y de solidaridad moral (...) Tenemos que encontrar (...) una idea de justicia que responda a esa exigencia (...), el principio de la diferencia sí parece corresponder al significado natural de la fraternidad: a saber, a la idea de no querer mayores ventajas a menos que sea en beneficio de quienes están peor situados»¹⁴.

Para John Rawls, la solidaridad, que tiene implicaciones universalistas, expresa una cooperación social que reporta un beneficio mutuo en una sociedad¹⁵, es decir, que el esfuerzo de cada uno tendrá benefi-

¹² DE LUCAS, J., *El concepto de solidaridad*, México, Fontamara, 1993, pp. 16 y ss.

¹³ Véase igualmente DE LUCAS, J., «La polémica sobre los deberes de solidaridad. El ejemplo del deber de defensa y su posible concreción en un servicio civil», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 19, 1994, pp. 9-88, puntos 1 y 2.

¹⁴ RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Boston, Harvard College, 2005 (reimpr. de 1971), p. 90. Traducción propia.

¹⁵ Sobre la idea de cooperación rawlsiana véase MARTÍNEZ NAVARRO, E., *Solidaridad liberal. La propuesta de John Rawls*, Granada, Comares, 1999, pp. 65 y ss. Según explica este autor la cooperación es algo intuitivo, pero está guiada por unas reglas públicamente reconocidas y procedimientos aceptados por los que cooperan; incluye además la idea de justos términos de cooperación por los que cada participante pueda aceptar razonablemente y que se especifican en la idea de reciprocidad o mutualidad; asimismo incluye la idea de beneficio racional de cada participante o idea del propio bien. Todo ello requiere, por supuesto, de otra idea intuitiva: que los individuos sean personas moral y políticamente libres e iguales.

cios para todos¹⁶. De este modo, hace converger la solidaridad con la noción de interés.

La visión rawlsiana ha sido criticada desde una posición comunitarista, enemiga de la concepción de la solidaridad como manifestación ética individual. Desde esta posición la solidaridad es, por el contrario, un sentimiento de toda la comunidad. Por ejemplo, para Charles Taylor existen bienes que solamente pueden ser alcanzados en común en la comunidad¹⁷. Este enfoque es acertado en su crítica, si bien tampoco está exento de problemas al hacer alusión a un colectivo como «identidad» precursora del sentimiento de afecto y ayuda a los demás.

Ciertamente, la pregunta sobre el concepto de solidaridad es compleja porque el reconocimiento del «nosotros» no puede implicar la disolución de los individuos en un todo (nacional o global) con una única idea del bien. Una comunidad no significa la desaparición de la individualidad, porque la unicidad individual es la raíz de las relaciones sociales. La comunidad se entiende como una red de relaciones y reciprocidad¹⁸. La solidaridad como principio ético no ha de insinuar la existencia de un grupo homogéneo con una misma idea total del bien. Esta idea es falsa, además de peligrosa, ya que niega la pluralidad y necesaria diferencia dentro de los grupos sociales. Hay que tener claro que lo que une a los colectivos es precisamente la innata diferencia entre todos los individuos.

De otra parte, es cierto que el ser humano se mueve por razones distintas al interés propio, a veces por su afinidad a la Justicia, por benevolencia, compasión y emoción hacia los demás¹⁹. Esto significa que se precisa una cierta idea mínima del bien, y por tanto de los derechos y la dignidad humana, que sea compartida y que permita la articulación de políticas para la satisfacción de esos requisitos mínimos de dignidad. En definitiva, ni se genera cooperación solamente por razones de beneficio mutuo, ni tampoco esa idea del bien común significa hablar de una identidad social cerrada.

Además, como explicaba anteriormente, la solidaridad es un principio político-jurídico. Hannah Arendt afirma que no es meramente una actitud moral de condescendencia, sino un principio orientador de la cultura política y jurídica que ha de incluir la noción del nosotros y

¹⁶ Esta visión ha conducido también a posiciones escépticas como la de Richard Rorty, quien entiende que ese sentimiento solidario no se corresponde con ninguna naturaleza de los individuos, y que es inevitablemente fruto de la contingencia y el relativismo del contexto histórico: RORTY, R., *Contingency, Irony, and Solidarity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

¹⁷ TAYLOR, C., «El debate entre liberalismo y comunitarismo», *Revista de Humanidades*, núm. 2, 1994, pp. 63-73, p. 70.

¹⁸ COSSEDDU, A., «El horizonte del derecho, lugar de las relaciones», en BAGGIO, A. M.; COSSEDDU, A., y MÁRQUEZ PRIETO, A., *Fraternidad y justicia*, Granada, Comares, 2012, pp. 21-54, pp. 44, 46.

¹⁹ En el mismo sentido, NUSSBAUM, M. C., *Political Emotions. Why Love Matters for Justice*, Cambridge (Massachussets), London (England), The Belknap Press of Harvard University Press, 2013.

el reconocimiento de todos como miembros de esa comunidad²⁰. En esta línea, la solidaridad no puede confundirse con la igualdad, que requiere también del reconocimiento de unas necesidades comunes y el respeto de las diferencias. La solidaridad no es igualdad, puesto que añade algo más que tiene que ver la idea de asumir la responsabilidad colectiva, una responsabilidad de todos y cada uno para conseguir los objetivos de dignidad comunes²¹. Se ha afirmado que:

«si el otro es en efecto, en canto sujeto igual pero no idéntico, necesario «término de comparación», la fraternidad como paradigma relacional nos abre a la necesaria alteridad (...) la fraternidad, paradigma inclusivo, puede ofrecer ese «plus» capaz de superar la visión del otro como «antagonista» o «concurrente», «obstáculo» o «límite» de la propia libertad individual, para reconocer más bien al que en la distinción respecto de mí –en su dignidad propia– concurre a realizarme plenamente también a mí, restituyéndome a mí mismo en el reconocimiento de mi alteridad»²².

Así pues, para acercarse al concepto de solidaridad hay que determinar lo que une a todos los miembros de una sociedad, que es un vínculo relacional y también de reciprocidad y sociabilidad²³. Igualmente hay que fijar las obligaciones (morales, jurídicas) generadas. Las nociones claves de solidaridad son identidad y responsabilidad, a las que luego conectaré la vulnerabilidad.

En relación a la noción de identidad, la cuestión se torna confusa, puesto que son muchos los parámetros que han dado lugar a la construcción de identidades (cultura, raza, orientación sexual, sexo, etc...). Clasificar a los individuos en unas identidades fijas y cerradas no tiene sentido si se defiende la existencia de un sujeto universal compatible con la variedad de diferencias entre los individuos. Esto es, un sujeto igual pero diferente. Las identidades pueden ser útiles a manera de estrategia de lucha para la consecución de la meta de igualdad de todos. Por ello, cabe un «esencialismo estratégico» que conecte a gru-

²⁰ ARENDT, H., *La condición humana*, trad. R. Gil Novales, Barcelona, Paidós, 1993, pp. 251-254, 286-301.

²¹ Se ha dicho que es la contrapartida de las exigencias de autonomía personal, aunque ciertamente esta visión es criticable si entendemos la autonomía en un sentido distinto al liberal (DE LUCAS, J., *El concepto de solidaridad*, cit., pp. 31, 33). Sobre la idea de solidaridad como principio jurídico-político véase también, *id.*, «La polémica sobre los deberes de solidaridad. El ejemplo del deber de defensa y su posible concreción en un servicio civil», cit., pp. 9-88.

²² COSSEDDU, A., *op. cit.*, pp. 50, 53.

²³ MÁRQUEZ PRIETO, A.; «Justicia relacional y fraternidad», en BAGGIO, A. M.; COSSEDDU, A., y MÁRQUEZ PRIETO, A., *op. cit.*, pp. 55-89, especialmente p. 65. Véase también CALVO GONZÁLEZ, J., «Riblízování se k demokratickému paradigmatu. Problém solidarity priutvárení evropské demokracie», *Střední Evropa. Revue pro Stredo-evropskou Kulturu a Politiku*, Praha (Ceské Republice) 49, duben 1995, pp. 48-54. [«Aproximación al paradigma democrático. Solidaridad y construcción democrática de Europa», *Europa del Centro. Revista para la Cultura y la Política Centroeuropa*].

pos de individuos históricamente discriminados para la consecución y defensa de sus intereses²⁴. Pero ya está. La identidad no deja de ser una ficción artificial con tintes esencialistas que solamente posee ciertos beneficios a corto plazo en la esfera práctica político-social y jurídica. De lo que se trata es que los individuos, al constituirse como grupo representativo, puedan combatir mejor por sus derechos²⁵.

Al mismo tiempo, la negación de identidades cerradas no es incompatible con la posibilidad de que se generen lazos de solidaridad entre los diferentes miembros de la sociedad o, incluso, de la especie humana en base a algunas características propias que acentúen la ayuda mutua, sin disolver la diferencia. En esta dirección, propongo a continuación la conexión entre la solidaridad y la noción de vulnerabilidad.

En relación a la noción de responsabilidad, las obligaciones de solidaridad pueden justificarse, entre otras cosas, a través también de conceptos como el de vulnerabilidad. La vulnerabilidad no se identifica con el victimismo, y tampoco genera una mera actitud paternalista por parte del Estado generadora de dependencia y pasividad de los sujetos. Por el contrario, es un concepto útil, que justifica la obligación moral y jurídica de intervención. Asimismo, es una noción que evidencia las deficiencias estructurales del propio sistema social, sin intervenir injustificadamente en las decisiones de los individuos, y negar la responsabilidad de los propios individuos en sus propias decisiones.

Es innegable que la solidaridad surge como mínimo de situaciones de gran imprevisibilidad y magnitud, que generan una visión insoponible del sufrimiento o humillación de otros²⁶. Pero la solidaridad no es siempre un asunto de espontaneidad de la sociedad civil. El Estado, como auténtico Estado social, tiene un papel fundamental en los deberes de solidaridad para con las situaciones de marginación, exclusión, desigualdad y miseria, ya no solamente por cuestiones de caridad sino principalmente de igualdad y Justicia social.

La conexión entre Estado social y ciudadanía permite articular políticas no paternalistas, que promuevan una verdadera inclusión activa de los individuos en el grupo social. Las políticas sociales no nacen únicamente del un sentimiento moral altruista y benevolente. Emergen como ayuda mutua institucionalizada para los que pertenecen al grupo; para que puedan ejercer su autonomía como miembros de esa comunidad (sin ser entendida ésta de un modo holista), aunque quizás no sólo por eso. La ciudadanía social no es meramente instrumental. Es buena en sí misma²⁷.

²⁴ OLIVA PORTOLÉS, A., «Debates sobre el género», en AMORÓS, C., y DE MIGUEL, A., *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización. De los debates sobre el género al multiculturalismo*, vol. 3, Madrid, Minerva, 2005, pp. 13-60, en concreto, pp. 49-50.

²⁵ VALCÁRCEL, A., *La política de las mujeres*, Madrid, Cátedra, 1997, p. 67.

²⁶ DE LUCAS, J., «La polémica sobre los deberes de solidaridad», cit., p. 25.

²⁷ MARGALIT, A., *La sociedad decente*, trad. C. Castell Audela, Barcelona, Paidós, 1997, p. 130.

Por lo demás, la idea de unos deberes de solidaridad y, en última instancia de un deber general de solidaridad, no se encierra exclusivamente en el ámbito de un ordenamiento jurídico concreto. Puede extenderse también a nivel global²⁸.

2. NO HAY SOLIDARIDAD SIN EL RECONOCIMIENTO DE LA VULNERABILIDAD HUMANA

En este texto se apunta a la recomprensión (que no refundación) del concepto de solidaridad en base al concepto de vulnerabilidad. Se ha explicado que la solidaridad nació de los sentimientos de emoción, amistad, piedad, humanidad, generadores de un reconocimiento de necesidad de ayuda mutua. El concepto de vulnerabilidad puede ayudar a entender estos lazos, dejando de lado la simple reciprocidad interesada en las relaciones humanas, y desmotando las connotaciones negativas del concepto de dependencia y necesidad en el pensamiento liberal.

No se trata de hablar de la vulnerabilidad asociada con el victimismo, la necesidad, la dependencia e incluso la patología. Muy al contrario, la vulnerabilidad es algo más complejo con varias dimensiones. Cada de una de estas dimensiones es diferente, y va a conducir a estrategias distintas, que no siempre van a ir dirigidas a erradicar la vulnerabilidad sino, a veces, a encauzarla.

Hay que tener claro, en primer lugar, que no se trata de oponer la vulnerabilidad a la autonomía. Desde el punto de vista liberal la vulnerabilidad se entiende como una situación de necesidad, mientras la autonomía se conecta con la autodeterminación e independencia²⁹. Aquí se incide en que la aceptación y reconocimiento de la vulnerabilidad son un elemento esencial para alcanzar también la autonomía³⁰. Como afirma Martha Nussbaum:

«Agencia y sustento están conectados: para poder tener la capacidad de actuar y autodeterminarse, el ser humano ha de tener cobertura de sus vulnerabilidades»³¹.

²⁸ DE LUCAS, J., «La polémica sobre los deberes de solidaridad», cit., p. 41. Véase también recientemente, *id.*, *Mediterráneo: el naufragio de Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

²⁹ PATEMAN, C., «Democracy, Freedom and Special Rights», en BOUCHER, D., y KELLY, P., *Social Justice: from Hume to Walzer*, New York/London, Routledge, 2005, pp. 219-234, p. 222.

³⁰ MACKENZIE, C., «The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for the Ethics of Vulnerability», en MACKENZIE, C.; ROGERS W., y DODDS, S., *Vulnerability: New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2014, pp. 33-59, especialmente p. 33.

³¹ NUSSBAUM, M. C., *Political Emotions*. cit., p. 121. Traducción propia.

En este sentido, la responsabilidad colectiva ha de generar los instrumentos adecuados para permitir el desarrollo de la autonomía.

Igualmente, no se puede olvidar la consecución de unos resultados mínimos. La concepción de la vulnerabilidad compleja permite fijar contenidos mínimos de dignidad, incluso en asuntos que trascienden a los propios sujetos y afectan a la colectividad. Para ello el cultivo de las emociones para el mutuo respeto y la dignidad a nivel colectivo es fundamental. La tesis de autores como Jean Jacques Rousseau, Auguste Comte o John Stuart Mill sobre la «religión de la humanidad», dirigida a crear simpatía hacia los demás, es demasiado estrecha. Hace falta ahondar en otras emociones que son negativas, como el miedo, la violencia, la envidia o la pena, por ejemplo³². El único modo de contener las emociones humanas negativas, al menos públicamente, es tenerlas en cuenta, junto a otros sentimientos como el amor. Este «tenerlas en cuenta» significa generar un ámbito de crítica y deliberación cultural a nivel público. Todas las emociones pueden generar sentimientos empáticos y compasivos hacia los demás. Esto no significa que sean meramente instrumentales para conseguir los fines de Justicia social. El amor es también una meta³³.

Estas tesis se encuentran en la noción de vulnerabilidad planteada entre otros por Catriona MacKenzie. Esta propuesta conecta a manera de círculo libertad y solidaridad, autonomía y vulnerabilidad, lo que permite ver la continuidad entre los valores y su confluencia común en la noción de dignidad humana. Además, es de interés, al menos en cierto sentido, la tesis sobre el sujeto vulnerable de Martha Albertson Fineman, puesto que dota a la teoría de un talante «universal» que permite extender la teoría de la Justicia al ámbito global.

2.1 Vulnerabilidad y autonomía relacional

Es importante incidir en la conexión entre los diversos valores, entre la idea de vulnerabilidad, solidaridad y autonomía relacional. La razón es que en base al valor de la solidaridad se afirma que el Estado tiene obligaciones frente a las necesidades, debe proveer los recursos suficientes para el cuidado, intentar minimizar los posibles daños y acabar con la explotación. Sin embargo, actualmente muchas políticas sociales de solidaridad se empeñan en dirigirse a grupos discriminados calificados de grupos vulnerables, con lo cual se les estigmatiza aún más. Este tipo de políticas pueden generar todavía más dependencia³⁴.

³² *Ibid.*, pp. 123 y ss.

³³ *Ibid.*, pp. 391 y ss.

³⁴ BARRANCO AVILÉS, M. C., «Human Rights and Vulnerability. Examples of Sexism and Ageism», *The Age of Human Rights Journal*, n.º 5, 2015, pp. 29-49, p. 32.

Una propuesta interesante es la de Catriona MacKenzie, que trabaja para dejar de oponer vulnerabilidad y autonomía³⁵. En una línea parecida (más matizada) a la de otros autores como Marina Oshana, Natalie Stoljar, Jennifer Nedelsky, trata de entender que las instituciones político-jurídicas y sociales son responsables de las vulnerabilidades también porque deben promover la autonomía de todos.

Esta autora empieza por sumarse a la crítica hacia la noción individualista clásica de autonomía, que reduce este concepto a la autosuficiencia y la mera capacidad individual de búsqueda del propio concepto del bien y la vida buena, sin interferencia alguna de factores externos. Con ello se está haciendo eco de las críticas comunitaristas reveladoras de las limitaciones de ciertas propuestas liberales para entender el valor de autonomía y su relación con otros conceptos como la interdependencia o vulnerabilidad humanas. Los sujetos no pueden abstraerse del contexto específico. La autonomía, entendida como la posibilidad de desarrollar unas capacidades mínimas y elaborar el propio concepto del bien y la vida buena, no se ejerce de manera autosuficiente. Al contrario, se desenvuelve en relación con los demás. De hecho, ciertas situaciones de desventaja social, política, económica o educativa, o ciertas relaciones sociales caracterizadas por el abuso, la coerción, la violencia o la falta de respeto pueden afectar a las concepciones propias, a las oportunidades, a las capacidades y elecciones por parte del sujeto³⁶. Erradamente, el concepto liberal tradicional de autonomía no tiene en cuenta el papel tan preponderante del contexto social en las elecciones del individuo. Lo esencial son las opciones reales que están disponibles para esa persona o grupo vulnerable. Por tanto, no se trata de defender la elección libre del sujeto sin más. Hay que ampliar las opciones reales de elección de los individuos.

Desde esta base, se puede distinguir una triple dimensión del concepto de autonomía: la autodeterminación (*self-determination*), el autogobierno (*self-governance*) y la auto-autorización (*self-authorization*)³⁷.

La autodeterminación se refiere a la libertad y las oportunidades de tomar decisiones sobre la propia vida, que requieren unas condi-

³⁵ MACKENZIE, C., «The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for the Ethics of Vulnerability», cit., pp. 33-59. También, *id.*, «Relational Autonomy, Normative Authority and Perfectionism», *Journal of Social Philosophy*, 39, 2008, pp. 512-533; MACKENZIE, C., y STOLJAR, N., «Introduction: Refiguring Autonomy», en Mackenzie, C., y Stoljar, N. (eds.), *Relational Autonomy Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2000, pp. 3-34.

³⁶ MACKENZIE, C., «The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for the Ethics of Vulnerability», cit., p. 43. SEN, A., «Equality of what?», *The Tanner Lecture on Human Values*, Stanford University, 1979, pp. 195-220. Para un desarrollo más amplio del tema de las capacidades véase MONEREO ATIENZA, C., *Desigualdades y capacidades humanas*, cit.

³⁷ MACKENZIE, C., «Three Dimensions of Autonomy: A Relational Analysis», en PIPER, M., y VELTMAN, A., *Autonomy, Oppression and Gender*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2014, pp. 15-41, pp. 17-18.

ciones externas o estructurales. Así, la libertad es libertad formal y también real al presumir remover obstáculos sociales y políticos que puedan interferir en el ejercicio de esa libertad, y establecer los cauces y libertades positivas para ejercitarla. Se acentúan las oportunidades, que tienen que ver con el marco de opciones disponibles³⁸. De este modo es posible destacar la igualdad en el punto de partida o igualdad de oportunidades, si bien habría que añadir también cierta igualdad en los resultados o logros (igualdad en el punto de llegada) que permita articular unos mínimos de dignidad o marco. Es decir, igualdad de oportunidades es fundamental, pero también unos mínimos de dignidad teniendo en cuenta el contexto en el que se inserta el individuo³⁹.

El autogobierno precisa tener las destrezas y capacidades necesarias para elegir y tomar decisiones que expresen la propia identidad (configurada a través de los objetivos, valores y creencias de la persona). En concreto son las «condiciones de autenticidad» para la toma de decisiones, en las que el sujeto no esté interna y psicológicamente alienado por alguna razón⁴⁰. Entre estas condiciones se ha de tener en cuenta competencias humanas de razón y crítica, pero también otras que tienen que ver con destrezas emocionales como la responsabilidad emocional y ser capaz de interpretar las decisiones propias y ajenas; las que tienen que ver con la imaginación, necesarias para poder considerar alternativas nuevas; o habilidades dialógicas.

La auto-autorización tiene que ver con el poder normativo que el propio individuo se concede para autodeterminarse y tener autogobierno y, por tanto, tener el efectivo control sobre la propia vida o, dicho de otra manera, reconocerse a uno mismo⁴¹. Esto significa que

³⁸ En este sentido véase RAZ, J., *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986. Aunque Catriona MacKenzie va a preferir el vocabulario del enfoque de las capacidades.

³⁹ Es fundamental realizar una crítica a la teoría de las capacidades ya que, aunque las propuestas de Martha Nussbaum auguran unos mínimos de dignidad (sobre todo, porque ya propone una lista de capacidades como principios político-jurídicos), parece que aún está enmarcada en el «suficientarismo» y no el «igualitarismo», que permite tener más en cuenta el contexto real del individuo para establecer esos mínimos.

⁴⁰ Véase CHRISTMAN, J., *The Politics of Persons. Individual Autonomy and Socio-historical Selves*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, por ejemplo, p. 155. También, *id.*, «Coping or Oppression: Autonomy and Adaptation to Circumstance», en PIPER, M. y VELTMAN, A., *op. cit.*, pp. 201-226, p. 219. Este autor incorpora la idea de alienación que es muy interesante, pero propone una visión distinta a la de autonomía relacional. Apuesta por un enfoque más procedimental (procedimental matizado por la idea de auto-afirmación reflexiva) de la autonomía y está más en la línea de Marilyn Friedman (aunque sin llegar a tal extremo), quien niega que la autonomía sea relacional necesariamente (pp. 166, 184-185). Véase FRIEDMAN, M., *Autonomy, Gender, Politics*, Cambridge, Oxford University Press, 2003, p. 4.

⁴¹ Autores que defienden una concepción fuerte prefieren hablar de este tipo de condiciones, como condiciones socio-relacionales estructurales, de competencia normativa o contestabilidad. Véase OSHANA, M., *Personal Autonomy in Society*, Hamp-

hay que ser capaz de ser responsables de propias creencias, valores y objetivos, y también responsables de justificarlos y en su caso revisarlos cuando los demás los cuestionen. Paul Benson afirma:

«... podemos pensar la autoridad del sujeto autónomo sobre sus decisiones y acciones como autoridad para hablar o responder a los otros sobre esas decisiones y acciones»⁴².

En definitiva, la autonomía es capacidad, pero además, es también un estatus: el de reconocerse autónomo como los demás. Este estatus se genera a partir de relaciones intersubjetivas de reconocimiento, que pueden fallar en algunos casos de discriminación o humillación (género, raciales, de personas con discapacidad, etc...).

La falta de reconocimiento afecta a la confianza en uno mismo, el respeto hacia la propia persona y la autoestima. La plena autonomía se puede alcanzar solamente bajo condiciones sociales de apoyo porque el ser humano es un ser vulnerable por definición. En el camino hacia la autonomía y la libre decisión sobre la vida y el propio bien, el ser humano obtiene ayuda. Todo ser humano tiene lazos sociales con otras personas que intervienen en sus decisiones. Además, no sólo es que el ser humano no esté solo en la toma de decisiones, sino que además se existe un diálogo necesario con uno mismo y con otros seres en la determinación del concepto propio del bien y la vida buena. Ese diálogo se basa en la idea de que todo ser humano es vulnerable, y en la idea de reconocimiento mutuo de esa vulnerabilidad⁴³, que genera lazos de solidaridad.

La importancia del reconocimiento para la autonomía está en que los participantes adquieren conciencia *de* y confianza *en* sí mismos

shire (England)/Burlington (USA), Ashgate, 2006, pp. 3, 4, 86-87; *id.*, «A Commitment to Autonomy Is a Commitment to Feminism», en PIPER, M., y VELTMAN, A., *op. cit.*, pp. 141-160. Asimismo, STOLJAR, N., «Autonomy and the Feminist Intuition», en Mackenzie, C., y Stoljar, N. (eds.), *op. cit.*, pp. 94-111; *id.*, «Autonomy and Adaptive Preference Formation», en PIPER, M. y VELTMAN, A., *op. cit.*, pp. 227-252. BENSON, P., «Feminist Intuition and the Normative Substance of Autonomy», en TAYLOR, J. S., *Personal Autonomy: New Essays on Personal Autonomy and its Role in Contemporary Moral Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 101-126.

⁴² BENSON P., «Feminist Commitments and Relational Autonomy», en PIPER, M., y VELTMAN, A., *op. cit.*, pp. 87-113, p. 108. Traducción propia. Igualmente, ANDERSON, J., y HONNETH, A.: «Autonomy, Vulnerability, Recognition, and Justice», en Christman, J., y Anderson, J. (eds.), *Autonomy and the Challenges to Liberalism: New Essays*, New York, Cambridge University Press, 2005, pp. 127-149, pp. 127-149.

⁴³ ANDERSON, J. y HONNETH, A., «Autonomy, Vulnerability, Recognition, and Justice», *op. cit.*, pp. 127-149, especialmente p. 131. También HONNETH, A., *El derecho de la libertad. Esbozo de una eticidad democrática*, trad. G. Calderón, Madrid, Clave intelectual, 2014, pp. 165 y ss. MACKENZIE, C., «The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for the Ethics of Vulnerability», *cit.*, p. 43. En cuanto a la teoría del reconocimiento no está de más hacer alusión al debate entre Axel Honneth y Nancy Fraser: FRASER, N., y HONNETH, A., *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico*, trad. P. Manzano, Ediciones Morata, Madrid, 2006.

como agentes participativos. Por eso el respecto y la estima que muestran otros hacia nosotros es crucial para fortalecer el propio auto-respecto y autoestima.

Desde este punto de vista, el acento ya no está únicamente en el sujeto que internamente examina las diversas máximas de Justicia para elaborar su propio concepto del bien. Está en el proceso intersubjetivo de intercambio de argumentos sobre la concepción del bien entre los diversos agentes que interactúan con ese sujeto en su contexto. Así, la autonomía se descentraliza y precisa del ejercicio de la capacidad argumentativa por parte de todos los agentes que intervienen ese proceso de validación de las distintas demandas de Justicia⁴⁴. Esto no conlleva la negación de la autonomía kantiana, aunque sí introduce un factor esencial: la idea del diálogo y del intercambio de argumentos para esclarecer la propia concepción del sujeto. En todo caso, es el sujeto el que decide en última instancia sobre la corrección argumentativa y sobre su propia concepción.

Lo que caracteriza a la autonomía es la confluencia entre subjetividad e intersubjetividad, porque la «autodeterminación» es entendida a raíz del reconocimiento recíproco en el que las visiones de otros agentes influyen directamente en las propias decisiones. La concepción individual se enriquece y puede llegar a transformarse a través de concepciones externas que ofrecen diversos argumentos (a veces «mejores argumentos») a favor y en contra de las propias visiones. La autonomía no es autosuficiencia, pero sí un acto libre, racional y reflexivo.

Asimismo, toda sociedad que quiera ser realmente justa tiene que erradicar todos los obstáculos que impidan acceder a una amplia gama de opciones o que provoquen una falta de reconocimiento. El Estado ha de intervenir para proveer los recursos materiales necesarios para estos grupos, y también para erradicar estos obstáculos y promover la auténtica autonomía. Para ello tendrá que apoyar aquellas relaciones sociales básicas que la promueven. El caso de las familias es muy ilustrativo. Tradicionalmente, las responsabilidades de cuidado han recaído en la familia y dentro de la misma en las mujeres. Para promover la ayuda a las familias se trata de incentivar la autonomía de las mujeres favoreciendo, por ejemplo, su inserción laboral. Pero esto por sí solo no es suficiente. Al mismo tiempo se deben realizar políticas sociales familiares de solidaridad, promotoras de la desmercantilización de todos los miembros de la unidad familiar. Así pues, se ha de garantizar el cuidado fuera de la lógica del mercado⁴⁵. Esto no es paternalismo. Es la manera de aumentar las opciones reales de los

⁴⁴ PEREIRA, C., *Elements of a Critical Theory of Justice*, Hampshire (England), Palgrave MacMillan, 2013, p. 62.

⁴⁵ AÑÓN M. J., y MIRAVET P., *Derecho, Justicia y Estado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 112 y ss.

individuos en sus decisiones. Como afirma Catriona MacKenzie, son paternalistas:

«las políticas que tratan de forma distinta a grupos vulnerables sometiéndolos a restricciones, que etiquetan a las personas como incompetentes, marginales o excluidas, que no tienen en cuenta la opinión de estos grupos ni incentivan su participación en la configuración de esa política, y que van dirigidas principalmente a minimizar riesgos para la sociedad y no a fomentar la autonomía de estos grupos»⁴⁶.

Estas políticas mantienen las desigualdades, incrementan la sensación de impotencia, coartan la acción libre y deniegan el estatus de agentes autónomos a estos individuos generando formas de vulnerabilidad patogénicas.

La concepción de la autonomía en un sentido relacional, tal y como propone Catriona Mackenzie, puede completar la noción de vulnerabilidad al acentuar la falta de capacidades como razón de la posible debilidad. Además, tiene en cuenta la importancia de la libertad y la elección individual en relación con el contexto social, sin olvidar que en algunos casos es importante que las políticas se centren en los funcionamientos (salud o educación, por ejemplo) y no en las capacidades. Igualmente, considera que la autonomía puede estar restringida por factores internos y no solamente externos, puesto que los individuos pueden haber asimilado en situaciones de humillación la falta de reconocimiento y dignidad.

Una perspectiva similar es la de Joel Anderson⁴⁷, que es muy sugestiva para la idea de Justicia social al centrarse en los considerados grupos vulnerables. Esta autora dota de argumentos contundentes para exigir obligaciones negativas y positivas por parte del Estado derivadas de la condición de vulnerabilidad. En cuanto a las obligaciones positivas se incluye la garantía para desarrollar suficientemente las capacidades básicas de los individuos de esos grupos como sujetos universalmente dignos.

La distinción entre vulnerabilidades inherentes, contextuales y patogénicas permite identificar las deficiencias en el desarrollo de distintas capacidades. La noción de vulnerabilidad inherente se refiere a las capacidades que se relacionan con las necesidades humanas más básicas, físicas, efectivas y sociales. La vulnerabilidad contextual se centra en capacidades relacionadas con la participación social. La vulnerabilidad patogénica permite identificar la manera en que la vulne-

⁴⁶ MACKENZIE, C., «The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for the Ethics of Vulnerability», cit., p. 47. Traducción propia.

⁴⁷ ANDERSON, J. y HONNETH, A., «Autonomy, Vulnerability, Recognition, and Justice», cit., pp. 127-149. Véase también ANDERSON, J., «Justifying The Capabilities Approach to Justice», en Brighouse H., y Robeyns I. (eds.), *Measuring Justice: Primary Goods and Capabilities*, Cambridge, University Press, 2010, pp. 81-100.

rabilidad contextual conduce a formas de dominación y subordinación, y la forma en que determinadas políticas dirigidas a paliar la vulnerabilidad pueden reducir aún las capacidades⁴⁸.

2.2 Vulnerabilidad, sujeto y responsabilidad pública

Desde ciertas posiciones, se sostiene que la vulnerabilidad ha conseguido despojarse de sus connotaciones negativas, y cada vez más se entiende como una condición antropológica inherente del ser humano⁴⁹. Tiene razón el comunitarista Alasdair MacIntyre cuando afirma que:

«... las virtudes que el ser humano necesita para desarrollarse a partir de su condición animal inicial y llegar a ser un agente racional e independiente, así como las virtudes que requiere para hacer rente al a vulnerabilidad y la discapacidad (tanto las de uno mismo como las de los demás), pertenecen a un único conjunto de virtudes: las virtudes propias de los animales racionales y dependientes, cuyos rasgos de dependencia, racionalidad y animalidad deben ser entendidos en sus relaciones recíprocas. Por lo tanto para tener cuenta debidamente los fenómenos de la discapacidad y la dependencia, quizá sea necesario comenzar con una nueva afirmación de la animalidad humana»⁵⁰.

Además añade que:

«La virtud de la justa generosidad, exige, enfrentado a una situación en que sobre uno recae la responsabilidad de aliviar una necesidad urgente e imperiosa, la existencia de la necesidad de una razón suficiente para actuar, que no se requiera ni se busque ninguna otra razón ulterior»⁵¹.

Martha Albertson Fineman prosigue este camino, si bien obviando la tendencia perfeccionista asociada a la idea aristotélica del desarrollo y florecimiento de unas virtudes humanas para el buen vivir. Entiende que la vulnerabilidad tiene consecuencias éticas en cuanto conlleva una apertura hacia el Otro. Conjuntamente, atañe a cuestio-

⁴⁸ MACKENZIE, C., «The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for the Ethics of Vulnerability», cit., p. 54.

⁴⁹ Véase FINEMAN, M. A., «Equality, Autonomy, and the Vulnerable Subject in Law and Politics», en FINEMAN, M. A., y GREAR, A., *Gender in Law, Culture, and Society: Vulnerability: Reflexions on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Surrey (England)/Burlington (USA), Ashgate Publishing Ltd., 2013, pp. 13-27, p. 13. También NEDELSKY, J., *Law's Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2011, p. 28.

⁵⁰ MACINTYRE, A., *Animales racionales y dependientes. Por qué los seres humanos necesitamos virtudes*, trad. B. Martínez de Murguía, Barcelona, Paidós, 2001, pp. 19-20.

⁵¹ *Ibid.*, p. 187.

nes de Justicia social, al generar responsabilidad hacía las situaciones vulnerables. Considera la sociedad y el mundo en general como un todo vulnerable, y que la vulnerabilidad es una característica compartida, aunque ciertamente asimétrica. Por ello existe una responsabilidad directa de las instituciones político-jurídicas y sociales ante esa asimetría⁵².

La vulnerabilidad es debilidad pero, sobre todo, es derecho de protección y seguridad; un derecho que siempre ha de convivir con la libertad⁵³. Esta perspectiva es crítica con el sueño moderno liberal de invulnerabilidad que se traduce en el acento excesivo hacía la seguridad. Este sueño es irreal además de deshumanizante e inmoral. La seguridad solamente puede conseguirse a partir del reconocimiento de la vulnerabilidad compartida y del derecho a la protección. Tener en cuenta la vulnerabilidad a la hora de hacer un análisis de la Justicia social puede ayudar a prestar una atención adecuada a las desigualdades y desventajas sociales sufridas por ciertos colectivos en razón a la raza, género u orientación sexual, y también, personas por pobreza o discapacidad física o mental.

Hablar de vulnerabilidad permite criticar la idea de sujeto liberal autónomo, autosuficiente e independiente, y acentuar la ineficacia de los remedios liberales para alcanzar la auténtica igualdad. Esto permite reconceptualizar la responsabilidad del Estado y los particulares frente a los demás. El Estado tiene el deber de intervenir ante las situaciones de especial vulnerabilidad. Es responsable de intervenir ante la vulnerabilidad y de proveer los recursos necesarios teniendo en cuenta la asimetría existente⁵⁴.

En general existen profundas desigualdades que son toleradas, incluso justificadas en base a la responsabilidad individual y a la idea liberal de que el individuo no dependa de la asistencia estatal, y que se mantengan los principios del mérito y el libre mercado. A lo largo de la historia los diferentes grupos discriminados han luchado por su igualdad, y el mismo orden liberal ha tenido que aceptar la necesidad de intervencionismo público. No obstante, esa intervención estatal selectiva todavía está aconteciendo demasiado independientemente y basándose demasiado en las identidades construidas. Esto conduce a que las políticas corran el peligro de estigmatizar aún más a los diferentes colectivos al clasificarlos de grupos vulnerables, lo que genera respuestas paternalistas, que impiden la consecución de la igualdad

⁵² Extrapolo también esta idea asociada a la globalización y al desarrollo. Véase STALSETT, S. J., «Vulnerabilidad, dignidad y justicia: valores éticos fundamentales en un mundo globalizado», en Kliksberg, B. (ed.); *La agenda ética pendiente de América Latina*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2005, pp. 45-46.

⁵³ FINEMAN, M. A., «The Vulnerable Subject and The Response of The State», *Emory Law Journal*, vol. 60, n. 2, 2011, pp. 251-275, especialmente p. 267.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 269.

real⁵⁵. Hablar de vulnerabilidad únicamente en relación a ciertos colectivos no es conveniente y puede tener efectos perniciosos⁵⁶. Lo peor de esta manera de entender la desigualdad y la discriminación es que genera una falsa segmentación entre grupos vulnerables y grupos no vulnerables, es decir, que se crea la ficción de que algunos seres humanos no son vulnerables. Sin embargo, como afirma Martha Albertson Fineman:

«La dependencia y la vulnerabilidad no son una desviación, sino elementos naturales e inevitables»⁵⁷.

Efectivamente, hay razón al criticar que la concepción liberal del sujeto ha desechado la idea de dependencia humana y la ha tachado de desviación o patología, cuando éste puede ser considerado un rasgo innato de todos los seres humanos desde que se nace y se es niño, pasando por la enfermedad o la discapacidad temporal o sobrevenida, y llegando a la vejez. Incluso aquellos cuidadores de personas en situación de dependencia son asimismo inevitablemente dependientes de los recursos que necesitan para ese cuidado. La dependencia es, por tanto, natural (infancia o vejez, que hace alusión a un periodo temporal de todo ser humano) y también derivada (propia de la actual estructura organizativa socio-política y económica).

En el pensamiento liberal la responsabilidad hacia ambas ha recaído en la familia (un asunto, por tanto, de la esfera privada), siendo la segunda manifiestamente ignorada al considerarse una opción de los propios individuos que deciden libremente hacerse cargo del cuidado de otros. Por esa razón, la división entre la esfera privada y pública ha sido muy criticada por ciertos grupos como el feminista, ya que es un problema estructural que afecta directamente a las decisiones que las mujeres toman sobre su vida⁵⁸.

Dado que la dependencia ha sido un concepto despreciativo, y que no ha acabado de hacer aflorar las situaciones de vulnerabilidad de

⁵⁵ En este sentido parte de las tesis de Iris Marion Young, según el cual el paradigma distributivo estigmatiza a grupos marginales al considerarlos falsamente como tales y excluirlos de las normas liberales de la sociedad (aunque ciertamente la misma autora no consigue escapar de las redes identitarias al hablar de reconocimiento). Véase YOUNG, I. M., *La Justicia y la política de la diferencia*, trad. S. Álvarez, Madrid, Cátedra, Universidad de Valencia, Instituto de la Mujer, 2000.

⁵⁶ FINEMAN, M. A., «Equality, Autonomy, and the Vulnerable Subject in Law and Politics», cit., p. 16. Véase también FINEMAN, M. A., «“Elderly” as Vulnerable: Rethinking the Nature of Individual and Societal Responsibility», *The Elder Law Journal*, n. 20(1), 2012, pp. 71-112.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 18.

⁵⁸ Véase, por ejemplo, BODELÓN, E., «Dos metáforas para la libertad: igualdad y diferencia», *Anales para la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 36, 2002, pp. 237-264. También, *id.*, «Los límites de las políticas de igualdad de oportunidades y la desigualdad sexual: la familia como problema distributivo y de poder», en RUBIO CASTRO, A., y HERRERA FLORES, J., *Lo público y lo privado en el contexto de la globalización*, Sevilla, Junta de Andalucía/Instituto Andaluz de la Mujer, 2006, pp. 193-222.

manera contundente, aparece el concepto de vulnerabilidad. Esta noción permite distinguir al menos tres dimensiones⁵⁹. En primer lugar, la vulnerabilidad es universal y una condición humana inevitable y constante en el ser humano. En segundo lugar, la vulnerabilidad se experimenta de forma diferente por cada individuo dependiendo de su contexto⁶⁰. Por último, la vulnerabilidad puede ser provocada por la estructura socio-política y económica, y no depender directamente de la condición humana. En suma, existen tres tipos de vulnerabilidades: la inherente, la contextual y la patogénica. Todas ellas configuran lo que Martha Albertson Fineman llama un «sujeto vulnerable».

Ciertamente, esta visión es muy interesante al ofrecer razones que acentúan la idea del «nosotros» referente al valor de solidaridad, pero sin esencialismos ni determinismo, porque las vulnerabilidades son muchas y diferentes.

También es sugestiva al criticar el abstencionismo estatal y fomentar una idea de sociedad justa unida por lazos de solidaridad, que tiene en cuenta diversos tipos de vulnerabilidades. Es una tesis es muy loable por acentuar las obligaciones de solidaridad y, en general, por su crítica a las deficiencias y disfuncionalidades de los presupuestos dominantes del actual ordenamiento jurídico-político liberal.

Ahora bien, también es cierto que plantea dudas importantes cuando se propone como paradigma alternativo al de los derechos⁶¹. Puede ser dudoso cuando apunta a la sustitución total de otros valores y conceptos fundamentales como el de autonomía o el de igualdad, especificados en derechos y concreciones de la dignidad y, por tanto, de la idea de sujeto como ser digno.

En esta línea controvertida se encuentra también Anne Grear quien afirma que la tesis del sujeto vulnerable se conforma como un «proyecto crítico normativo», que ataca el orden global existente y propone un fundamento ético alternativo del sujeto de derechos en sentido amplio y del sistema jurídico-político⁶². Desde esta perspectiva el sujeto se

⁵⁹ FINEMAN, M. A., «Equality, Autonomy, and the Vulnerable Subject in Law and Politics», cit., pp. 20 y ss. Otros autores retoman, aunque con ciertas diferencias, esta división de Martha Albertson Fineman. Véase MACKENZIE, C., «The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for the Ethics of Vulnerability», cit., pp. 33-59. También, *id.*, «Three Dimensions of Autonomy: A Relational Analysis», cit., pp. 15-41.

⁶⁰ La experimentación subjetiva de la vulnerabilidad ha sido especialmente enfatizada desde el punto de vista médico del cuidado y tratamiento del paciente, y desde el punto de vista de la fragilidad del cuerpo humano. Véase, por ejemplo, TURNER, B. S., *Vulnerability and Human Rights*, Pensilvania, Pensilvania State University Press, University Park, 2006, pp. 35 y ss.

⁶¹ En este sentido lo ha hecho Bryan Turner, que trabaja, entre otros, los derechos reproductivos y sexuales o los derechos de las personas con discapacidad desde el punto de vista de la fragilidad humana. Véase TURNER B. S., *op. cit.*

⁶² GREAR A., «Advanced Global Capitalism and Co-symptomatic Injustice: Locating the Vulnerable Subject», en FINEMAN, M. A., y GREAR, A., *Gender in Law, Culture, and Society: Vulnerability: Reflexions on a New Ethical Foundation for Law*

personifica al aparecer materialmente como un ser con un cuerpo material y con unas necesidades que lo conectan con la realidad social⁶³. Se considera que, desde esta concepción del sujeto, se permite dilucidar las implicaciones socio-estructurales de la vulnerabilidad y, por tanto, realizar una crítica del actual sistema político-jurídico y social a nivel nacional y, sobre todo, global donde la asimetría entre países es evidente y donde las implicaciones medioambientales son una realidad innegable. De este modo, el concepto de vulnerabilidad hace posible el tratamiento de diversos temas de la realidad socio-material, como problemas medioambientales, salud, políticas para el desarrollo, economía, globalización⁶⁴.

Sin embargo, creo que esta concepción de la vulnerabilidad no es suficiente como fundamentación alternativa ni del sujeto en su esencia filosófica y jurídica, ni del sistema político-jurídico. En primer lugar, porque no cabe oposición entre autonomía y vulnerabilidad, como bien he explicado anteriormente. Y, en segundo lugar, porque es dudoso que solamente alegando la vulnerabilidad común se produzca una sociedad más igualitaria, como ya se ha defendido, la clave está en cómo se realiza el paso de lo universal (vulnerabilidad como condición humana, como propone esta teoría) a lo particular (las diferentes vulnerabilidades). La vulnerabilidad es una condición humana pero también un estado, circunstancia o situación concreta, que es necesariamente social. La vulnerabilidad no se puede considerar como sustitutivo de la igualdad porque necesita de la igualdad para entender las diversas situaciones y transformar las relaciones e instituciones existentes⁶⁵.

and Politics, cit., pp. 41-60, p. 42. También, *id.*, «Human Rights-Human Bodies? Some reflections on Corporate Human Rights Distorsion, The Legal Subject, Embodiment and Human Rights Theory», *Law and Critique*, n. 17(2), 2006, pp. 171-199. Igualmente, *id.* «The Vulnerable Living Order: Human Rights and the Environment in a Critical and Philosophical Perspective», *Journal of Human Rights and The Environment*, n. 2 (1), 2011, pp. 23-44.

⁶³ Véase también TIMMER, A., «A Quiet Revolution: Vulnerability in the European Court of Human Rights», en Fineman, M. A., y Grear A. (eds.); *Gender in Law, Culture, and Society*, cit., 2013, pp. 147-170. También TIMMER, A.; MAJTÉNYI, B.; HÄUSLER, K., y SALÁT, O., «Critical analysis of the EU's conceptualisation and operationalisation of the concepts of human rights, democracy and rule of law», *Frame Report 3.2*, diciembre 2014, <http://www.fp7-frame.eu/reports/> (última consulta 11 de enero de 2017).

⁶⁴ Un ejemplo es BROOKS, N., *Vulnerability, Risk and Adaptation: A Conceptual Framework*, Norwich, Tyndall Centre for Climate Change Research, 2003. [en línea] <http://bit.ly/1ZKDhGd> (última consulta 11 de noviembre de 2016). También COLE, L., *Ecological Thinking: The Politics of Epistemic Location*, Oxford, Oxford University Press, 2006. O también KIIRBY, P., *Vulnerability and Violence: The Impact of Globalisation*, London, Pluto, 2010; o *id.*, «Vulnerability and Globalisation: mediating impacts on Society», *Journal of Human Rights and the Environment*, n. 2(1), 2011, pp. 86-105.

⁶⁵ MORONDO TARAMUNDI, D., «¿Un nuevo paradigma para la igualdad? La vulnerabilidad entre condición humana y situación de indefensión», *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2016, pp. 205-221, especialmente p. 211. En este mismo

Sin duda, como sucede con otras teorías (la de las capacidades, por ejemplo), esta puede constituir un complemento que enriquezca la idea de dignidad al ser crítica con el modelo planteado por el liberalismo y por su acento en los deberes de solidaridad. Puede ser complemento de la igualdad, siempre y cuando se atienda a las causas de las vulnerabilidades. Incluso puede utilizarse para ir más allá de la propia igualdad de oportunidades (tal y como Martha Albertson Fineman plantea limitadamente al insistir en que el Estado no puede acabar con las vulnerabilidades y solamente puede mitigarlas⁶⁶). Precisamente, al ir más allá, la vulnerabilidad podría promover la transformación de las estructuras y relaciones de poder que deciden de manera desigual sobre la vulnerabilidad creando indefensión o marginalización de algunos seres humanos⁶⁷. Con todo, pienso que el mayor logro de introducir el concepto de vulnerabilidad en el discurso filosófico-jurídico puede estar en su relación con el valor de solidaridad, al permitir acentuar una característica que une a todos los seres humanos como seres dignos que permite hablar del «nosotros» y generar lazos de compasión y solidaridad pública.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA NECESARIA COMPLEMENTARIEDAD DE ENFOQUES PARA LA CONCRECIÓN DEL CONCEPTO DE DIGNIDAD

La vulnerabilidad es un concepto que ha adquirido una presencia relevante en el discurso filosófico-jurídico. Se ha conectado con los valores de libertad (autonomía) e igualdad, con los cuales puede convivir (no sin ciertos límites) y enriquecer. Este trabajo incorpora una nueva conexión entre vulnerabilidad y solidaridad, que permite cerrar el círculo de valores que concretan la dignidad humana.

De hecho, cerrar el círculo es necesario porque los valores de la libertad, la igualdad y la solidaridad están íntimamente relacionados. Por eso, la reformulación de un concepto comporta también el replanteamiento de los demás. A la hora de repensar estas nociones, se trata de incidir sobre el preciso equilibrio entre lo individual y lo social. La crítica al individualismo liberal no puede conducir al comunitarismo extremo. La idea de dignidad requiere el respeto de los individuos, y al mismo tiempo precisa de cierta concepción común acerca de su sustancia y sus exigencias.

sentido crítico, BARRÈRE UNZUETA, M. A., «Martha Albertson Fineman y la igualdad jurídica: ¿vulnerabilidad vs. subordiscriminación?», *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2016, pp. 17-34, esp. pp. 30 y ss.

⁶⁶ FINEMAN, M. A., «Equality, Autonomy, and the Vulnerable Subject in Law and Politics», cit., pp. 24 y ss.

⁶⁷ MORONDO TARAMUNDI, D., *op. cit.*, p. 217.

La clave está en el diálogo interno y social sobre una idea mínima del bien y la vida buena, es decir, sobre lo que se considere una vida digna o la dignidad humana. En este diálogo intervienen factores racionales y también de otro tipo, ya que el ser humano no se describe únicamente como agente racional. El sentimiento o afecto tienen igualmente un papel fundamental en la ontología del sujeto.

Para que se pueda conducir este diálogo se requiere entender, en primer lugar, que los individuos no forjan una idea del bien de manera autosuficiente. El concepto de autonomía ha de ser relacional. Los individuos no generan sus opiniones ni toman sus decisiones de manera completamente independiente. Lo hacen, en cambio, fuertemente influidos por los demás y el contexto social. Hay que incidir especialmente sobre la idea de respeto hacia uno mismo y de autoestima como componentes de la dignidad humana.

En segundo lugar, también es importante defender cierta igualdad en unos resultados mínimos, concernientes a la satisfacción de necesidades y el desarrollo de capacidades. La satisfacción de unos mínimos de dignidad para todos ha de ser un objetivo a perseguir por los poderes públicos, que son quienes deben garantizarlos. Se trata de reivindicar que todos al final gocen de una semejante calidad de vida, o lo que es lo mismo, una vida digna entendida en unos mínimos comunes y básicos, producto del diálogo intercultural, y que se articulen a partir de todos los derechos sin excepción (incluidos los que en la actualidad desgraciadamente parecen depender más de la suficiencia o escasez de recursos). Esto supone cierto perfeccionismo, aunque siempre vago, al ser compatible con esa libertad y autonomía de los individuos para decidir sobre su propia vida. La clave es, por tanto, la *satisfacción de necesidades para el desarrollo de capacidades*. Una lista de funcionamientos y de capacidades puede servir de punto de partida para el diálogo. Pero en el proceso dialógico hay que incidir más fuertemente en la reivindicación por la autonomía en un sentido relacional y, sobre todo, en la igualdad en unos resultados mínimos, que haga alusión más clara a las necesidades y al bienestar. Asimismo, se tiene que dejar claro que la noción de dignidad humana presupone la «desmercantilización» de algunos bienes sociales, que habrán de ser garantizados fuera de la lógica del mercado a través de derechos sociales.

En tercer lugar, el esfuerzo de las políticas sociales estatales ha de fundamentarse también en la solidaridad y en el reconocimiento de las diversas situaciones de vulnerabilidad humana. En efecto, no han de ser políticas paternalistas dirigidas a grupos vulnerables, que generen aún más dependencia. Por el contrario, deben ser políticas dirigidas a encauzar las situaciones de vulnerabilidad y, en su caso, realizar las transformaciones político-jurídicas y socio-económicas responsables de esas vulnerabilidades. La doctrina conecta la vulnerabilidad con la autonomía y la igualdad. Pero también la vulnerabilidad se conecta con la solidaridad al permitir acercarse a una idea de

responsabilidad social común, basada en un «nosotros vulnerable». Todo individuo puede encontrarse en algún momento en una situación de vulnerabilidad.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ANDERSON, J., «Justifying The Capabilities Approach to Justice», en Brighouse H., y Robeyns I. (eds.), *Measuring Justice: Primary Goods and Capabilities*, Cambridge, University Press, 2010, pp. 81-100.
- ANDERSON, J., y HONNETH, A., «Autonomy, Vulnerability, Recognition, and Justice», en Christman, J., y Anderson, J. (eds.), *Autonomy and the Challenges to Liberalism: New Essays*, New York, Cambridge University Press, 2005, pp. 127-149.
- AÑÓN M. J., y MIRAVET P., *Derecho, Justicia y Estado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., «Prólogo» a Pelé, A., *El discurso de la dignitas hominis en el humanismo del Renacimiento*, Madrid, Cuadernos de Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2010, pp. 13-16.
- ARENDT, H., *La condición humana*, trad. R. Gil Novales, Barcelona, Paidós, 1993.
- BARRANCO AVILÉS, M. C., «Human Rights and Vulnerability. Examples of Sexism and Ageism», *The Age of Human Rights Journal*, n. 5, 2015, pp. 29-49.
- BARRÈRE UNZUETA M. A., «Martha Albertson Fineman y la igualdad jurídica: ¿vulnerabilidad vs. subdiscriminación?», *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2016, pp. 17-34.
- BENSON, P., «Feminist Intuition and the Normative Substance of Autonomy», en TAYLOR, J. S., *Personal Autonomy: New Essays on Personal Autonomy and its Role in Contemporary Moral Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 101-126.
- «Feminist Commitments and Relational Autonomy», en PIPER, M., y VELTMAN, A., *Autonomy, Oppression and Gender*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2014, pp. 87-113.
- BODELÓN, E., «Dos metáforas para la libertad: igualdad y diferencia», *Anales para la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 36, 2002, pp. 237-264.
- «Los límites de las políticas de igualdad de oportunidades y la desigualdad sexual: la familia como problema distributivo y de poder», en RUBIO CASTRO, A., y HERRERA FLORES, J., *Lo público y lo privado en el contexto de la globalización*, Sevilla, Junta de Andalucía/Instituto Andaluz de la Mujer, 2006, pp. 193-222.
- BROOKS, N., *Vulnerability, Risk and Adaptation: A Conceptual Framework*, Norwich, Tyndall Centre for Climate Change Research, 2003. [en línea] <http://bit.ly/1ZKDHGd> (última consulta 11 de noviembre de 2015).
- CALVO GONZÁLEZ, J., «Riblíčování se k demokratickému paradigmatu. Problém solidarity priutvárení evropské demokracie», *Střední Evropa. Revue pro Stredoevropskou Kulturu a Politiku*, Praha (Ceské Republice) 49, duben 1995, pp. 48-54 («Aproximación al paradigma democrático. Solidaridad y construcción democrática de Europa», *Europa del Centro. Revista para la Cultura y la Política Centroeupea*).

- CHRISTMAN, J., *The Politics of Persons. Individual Autonomy and Socio-historical Selves*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- «Coping or Oppression: Autonomy and Adaptation to Circumstance», en PIPER, M., y VELTMAN, A., *Autonomy, Oppression and Gender*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2014, pp. 201-226.
- COLE, L., *Ecological Thinking: The Politics of Epistemic Location*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- COSEDDU, A., «El horizonte del derecho, lugar de las relaciones», en BAGGIO, A. M., COSEDDU, A., y MÁRQUEZ PRIETO, A., *Fraternidad y justicia*, Granada, Comares, 2012, pp. 21-54.
- DE LUCAS, J., *El concepto de solidaridad*, México, Fontamara, 1993.
- «La polémica sobre los deberes de solidaridad. El ejemplo del deber de defensa y su posible concreción en un servicio civil», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 19, 1994, pp. 9-88.
- *Mediterráneo: el naufragio de Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- FINEMAN, M. A., «Equality, Autonomy, and the Vulnerable Subject in Law and Politics», en FINEMAN, M. A., y GREAR, A., *Gender in Law, Culture, and Society: Vulnerability: Reflexions on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Surrey (England)/Burlington (USA), Ashgate Publishing Ltd., 2013, pp. 13-27.
- «The Vulnerable Subject and The Response of The State», *Emory Law Journal*, vol. 60, n. 2, 2011, pp. 251-275.
- «“Elderly” as Vulnerable: Rethinking the Nature of Individual and Social Responsibility», *The Elder Law Journal*, n. 20(1), 2012, pp. 71-112.
- FRASER, N., y HONNETH, A., *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico*, trad. P. Manzano, Ediciones Morata, Madrid, 2006.
- FRIEDMAN, M., *Autonomy, Gender, Politics*, Cambridge, Oxford University Press, 2003.
- GREAR A., «Advanced Global Capitalism and Co-symptomatic Injustice: Locating the Vulnerable Subject», en FINEMAN, M. A., y GREAR, A., *Gender in Law, Culture, and Society: Vulnerability: Reflexions on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Surrey (England)/Burlington (USA), Ashgate Publishing Ltd., 2013, pp. 41-60.
- «Human Rights-Human Bodies? Some reflections on Corporate Human Rights Distorsion, The Legal Subject, Embodiment and Human Rights Theory», *Law and Critique*, n. 17(2), 2006, pp. 171-199.
- «The Vulnerable Living Order: Human Rights and the Environment in a Critical and Philosophical Perspective», *Journal of Human Rights and The Environment*, n. 2 (1), 2011, pp. 23-44.
- HONNETH, A., *El derecho de la libertad. Esbozo de una eticidad democrática*, trad. G. Calderón, Madrid, Clave intelectual, 2014.
- KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. M. García Morente, Madrid, Espasa-Calpe, 1980.
- KIRBY, P., *Vulnerability and Violence: The Impact of Globalisation*, London, Pluto, 2010.
- «Vulnerability and Globalisation: mediating impacts on Society», *Journal of Human Rights and the Environment*, n. 2(1), 2011, pp. 86-105.
- LOSANO, M. G. (ed.), *Solidaridad y derechos humanos en tiempos de crisis*, trad. L. Lloredo Alix y C. Lema Añón, Madrid, Dykinson, 2011.
- MACINTYRE, A., *Animales racionales y dependientes. Por qué los seres humanos necesitamos virtudes*, trad. B. Martínez de Murguía, Barcelona, Paidós, 2001.

- MACKENZIE, C., «The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for the Ethics of Vulnerability», en MACKENZIE, C., ROGERS W., y DODDS, S., *Vulnerability: New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2014, pp. 33-59.
- «Relational Autonomy, Normative Authority and Perfectionism», *Journal of Social Philosophy*, 39, 2008, pp. 512-533.
- «Three Dimensions of Autonomy: A Relational Analysis», en PIPER, M., y VELTMAN, A., *Autonomy, Oppression and Gender*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2014, pp. 15-41.
- MACKENZIE, C., y STOLJAR, N., «Introduction: Refiguring Autonomy», en Mackenzie, C., y Stoljar, N. (eds.), *Relational Autonomy Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2000, pp. 3-34.
- MARGALIT, A., *La sociedad decente*, trad. C. Castell Audela, Barcelona, Paidós, 1997.
- MÁRQUEZ PRIETO, A., «Justicia relacional y fraternidad», en BAGGIO, A. M., COSSEDDU, A. y MÁRQUEZ PRIETO, A., *Fraternidad y justicia*, Granada, Comares, 2012, pp. 55-89.
- MARTÍNEZ NAVARRO, E., *Solidaridad liberal. La propuesta de John Rawls*, Granada, Comares, 1999.
- MONEREO ATIENZA, C., *Ideologías jurídicas y cuestión social. Los orígenes de los derechos sociales en España*, Granada, Comares, 2007.
- *Desigualdades de género y capacidades humanas*, Comares, Granada, 2012.
- MORONDO TARAMUNDI, D., «¿Un nuevo paradigma para la igualdad? La vulnerabilidad entre condición humana y situación de indefensión», *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2016, pp. 205-221.
- NEDELSKY, J., *Law's Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2011.
- NUSSBAUM, M. C., *Political Emotions. Why Love Matters for Justice*, Cambridge (Massachussets), London (England), The Belknap Press of Harvard University Press, 2013.
- OLIVA PORTOLÉS, A., «Debates sobre el género», en AMORÓS, C., y DE MIGUEL, A., *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización. De los debates sobre el género al multiculturalismo*, vol.3, Madrid, Minerva, 2005, pp. 13-60.
- OSHANA, M., *Personal Autonomy in Society*, Hampshire (England)/Burlington (USA), Ashgate, 2006.
- «A Commitment to Autonomy Is a Commitment to Feminism», en PIPER, M., y VELTMAN, A., *Autonomy, Oppression and Gender*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2014, pp. 141-160.
- PATEMAN, C., «Democracy, Freedom and Special Rights», en BOUCHER, D. y KELLY, P., *Social Justice: from Hume to Walzer*, New York/London, Routledge, 2005, pp. 219-234.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Humanitarismo y solidaridad social como valores de una sociedad avanzada*, Madrid, La ley, 1991.
- «Tránsito a la Modernidad y derechos fundamentales», en Peces-Barba Martínez, G. y Fernández García, E. (dirs.), *Historia de los Derechos fundamentales, T. 1. Tránsito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1998, pp. 15-263.

- PELE, A., «Modelos de la dignidad del ser en la Edad Media», en *Derechos y Libertades*, núm. 21, 2009, pp. 149-186.
- *El discurso de la dignitas hominis en el humanismo del Renacimiento*, Madrid, Cuadernos de Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2010.
- PEREIRA, C., *Elements of a Critical Theory of Justice*, Hampshire (England), Palgrave MacMillan, 2013.
- PERONI, L., y TIMMER, A., «Vulnerable Groups: The Promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention Law», *International Journal of Constitutional Law*, 11 (4), 2013, pp. 1056-1085.
- RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Boston, Harvard College, 2005 (reimpr. de 1971).
- RAZ, J., *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986.
- RORTY, R., *Contingency, Irony, and Solidarity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.
- TAYLOR, C., «El debate entre liberalismo y comunitarismo», *Revista de Humanidades*, núm. 2, 1994, pp. 63-73.
- SEN, A., «Equality of what?», *The Tanner Lecture on Human Values*, Stanford University, 1979, pp. 195-220.
- *La idea de la Justicia*, trad. H. Valencia Villa, Madrid, Taurus Santillana, 2010.
- STALSETT, S. J., «Vulnerabilidad, dignidad y justicia: valores éticos fundamentales en un mundo globalizado», en Kliksberg, B. (ed.), *La agenda ética pendiente de América Latina*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2005, pp. 45-46.
- STOLJAR, N., «Autonomy and the Feminist Intuition», en Mackenzie, C., y Stoljar, N. (eds.), *Relational Autonomy Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2000, pp. 94-111.
- «Autonomy and Adaptive Preference Formation», en PIPER, M. y VELTMAN, A., *Autonomy, Oppression and Gender*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2014, pp. 227-252.
- TIMMER, A., «A Quiet Revolution: Vulnerability in the European Court of Human Rights», en Fineman, M. A. y Grear A. (eds.), *Gender in Law, Culture, and Society: Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Ashgate, Farnham/Burlington, 2013, pp. 147-170.
- TIMMER, A.; MAJTÉNYI, B.; HÄUSLER, K., SALÁT O., «Critical analysis of the EU's conceptualisation and operationalisation of the concepts of human rights, democracy and rule of law», Frame Report 3.2, diciembre 2014, <http://www.fp7-frame.eu/reports/> (última consulta 11 de enero de 2017).
- TURNER, B. S., *Vulnerability and Human Rights*, Pensilvania, Pensilvania State University Press, University Park, 2006.
- VALCÁRCEL, A., *La política de las mujeres*, Madrid, Cátedra, 1997.
- YOUNG, I. M., *La Justicia y la política de la diferencia*, trad. S. Álvarez, Madrid, Cátedra, Universidad de Valencia, Instituto de la Mujer, 2000.

Fecha de recepción: 31/03/2017. Fecha de aceptación: 31/10/2017.

La agenda para el desarrollo y los derechos humanos: instrumentos complementarios

The Agenda for Development and Human Rights: complementary instruments

Por JAHIEL QUERALT¹ Y HUGO SELEME²
Universitat Pompeu Fabra-Universidad Nacional de Córdoba

RESUMEN

La agenda para el desarrollo sostenible ha adoptado una perspectiva donantecéntrica. Los objetivos recogidos en ella han sido interpretados como mandatos dirigidos a la comunidad internacional que debe asumir el coste de sufragarlos. Sin embargo, la ayuda procedente de los países ricos ha resultado insuficiente y, en el peor de los casos, ineficaz para promover el desarrollo de los países pobres. Este artículo propone prestar más atención al rol de los países pobres en su propio desarrollo. Defiende dos cosas. La primera es que la Agenda debe ser anclada en el sistema de derechos humanos que identifica a cada país como el principal responsable de respetar, proteger y realizar tales derechos –i.e adopta una perspectiva estadocéntrica. La segunda es que la mejora de la capacidad fiscal de los países pobres es indispensable para que estos puedan avanzar en su desarrollo y cumplir con las obligaciones impuestas por los derechos humanos.

Palabras clave: *Agenda para el desarrollo, derechos humanos, capacidad fiscal, ayuda al desarrollo.*

¹ Lectora Serra Húnter en la Universidad Pompeu Fabra jahel.queralt@upf.edu

² Profesor de Ética y Filosofía del Derecho en la Universidad Nacional de Córdoba e investigador del CONICET hugoseleme@gmail.com

ABSTRACT

The Agenda for Development has adopted a donor-centered approach. Its goals have been interpreted as mandates for the international community who has to bear the cost of realizing them. So far, foreign aid has been an insufficient and, in the worst cases, ineffective development tool. This article argues that more attention needs to be paid to the role of poor countries in their own development. It makes two claims. First, it contends that the Agenda for development should be anchored in the system of human rights, which identifies each country as the primary responsible for respecting, protecting and fulfilling human rights – i.e. it adopts a state-centered perspective. Second, it argues that poor countries should improve their tax capacity in order to be able to make progress in their development and discharge their human rights obligations.

Key words: Agenda for Development, Human Rights, tax capacity, development aid.

SUMARIO: 1. LA AGENDA PARA EL DESARROLLO Y LA PERSPECTIVA DONANTECÉNTRICA.–2. ¿QUÉ SIGNIFICA ANCLAR LA AGENDA EN LOS DERECHOS HUMANOS?–3. LOS DERECHOS HUMANOS Y LA PERSPECTIVA ESTADOCÉNTRICA.–4. UNA IMPLICACIÓN PRÁCTICA: LA IMPORTANCIA DE MEJORAR LA CAPACIDAD FISCAL DE LOS PAÍSES POBRES.–5. CONCLUSIÓN.

SUMMARY: 1. THE AGENDA FOR DEVELOPMENT AND THE DONOR-CENTERED APPROACH.–2. WHAT DOES IT MEAN TO ANCHOR THE AGENDA IN HUMAN RIGHTS?–3. HUMAN RIGHTS AND THE STATE-CENTERED APPROACH.–4. A PRACTICAL IMPLICATION: THE SIGNIFICANCE OF IMPROVING THE TAX CAPACITY OF POOR COUNTRIES.–5. CONCLUSION.

1. LA AGENDA PARA EL DESARROLLO Y LA PERSPECTIVA DONANTECÉNTRICA

El pacto mundial de los 17 Objetivos para el Desarrollo Sostenible (ODS) es el último hito en las políticas para el desarrollo económico. Estos objetivos, aprobados en septiembre de 2015, reflejan el consenso de los 193 países miembros de la ONU sobre cuál debe ser la hoja de ruta para aliviar la pobreza en los próximos años (hasta 2030). En este sentido, aunque el pacto no sea jurídicamente vinculante, sigue siendo un instrumento normativo que viene a ampliar los 8 Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), el pacto anterior sobre la misma

materia. La preparación de los ODS (el primer borrador es de 2013) sirvió, entre otras cosas, para evaluar los avances en la mejora de las condiciones de vida en los países pobres. Entre 2000 y 2015, el plazo que se dio a la comunidad internacional para cumplir los ODM, los éxitos más destacados fueron la reducción a la mitad de la pobreza global, el acceso a la educación primaria del 90 por ciento de los niños en países pobres, el acceso de 2.3 billones de personas a agua potable limpia y la prevención de 3.3 millones de muertes por malaria³. Sin embargo, a pesar de este progreso, la mitad de los ODM expiraron sin haberse cumplido.

En el momento en el que se aprueban los ODS 162 millones de niños siguen en situación de malnutrición crónica, mil millones de personas carecen de acceso a instalaciones sanitarias básicas, y 1.2 mil millones de personas permanecen en una situación de pobreza extrema⁴. Esta es la principal razón por la que los ODS renuevan muchos de los compromisos asumidos en el año 2000. Un planteamiento responsable sobre cómo avanzar en la consecución de estos objetivos no puede obviar la difícil tarea de asignar responsabilidades. Según cálculos estimados, el coste de satisfacer los ODS para 2030 en los países en vías de desarrollo oscila entre 3.3 y 4.5 trillones de dólares anuales⁵. ¿Quién o quiénes deben asumir este coste? ¿Quién es el principal obligado? ¿La comunidad internacional o cada estado local?

La agenda para el desarrollo (la Agenda) ha adoptado una perspectiva donantecéntrica. Los ODM y los ODS han sido interpretados como objetivos dirigidos, principalmente, a la comunidad internacional y, en consecuencia, se ha tomado el coste de satisfacerlos como la cantidad que debería poder ser recaudada a través del sistema de ayuda exterior⁶. Esta perspectiva es la misma que tienden a adoptar quienes defienden la idea de justicia global en el debate filosófico sobre justicia distributiva. Las principales contribuciones a este debate se han dedicado a teorizar sobre la naturaleza y el contenido de las obligaciones de los países desarrollados hacia los países en vías de desarrollo, relegando a estos a la posición de meros beneficiarios de la

³ El umbral utilizado como parámetro es el de 1.25 dólares diarios que muchos consideran insuficiente para hablar de una reducción significativa de la pobreza. Véase POGGE, T., «Poverty, Hunger and Cosmetic Progress», en Langford, M., *et al.*, eds., *The Millennium Development Goals and Human Rights: Past, Present and Future*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 209-231.

⁴ Para un balance detallado, véase United Nations Development Program (UNDP), *Millennium Development Goals Report*, New York, United Nations, 2014.

⁵ GREENHILL, R., y ALI, A., «Paying for progress: How will emerging post-2015 goals be financed in the new aid landscape?», *ODI Working Paper*, No. 366, Overseas Development Institute, London, 2013.

⁶ Este punto lo enfatizan CHERU, F. y BRADFORD, C., *The Millennium Development Goals: Raising the Resources to Tackle World Poverty*, London, ZED Press, 2005; y CLEMENS, M., *et al.*, «The Trouble with the MDGs: Confronting Expectations of Aid and Development Success», *World Development*, 35, vol. 5, 2007, pp. 735-751.

ayuda exterior⁷. Hay dos buenas razones para revisar la perspectiva *donantecéntrica*. La primera es que, en la práctica, el sistema de ayuda al desarrollo resulta insuficiente para satisfacer los objetivos de la agenda. La mayor parte de los donantes no han logrado respetar el compromiso de destinar el 0.7 por ciento de su PIB a ayudar a los países pobres fijado hace 45 años por la ONU –en 2012 los países de la OCDE dedicaban una media de 0.43 por ciento⁸.

La segunda razón es que, en algunos casos la ayuda al desarrollo ha supuesto un daño para los beneficiarios. En algunos casos la inyección de dinero en los países pobres ha servido para financiar gobiernos corruptos que la han utilizado para enriquecerse o para fines distintos al de mejorar el bienestar de sus ciudadanos. En otros casos la ayuda ha tenido efectos económicos negativos como el aumento de los precios de bienes básicos o el incremento del tipo de cambio y la consecuente pérdida de competitividad –lo que se conoce como el mal holandés⁹. Estos efectos indeseados del sistema de ayuda exterior han empeorado la situación de los más pobres y han generado mucho escepticismo sobre la ayuda al desarrollo. No son pocas las voces que sugieren terminar con el sistema de ayuda invocando precisamente los intereses de los peor situados¹⁰. Estamos en desacuerdo con esta recomendación. El sistema de cooperación internacional es imperfecto, pero también son imperfectas las instituciones domésticas que configuran el estado del bienestar y no por ello decidimos prescindir de ellas. Los países desarrollados tienen obligaciones hacia los países pobres que deben satisfacer a través de un sistema de ayuda más generoso y, sobre todo, mejor diseñado. Ahora bien, la mejora del sistema de ayuda no es suficiente. No lo es, no tanto por la predicción de que los donantes escatimarán esfuerzos en esta dirección¹¹, sino porque es

⁷ Ejemplos de literatura relevante sobre justicia global que adopta este punto de vista son GILABERT, P., *From Global Poverty to Global Equality: A Philosophical Exploration*, Oxford, Oxford University Press, 2012; TAN, K., *Justice Without Borders: Cosmopolitanism, Nationalism, Patriotism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004; POGGE, T., *World Poverty and Human Rights: Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, Cambridge, Polity Press, 2002; BROCK, G., *Global Justice: A Cosmopolitan Account*, Oxford, Oxford University Press, 2009; HASSOUN, N., *Globalization and Global Justice: Shrinking Distance, Expanding Obligations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

⁸ Recientemente, el G8 también ha fracasado en cumplir el compromiso asumido en 2005 de doblar la ayuda a África en los cinco años siguientes.

⁹ Una síntesis de los problemas que puede generar la ayuda se encuentra en WENAR, L., «Poverty is No a Pond: Challenges for the Affluent», en Illingworth, P., *et al.* (eds.), *Giving Well: The Ethics of Philanthropy*, New York, Oxford University Press, 2011, pp.104-132.

¹⁰ Dos ejemplos son MOYO, D., *Dead Aid: Why Aid Is Not Working and How There Is a Better Way for Africa*, New York, Farrar, Straus & Giroux, 2009; y EASTERLY, W., *The White Man's Burden: Why the West's Efforts to Aid the Rest Have Done So Much Ill and So Little Good*, New York, Penguin, 2006.

¹¹ La promesa de alcanzar el 0,7 por ciento ha sido incumplida por la mayoría de donantes incluso en los tiempos de bonanza económica.

deseable que los países pobres sean capaces de movilizar recursos domésticos y se responsabilicen de su propio desarrollo. La perspectiva *donantecéntrica* debe ser reemplazada por una perspectiva *estadocéntrica* que dé a los países pobres un papel central en su desarrollo. Hay dos razones que justifican este cambio de perspectiva.

La primera es que el desarrollo de los países que reciben grandes cantidades de ayuda se ve muy limitado por la volatilidad de esta fuente de recursos y por el peligro de que sus gobiernos antepongan los intereses de los donantes a los de sus propios ciudadanos en caso de que exista conflicto entre ambos. La segunda es que la situación de miseria que se vive en los países pobres no tiene únicamente causas exógenas como la herencia del colonialismo o la posición de desventaja que ocupan estos países en el sistema de comercio internacional. También tiene causas endógenas como el mal funcionamiento de las instituciones locales, la corrupción y la captación de rentas por parte de las autoridades públicas, entre otras¹². El discurso centrado en las obligaciones de los donantes resta importancia a las causas endógenas y, al hacerlo, nos aleja de su solución.

En este trabajo defendemos que la Agenda debe adoptar una perspectiva *estadocéntrica* que subraye la importancia de las causas endógenas y la responsabilidad de los países pobres de su desarrollo. Nuestro principal argumento a favor de este cambio de perspectiva consiste en anclar la Agenda para el desarrollo en el sistema de derechos humanos que identifica a cada estado como el principal responsable de proteger y satisfacer los intereses de sus ciudadanos y a la comunidad internacional como responsable subsidiaria. En la sección 2 analizamos las principales diferencias entre los derechos y los objetivos como estándares normativos y explicamos qué significa que la Agenda esté anclada en los derechos humanos. En la sección 3 introducimos el sistema de derechos humanos haciendo especial hincapié en el hecho de que identifican al estado como principal obligado y a la comunidad internacional como obligada secundaria o subsidiaria. Analizamos distintos enfoques de los derechos humanos y damos razones para preferir las concepciones políticas que son, en un sentido que especificaremos, doblemente *estadocéntricas*. En la sección 4 sostenemos que la perspectiva *estadocéntrica* genera para los estados pobres el deber de mejorar su capacidad fiscal para así colocarse en la mejor posición posible para poder avanzar en el cumplimiento de los derechos humanos y de los objetivos de la agenda. En la sección 5 resumimos nuestro argumento y concluimos.

¹² Un trabajo pionero en este sentido fue el elaborado por Jean Dréze y Amartya Sen mostrando que las mayores hambrunas del siglo XX tenían causas vinculadas con el diseño de las instituciones estatales y no con la escasez natural de alimentos, DREZE, J., y SEN, A., *Hunger and Public Action*, Oxford, Clarendon Press, 1989; y más recientemente ACEMOGLU, D., y ROBINSON, J., *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity and Poverty*, New York, Crown, 2012.

2. ¿QUÉ SIGNIFICA ANCLAR LA AGENDA EN LOS DERECHOS HUMANOS?

Basta una lectura rápida de la Agenda para percatarse de que el contenido de los ODS y los ODM coincide o está estrechamente relacionado con el de algunos derechos humanos socioeconómicos. Por ejemplo, el objetivo de erradicar la pobreza extrema y el hambre (ODM 1 y ODS 1) coincide parcialmente con el derecho a un nivel de vida adecuado (art. 25.1 DUDH y art.11 ICESCR). Podríamos decir que erradicar la pobreza extrema es el primer paso para garantizar un estándar de vida adecuado. El objetivo de promover la igualdad entre los sexos y el empoderamiento de la mujer (ODM 3 y ODS 5) coincide parcialmente con el reconocimiento de la igualdad entre hombres y mujeres como titulares de derechos (art. 3 ICESCR). En este caso la garantía del derecho es condición necesaria, aunque no suficiente, para lograr el objetivo. Sin embargo, la Agenda no utiliza el lenguaje de los derechos y esto hace que la relación entre ambos estándares no sea del todo clara. ¿Es la Agenda un estándar independiente de los derechos humanos? ¿Son estándares que se refuerzan mutuamente?

Para algunos teóricos y activistas de los derechos humanos, la Agenda no solo no ha añadido nada nuevo sino que, de hecho, ha supuesto un paso atrás a la hora de promover el desarrollo de los países pobres¹³. Consideran que la Agenda es un instrumento excesivamente tecnocrático y reduccionista que debilita las garantías que ofrecen los derechos humanos. Por ejemplo, el ODM 2 y el ODS 4 establecen como objetivo la educación primaria universal deliberadamente y omiten que la educación sea gratuita como sí reconocen el art. 26 de la Declaración universal de los derechos humanos (DUDH) y el art. 13 del Pacto internacional de derechos económicos y sociales (ICESCR).

Para otros, sin embargo, la Agenda ha supuesto un gran avance. Hay quien considera que el lenguaje claro en el que están formulados los objetivos de la Agenda es preferible al lenguaje de los derechos humanos que es ambiguo y, a día de hoy, está debilitado. Su valoración positiva de la Agenda se basa en que los objetivos: i) son metas cuantificables, lo cual facilita la verificación de su cumplimiento; ii) están sujetos a plazos específicos y, en este sentido, imponen exigencias más precisas que la mera «realización progresiva» a la que quedan sometidos los derechos socioeconómicos; iii) gozan de un mayor apoyo que los derechos humanos que, desde bien temprano, han encontrado resistencia –como muestra el hecho de que China y

¹³ Véase DARROW, M., «Master or Servant? Development Goals and Human Rights», en Langford, M. *et al.* (eds.), *op. cit.*, p. 77.

Estados Unidos se hayan negado, respectivamente, a firmar el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (ICCPR), y el IECSCR¹⁴.

Existe, sin embargo, una posición intermedia entre estos dos extremos y es la que nosotros defendemos. Los derechos humanos y la Agenda son dos instrumentos compatibles y su implementación debe apoyarse mutuamente¹⁵. La Agenda refleja un compromiso político al más alto nivel y, en este sentido, da visibilidad y vigor a ciertos imperativos que coinciden con las exigencias derivadas de algunos derechos socioeconómicos¹⁶. Además, desgana el contenido de dichos imperativos en metas cuantificables que facilitan su cumplimiento y el seguimiento del mismo. Ahora bien, como señalábamos, en tanto que mero compromiso político, los objetivos no son jurídicamente vinculantes. En este sentido, anclar la Agenda en los derechos humanos permite revestir a la primera de la autoridad legal que caracteriza a los segundos. Ahora bien, ¿cómo debe entenderse este anclaje y qué es lo que lo justifica?

Carácter deontológico vs. carácter teleológico. Los objetivos están formulados en un lenguaje teleológico, esto es, describen estados de cosas que son valiosos. Los derechos humanos están formulados en un lenguaje deontológico, esto es, expresan deberes –sin perjuicio de que el objeto de un derecho también es algo que tiene valor¹⁷. Estos derechos, a diferencia de otros derechos que puedan existir en el ordenamiento jurídico, son expresión de lo que resulta moralmente correcto y, por lo tanto, los deberes que de ellos se derivan son, a la vez, jurídicos y morales¹⁸. El incumplimiento de un derecho puede ser criticado y sancionado, el incumplimiento de un objetivo solo puede ser criticado. Esta diferencia fundamental en el carácter de ambos estándares da lugar a una diferencia en la motivación de los sujetos que dan cumplimiento a cada uno de ellos. Mientras que la realización de un derecho está motivada por el cumplimiento de un deber, el logro de un objetivo no está motivado por la *mera* aspiración a alcanzar un determinado estado de cosas.

Asignación de responsabilidades. Como hemos apuntado, la Agenda adopta una perspectiva *donantecéntrica* del desarrollo que enfatiza la responsabilidad de la comunidad internacional y la ayuda exterior

¹⁴ Ambos países sí se han comprometido con la agenda para el desarrollo.

¹⁵ NELSON, P., «Human Rights, the Millennium Development Goals, and the Future of Development Cooperation», *World Development*, 35, vol. 12, 2007, pp. 2041-2055.

¹⁶ Véase al respecto ALSTON, P., «Ships Passing in the Night: The Current State of the Human Rights and Development Debate Seen through the Lens of the Millennium Development Goals», *Human Rights Quarterly*, 27, vol. 3, 2005, pp. 755-829; y DARROW, M., *op. cit.*

¹⁷ NICKEL, J., «Goals and Rights-Working Together?», en Langford, M., *et al.* (eds.) *op. cit.*, pp. 37-49.

¹⁸ BESSON, S., «Human Rights-Ethical, Political... or Legal? First Steps in a Legal Theory of Human Rights», en Childress, D., *The Role of Ethics in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 211-45.

como instrumento para financiar el desarrollo. El sistema de derechos humanos, en cambio, traza un entramado mucho más complejo de responsabilidades. De entrada adopta una perspectiva *estadocéntrica*. Esto es, reconoce a cada estado como el principal obligado a respetar, proteger y realizar el contenido de tales derechos y a la comunidad internacional como responsable subsidiaria. Además, en su desarrollo más reciente, también genera obligaciones para otros actores como empresas y ONGs. Los distintos tratados sobre derechos humanos prevén órganos específicos que se encargan de velar por el cumplimiento de estas obligaciones.

Empoderamiento legal. La segunda diferencia es que los derechos humanos son, en términos hohfeldianos, *claim-rights* (derechos-pretensión) que identifican a un titular del derecho y a un sujeto obligado¹⁹. Los objetivos, en cambio, no tienen titulares ni obligan a nadie. Tienen sujetos comprometidos y beneficiarios que en ningún caso pueden exigir su cumplimiento. Una crítica frecuente a los derechos socioeconómicos es que, en realidad, son más parecidos a los objetivos que a los derechos *strictu sensu* ya que, a diferencia de los derechos civiles y políticos, no imponen obligaciones claras cuyo incumplimiento puede ser reclamado en sede judicial²⁰ —el art. 2 del ICESCR solo obliga a los estados a adoptar medidas hasta el máximo de recursos de que disponga para lograr la realización progresiva de los derechos en él recogidos. Sin embargo, la jurisprudencia de las últimas décadas es una prueba en contra de esta crítica. Cada vez son más los tribunales que protegen los derechos socioeconómicos de los individuos de la acción —o inacción— tanto de estados como de entidades no estatales. En varios países es posible encontrar jurisprudencia que exige el desarrollo de programas estatales para frenar la indigencia y las enfermedades endémicas, la provisión de tratamiento médico, el restablecimiento del subministro de agua, la interrupción de desalojos forzados, y la escolarización de niños pobres o pertenecientes a minorías²¹.

Anclar la Agenda en los derechos humanos significa tres cosas que tienen que ver con las tres diferencias que acabamos de ver. La primera es que, en la medida en que el contenido de la Agenda coincida con el contenido de los derechos humanos, el fracaso en su consecución debe ser considerado como un incumplimiento de los derechos humanos. La segunda es que, como principales obligados por el sistema de derechos humanos, los estados deben asumir un papel principal en la

¹⁹ HOHFELD, W. N., *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Cooke, W. W. (ed.), New Haven, Yale University Press, 1919.

²⁰ Una formulación de esta crítica se encuentra en O'NEILL, O., *Towards Justice and Virtue*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, pp. 131-132.

²¹ Véase los casos analizados en LANGFORD, M. (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

consecución de aquellos objetivos de la Agenda –en aquellos que coincidan con derechos humanos. Algunos de los mecanismos de garantía de los derechos humanos existentes en la actualidad pueden servir para reforzar el cumplimiento de la Agenda –e.g. el Comité de Derechos del Niño puede vigilar el avance en la realización del objetivo de reducir la mortalidad infantil. La tercera es que los indicadores introducidos por la Agenda deben ser utilizados como métrica de la consecución de los derechos humanos en los países en vías de desarrollo. Concretamente, deben servir a los tribunales para evaluar el avance de estos países en el cumplimiento de su obligación de realizar progresivamente los derechos socioeconómicos (art. 2 ICESCR).

3. LOS DERECHOS HUMANOS Y LA PERSPECTIVA *ESTADOCÉNTRICA*

De las tres consecuencias que tiene el anclaje de la Agenda en los derechos humanos, el que más nos interesa es el que hace referencia a la atribución a los estados de un papel central en el cumplimiento de los objetivos del desarrollo. En esta sección queremos ahondar en esta idea. Para hacerlo analizaremos con algo más de detalle en qué consiste la perspectiva *donantecéntrica* que caracteriza el sistema de derechos humanos. Lo haremos desde una concepción política de estos derechos ya que, por las razones que ahora explicaremos, nos parece superior a los enfoques rivales.

En el debate filosófico actual existen básicamente tres grupos de concepciones enfrentadas sobre cómo debemos entender los derechos humanos: las concepciones políticas, las naturalistas y las contractualistas. Lo que caracteriza tanto a las concepciones naturalistas como a las contractualistas es que ambas conciben a los derechos humanos como la materialización de una idea previa e independiente a la práctica internacional de los derechos humanos existente en la actualidad y que se origina tras la culminación de la Segunda Guerra Mundial. Lo que varía en ambos enfoques la idea filosófica que cada uno de ellos considera que los derechos humanos cristalizan.

De acuerdo con los enfoques naturalistas los derechos humanos son derechos morales que todo individuo posee por el mero hecho de ser humano²². En todas sus variantes las concepciones naturalistas

²² FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2.^a ed., 2011; GRIFFIN, J., *On Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2008; HIERRO, L., *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*, Madrid, Marcial Pons, 2016; LAPORTA, F., «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa*, 4, 1987, pp. 23-46; PECES-BARBA, G., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid, Eudema, 1988; RUIZ MIGUEL, A., «Los derechos humanos como derechos morales», *Anuario de Derechos Humanos*, 6, 1990, pp. 149-160; TASIIOULAS, J., «The Legitimacy of International Law», en Besson, S., y Tasioulas, J. (eds.), *The Philosophy of*

identifican algún rasgo humano distintivo valioso sobre el cual fundan las exigencias normativas contenidas en los derechos humanos. Así, por ejemplo, Gewirth sostiene, en primer lugar, que los seres humanos no pueden sino reconocer el valor de la agencia moral para, luego, pasar a mostrar cómo los derechos humanos son protecciones de las condiciones indispensables de la agencia moral²³. Para Griffin, por su parte, los derechos humanos protegen la capacidad de las personas de formar, alterar y perseguir sus concepciones del bien²⁴. Concebidos de esta manera naturalista, los derechos humanos son exigencias que no dependen de la existencia de ningún entramado institucional jurídico o social. Tienen validez en cualquier tiempo y lugar.

A pesar de los atractivos que una concepción naturalista pueda tener, existe una razón de peso para no adoptar este enfoque. Toda teoría naturalista debe partir de un elemento primigenio que es valioso para todo ser humano con independencia de cuales sean sus circunstancias sociales e institucionales. Cómo es obvio, el número de estos elementos es necesariamente restringido y esto hace que sea difícil poder justificar a partir de ellos la variedad de derechos humanos que forman parte de la práctica internacional. Las doctrinas naturalistas acaban siendo deflacionarias en relación con los derechos humanos reconocidos en nuestro sistema actual de derechos humanos y, en consecuencia, no permiten justificar la práctica existente.

Para las teorías contractualistas los derechos humanos son un conjunto de exigencias normativas que individuos que pertenecen a culturas y sociedades con valores morales y políticos divergentes, acuerdan o podrían acordar²⁵. Hay tres variantes de teorías contractualistas. El primer grupo de ellas presenta los derechos humanos como un mínimo común denominador de todos los sistemas valorativos actualmente existentes en las diferentes sociedades humanas. El segundo grupo considera que lo que realmente importa no es el consenso efectivamente existente, sino su mera posibilidad. Lo relevante es que los diferentes sistemas valorativos puedan ser interpretados –aun si de hecho quienes los suscriben no lo hacen– de forma que apoyen los estándares normativos contenidos en los derechos humanos. Final-

International Law, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 97-116; VERNENGO, R. J., «Los derechos humanos y sus fundamentos éticos», en Muguersa, J. (ed.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1989.

²³ GEWIRTH, A., *Human Rights: Essays on Justification and Applications*, Chicago, University of Chicago Press, 1982.

²⁴ GRIFFIN, J., *On Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

²⁵ Estas concepciones ven a los derechos humanos como el objeto de un acuerdo entre diferentes culturas con diferentes valores morales o políticos. Entre quienes han defendido este tipo de visiones se encuentra RENTELN, A., *International Human Rights: Universalism Versus Relativism*, Newbury Park, California, Sage, 1990; MARTIN, R., *A System of Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1993; WILLIAMS, B., «Human Rights and Relativism», en Williams, B., *In the Beginning Was the Deed*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 2006.

mente, el tercer grupo hace referencia al hecho de que las exigencias normativas corporizadas en los derechos humanos sean asequibles desde los diferentes sistemas normativos actualmente existentes²⁶.

El atractivo más evidente que poseen las teorías contractualistas es que permiten inmunizar a los derechos humanos de un ataque recurrente, a saber: que se trata de un intento de imponer valores occidentales sobre otros tipos de culturas. Sin embargo, creemos que el precio que estas teorías deben pagar para alcanzar este objetivo es excesivamente alto. Deben privar a la práctica de los derechos humanos de su potencial crítico frente a los sistemas normativos actualmente existentes. Apelar al acuerdo, actual o potencial, como estrategia justificatoria hace que los derechos humanos así concebidos posean un carácter marcadamente conservador que, como sucede con los derechos humanos que defienden las teorías naturalistas, son deflacionarios respecto los derechos humanos reconocidos por la práctica internacional existente.

Las concepciones naturalistas y contractualistas teorizan sobre los derechos humanos de espaldas a la práctica internacional de los derechos humanos. Estos enfoques consideran que la práctica existente carece de justificación en algunos aspectos importantes ya que no encaja con cierta idea prejurídica de estos derechos y la condenan sin detenerse a indagar en sus fines. Esto les lleva a hacer afirmaciones tan sorprendentes como la que hace Laporta cuando dice que «la Declaración Universal de las Naciones Unidas o la Convención Europea, por poner dos ejemplos, no hablan realmente de derechos humanos, o, si se prefiere, hablan pomposamente de ellos para desvirtuarlos a continuación»²⁷. Este tipo de conclusiones nos parecen problemáticas por ser excesivamente revisionistas. Queremos una concepción de los derechos humanos que tome en cuenta nuestras intuiciones básicas sobre la relación que existe entre el concepto de estos derechos y la práctica actual. Esta teorización pegada a la práctica es especialmente necesaria en el contexto de este artículo ya que la Agenda es un instrumento que solo tiene sentido en el contexto de la práctica internacional de las políticas para el desarrollo.

Las concepciones políticas de los derechos humanos teorizan sobre estos derechos a partir de la función que los mismos cumplen en la práctica internacional²⁸. Su punto de partida consiste en ver los derechos humanos como una herramienta diseñada para atajar la desprotección de los individuos frente a los abusos de su propio Estado. Esta

²⁶ COHEN, J., «Minimalism about Human Rights», *Journal of Political Philosophy*, 12, 2004, pp. 190-213.

²⁷ LAPORTA, F., *op. cit.*, p. 41.

²⁸ BEITZ, C., *The Idea of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2010; RAWLS, J., *The Law of Peoples*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1999; RAZ, J., «Human Rights without Foundations», en Besson, S., y Tasioulas, J. (eds.), *op. cit.*

amenaza, puesta en evidencia durante la segunda guerra mundial, tiene su raíz última en la existencia de estados entendidos como unidades políticas con soberanía sobre un territorio en cuyos asuntos internos otros estados tienen vedado intervenir. Lo que vuelve moralmente aceptable la existencia de unidades políticas dotadas de poder coercitivo sobre un territorio –i.e. la existencia del sistema de estados– es que existan protecciones frente a los peligros que este sistema engendra. Los derechos humanos entendidos como requerimientos que cada estado debe satisfacer respecto a sus ciudadanos constituyen esta protección. El resto de los estados tienen una responsabilidad en calidad de garantes. La no satisfacción de los derechos humanos justifica que la comunidad actúe buscando su efectiva protección, si es necesario a través de la intervención humanitaria²⁹.

Las concepciones políticas son *estadocéntricas* en el sentido que hemos manejado hasta aquí y que comparten con los otros dos enfoques, a saber, la identificación del estado como principal obligado a la hora de realizar los derechos humanos. No obstante, estas concepciones también son *estadocéntricas* en un sentido conceptual más fundamental y es que hacen depender la justificación de los derechos humanos de la existencia de los estados como unidades políticas. Creemos que estas dos formas en las que una teoría de los derechos humanos es estadocéntrica están relacionadas y es que la segunda ofrece un fundamento muy sólido para la primera. Precisamente porque los derechos humanos son, en esencia, una protección frente al estado está justificado que sea éste –y no otros actores– quien asuma la responsabilidad principal de realizarlos.

Las concepciones políticas difieren entre sí a la hora de identificar qué elementos forman parte de la práctica de los derechos humanos. Para el propósito de este artículo resulta de especial interés la concepción de Beitz ya que es una propuesta más elaborada que las concepciones políticas alternativas –principalmente las de Rawls³⁰ y Raz³¹– y permite hacer una asignación bastante detallada de las responsabilidades por el cumplimiento de los derechos socioeconómicos. Además de atribuir a cada estado la responsabilidad principal de proteger los derechos socioeconómicos de sus ciudadanos, Beitz identifica distintos supuestos de incumplimiento del estado que exigen soluciones distintas por parte de la comunidad internacional como responsable subsidiaria³². Concretamente, distingue entre tres tipos de casos.

En primer lugar, es posible que el estado no esté llevando adelante las políticas sociales para satisfacer garantizar la subsistencia de sus ciudadanos porque el problema de la pobreza pasa desapercibido.

²⁹ BEITZ, *op. cit.*, pp.141-142.

³⁰ RAWLS, *op. cit.*

³¹ RAZ, *op. cit.*

³² Los tres supuestos de incumplimiento de los derechos humanos que a continuación se detallan son esbozados en BEITZ, *op. cit.*, p. 142.

Aunque es difícil imaginar que esto pueda darse con un asunto tan acuciante como la subsistencia, si el estado no ha percibido la magnitud del problema que enfrenta, es responsabilidad de la comunidad internacional llamar su atención. Los informes que realizan diferentes organizaciones internacionales son una herramienta útil para alcanzar este objetivo de concienciar a los estados.

En segundo lugar, puede ser que el estado tenga conciencia de la situación de pobreza en la que se encuentra parte de su población pero no disponga de los recursos materiales para subsanarla. En este caso la responsabilidad de la comunidad internacional es la de ayudar. Sin embargo, esta ayuda no debe suplir al estado en el cumplimiento de su obligación sino que ha de permitir que sea éste el que la satisfaga. En este segundo supuesto nos podemos encontrar con tres escenarios:

a) No existen suficientes recursos en el territorio de un estado para satisfacer las necesidades de subsistencia de toda la población. Es deber de la comunidad internacional aportar los recursos necesarios pero estos deben ser canalizados a través del estado local para que sea este el que arbitre los medios necesarios para distribuirla entre sus ciudadanos.

b) El estado local no puede hacer frente a las necesidades básicas de la población porque no recauda lo suficiente. La baja capacidad fiscal de un estado tiene varias causas que incluyen la inestabilidad política, el tamaño del sector agrícola y de la economía informal, y la moralidad tributaria –i.e. la motivación de los individuos a pagar impuestos. La combinación de estos factores da lugar a administraciones débiles y con recursos insuficientes para cumplir sus obligaciones para con los ciudadanos. En este supuesto la ayuda de la comunidad internacional debe estar dirigida a fortalecer las instituciones y en especial la administración tributaria del país en cuestión.

c) Son otros estados o la propia comunidad internacional los responsables de que el estado local no sea capaz de cumplir con las obligaciones que le imponen los derechos humanos. Esto sucede cuando las políticas llevadas a cabo por algunos estados o el modo en que se encuentran configuradas las instituciones internacionales tienen el efecto de privar a algunos estados de los recursos necesarios para hacer frente a sus obligaciones.

En tercer lugar, puede darse el caso de que el estado tenga conciencia de que existe parte de su población que no tiene los intereses de subsistencia satisfechos, disponga de los recursos humanos, técnicos y materiales para subsanar el problema, pero carezca de voluntad de hacerlo. Este es el supuesto más grave de vulneración de derechos humanos. El estado de modo deliberado ha condenado a parte de su población a vivir en una situación humanamente indigna. Aún en este supuesto el primer deber de la comunidad internacional es el de lograr que el estado local honre su responsabilidad. La presión internacional mediante, por ejemplo, sanciones diplomáticas o económicas, puede

ser una herramienta adecuada a tal fin. Solo cuando la presión para que el estado cumpla con su obligación se ha mostrado ineficaz, se abre la posibilidad de que la comunidad internacional intervenga de modo directo para paliar la pobreza que padecen los ciudadanos³³.

Adoptar la perspectiva *estadocéntrica* que caracteriza el sistema de derechos humanos en el contexto de la Agenda significa que si esta se incumple, se debe evaluar el esfuerzo de los países pobres a partir y definir a partir de ahí las responsabilidades de la comunidad internacional. Debemos analizar caso por caso y ver ante cuál de los escenarios planteados nos encontramos para determinar cuál debe ser el papel que debe adoptar la comunidad internacional respecto a cada país pobre.

4. UNA IMPLICACIÓN PRÁCTICA: LA IMPORTANCIA DE MEJORAR LA CAPACIDAD FISCAL DE LOS PAÍSES POBRES

El anclaje de la Agenda en el marco de los derechos humanos implica abandonar la perspectiva *donantecéntrica* que ha caracterizado el discurso sobre el desarrollo y centrar el foco en el papel de los países pobres en el cumplimiento de los objetivos para el desarrollo. A la hora de evaluar el incumplimiento de los ODS en los países pobres se debe prestar más atención a las causas endógenas. Una de las principales causas es que la gran mayoría de estos países no recaudan lo suficiente. En 2010 la ONU estableció la necesidad de que los países pobres sean capaces de recaudar al menos el 20 por ciento de su PIB en impuestos para poder lograr los ODM³⁴. Sin embargo, la mitad de los países del África Subsahariana recaudan menos de un 17 por ciento de su PIB –muchos de ellos menos de 1 dólar por persona al día– y varios países de Asia y Latinoamérica se encuentran en una situación similar –los países de la Eurozona recaudan de media un 39,5 por ciento del PIB. En esta sección defendemos que la necesidad de mejorar la capacidad fiscal de los países pobres es una consecuencia inmediata de adoptar la perspectiva *estadocéntrica*.

La capacidad fiscal de un país viene dada por la capacidad de su gobierno de recaudar impuestos que, a su vez, depende de factores objetivos como el diseño de su sistema fiscal, los asideros fiscales y la

³³ Siguiendo a RAWLS, 1999, Beitz sostiene que la violación de los derechos humanos vuelve a la intervención de la comunidad internacional *permisible*. Sin embargo, creemos que su concepción de los derechos humanos permite justificar la existencia de un deber de intervenir aunque dejamos esta cuestión más escolástica para otra ocasión.

³⁴ UNDP, *What Will It Take To Achieve the Millennium Development Goals? An International Assessment*, New York, United Nations, 2010.

capacidad de la población para pagar impuestos³⁵. Esta capacidad es uno de los instrumentos básicos que permiten a un gobierno asumir la responsabilidad de avanzar en el desarrollo. Lo es por dos razones. La primera y más evidente es que los impuestos tienen una finalidad recaudatoria. Permiten al gobierno disponer de una fuente de ingresos propia que le permita satisfacer las necesidades de sus ciudadanos³⁶. La segunda es que la capacidad fiscal resulta clave para la consolidación y el fortalecimiento de las débiles instituciones estatales de los países pobres. Los impuestos no solo tienen una función recaudatoria, también contribuyen decisivamente a establecer gobiernos más transparentes y responsables³⁷. Cuando los ciudadanos están sujetos a un sistema fiscal eficaz, son más proclives a exigir un buen funcionamiento de las instituciones a cambio. La escasa recaudación fiscal de los países pobres no solo se debe a su poca capacidad fiscal sino a que, en la mayoría de casos, los gobiernos hacen poco esfuerzo fiscal, esto es, recaudan aun menos de lo que podrían recaudar dada su capacidad fiscal objetiva –algunos gobiernos, como por ejemplo el de Pakistán, son reticentes a ejercer mayor presión fiscal sobre las élites del país³⁸. Por lo tanto, la mejora de la capacidad fiscal debe ir acompañada del compromiso de ejercer un esfuerzo fiscal adecuado. El esfuerzo fiscal debe ser fundamental a la hora de valorar la actuación de los gobiernos de los países pobres y de determinar las obligaciones concretas que tiene la comunidad internacional respecto de cada país. Veámoslo con un ejemplo.

El PIB per cápita de Guatemala es superior al de otros países de la zona –como Honduras o Nicaragua– pero sin embargo sus índices de desarrollo son de los más bajos. El fracaso de Guatemala en garantizar las necesidades socioeconómicas básicas de una gran parte de su población se explica, en buena parte, por su poca recaudación impositiva –un 12.3 por ciento de su PIB en 2012, la más baja de Latinoamérica junto a Venezuela³⁹. El sistema fiscal guatemalteco se caracteriza por: a) ser regresivo –recae sobre los sectores más pobres y apenas grava a los más ricos–, b) aplicarse de manera poco sistemática entre diferentes sectores, y c) contener muchas exenciones tributarias que facilitan la evasión fiscal. La poca capacidad fiscal llevó al estado a dejar de ingresar anualmente entre un 14 y un 16.3 por ciento de su PIB desde 2000 a 2005 –un porcentaje mayor, de hecho, que el

³⁵ CHELLIAH, R. J., «Trends in Taxation in Developing Countries», *IMF Staff Papers*, 18, vol. 2, 1971, p. 293

³⁶ NAGEL, T., y MURPHY, L., *The Myth of Ownership: Taxes and Justice*, New York, Oxford University Press, 2002, p. 76.

³⁷ BRAUTIGAM, D., *et al.*, *Taxation and State Building in Developing Countries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008

³⁸ TAVERNISE, S., «Pakistani Taxes Widen Divide Between Rich and Poor», *Nytimes.com*, <http://www.nytimes.com/2010/07/19/world/asia/19taxes.html>

³⁹ SCHNEIDER, A., *State-Building and Tax Regimes in Central America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

recaudado⁴⁰. La escasa recaudación fiscal es una de las principales razones por las que el gobierno guatemalteco no es capaz de garantizar el nivel de bienestar mínimo que exigen los derechos humanos y la Agenda –Guatemala se quedó muy lejos de cumplir los OMS. Ahora bien, para evaluar el papel de gobierno de Guatemala debemos conocer el esfuerzo fiscal que ha hecho. El hecho de que en Guatemala haya habido varias reformas tributarias –más de 130 desde los años 90– dirigidas, sin éxito, a aumentar la presión fiscal indica, de entrada, que los gobiernos guatemaltecos no ignoran el problema y han tratado de solucionarlo⁴¹.

El sistema de derechos humanos, a pesar de que adopta una perspectiva estadocéntrica, dice muy poco acerca de cómo los países pobres deben cumplir con su compromiso de realizar progresivamente los derechos sociales. Si, tal y como establece el ICESCR tienen que utilizar *hasta el máximo de recursos* de los que disponen, resulta indispensable que mejoren su capacidad fiscal. No obstante, el lenguaje abstracto y general que domina el discurso y la práctica de los derechos humanos está lejos de proporcionarnos indicadores precisos que nos ayuden a avanzar en la mejora de la capacidad fiscal de los países pobres. La Agenda resulta, en este aspecto, un instrumento más adecuado que puede, como señalábamos antes, ofrecer una guía más precisa para evaluar el desempeño por parte de cada estado de sus obligaciones.

La Agenda ha dado pasos en la dirección de incluir la mejora de la capacidad fiscal como una prioridad para el desarrollo, pero son modestos e insuficientes. Los ODM no hacían mención alguna de la importancia de mejorar la capacidad fiscal de los países pobres. No obstante, poco después de su aprobación, en el marco del Consenso de Monterrey (2002) sobre la financiación para el desarrollo, identificó la mejora de la capacidad de los países pobres para movilizar recursos internos como una estrategia clave para sufragar los ODM. Posteriormente, hubo iniciativas como el International Tax Compact (2008) o el African Tax Administration Forum (2008) orientadas a fortalecer los sistemas fiscales de estos países que se han sumado a los esfuerzos que desde hace años llevan realizando el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional en este ámbito. Sin embargo, este impulso se ha visto frenado por la aprobación de los ODS que no reconocen la mejora de la capacidad como un objetivo específico sino que la relegan a una de las 169 metas que completan los objetivos. Concretamente es una meta del ODS 17 que exige algo tan vago como lograr alianzas para el desarrollo y cuyas metas son una especie de cajón de sastre. En la actualidad se están elaborando los indicadores que servirán para evaluar el avance en el cumplimiento de la Agenda. Algunos objetivos tienen indicadores muy precisos. Por ejemplo uno de los

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 174.

⁴¹ *Op. cit.*

indicadores del ODS 3 que exige mejorar el bienestar y la salud establece que en 2030 se debe haber reducido la mortalidad materna a menos de 70 por 100.000 nacimientos y la mortalidad infantil a 12 por 1.000 nacimientos. Por el momento no existen indicadores similares que nos permitan evaluar de un modo fiable la mejora de la capacidad fiscal de los países pobres.

Creemos que estos indicadores son necesarios y que pueden ser de gran ayuda para determinar, hasta qué punto, un país se está esforzando en cumplir con su obligación de satisfacer progresivamente los derechos humanos socioeconómicos de sus ciudadanos y qué obligaciones concretas tiene la comunidad internacional. Disponer de estos indicadores nos permitirá identificar, siguiendo la propuesta de Beitz, tres tipos de escenarios: a) si el estado desconoce el tipo de políticas fiscales apropiadas o no tiene los recursos humanos requeridos para implementarlas, la ayuda de la comunidad internacional debe estar focalizada en fortalecer estos extremos; b) si el estado no ha advertido que posee una estructura tributaria inadecuada, es deber de la comunidad internacional llamar su atención; y c) si lo ha advertido, pero es incapaz de solucionarlo, la ayuda debe estar dirigida a fortalecer su capacidad en este respecto.

Una consecuencia importante de adoptar la perspectiva estadocéntrica que atribuye a la comunidad internacional el de responsable subsidiaria es que si la comunidad internacional no ayuda a los países pobres a mejorar su capacidad fiscal, estará incumpliendo con su obligación. En este sentido, parece razonable exigir que la ayuda internacional esté condicionada a que los países receptores realicen un mínimo esfuerzo fiscal y esté dirigida –al menos en parte– a incentivar dicho esfuerzo. Si la comunidad internacional ayuda a gobiernos que de manera consciente y voluntaria se niegan a ejercer presión fiscal sobre las élites de su país, estará contribuyendo a perpetuar malos gobiernos que actúan en detrimento del desarrollo económico. Una ayuda no condicionada o no focalizada en el empoderamiento de los Estados locales es contraria al espíritu que motivó la práctica internacional de los derechos humanos.

5. CONCLUSIÓN

En este trabajo hemos defendido que la perspectiva *donantecéntrica* que adopta la Agenda debe ser reemplazada por una perspectiva *estadocéntrica* que dé más importancia al papel de los estados pobres en su propio desarrollo. La estrategia que hemos seguido para defender esta tesis ha consistido en mostrar la importancia de anclar dicha Agenda en el marco de los derechos humanos que identifica a cada estado como el principal responsable de respetar, proteger y realizar tales derechos. Creemos que este anclaje es posible en buena parte por

la coincidencia de los objetivos para el desarrollo con algunos derechos socioeconómicos. Este anclaje tiene tres implicaciones, a saber. Primera, en aquello en lo que la Agenda coincide con el contenido de los derechos humanos, el fracaso en su consecución debe ser considerado como un incumplimiento de los derechos humanos. Segunda, dentro de este ámbito de coincidencia, los estados deben asumir un papel principal en la consecución de los objetivos de la Agenda y la comunidad internacional asume un rol de garante. Tercera, los indicadores introducidos por la Agenda deben ser utilizados como métrica de la consecución de los derechos humanos en los países en vías de desarrollo.

Adoptar la perspectiva estadocéntrica implica que los países pobres dejan de ser meros beneficiarios del sistema de ayuda exterior y pasan a tener el deber de colocarse en la mejor situación posible para poder cumplir con sus obligaciones. Esto pasa, necesariamente, por la mejora de su capacidad fiscal que actualmente es, en prácticamente todos los casos, insuficiente para asegurar un desarrollo sostenible. La comunidad internacional, como responsable subsidiaria del cumplimiento de los derechos humanos, tiene el deber de ayudar a estos países a mejorar su capacidad fiscal. Esto exige dos cosas. La primera es proporcionar ayuda específicamente orientada a tal fin. La segunda es condicionar el resto de ayuda a los países pobres a que estos realicen un esfuerzo fiscal mínimo.

BIBLIOGRAFIA

- ACEMOGLU, D., y ROBINSON, J., *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity and Poverty*, New York, Crown, 2012.
- ALSTON, P., «Ships Passing in the Night: The Current State of the Human Rights and Development Debate Seen through the Lens of the Millennium Development Goals», *Human Rights Quarterly*, 27, vol. 3, 2005, pp. 755-829.
- BEITZ, C., *The Idea of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- BRAUTIGAM, D., et al., *Taxation and State Building in Developing Countries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- BROCK, G., *Global Justice: A Cosmopolitan Account*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- CHELLIAH, R. J., «Trends in Taxation in Developing Countries», *IMF Staff Papers*, 18, vol. 2, 1971, pp. 254-331.
- CHERU, F., y BRADFORD, C., *The Millennium Development Goals: Raising the Resources to Tackle World Poverty*, London, ZED Press, 2005.
- CLEMENS, M., et al., «The Trouble with the MDGs: Confronting Expectations of Aid and Development Success», *World Development*, 35, vol. 5, 2007, pp. 735-751.
- COHEN, J., «Minimalism about Human Rights», *Journal of Political Philosophy*, 12, 2004, pp. 190-213.

- DARROW, M., «Master or Servant? Development Goals and Human Rights», en Langford, M. *et al.* (eds.), *The Millennium Development Goals and Human Rights: Past, Present and Future*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- DREZE, J., y SEN, A., *Hunger and Public Action*, Oxford, Clarendon Press, 1989.
- EASTERLY, W., *The White Man's Burden: Why the West's Efforts to Aid the Rest Have Done So Much Ill and So Little Good*, New York, Penguin, 2006.
- FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2.^a ed., 2011.
- GEWIRTH, A., *Human Rights: Essays on Justification and Applications*, Chicago, University of Chicago Press, 1982.
- GILBERT, P., *From Global Poverty to Global Equality: A Philosophical Exploration*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- GREENHILL, R., y ALI, A., «Paying for progress: How will emerging post-2015 goals be financed in the new aid landscape?», *ODI Working Paper*, No. 366, Overseas Development Institute, London, 2013.
- GRIFFIN, J., *On Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- HASSOUN, N., *Globalization and Global Justice: Shrinking Distance, Expanding Obligations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- HIERRO, L., *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- HOHFELD, W. N., *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Cooke, W. W. (ed.), New Haven, Yale University Press, 1919.
- MARTIN, R., *A System of Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1993.
- MOYO, D., *Dead Aid: Why Aid Is Not Working and How There Is a Better Way for Africa*, New York, Farrar, Straus & Giroux, 2009.
- NAGEL, T., y MURPHY, L., *The Myth of Ownership: Taxes and Justice*, New York, Oxford University Press, 2002.
- NELSON, P., «Human Rights, the Millennium Development Goals, and the Future of Development Cooperation», *World Development*, 35, vol. 12, 2007.
- NICKEL, J.: «Goals and Rights-Working Together?» en Langford, M., *et al.* (eds.), *The Millennium Development Goals and Human Rights: Past, Present and Future*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 37-49.
- PECES-BARBA, G., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid, Eude-
ma, 1988.
- POGGE, T., *World Poverty and Human Rights: Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*. Cambridge, Polity Press, 2002.
- «Poverty, Hunger and Cosmetic Progress», en Langford, M. *et al.* (eds.), *The Millennium Development Goals and Human Rights: Past, Present and Future*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 209-231.
- RAWLS, J., *The Law of Peoples*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1999.
- RAZ, J., «Human Rights without Foundations», en Besson, S., y Tasioulas, J. (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- RENTELN, A., *International Human Rights: Universalism Versus Relativism*, Newbury Park, California, Sage, 1990.
- RUIZ MIGUEL, A., «Los derechos humanos como derechos morales», *Anuario de Derechos Humanos*, 6, 1990, pp. 149-160.
- SCHNEIDER, A., *State-Building and Tax Regimes in Central America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

- TAN, K., *Justice Without Borders: Cosmopolitanism, Nationalism, Patriotism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- TASIOULAS, J., «The Legitimacy of International Law», en Besson, S., y Tasioulas, J. (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 97-116.
- TAVERNISE, S., «Pakistani Taxes Widen Divide Between Rich and Poor», *Nytimes.com*, <http://www.nytimes.com/2010/07/19/world/asia/19taxes.html>
- UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAM (UNDP), *Millenium Development Goals Report*, New York, United Nations, 2014.
- *What Will It Take To Achieve the Millennium Development Goals? An International Assessment*, New York, United Nations, 2010.
- VERNENGO, R. J., «Los derechos humanos y sus fundamentos éticos», en Muguerza, J. (ed.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1989.
- WENAR, L., «Poverty is No a Pond: Challenges for the Affluent», en Illingworth, P. et al. (eds.), *Giving Well: The Ethics of Philanthropy*, New York, Oxford University Press, 2011.
- WILLIAMS, B., «Human Rights and Relativism», en Williams, B., *In the Beginning Was the Deed*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 2006.

Fecha de recepción: 31/03/2017. Fecha de aceptación: 31/10/2017.

La interpretación *a contrario* de disposiciones jurídicas

Interpreting legal rules a contrario

Por JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ
Universidad de Santiago de Compostela

RESUMEN

La interpretación a contrario de las disposiciones jurídicas es un método usual, pero problemático, de argumentar acerca del contenido del derecho. Toma la prescripción de consecuencias para un supuesto de hecho como prescripción implícita de consecuencias distintas para un caso relacionado distinto, y las hace explícitas. La justificación de este razonamiento ya sea como método de conocimiento o como argumento para motivar decisiones, depende ante todo de la solidez de la premisa que asume tácitamente. La premisa tácita es que, en ciertas condiciones y respecto de un universo de casos afines, las disposiciones tienen dos implicaciones normativas sobre supuestos que no regulan explícitamente. La implicación negativa es que no se siguen necesariamente las mismas consecuencias que en los supuestos explícitos, pero pueden seguirse si se admite la aplicación analógica de las normas. La implicación positiva es que se siguen consecuencias distintas cuando las circunstancias jurídicas o lingüísticas excluyen la analogía o cuando hay diferencias relevantes entre los casos. Esta doble premisa tiene su fundamento último en la pragmática de la comunicación jurídica. En cambio, el uso del argumento a contrario para impedir la interpretación extensiva es infundado.

Palabras clave: *Interpretación jurídica; argumento a contrario; analogía.*

ABSTRACT

Interpreting legal rules a contrario is a usual but problematic method for making claims about the content of the law. It takes the directive of consequences for some stated fact or event as an implicit directive of different consequences for a different related fact or event, and it makes them explicit. The justification of this reasoning, both as a method of knowledge and as an argument to explain decisions, depends primarily on the soundness of the premise it assumes tacitly. This premise is that, under certain conditions and within a universe of related cases, statutes have two normative implications regarding cases they do not rule upon explicitly. The negative implication is that it does not follow necessarily the consequence of the explicit case, although it may follow when analogical application of laws is admitted. The positive implication is that it follows a different consequence when legal or linguistic circumstances exclude analogy or when there are relevant differences between the cases. This double premise has foundations on the pragmatics of legal communication. However, the use of a contrario argument to prevent interpretations that extend meaning is unfounded.

Key words: *Statutory interpretation; a contrario argumentation; analogy.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2 EL ARGUMENTO. 2.1 *Descripción.* 2.2 *Estructura.* 2.3 *Justificación.* 2.3.1 *Validez.* 2.3.2 *Solidez.*—3 LA IMPLICACIÓN. 3.1 *Naturaleza.* 3.2 *El fundamento de la implicación a contrario.* 3.3 *El universo del discurso: el supuesto explícito y los relacionados con él.* 3.4 *Las condiciones mínimas de la implicación.* 3.4.1 *Condiciones jurídicas.* 3.4.2 *Condiciones lingüísticas.* 3.5 *La elocuencia de la implicación.* 3.5.1 *Variantes de la implicación débil o negativa.* 3.5.2 *Variantes de la implicación fuerte o positiva.* 3.6 *La extensión del supuesto de hecho y el problema de la analogía.* 3.7 *Las circunstancias de la implicación positiva.* 3.7.1 *Factores jurídicos.* 3.7.2 *Factores lingüísticos.*—4 CONCLUSIONES.—5 REFERENCIAS.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.—2. THE ARGUMENT. 2.1 *Description.* 2.2. *Structure.* 2.3 *Justification.* 2.3.1 *Validity.* 2.3.2 *Soundness.*—3. THE IMPLICATION. 3.1 *Nature.* 3.2 *The foundations of the a contrario implication.* 3.3 *The universe of discourse: the explicit case and the related ones.* 3.4 *The minimal conditions for the implication.* 3.2.1 *Legal conditions.* 3.2.2 *Linguistic conditions.* 3.5 *The eloquence of the implication.* 3.5.1 *Variations of the negative implication.* 3.5.2 *Variations of the positive implication.* 3.6 *The extension of the fact description and the problem of analogy.* 3.7 *The circumstances of the positive implication.* 3.7.1 *Legal factors.* 3.7.2 *Linguistic factors.*—4. CONCLUSIONS.—5. REFERENCES.

1. INTRODUCCIÓN¹

«No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados», dice el artículo 160.2 CC². Ante esto, razona así la STS (Civil) 689/2011, de 20 de octubre (FD 4): «El Art. 160.2 CC, *a contrario sensu*, permite denegar las relaciones del nieto con sus abuelos cuando concorra justa causa, que no define y que debe examinarse en cada uno de los casos que se deban enjuiciar». Los juristas hacen con normalidad este tipo de interpretaciones *a contrario sensu* (en sentido contrario), porque a menudo, como en el ejemplo citado, parecen contar con un fundamento contundente, prácticamente irrefutable. No obstante, es un argumento cuestionado; hasta el punto de que la STC 123/1992, de 28 de septiembre, advierte del «riesgo que entraña en sí misma cualquier argumentación *a contrario* por su esencial ambigüedad» (FJ 2). En efecto, el argumento plantea desafíos de justificación y de aplicación que son causa recurrente de debate tanto jurisprudencial como doctrinal.

Este trabajo estudia algunos problemas teóricos y prácticos de la argumentación *a contrario sensu*, con apoyo en trabajos doctrinales sobre la cuestión, en la observación de la práctica jurisprudencial y en algunas hipótesis interpretativas de preceptos constitucionales. El estudio expone las condiciones que justifican argumentar *a contrario* en la interpretación jurídica; y defiende que en determinadas circunstancias es un requisito para decir el derecho.

La exposición comienza dando cuenta de los rasgos y los problemas generales de la argumentación *a contrario* (§ 2), luego analiza las condiciones y el fundamento de la implicación que presupone (§ 3), y se cierra con resumen de las conclusiones (§ 4).

2. EL ARGUMENTO

2.1 Descripción

En esencia, argumentar *a contrario sensu* al interpretar una disposición jurídica que prescribe consecuencias jurídicas para cierto supuesto de hecho es, primero, inferir que un supuesto de hecho relacionado diferente tiene consecuencias jurídicas distintas implícitas; y,

¹ Trabajo del proyecto de investigación DER2016-74898-C2-2-R, financiado por el MINECO y el FEDER.

² ABREVIATURAS. En este trabajo se usan estas conocidas abreviaturas (las leyes y los tribunales son de España): CC = Código Civil; CE = Constitución Española; CP = Código Penal; SAP = Sentencia de la Audiencia Provincial; STC = Sentencia del Tribunal Constitucional; STS = Sentencia del Tribunal Supremo.

seguidamente, hacer explicitas esas consecuencias inferidas³. La jurisprudencia y la doctrina españolas hablan tradicionalmente de argumento «*a contrario sensu*», o simplemente «*a contrario*»; pero en otras lenguas también se llama «*e contrario*»⁴.

Este ejercicio argumental contribuye a la interpretación jurídica tanto *en abstracto* como *en concreto*: de un lado, sirve para interpretar disposiciones y extraer de ellas su contenido normativo implícito; de otro lado, sirve para dar respuesta a casos con arreglo a normas⁵. Por lo demás, el argumento *a contrario* se usa con muy distintas finalidades. Este trabajo se ocupa de su uso epistémico, dirigido a alcanzar o a justificar una interpretación conforme a derecho. Pero el argumento también tiene un uso retórico o instrumental, dirigido a promover o a defender una interpretación que se considera preferible por la razón que sea⁶.

El razonamiento *a contrario* tiene presencia en el derecho de tres maneras, que deben distinguirse aunque estén evidentemente relacionadas: se usa para interpretar el derecho, para respaldar un método de interpretación y para justificar interpretaciones. *a)* La argumentación *a contrario* es un procedimiento o una técnica interpretativa que usan juristas y legos para reconocer la respuesta jurídica a casos no explícitamente regulados. Es una herramienta heurística para identificar el

³ La descripción del argumento se complicará al explicar su estructura (*infra* § 2.2). Las definiciones doctrinales abundan, pero sigue destacando la de Tarello (1980/2013: 213): «El argumento *a contrario* es aquel por el cual, dada una norma que predica una cualificación normativa cualquiera (por ejemplo, un poder, una obligación, un *status*) de un sujeto o de una clase de sujetos, a falta de otra norma expresa, se debe excluir que valga (que exista, que sea válida) una diversa norma que predique esa misma cualificación normativa para cualquier otro sujeto o clase de sujetos». Seguidamente añade que «ahora, en nuestra cultura», el argumento también se emplea para excluir la interpretación extensiva y no solo la analogía. Defenderé que la exclusión no afecta a *cualquier* otro sujeto, sino solo a algunos afines al que recibió la predicación original y en determinadas circunstancias; y que el argumento *a contrario* por sí mismo no excluye la interpretación extensiva.

⁴ Escriben «*e contrario*» Klug (1982/1990: 176), Peczenik (1989: 395) y Hage (1997: 121), entre otros. Jansen (2005 y 2008) emplea ambas versiones. Saint-Albin (1833: 66 y 73) distingue entre el argumento «*a contrario sensu*» (según el cual lo no incluido en la ley está excluido, y viceversa); y el argumento «*a contrariis vel oppositis*» (que propone una contraposición o un contraejemplo). El *Diccionario de la lengua española* explica el «argumento *a contrariis*» como «argumento que parte de la oposición entre dos hechos para concluir del uno lo contrario de lo que ya se sabe del otro».

⁵ Sobre la diferencia entre interpretación jurídica «en abstracto» y «en concreto» y su relación con el argumento *a contrario*: Guastini (2011/2014: 33-36 y 283).

⁶ Como explica Atienza (2013: 110 y ss.), cabe concebir la argumentación jurídica desde una perspectiva formal, material o pragmática. Aquí la argumentación *a contrario* se analizará ante todo en su dimensión formal, como inferencia; y también en su dimensión material, como método para justificar respuestas jurídicas en casos sin regulación explícita. En cambio, no se prestará atención a su dimensión pragmática, como estrategia o actividad encaminada a producir efectos prácticos, por ejemplo persuadir a quien juzgará el caso.

contenido del derecho, complementaria de la lectura de los textos legales: sirve para extraer de ellos información no escrita. Es un modo de razonar que forma parte del contexto de descubrimiento de las respuestas jurídicas. *b)* La directiva o canon de la interpretación *a contrario* es una pauta o directriz hermenéutica según la cual debe entenderse *prima facie* –esto es, si no hay razones más fuertes en contra– que las disposiciones jurídicas únicamente prescriben consecuencias para los supuestos de hecho que regulan explícitamente y, por eso, no deben aplicarse a otros casos. Esta es la regla que expresan conocidas máximas interpretativas, como *Inclusio unius exclusio alterius* (incluir una cosa excluye las otras) –o *Expressio unius est exclusio alterius*–; *Ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit* (cuando la ley quiere, dice; cuando no quiere, calla); *Qui dicit de uno, negat de altero* (quien dice de uno, niega de otro); o *Exclusa censetur omnia, quae lex enumerando non inclusit* (se entienden excluidas todas las cosas que la ley, en una enumeración de casos, no incluye). *c)* Finalmente, el argumento *a contrario* es un recurso teórico para justificar conclusiones jurídicas, de frecuente empleo en la motivación de sentencias y en la doctrina. Es el resultado de construir premisas y realizar inferencias, y se invoca como razón para fundamentar una solución. En este sentido, también tiene un lugar en el contexto de justificación de las respuestas jurídicas⁷.

Hay diferentes versiones del argumento *a contrario*; y dos clasificaciones doctrinales especialmente importantes, que aquí se asumen y puntualizan.

En primer lugar, la distinción entre una versión *débil* o *interpretativa*, según la cual la norma no dice nada sobre los casos que no menciona y no es aplicable a ellos (no los regula); y una versión *fuerte* o *constructiva*, según la cual la norma se pronuncia implícitamente sobre los casos que no menciona y los excluye de la consecuencia que prescribe para los que menciona (los regula de manera diferente)⁸. Aunque esta distinción es útil, se verá que la versión «débil» no calla del todo si pretende hacer explícita una implicación y de esta manera servir efectivamente de argumento. Diríamos que hay grados de debilidad, cuya distinción es difícil de reconocer sin ayuda de la lógica y

⁷ Algunos enfoques doctrinales sobre el funcionamiento del argumento son reduccionistas. Tarello (1980/2013: 313) lo considera una «regla sobre la exclusión de producción normativa» o «regla de interpretación». También Chiassoni (2007/2011: 332-335) lo trata entre las «directivas». En cambio, para Peczenik (1989: 397) el «*argumentum e contrario*» y la analogía «no son reglas sino formas de argumento» que se apoyan en normas de razonamiento y principios y «permiten al juez alcanzar la conclusión justificable en las circunstancias».

⁸ Esta es la clasificación de Peczenik (1989: 395) entre un argumento *a contrario* «débil» (según el cual la norma no es razón suficiente para tratar el caso que no cubre) y otro «fuerte» (según el cual el caso no cubierto no debería ser tratado como estipula la norma). Y también la de Guastini (2011/2014: 283) entre una variante «meramente interpretativa» y otra «no meramente interpretativa, sino «constructiva».

pospongo para más adelante (§ 2.3.1). Por otro lado, la versión «fuerte», si bien *construye* una respuesta al caso no mencionado, no deja de ser «interpretativa», porque pretende decir el derecho haciendo explícito su contenido implícito⁹.

En segundo lugar, la distinción entre una versión *lingüística* del argumento, según la cual la disposición ha de interpretarse en sus propios términos y no es aplicable a casos que no encajan estrictamente en su significado; y una versión *sustancial* o *material*, según la cual la disposición ha de interpretarse atendiendo a las razones de su regulación y no es aplicable a casos en los que no concurren esas razones¹⁰. Esta clasificación también es oportuna, pero como se verá no presenta opciones que el intérprete puede escoger a capricho, sino manifestaciones del argumento cuya justificación depende de las circunstancias. Por una parte, el argumento solo se justifica con una consideración «material» de la diferencia entre los casos o con razones para soslayarla; pero cuando estas se dan, el argumento funciona con el simple examen «lingüístico» de las diferencias entre los casos (y suele justificar su uso «fuerte»). Por otra parte, la versión «lingüística» no deja de tener en cuenta las propiedades «materiales» de los casos, porque las diferencias en el significado de los términos legales dependen también de esas propiedades.

La argumentación *a contrario* se emplea típicamente para interpretar textos legislativos, y en ellos se centra este trabajo; pero también se

⁹ Digamos que el argumento no amplía el ordenamiento, pero facilita interpretar su contenido en sentido amplio. Esta podría ser la tesis de Savigny (1840/2010: 416): «El argumento llamado *argumentum a contrario* es también una especie de interpretación extensiva. En efecto, puede el legislador circunscribir su pensamiento en ciertos límites, de manera que suponga una regla contraria para los casos que se encuentran fuera de cierto límite; por ejemplo, cuando el pretor introducía una acción con la fórmula ordinaria, *intra annum iudicium dabo*, evidentemente esta fórmula implica la regla contraria: *post annum non dabo*; conclusión que es en realidad una interpretación extensiva».

¹⁰ En esta distinción convergen dos clasificaciones no totalmente homogéneas. Por un lado, Jansen (2008: 46) diferencia entre el argumento *a contrario* «lingüístico», que «se basa en la redacción del texto» y sostiene que la regla jurídica se aplica solo a la situación que cita explícitamente; y el «de las diferencias relevantes», que sostiene que el caso actual es diferente del mencionado en la regla y no procede aplicar esta analógicamente. Por otro lado, García Amado (2001: 85, *passim*) distingue entre basar el argumento en una concepción «lingüística» o «material» del derecho: en el primer supuesto, el argumento refuerza la aplicación de normas y no opera en caso de laguna; en el segundo supuesto, opera cuando se aprecia que los casos carecen de semejanza relevante para merecer la misma solución según «la regla de justicia o el valor que da su razón de ser» a la norma (p. 100). Aunque García Amado sitúa la base «material» del argumento *a contrario* exclusivamente en criterios morales, no veo obstáculo para ampliarla a cualquier criterio que pueda fundar juicios de relevancia jurídica.

aplica a sentencias¹¹, contratos¹², o hechos¹³. Incluso cabe interpretar *a contrario* la derogación de una disposición: el razonamiento es que si el legislador derogó lo que había dispuesto, se entiende que ahora dispone lo contrario¹⁴.

2.2 Estructura

La argumentación *a contrario sensu* para interpretar disposiciones jurídicas se desarrolla en cuatro pasos. Más que fases sucesivas, son partes o elementos del razonamiento obtenidas del análisis teórico; pero creo que se ajustan bastante a cómo se usa y se percibe de hecho el argumento.

1) *Suposición*. Se presuponen unas implicaciones normativas de la disposición. Hay dos tesis fundamentales, que justifican sendas modalidades del argumento. *a) La tesis de la implicación negativa*: se asume que una disposición que prescribe consecuencias para un supuesto de hecho explícito, cumplidas ciertas condiciones mínimas, implica que en un supuesto relacionado distinto no se siguen necesariamente esas mismas consecuencias. *b) La tesis de la implicación positiva*: se asume que una disposición que prescribe consecuencias para un supuesto de hecho explícito, cumplidas ciertas condiciones mínimas y en determinadas circunstancias, implica que en un supuesto relacionado distinto se siguen consecuencias distintas. Más adelante (§§ 3.4 y 3.7) veremos las «condiciones mínimas» y las «determinadas circunstancias» aludidas¹⁵.

¹¹ V. gr., STS (Cont.-Adm.) de 7 de diciembre de 2004 (FD 2), con un pasaje de la STC 29/1989, de 6 de febrero.

¹² V. gr., SAP Madrid (Sec. 12.ª) 53/2015, de 12 de febrero (FD 17), con una cláusula contractual.

¹³ V. gr., SAP Barcelona (Sec. 2.ª) 853/2012, de 27 de septiembre (FD 1), con la declaración testifical de un guardia civil, quien no recordaba los gestos del acusado al recoger en Correos un paquete con droga: «no estaría de forma especialmente cautelosa y/o nerviosa pues hubiera sido reflejada por el agente».

¹⁴ Este razonamiento acude al «criterio histórico» para indagar la intención del legislador; pero puede presentarse con el ropaje de un argumento *a contrario*. V. gr. voto particular del magistrado J. A. Xiol Ríos a la STS (Cont.-Adm.) de 4 de abril de 1997, que interpreta la supresión, por la Ley 48/1978, de 7 de octubre, del apartado 2 del artículo 10 de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales («No corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con las calificaciones a que se refiere esta Ley»): «Con ello, por vía de inversión lógica perfectamente lícita en la interpretación de la ley, debe llegarse a la conclusión de que se «consagra la facultad jurisdiccional de control sobre los actos que se han sometido a nuestro enjuiciamiento» [...]».

¹⁵ Como puede apreciarse, las tesis de la implicación negativa y positiva sustentan respectivamente las versiones «interpretativa» o débil y «constructiva» o fuerte del argumento. De la primera resulta que la norma no regula el caso que no menciona. De la segunda resulta que le da una respuesta distinta de la del caso que sí menciona.

2) *Interpretación de la prescripción explícita.* Se identifica la norma válida, expresada por la disposición, que prescribe cierta consecuencia para un supuesto de hecho explícito. Este es un paso complejo, pues pocas veces basta la mera lectura del texto legal para captar la norma o normas que expresa; pero el problema de la interpretación jurídica en general no nos incumbe aquí. Sea como sea, las disposiciones son interpretadas primeramente para reconocer o postular el caso que regulan y la regulación que le dan.

3) *Calificación.* Se califica un determinado caso como distinto del supuesto de hecho explícito de la disposición, pero afín a ella; y se evalúa la semejanza entre los casos a la luz de la regulación o el cumplimiento de las circunstancias que hacen innecesaria esta evaluación.

4) *Deducción o postulación de la prescripción implícita.* La argumentación *a contrario*, entendida como un razonamiento válido y útil para interpretar el derecho, se concreta al final en deducir la consecuencia jurídica que la disposición prescribe implícitamente para el caso que no regula explícitamente. Pero en ocasiones el intérprete *postula* una solución que no se sigue de las premisas, típicamente porque rebasa la implicación fundada. Por ejemplo, si el supuesto explícito está prohibido, normalmente la implicación positiva es que el caso en contraste está permitido, pero un intérprete podría ir más allá y postular que es obligatorio.

Cuando los pasos se dan correctamente –la suposición está fundada, la interpretación y la calificación son fieles a la realidad jurídica, y la deducción respeta la lógica–, el argumento *a contrario* es un método de conocimiento y de demostración del derecho. Correctamente entendido, el argumento no crea derecho, aunque puede ser «constructivo» en cuanto a ofrecer una solución positiva. En cambio, cuando los pasos se dan en falso el argumento es falaz, y sus eventuales resultados son producción y defensa de nuevo derecho. También hay creación de derecho argumentando *a contrario* cuando se persigue colmar una laguna. Esto se verá mejor después, pero en síntesis cabe decir que cuando las circunstancias excluyen la analogía y justifican la implicación positiva, el argumento *a contrario* descubre derecho preexistente. En cambio, si la analogía es una opción pero se cumplen las condiciones de la implicación negativa, el argumento *a contrario* rivaliza con la analogía para dar respuesta al caso. En este contexto, la solución requiere un juicio valorativo y puede entenderse o bien como integración de una laguna y creación de nuevo derecho, o bien como aplicación de principios jurídicos subyacentes.

Por otra parte, distinguir los pasos del argumento *a contrario* lleva a replantear la propia noción. En una perspectiva, el argumento empieza *a partir* de las premisas que se asumen, que son la implicación, la norma explicitada y la calificación de los casos; y por tanto consiste en deducir (o en postular) la solución y en presentarla como conclusión de una inferencia. En otra perspectiva, acogida aquí, el argumen-

to recorre los cinco pasos identificados, incluida la formación de las premisas que emplea. Es una cuestión semántica qué perspectiva adoptar, pero no aclarar este punto puede llevar a malentendidos.

2.3 Justificación

La argumentación *a contrario* tiene conocidos problemas de justificación, tanto lógicos, relativos a la validez o justificación interna del argumento, como sustanciales, relativos a la solidez o justificación externa de las premisas que maneja.

2.3.1 VALIDEZ

Sostener que la consecuencia prescrita para el supuesto explícito no se sigue cuando falta ese supuesto, como hace quien argumenta *a contrario*, presenta un problema lógico, por el riesgo de incurrir en falacia. Como es sabido, del condicional «Si p , entonces q » ($p \rightarrow q$) y la negación del antecedente ($\neg p$), no se sigue la negación del consecuente ($\neg q$); y pretender lo contrario es la «falacia de negación del antecedente». Un argumento *a contrario* válido sigue el esquema *modus tollens*, que de « $p \rightarrow \neg q$ » y « $\neg q$ » deduce « $\neg p$ ». Esto requiere una premisa condicional cuyo consecuente es lo que se niega o una premisa bicondicional, con implicación bidireccional ($p \leftrightarrow q$), según la cual el consecuente se sigue *si y solo si* se da el antecedente¹⁶. Como las normas aportan por definición la premisa inicial «Si se da el supuesto h , debe darse la consecuencia c », que simbolizaré « $h \rightarrow Oc$ », el problema de validez de argumentar *a contrario* con esa premisa y la negación del supuesto h , es contar también con la premisa inversa « $Oc \rightarrow h$ », y así con el bicondicional « $h \leftrightarrow Oc$ »¹⁷.

Esquematizar el argumento facilita ver la diferencia entre sus versiones fuerte y débil, y los grados de debilidad. La versión fuerte explicita una implicación positiva, según la cual al caso no expreso en la norma le es aplicable una consecuencia distinta de la prescrita para el caso expreso: « $\neg h \rightarrow O\neg c$ ». La versión débil que aquí consi-

¹⁶ Como dice Klug (1982/1990: 179), de «Todo S es P » no se sigue «Ningún $no-S$ es P ». En el caso de normas que correlacionan supuestos de hecho con consecuencias jurídicas, hay dos tipos de premisas normativas que permiten inferir válidamente de la negación de un hecho la negación de la consecuencia correlacionada con él: *a*) Solo si se da el hecho, se sigue la consecuencia; y *b*) Si y solo si se da el hecho, se sigue la consecuencia (el bicondicional). Klug (ibíd., p. 182-183) llama a estas relaciones, respectivamente, «implicación intensiva» (que simboliza ' \rightarrow ') e «implicación recíproca» (que simboliza ' \leftrightarrow '); pero no seguiré esta terminología.

¹⁷ Soeteman (1989: 239) opina que si se interpreta que «solo en caso p , la norma Oq es válida», entonces el argumento *a contrario* es superfluo, porque basta con un principio general de contraposición: «si no p entonces no q ». Sin embargo cabe objetar que el argumento es útil precisamente *porque* aplica a un problema jurídico una inferencia lógica válida; y dejaría de ser útil si la inferencia no fuese válida.

deraré explícita una implicación negativa, según la cual al caso no expreso no le es aplicable la misma consecuencia prescrita para el caso expreso: « $\neg h \rightarrow \neg Oc$ ». Pero caben versiones todavía más débiles, según las cuales « $h \rightarrow Oc$ » no implica nada para « $\neg h$ », de manera que la norma análoga « $\neg h \rightarrow Oc$ » o bien no existe [« $\neg(\neg h \rightarrow Oc)$ »] o bien tanto puede existir como no existir [« $(\neg h \rightarrow Oc) \vee \neg(\neg h \rightarrow Oc)$ »]. El argumento no presenta problemas lógicos en esta versión más débil, cuya conclusión es que la disposición calla sobre lo que no dice, lo cual es una tautología (dado que «callar» equivale a «no decir») y no aporta información alguna. Pero si la conclusión se vacía así de contenido informativo no hay falacia, pero tampoco argumento (ver *infra* § 3.5.1)¹⁸.

2.3.2 SOLIDEZ

Para que el argumento *a contrario* tenga fuerza de justificación y utilidad jurídica no basta que posea validez interna: además se precisa que sea sólido porque emplea premisas fundamentadas externamente. Por tanto, una dificultad evidente de quien argumenta *a contrario* es asegurarse y demostrar que la premisa normativa de la que parte se sostiene¹⁹. Necesitamos explicarnos por qué una disposición jurídica típica, según la cual «Si se da el hecho *h*, debe darse la consecuencia *c*» ($h \rightarrow Oc$), puede interpretarse como «Si y solo si se da *h*, debe darse *c*» ($h \leftrightarrow Oc$); o puede implicar de alguna otra forma «Solo si *h*, debe ser *c*» ($Oc \rightarrow h$). Debe quedar claro que para la validez del argumento no es imprescindible que la premisa sea explícita: basta con que pueda asumirse fundadamente que existe. En realidad, es habitual que el argumento *a contrario* sea *entimemático*, por cuanto algunas de sus premisas son presupuestos tácitos. Pero, tácita o explícita, ha de haber una premisa normativa fundada; y debería poder identificarse en una reconstrucción completa del argumento.

El problema se ve de cerca con este ejemplo doctrinal: el argumento de la STC 21/1981, de 15 de junio (FJ 8), según el cual del artículo 25.3 CE («La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad»), «se deriva *a sensu contrario* que la Administración militar puede

¹⁸ Un aparente intento de sortear el problema es la presentación de Chiassoni (2011: 333) de lo que llama «directiva del razonamiento *a contrario* en función meramente interpretativa de los signos descriptivos», la cual esquematiza así: [(*x*) ('C' *x* → *Sx*)] → O[(*x*) (C¹*x* → *Sx*)]. Pero, salvo error en el esquema o en mi interpretación, de esta directiva no se desprende ninguna instrucción sobre los supuestos no regulados. Dice que si se da el supuesto tomado literalmente debe seguirse la consecuencia prevista para él; pero no trata las situaciones que no encajan en el «caso» previsto, ya sea interpretado literalmente o no, y por tanto no dice nada *a contrario*.

¹⁹ Como observa Atienza (2013: 180), en el análisis de un argumento jurídico puede importar «no tanto la forma lógica cuanto la interpretación de una de las premisas».

imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad». Dice García Amado (2001: 107-8), con razón, que la conclusión del TC sería correcta si interpretáramos el artículo 25.3 como un bicondicional: «si y sólo si se es Administración Civil, entonces no le está permitido imponer sanciones que impliquen privación de libertad»; y que así «el argumento a contrario está correctamente empleado, pero a condición de que sea admisible la interpretación previa que lo sustenta, interpretación de la norma en términos de «si y sólo si»». Pues bien, en este caso esa interpretación es inviable. Sería jurídicamente absurdo sostener que según el artículo 25.3 CE *solo* a la Administración civil le está prohibido imponer sanciones privativas de libertad; porque está claro que *también* le está prohibido a los particulares. Es implausible que pueda tomarse el artículo 25.3 CE como un bicondicional que hace equivalente «Administración civil» y «tener prohibido imponer sanciones privativas de libertad». Entonces, si el argumento del TC está justificado, ha de basarse en otra premisa distinta, que no será fácil identificar.

El reto más arduo al formular un argumento *a contrario* con pretensión de validez, o al comprobar la validez de uno ya formulado, es figurarse la premisa normativa sólida que podría servirle de base. La estrategia más prometedora es guiarse por las características de la implicación que se presume en el argumento, y especialmente por sus requisitos, que han sido en parte observados por la doctrina, pero no sistematizados, lo cual intentaré ahora²⁰.

3. LA IMPLICACIÓN

3.1 Naturaleza

La argumentación *a contrario* funda su pretensión de validez sobre el supuesto de una implicación de la disposición jurídica interpretada. Se presume que cuando la disposición prescribe consecuencias (O_c) para una clase de casos o supuesto de hecho explícito (h), cumplidas ciertas condiciones mínimas (m), hace una doble implicación normativa respecto de cualquier supuesto distinto pero relacionado ($\neg h \wedge r$). Por un lado, la disposición implica *negativamente* que en ese caso no se siguen necesariamente las mismas consecuencias ($\neg O_c$); aunque pueden seguirse ($\neg O \rightarrow c$) si el caso es jurídicamente asimilable por su

²⁰ Peczenik (1989: 396-402) es quizá quien entra más en detalle, al identificar unas normas que rigen la relación del argumento *a contrario* con la analogía. Klosserhuis (2000: 179) así lo aprecia, pero lamenta el carácter provisional y poco sistemático de su enumeración.

semejanza (s)²¹. Por otro lado, cuando no hay semejanza relevante ($\neg s$), o en determinadas circunstancias que excluyen la analogía (f), la disposición implica *positivamente* que se siguen [deben seguirse] unas consecuencias distintas ($O\neg c$)²². La implicación positiva sostiene la versión «fuerte» y más habitual del argumento *a contrario*²³.

Por ejemplo, al interpretar *a contrario* el artículo 11.2 CE («Ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad»), asumimos que implícitamente no prohíbe que quienes no son españoles de origen sean privados de su nacionalidad. La implicación negativa es que la norma *no impide* esa privación, lo cual connota que en principio no está prohibida. La implicación positiva es que la norma *permite* esa privación, lo cual denota que es conforme a la Constitución. Pero ambas implicaciones se enfrentan a problemas teóricos y prácticos: ¿cuándo y por qué razón prohibir una cosa implica que no está prohibida otra distinta?, ¿qué significa exactamente que la disposición «no prohíbe» privar de nacionalidad a quien no sea «español de origen?», ¿se extiende la implicación a quienes no son «españoles de nacimiento» (artículo 60.1 CE) sino por adopción, cuando son españoles «de origen» según el actual artículo 19 CC (cuya redacción es posterior a la CE)? Los próximos apartados tratan estos problemas, aunque no específicamente el artículo 11.2 CE.

3.2 El fundamento de la implicación *a contrario*

Algunas veces se transmite la impresión de que la implicación (positiva o negativa) que sostiene el argumento *a contrario* es una consecuencia necesaria en un sistema jurídico, como si se siguiese de la naturaleza del derecho o incluso de las reglas lógicas²⁴. Pero ¿por qué es «lógico» interpretar «Si h , debe ser c » ($h \rightarrow Oc$) como «Si y solo si h , debe ser c » ($h \leftrightarrow Oc$)?

²¹ Tesis de la implicación negativa: $(h \rightarrow Oc) \rightarrow \{[(\neg h \wedge r) \wedge m] \rightarrow (\neg Oc \wedge \neg O\neg c)\}$.

²² Tesis de la implicación positiva: $(h \rightarrow Oc) \rightarrow \{[(\neg h \wedge r) \wedge m \wedge (\neg s \vee f)] \rightarrow O\neg c\}$.

²³ La norma bicondicional basada en la implicación positiva será: «En el universo de los casos h o r que cumplen m y no son s o cumplen f , si y solo si h , debe ser c o no debe ser algo distinto de c »; en símbolos: « $[(h \vee r) \wedge m \wedge (\neg s \vee f)] \leftrightarrow [h \leftrightarrow \neg O\neg c]$ ».

²⁴ Por ejemplo, Wróblewski (1992: 226) sostiene que el argumento *a contrario* «está basado en algunas reglas cuasi-lógicas»: se apoya en una «regla sistémica» relativa a la interpretación, pero «en la aplicación de una regla con un significado suficientemente preciso no hay necesidad de presuponer una regla sistémica *a contrario*, porque sin esta regla se puede obtener el mismo resultado que sin ella». Sugiere, entonces, que el razonamiento *a contrario* es en ocasiones lógicamente necesario.

El fundamento para el notable salto lógico descrito –de *si* a *ssi*– se halla a menudo en el ordenamiento jurídico, y en él suele buscarse²⁵. Sin embargo, hay un presupuesto pragmático del lenguaje que aporta la coimplicación sin necesidad de acudir al derecho, cuyo mensaje por lo demás es ambiguo. Como ha visto Carcaterra (1994: 222 ss.), el sustento último del argumento *a contrario* son los principios que rigen la comunicación lingüística, y en particular las máximas de «cantidad» que Grice (1989: 26/2005: 524) identificó como parte del «Principio Cooperativo» que se espera que observen los participantes en una conversación: «Haga su contribución lo informativa que sea necesario (para los propósitos actuales del intercambio)» y «No haga su contribución más informativa de lo que sea necesario». En nuestros intercambios lingüísticos usualmente respetamos estas máximas y presuponemos que nuestros interlocutores también lo hacen, y eso facilita el entendimiento. Si alguien dice «Tengo clase los martes y los jueves», su interlocutor entenderá normalmente que los demás días de la semana no tiene clase, porque la expectativa justificada es que eso quiso decir, aunque no dijo nada sobre ellos. Pues bien, la expectativa de la comunicación jurídica es que el legislador dice lo que tiene que decir al promulgar las normas jurídicas, ni más ni menos. Por ejemplo, si se pronunció sobre «los españoles de origen», la expectativa pragmática es que no quiso lo mismo para quienes no son españoles de origen²⁶.

Sobre la base de estos presupuestos lingüísticos, la intervención del derecho reajusta las expectativas y crea nuevas condiciones para interpretar las disposiciones. En unos casos, como veremos, el derecho crea unas circunstancias que refuerzan la «máxima de cantidad» y justifican reconstruir las normas como fórmulas «si y solo si»²⁷. Pero en otros casos sucede exactamente lo contrario. Los sistemas jurídicos que estimulan la aplicación analógica de las normas, como el español, dificultan la interpretación de sus normas como bicondicionales. «Procederá la aplicación analógica de las normas» a supuestos seme-

²⁵ Hay factores jurídicos que justifican la inferencia *a contrario* (*infra* § 3.7.1). Según Klug (1982/1990: 183), es «una cuestión de interpretación del texto [...] que depende, en último término, de lo que el legislador haya establecido».

²⁶ Ross (1958/1994: 145) llama «espuria» a la conclusión *a contrario* que es «simplemente una parte del “sentido natural”»: «Cuando, por ejemplo, se dispone que una persona es mayor de edad al cumplir dieciocho años, esto significa sin lugar a dudas, que hasta entonces es menor de edad. En este caso, y en otros similares, la “conclusión *a contrario*” es simplemente parte de la interpretación lingüística general». En cambio –sigue Ross– «una conclusión *a contrario* real (es decir, que va más allá de una interpretación lingüística general) no es una conclusión en sentido auténtico. Solo significa que el contenido de una regla jurídica únicamente se aplica con cierta limitación, excluyendo, de tal modo, la interpretación extensiva por analogía respecto de esa limitación». Pero, entonces, la conclusión *espuria* es la segunda, porque «no es una conclusión en sentido auténtico», sino una propuesta interpretativa, mientras que el argumento *real* es el que se basa en las reglas del lenguaje jurídico.

²⁷ Por eso, como apuntan Canale y Tuzet (2008: 34), las fuentes del derecho son un segundo fundamento de la premisa bicondicional del razonamiento *a contrario*.

jantes y con «identidad de razón» a los que regulan específicamente, establece el artículo 4.1 CC. Con esta norma, no cabe interpretar que «Si *h*, debe ser *c*» significa «Si y solo si *h*, debe ser *c*»; sino más bien: «Si *h* o un supuesto semejante *s*, debe ser *c*». Considérese el artículo 1908-2.^a CC: «responderán los propietarios de los daños causados [...] por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades». El principio cooperativo justifica entender que este artículo obliga a responder *solo* por los daños causados por «humos» excesivos y nocivos. Pero el artículo 4.1 CC invita a entender que aquel artículo también se aplica a daños semejantes causados por olores o ruidos, y que los propietarios también deben responder por ellos²⁸.

3.3 El universo del discurso: el supuesto explícito y los relacionados con él

La pertinencia del argumento *a contrario* requiere una relación, parecido o aire de familia entre el caso mencionado en la disposición y el caso distinto que se considera. Sería extraño pretender que el artículo 27.4 CE («La enseñanza básica es obligatoria y gratuita») implica *a contrario* que la pesca no necesariamente ha de ser obligatoria y gratuita; porque si bien la pesca no es «enseñanza básica», tampoco tiene nada que ver con ella. No hay razón para pensar que el artículo 24.4 CE está implicando nada sobre la pesca, porque el caso que regula no guarda relación alguna con ella²⁹.

Por otro lado, debe tenerse presente que la argumentación *a contrario* rivaliza con la analogía: ambas tratan sobre casos semejantes al supuesto legal, pero los resuelven de manera opuesta. Esta aparente dualidad de lo distinto y lo semejante ha causado perplejidad y algunos esfuerzos por descifrarla³⁰. Sin embargo, la perplejidad desaparece

²⁸ Así lo argumenta la SAP Valencia (Sección 7.^a) 176/2004, de 26 marzo (FD 2).

²⁹ Por eso es insuficiente describir el argumento *a contrario* como un razonamiento sobre «cualquier otro sujeto o clase de sujetos» (Tarello 1980/2013: 213); o sobre un hecho que «no llena los supuestos legales» (Klug 1982/1990: 176). Esta descripción pasa por alto el vínculo de significación que debe existir entre el supuesto legal y el caso considerado para que se pueda establecer una implicación entre ambos. En el otro extremo estarían quienes, como Peczenik (1989: 395), describen el argumento *a contrario* como un razonamiento sobre «un caso similar» al regulado legalmente. Esta descripción tampoco es satisfactoria, porque no da cuenta de la contraposición que el argumento establece entre el supuesto legal y el caso considerado, la cual es la esencia del argumento *a contrario* y lo que le da su nombre. Hage (1997: 122) también observa que una de las causas por las que un caso puede no satisfacer las condiciones de una regla es que no tiene nada que ver con ella (otras son que el legislador lo pasó por alto; o que lo tuvo en cuenta pero lo excluyó, lo cual justifica resolverlo *a contrario*).

³⁰ Falcón y Tella (1990: 276) defiende que ha de haber una «semejanza de casos», pero que su «esencia o *ratio*» no puede ser la misma. Como explicación general del argumento *a contrario*, lo primero es más correcto que lo segundo. Veremos (§ 3.7) que en ocasiones las circunstancias excluyen la analogía sin necesidad de un juicio de

al comprender que la argumentación *a contrario* se desarrolla en el contexto de un universo de discurso delimitado: el ámbito de eficacia material de la disposición, es decir, el objeto que regula. La implicación *a contrario* solo afecta a los casos distintos del supuesto explícito que están relacionados con él desde el punto de vista de la regulación, ya que pertenecen todos ellos al universo de discurso de esta. Por tanto, el argumento *a contrario* versa sobre un caso distinto y afín al mencionado, pero que no es jurídicamente asimilable a este. Es *distinto* del supuesto explícito en cuanto al significado de éste, porque no puede considerarse parte de su extensión. Y es *afín* con el supuesto explícito porque guarda cierta relación con él, en cuanto que ambos pertenecen a la clase de casos que es objeto de regulación. En definitiva, el argumento *a contrario* solo puede pretender validez aplicado a casos relacionados con el supuesto explícitamente regulado, normalmente por contraste, por ser posibilidades opuestas o alternativas a él. De esta manera, para figurarse la premisa normativa entimemática que hace válido el argumento *a contrario*, hay que situar la correlación de la consecuencia jurídica con el supuesto de hecho en un universo de casos limitado, formado por el supuesto explícito (*h*) y los relacionados con él (*r*). Se trata, en definitiva, de identificar y delimitar el ámbito material de la norma; lo cual requiere contar con algún fundamento en su enunciado o en su contexto normativo, y tiene los problemas de cualquier interpretación. Por ejemplo, el artículo 22.5 CE («Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar») versa sobre «asociaciones» y no implica nada sobre «reuniones»³¹.

relevancia, en cuyo caso el argumento *a contrario* no depende de que haya diferencia de razón entre los casos.

³¹ En lo que respecta al artículo 25.3 CE tratado antes (§2.3.2), el artículo se refiere únicamente a la imposición de sanciones autorizadas por ley, como indica su apartado 1; y el artículo 97 CE («El Gobierno dirige [...] la Administración civil y militar [...]») sugiere que el constituyente contraponía lo civil y lo militar como ámbitos exhaustivamente excluyentes de la Administración pública. Por eso cabe interpretar que el artículo 25.3 CE no regula la acción general de imponer sanciones, sino específicamente la imposición de sanciones legales por una Administración pública. Su norma sería: «Está prohibido que la ley autorice a una administración pública imponer sanciones que impliquen privación de libertad si y solo si es civil». Pero toda delimitación es interpretativa y potencialmente problemática. Por ejemplo, una interpretación sistemática con el artículo 26 CE («Se prohíben los Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales») llevaría a excluir también de la regla del artículo 25.3 CE a las organizaciones profesionales. Por otra parte, es difícil formular las normas jurídicas como reglas completas que no estén expuestas a excepciones imprevistas. Por ejemplo, si la ley crease una «Administración religiosa» para gestionar la libertad de culto en el ámbito público, se podría dudar cómo le afecta el artículo 25.3 CE. Un modo de salvar estas dificultades es asumir en la premisa normativa una cautela inicial, que veremos necesaria (§3.4.1), del tipo «Sin perjuicio de otros preceptos constitucionales...». En todo caso, los problemas interpretativos son inevitables y no contradicen la evidencia de que el argumento *a contrario* es relativo a un concreto universo de discurso.

3.4 Las condiciones mínimas de la implicación

Para que la implicación (positiva o negativa) que sostiene el argumento *a contrario* sea plausible han de darse unas condiciones o requisitos jurídicos y lingüísticos, que básicamente consisten en la ausencia de regulación del caso omitido.

3.4.1 CONDICIONES JURÍDICAS

Un primer requisito de la implicación *a contrario* es que el supuesto no mencionado carezca de regulación en otra disposición o en un principio del ordenamiento. Tampoco puede ocurrir que otra disposición equipare el caso mencionado con otros³². Por ejemplo, el artículo 13.1 CE («Los extranjeros gozarán en España de las libertades que garantiza el presente Título [I] en los términos que establecen los tratados y la ley») no implica que los ciudadanos españoles no gozarán en España de las libertades que garantiza el Título I en los términos que establecen los tratados y la ley. Porque no parece que la Constitución diga nada distinto sobre los españoles a este respecto. Lo mismo ocurre con el art. 139.2 CE («Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español»), porque la norma constitucional es *a fortiori* la misma respecto de quienes no son autoridad. Estos ejemplos sugieren que la interpretación sistemática puede desactivar o limitar las potenciales implicaciones *a contrario* de las disposiciones, de modo que no todas las tienen.

La interpretación sistemática puede excluir totalmente la implicación o exceptuarla para algunos casos. Por ejemplo, el artículo 22.5 CE («Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar») implica *a contrario* que las asociaciones que no sean secretas ni de carácter paramilitar no están igualmente prohibidas; pero del artículo 22.2 CE resulta que sí están prohibidas cuando «persigan fines o utilicen medios tipificados como delito»³³.

³² Peczenik (1989: 401) pone como ejemplo que si una ley equipara los hijos adoptivos a los descendientes ha de aplicarse a aquéllos una regla sobre la herencia de los descendientes.

³³ Naturalmente, la interpretación sistemática no siempre es pacífica. Considérese la interpretación *a contrario* del artículo 118.1 CP («La exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1, 2, 3, 5 y 6 del artículo 20, no comprende la de la responsabilidad civil [...]»). Aunque su lenguaje excluye el número 4, la STS (Civil) 318/2008, de 5 mayo, contra el criterio de la Audiencia Provincial recurrida, dijo que «la exención de responsabilidad criminal, por aplicación del número 4.º del actual artículo 20 del Código Penal (legítima defensa), no vincula a los Tribunales del orden civil»; y su argumento es que según el artículo 116.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil (salvo en un caso).

3.4.2 CONDICIONES LINGÜÍSTICAS

Otros requisitos de la implicación normativa *a contrario* de una disposición sobre un supuesto de hecho que no menciona son de naturaleza lingüística, en cuanto que tienen que ver con la redacción del texto. El requisito básico es que los términos de texto sean lo suficientemente precisos para identificar con confianza el supuesto de hecho explícito. Más específicamente, no son susceptibles de interpretación *a contrario* los términos vagos ni las enumeraciones difusas o inacabadas (no exhaustivas). Por ejemplo, según el artículo 339-1.º CC son «bienes de dominio público» los que enumera «y otros análogos». El artículo 582 CC regula la distancia entre fincas a la que no pueden abrirse «ventanas con vistas rectas, ni balcones u otros voladizos semejantes». Etcétera. Está claro que textos así no pueden interpretarse *a contrario*, porque priman la analogía. Este efecto se da incluso en los textos de sectores jurídicos donde la analogía está en general prohibida, porque se entiende que en esos

Otro interesante ejemplo lo brinda el artículo 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo: «En tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma [...]». Algunos empresarios interpretaron *a contrario* que podían sustituir a los huelguistas por trabajadores vinculados a la empresa; pero el TS y el TC rechazaron esa interpretación por entenderla contraria al artículo 28.2 CE (que reconoce el derecho a la huelga). En los casos vistos por las SSTs (Social) de 23 y 24 de octubre de 1989, la sustitución se hizo con trabajadores de un centro de trabajo distinto, y el TS objetó (FD 8) que «es claro que dicha sustitución no resulta permitida por el indicado precepto, ya que atentaría al recíproco deber de lealtad y buena fe que perdura durante la huelga» y acaba «vacando de contenido el derecho a la huelga». En el caso tratado por la STC 123/1992, de 28 de septiembre, la empresa cubrió puestos de trabajadores discontinuos con trabajadores fijos que se prestaron a ello voluntariamente. La sentencia acoge la tesis del Ministerio Fiscal, según el cual «hay un propósito claramente atentatorio contra el derecho establecido en el art. 28.2 de la Constitución, sin que sea viable una interpretación literalista». Para el TC (FJ 5), esa «sustitución interna» es «el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el *ius variandi*». La STC 23/2011, de 28 de marzo (FJ 5) confirmó este criterio: «también la sustitución interna de trabajadores huelguistas, esto es, la que se lleva a cabo mediante trabajadores que se encuentran vinculados a la empresa al tiempo de la comunicación de la huelga, puede constituir un ejercicio abusivo de las facultades directivas empresariales». La STS (Social) de 5 de diciembre de 2012 lo expresó con rotundidad (FD 3.3): «la legitimidad del esquirolaje interno no puede extraerse sin más a partir de una interpretación *a contrario sensu* de la prohibición explícita del esquirolaje externo». Esta vistosa frase la toma el TS de un voto particular a la STS (Social) de 11 de junio de 2012, sobre un caso donde se reemplazó a los huelguistas con medios tecnológicos, no con otros trabajadores. Esta peripetia es ilustrativa. Primero, el TS hace caso omiso a la precisión legal «que no estuviesen vinculados a la empresa», cuya implicación *a contrario* es meridiana, aduciendo (seguramente con razón) que atenta contra el artículo 28.2 CE. Segundo, el TC confirma ese punto de vista, pero no declara inconstitucional la cláusula. Tercero, el TS parte del rechazo a interpretar *a contrario* que los huelguistas pueden reemplazarse con trabajadores de la empresa, y lo aplica analógicamente para afirmar que tampoco está permitido sustituirlos *sin trabajadores*.

casos hay una excepción. Por ejemplo, los artículos 18.1 y 211 CP enumeran unos medios de difusión «o cualquier otro medio de eficacia semejante».

3.5 La elocuencia de la implicación

Interpretar *a contrario* una disposición revela que la consecuencia que prescribe para el caso explícito no es igualmente aplicable a otro; y que este otro caso no tiene necesariamente esa misma consecuencia (versión débil) o que tiene una consecuencia distinta (versión fuerte). Ahora debemos precisar el significado y alcance de estas implicaciones.

Lo primero que importa subrayar es que la consecuencia jurídica negada puede ser una obligación, una prohibición o un permiso. Por tanto, concluir negativamente que en el caso distinto *no es obligado que se siga* la consecuencia prescrita para el caso explícito ($\neg Oc$), no significa que la solución del caso sea la ausencia de obligación (es decir, un permiso). No lo será si la disposición otorga un permiso, porque la conclusión *a contrario* negativa es que en el caso distinto no es obligado el permiso y, por tanto, podría haber una obligación. Viceversa, concluir positivamente que en el caso distinto *es obligado que no se siga* la consecuencia del caso explícito ($O\neg c$), no significa que la solución del caso distinto sea siempre un deber. No lo será si la disposición impone una obligación, porque la conclusión *a contrario* positiva es que en el caso distinto es obligado que no haya la obligación, lo cual implicará normalmente que es obligado un permiso.

3.5.1 VARIANTES DE LA IMPLICACIÓN DÉBIL O NEGATIVA

Como se dijo (§ 2.3.1), que la disposición no prescribe la misma consecuencia para los casos mencionado y no mencionado puede entenderse de dos maneras ligeramente distintas. Según un primer enfoque, la disposición calla respecto del caso no mencionado, simplemente no lo regula³⁴. Esta comprensión del argumento *a contrario* es excesivamente hipotética, porque carece de utilidad interpretativa. El argumento así entendido es trivial –sostiene que lo que no se dice se calla– y es improbable que un jurista necesite o quiera usarlo. Según un segundo enfoque, menos débil, la implicación negativa es que la norma no es necesariamente aplicable al caso no menciona-

³⁴ Así entiende Guastini (2011/2014: 284) la versión meramente interpretativa: según ella el artículo 18 de la Constitución italiana («Los ciudadanos tienen el derecho de asociarse libremente»), «no se aplica a los no-ciudadanos en el sentido de que *calla*, nada dice, sobre estos». Por tanto –continúa–, si ninguna otra norma constitucional regula ese supuesto de hecho, el argumento produce una laguna; y una ley que lo regule «nunca podrá ser inconstitucional (por falta de un «parámetro» de constitucionalidad con el que confrontarla)».

do (\neg Oc). Ahora la norma no guarda silencio sobre si es o no aplicable en el caso considerado, sino que dice que no lo es necesariamente, aunque puede serlo. El matiz diferenciador es que la segunda respuesta acentúa que no es obligatoria la misma consecuencia, con lo cual introduce la presunción (vencible) de que la consecuencia no es la misma (es decir, la presunción de implicación positiva). Decimos que la consecuencia prevista para el supuesto explícito no se aplica *igual* (en virtud de la misma norma) al supuesto distinto (aunque podría aplicarse de otras maneras, en virtud de otras normas)³⁵. Así, la garantía constitucional del derecho de asociación a «los ciudadanos» no se aplica sin más a los extranjeros residentes. Dicho resumidamente, el argumento *a contrario* débil introduce una presunción contraria a aplicar la norma por analogía. Sin embargo, como se explicará después, no es consustancial una presunción similar respecto de la interpretación extensiva.

3.5.2 VARIANTES DE LA IMPLICACIÓN FUERTE O POSITIVA

En la práctica, el argumento *a contrario* no se limita normalmente a concluir que al caso considerado no le es aplicable lo prescrito para el caso explícito, sino que concluye positivamente que le es aplicable una prescripción distinta. Cuando los casos contrastados son opuestos o alternativos, como ocurre típicamente, la prescripción que se sigue lógicamente es la opuesta, lo cual ha de entenderse así: *a*) Si la consecuencia del supuesto explícito era una obligación o una prohibición, la del caso contrastado es un permiso o una exención frente a esa obligación o prohibición³⁶. *b*) Si la consecuencia original era un permiso, hay dos posibilidades: *b*₁) si el permiso era parte de un derecho, asociado a obligaciones correlativas de otros, la implicación en el caso

³⁵ De hecho, dice Guastini (2011/2014: 265) que, en esta «versión interpretativa», «el argumento *a contrario* equivale al rechazo de la interpretación extensiva y/o analógica: quien argumenta *a contrario* se atiene al significado «natural» del texto y rechaza extenderlo». Pero, entonces, el argumento no se limita a callar respecto de lo que no dice expresamente, sino que aporta alguna información. En último término, argumentar *a contrario* sugiere que el caso no recibe la misma regulación por otra vía. Kaptein (2005: 504) observa que la «no aplicabilidad por sí misma solo puede suscitar la pregunta: ¿y qué?»; y añade que el argumento puede complementarse con razones por las que no se aplican al caso las mismas consecuencias, compartiendo así con la analogía una remisión a las normas y principios del sistema.

³⁶ Por ejemplo, el art. 19 Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro («El asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado»), lo interpreta así la STS (Civil) 255/2009, de 21 abril (FD 3): «El art. 19 de la LCS se refiere al contrato de seguro en general, y dispone, *a contrario sensu*, que el asegurador no está obligado al pago de la prestación cuando el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado, lo que no sucede en el caso controvertido». Es decir, en el caso exceptuado le está permitido al asegurador no pagar la prestación, pero no le está prohibido hacerlo.

actual es la ausencia de ese derecho y de las obligaciones ajenas³⁷; *b*,) si el permiso era la exención de una obligación o de una prohibición que de otro modo existirían, la implicación *a contrario* en el caso actual es esa obligación o prohibición³⁸.

La interpretación *a contrario* no está justificada cuando va más allá de la implicación fundada y se pretende que la ausencia de obligación o de prohibición conlleva una prohibición u obligación inversa. Una conclusión así solo se sostiene en casos específicos, tales como la alternativa entre obligaciones, donde si no obliga una obliga la otra³⁹. Fuera de estos casos, que no haya una obligación no implica que haya otra. Tampoco tiene fundamento pretender que la ausencia de derecho implica una obligación o una prohibición. Negar que haya un derecho implica el permiso de no reconocerlo; no la prohibición de reconocerlo. La conclusión *a contrario* de «X tiene derecho a \varnothing » es «Z carece de derecho a \varnothing » (porque nadie tiene la obligación correlativa de proporcionarle \varnothing), y no «Z tiene prohibido \varnothing », ni «Z tiene una sujeción respecto de \varnothing » (porque alguien tiene el derecho de impedirle \varnothing)⁴⁰.

³⁷ Así el artículo 27.4 CE implica *a contrario* que no es inconstitucional una ley de ordenación universitaria que dispone tasas para los estudios superiores; pero no implica en absoluto que tenga que disponerlas.

³⁸ Por ejemplo, el artículo 29.2 CE permite a los miembros de las fuerzas armadas ejercer el derecho de petición «sólo individualmente», lo cual implica *a contrario* que les está prohibido ejercerlo colectivamente.

³⁹ Considérese el supuesto del artículo 77.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria («En caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal»). Aquí la interpretación estrictamente *a contrario* del artículo *permite* no aplicar la Ley Concursal a los créditos tributarios no afectados por el convenio; pero ese permiso reactiva la obligación general del artículo 77.1 LGT sobre prelación de créditos de la Hacienda Pública. Esto llevó a la Agencia Tributaria a interpretar *a contrario* que en un concurso en liquidación no se aplica la Ley Concursal y hay prelación de cobro de los créditos tributarios. Sin embargo, la SAP A Coruña (Sec. 4.ª) 153/2006, de 22 de noviembre (FD 2), tras advertir de «la siempre peligrosa interpretación *a contrario sensu*», niega que ese artículo exceptúe la aplicación de la Ley Concursal en la fase de liquidación. La SAP Pontevedra (Sec. 1.ª) 17/2007, de 25 de enero (FD 3), concuerda y reitera que «incluso los más firmes defensores de la hermenéutica interpretativa «*a contrario*» reconocen sin ambages la debilidad de este argumento»; y que «las interpretaciones *a contrario sensu* no siempre son acordes con los resultados perseguidos por la norma».

⁴⁰ El problema se ve en el caso tratado por la STC 198/2012, de 6 de noviembre: aunque se entendiese que artículo 32.1 CE («El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica») dice *a contrario* «Las uniones que no sean de hombre y mujer no tienen derecho a contraer matrimonio» —lo cual pasa por alto que el artículo protege la igualdad tanto como el derecho a casarse—, ese no derecho significaría que la ley puede impedir su matrimonio; no que ha de hacerlo. Este argumento es cuestionado en el voto particular de M. Aragón a esa sentencia: «se llega a expresar, en el fundamento jurídico 9, la sorprendente afirmación de que el matrimonio entre personas del mismo sexo "es una opción no excluida por el constituyente". Creo que la Constitución hay que tomársela en serio y por ello no olvidar algo que es elemental: que cuando se está en presencia de un precepto constitucional que no contiene una cláusula facultativa, sino que enuncia una garantía, como sucede

3.6 La extensión del supuesto de hecho y el problema de la analogía

Hemos visto que la interpretación *a contrario* de las disposiciones jurídicas se basa en una premisa general, fundada a su vez en la pragmática de la conversación jurídica, según la cual lo que el legislador no dispuso quiso no disponerlo; y que a la vez está amenazada por una corrección de esa premisa, introducida por el derecho, según la cual el legislador quiere que lo que dispone para un supuesto se aplique a los supuestos análogos que no menciona. Cuando un ordenamiento jurídico admite la analogía, el fundamento del argumento *a contrario* se resiente⁴¹. La restauración de este fundamento requiere cancelar la analogía entre los casos contrastados, lo cual puede hacerse o bien con una evaluación material de las posibles semejanzas relevantes; o bien constatando las circunstancias o factores que excluyen la analogía, en cuyo caso el contraste entre casos se reduce al ámbito lingüístico. En otras palabras, para argumentar *a contrario* es preciso que los supuestos contrastados no sean jurídicamente asimilables. Cuando el derecho admite la analogía y faltan las circunstancias que la impiden *a priori*, el argumento *a contrario* rivaliza con ella⁴². Y cuando el derecho *exige* aplicar la analogía, como parece hacer el artículo 4.1 CC, argumentar *a contrario* es combatir una presunción desfavorable.

La oposición entre el argumento *a contrario* y la analogía puede percibirse de varias maneras: *a)* son modos opuestos de razonar entre los que hay que escoger en ocasiones; *b)* la posibilidad de argumentar

con el art. 32.1 CE, y, como tal garantía, de obligatorio acatamiento, está imponiendo un deber ser y prohibiendo, obviamente, su contrario». Esta afirmación es muy arriesgada y nada elemental, porque garantizar un derecho imponiendo un deber ser no implica prohibir las conductas contrarias que no afectan al ejercicio de ese derecho. Por ejemplo, garantizar que «todos los españoles» tienen derecho «a una remuneración suficiente» (artículo 35.1 CE) no prohíbe o excluye que también la tengan los no españoles. El salto lógico que debe evitarse es el mismo que dio la STC 15/1981, de 7 de mayo (FJ 7): «La retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables tiene su fundamento, *a contrario sensu* en el artículo 9.3 de la Constitución que declara la irretroactividad de las no favorables o restrictivas de derechos individuales». Esta sentencia crea (no enuncia) un principio constitucional (al respecto: Ezquiaga 1986: 145).

⁴¹ Es ilustrativa la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy Unión Europea) de 13 de junio de 1958 (9/56, Asunto Meroni) (FD 2): «este Tribunal de Justicia decidió, en su sentencia 8/55, que una argumentación *a contrario* sólo puede admitirse cuando ninguna otra interpretación resulta adecuada y compatible con la norma, el contexto y su finalidad».

⁴² Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 698/1997, de 12 de mayo, invoca un argumento *a contrario* para aplicar una analogía, no para combatirla. El razonamiento del recurrente, que la sentencia acoge, es que si las deudas tributarias se transmiten a los herederos, *a contrario* los créditos tributarios también. He aquí este peculiar argumento *a contrario* (FD 3): «hay que deducir, *a sensu contrario*, que si la sucesión en la titularidad de una explotación o actividad económica implica para el adquirente la responsabilidad en las posibles deudas tributarias del negocio, también sucederá en los créditos tributarios existentes [...]».

a contrario solo se abre una vez descartada la analogía; o *c*) la posibilidad de aplicar la analogía solo se abre si la argumentación *a contrario* no ha impedido antes que se manifieste una laguna. En mi opinión, los tres enfoques aciertan parcialmente⁴³. En las condiciones y las circunstancias que justifican la implicación positiva (§§ 3.4 y 3.7), hay derecho implícito (no hay laguna) y para decir el derecho hay que argumentar *a contrario*, precisamente porque no tiene cabida la analogía. Así sucede, por ejemplo, con el artículo 162.2 CC que abre este trabajo. En cambio, si no se dan las circunstancias de la implicación positiva, pero sí las condiciones que hacen posible argumentar *a contrario*, se hace preciso optar⁴⁴. En esta elección cuenta la presunción favorable a la analogía, pero también otras razones⁴⁵.

En ausencia de los factores jurídicos y lingüísticos que impiden la analogía, argumentar *a contrario* requiere evaluar la posibilidad de aplicar analógicamente la solución del caso explícito, y rechazarla por los rasgos particulares del caso. Por eso debe subrayarse que solo cuando no es posible la analogía, la evaluación del contraste entre casos es «meramente» lingüística y puede prescindir del juicio material de relevancia. Si decimos que el artículo 27.4 CE («La enseñanza básica es obligatoria y gratuita») implica *a contrario* que la enseñanza superior no necesariamente ha de ser obligatoria y gratuita, es por la diferencia material entre «superior» y «básico», no porque estas palabras tengan distinto significado. Sería insólito interpretar que la enseñanza primaria no tiene que ser gratuita, porque más «básica» es la infantil, pero sí los créditos de «formación básica» de los grados universitarios. De todas maneras, la separación entre lo «lingüístico» y lo «material» es imprecisa. La diferencia de significado de las palabras refleja diferencias materiales entre las cosas que nombran, tal como las perciben quienes las emplean. El significado de «básico» en el artículo 27.4 CE es solo en parte el que tiene la palabra en el dicciona-

⁴³ En la revisión anónima de este artículo se me hizo ver que este punto no quedaba claro, y al tratar de aclararlo he llegado a una opinión nueva, espero que mejor, por lo que quiero agradecer la observación.

⁴⁴ García Amado (2001: 100) se apoya en una distinción entre el argumento *a contrario* y la interpretación en la que se basa para negar la oposición entre dicho argumento y la analogía, porque entiende que aquel solo tiene lugar cuando la interpretación ha determinado que no cabe analogía, y viceversa. Sin embargo, en la práctica el argumento *a contrario* se elabora a veces *para* combatir la analogía y no *porque* no sea posible. El éxito del argumento *a contrario* requiere que no haya analogía, pero la interpretación que la excluye puede contarse como un paso más del argumento.

⁴⁵ Algunas de las reglas que Peczenik (1989: 396-402) propone para elegir son: «sopesar y ponderar» la predictibilidad y la aceptabilidad moral como dos aspectos de la seguridad jurídica en juego; no usar la analogía como pretexto «para concluir que hay un error en el texto de la ley»; no tomar todas las razones que justifican la interpretación extensiva como «suficientemente sólidas para justificar también el razonamiento por analogía»; y reconocer la prioridad de la analogía frente al argumento *a contrario* en el derecho privado» y al interpretar reglas basadas en precedentes, porque buscan «obtener una pauta para casos análogos».

rio: también viene dado por el propósito con el que usó la palabra el constituyente y por cómo lo intuimos los receptores. Por eso, es natural que el contraste entre «básico», «superior» y «avanzado» parezca una cuestión meramente semántica, sin serlo del todo.

Un punto que merece atención, porque los pronunciamientos doctrinales son contradictorios y muchas veces confusos, es la relación del argumento *a contrario* con la interpretación extensiva. La tesis correcta, a mi juicio, es que propiamente no tiene ninguna: el uso del argumento no prejuzga nada sobre la extensión del supuesto de hecho explícito, ni sobre la posibilidad de interpretarlo extensivamente. La rivalidad del argumento con la analogía no afecta a la interpretación extensiva, aunque esto puede carecer de efectos prácticos por la dificultad de distinguirlas. El argumento *a contrario* plantea (interpretación) y constata (calificación) el contraste entre el supuesto explícito y el no mencionado en dos planos a la vez. Por un lado, son distintos en términos semánticos: el caso considerado no encaja en la descripción del supuesto explícito, no son el mismo caso. Por otro lado, el derecho no los asimila, ya sea porque los casos son diferentes en lo sustancial con respecto a la razón de la norma (no son análogos) o ya sea porque las circunstancias hacen imposible su asimilación (la analogía es inviable). El argumento *a contrario* se aplica a casos distintos del supuesto explícito que no se consideran jurídicamente asimilables a este (dado el contexto general o la evaluación particular). Pues bien, la interpretación extensiva interviene en el primer plano, el que identifica el supuesto explícito y califica el caso considerado como igual o distinto de aquel. Una vez se determina que el caso dado no es el mismo que regula la disposición, comoquiera que se interprete este, el argumento avanza descartando la analogía y explicitando la solución *a contrario*. Por tanto, la interpretación que desestima asimilar los casos por su analogía es posterior e independiente de la interpretación del supuesto de hecho explícito por la cual se precisa su extensión, sea en sentido restrictivo, estricto (declarativo) o extensivo. El argumento *a contrario* funciona frente a la analogía cualquiera que sea la extensión que se reconozca al supuesto de referencia⁴⁶.

⁴⁶ El esquema de un enunciado normativo es «Si se da el supuesto h , debe darse la consecuencia c » [$h \rightarrow Oc$]. Pero cuando se admite la analogía y no se dan las circunstancias f que la excluyen, la norma dice en realidad: «Si se da el supuesto h o uno semejante s , debe darse c » [$(\neg f \wedge (h \vee s)) \rightarrow Oc$]. Si se admite la analogía, argumentar *a contrario* requiere negar h y cualquier otro supuesto distinto semejante s : « $(\neg f \wedge \neg h \wedge \neg s) \rightarrow (\neg Oc \wedge O\neg c)$ ». Si no se admite la analogía, basta negar el supuesto explícito h : « $(f \wedge \neg h) \rightarrow (\neg Oc \wedge O\neg c)$ ». Pues bien, negar h y negar s son tareas conceptualmente distintas, aunque en la práctica pueden ser indistinguibles. Sostener $\neg h$ es una calificación «lingüística» que depende de la extensión que reciba h . Sostener $\neg s$ es una calificación sustancial. Por eso argumentar « $(\neg f \wedge \neg h \wedge \neg s) \rightarrow (\neg Oc \wedge O\neg c)$ » requiere dos tipos de calificación normativa. En cambio, para argumentar « $(f \wedge \neg h) \rightarrow (\neg Oc \wedge O\neg c)$ » basta con una calificación semántica.

Consideremos el comienzo del artículo 18.2 CE («El domicilio es inviolable»). La interpretación *a contrario* indica que no es necesariamente inviolable un local que no sea «domicilio»; pero para aplicar esta conclusión a un caso concreto –una habitación de hotel, una tienda de campaña, un local de negocio...–, son precisas dos tareas. Por un lado, delimitar la extensión del término «domicilio» tal como lo usa el artículo. Por otro lado, identificar los supuestos que son análogos al «domicilio» a los efectos del artículo, por cuanto les es aplicable el mismo tratamiento constitucional. La STS 10/2002, de 17 de enero, precisó el contenido constitucional del artículo 18.2 CE. Recordó que «la garantía constitucional no es extensible a [...] lugares...] incompatibles con la idea de privacidad», como locales comerciales; pero la reconoció a la habitación de un hotel, por ser un espacio donde se desarrolla la vida privada. La sentencia no deja claro si esta calificación se debe a que una habitación del hotel es propiamente un «domicilio» –le es aplicable este nombre– o a que es tan semejante a un «domicilio» que la Constitución no hace diferencia de trato; aunque parece razonar en la segunda dirección. Sea como sea, la interpretación *a contrario* del artículo 18.2 CE es compatible con un campo de aplicación de «domicilio» muy amplio: basta con que deje fuera algún elemento del universo del discurso, por ejemplo los locales de negocio. La argumentación *a contrario* no impide por sí misma la interpretación extensiva del supuesto de hecho; aunque en la práctica puede combatirla⁴⁷.

Otro ejemplo es la interpretación del artículo 120.2 CE («Las sentencias serán siempre motivadas [...]»). La interpretación *a contrario* es que el deber no afecta a todo lo que no sean «sentencias»; pero la calificación de un objeto como «sentencia» depende de la interpretación del término, la cual es ajena al argumento *a contrario*. En el lenguaje técnico procesal, los autos no son «sentencias»; pero antes de concluir que el artículo no obliga a motivar los autos, el jurista ha de hacer dos comprobaciones. Primero, determinar si el significado de «sentencia» en el contexto del artículo se extiende a los autos (porque la palabra fue usada con esa extensión, digamos). Y si la conclusión es negativa, determinar si los autos son semejantes a las sentencias a los efectos de aplicarles el artículo por el principio de analogía. Son dos

⁴⁷ Se dice a veces que el argumento *a contrario* sirve para defender una interpretación no extensiva (así, Guastini 2011/2014: 283). Pero si así fuera lo sería por su efecto retórico, no porque el argumento mismo lo permita. Según Walton, Sartor y Macagno (2016: 61), el canon *a contrario* «rechaza una interpretación que es sobre- o infrainclusiva con respecto al significado semántico común de esa expresión». Un ejemplo de los propios autores es que si excluir los daños emocionales va contra el significado de «daño» en la ley, cabe argumentar *a contrario* que la ley los incluye. Este ejemplo muestra que el argumento *a contrario* es compatible con cualquier extensión jurídica de los términos, si bien muestra también una peculiar comprensión del argumento y una «infrainclusión» del baremo de inclusión, porque este puede ser el lenguaje jurídico y no solo el lenguaje común.

problemas diferentes, aunque la solución de ambos pueda tener el mismo efecto. La STC 209/1993, de 28 de junio (FJ 1) se detuvo en el primer paso, cuando declaró que la exigencia de motivar los autos «ha adquirido rango constitucional, si se entiende la palabra «sentencia» en un sentido extensivo, sinónimo de cualquier pronunciamiento del juzgador»⁴⁸.

Volviendo al ejemplo del artículo 11.2 CE, su interpretación *a contrario* es compatible con cualquier extensión admisible de la expresión «español de origen», y por tanto no tiene más repercusión sobre ella que la retórica. El argumento *a contrario* no dice nada sobre si un «español de origen» ha de serlo «de nacimiento» (artículo 60.1 CE) o también puede serlo por adopción (artículo 19 CC). Lo que dice es que no es inconstitucional privar de nacionalidad a quien no puede calificarse de «español de origen», aunque se asemeje a ellos.

En los casos del «domicilio» y de las «sentencias» la diferencia entre la interpretación extensiva y la analogía puede parecer irrelevante, porque cabe optar por una u otra con igual resultado. Pero eso no ocurre cuando la analogía está prohibida, como al aplicar la ley penal. Cuando es así, el argumento *a contrario* puede ayudar a percibir la diferencia entre entender un supuesto legal en sentido amplio sin rebasar lo que «expresamente» dice (artículo 4.1 CP), y aplicarlo a un caso semánticamente distinto pero materialmente semejante. Por ejemplo, considérese la agravación del delito de daños contenida en el artículo 236.2-2.º CP («Que se cause por cualquier medio, infección o contagio de ganado»). Como «ganado» no puede tomarse analógicamente, el artículo dice *a contrario* que el incremento de pena no se aplica (aquí la implicación es positiva) cuando lo infectado no es «ganado» en una calificación semántica. Pero el argumento nada dice sobre la extensión semántica de «ganado». Así, una colmena, las aves de una granja o los peces de una piscifactoría podrían ser considerados «ganado» con más o menos plausibilidad; y por tanto dentro del supuesto explícito del artículo. Sería difícil argumentar *a contrario* que el artículo excluye agravar la pena en esos supuestos. En cambio, es fácil aplicar el argumento a un cultivo de trigo, porque aquí la relación entre supuestos es de analogía y no semántica. De esta manera, el argumento *a contrario* puede ayudar a percibir intuitivamente cuándo estamos ante una analogía y cuándo ante una interpretación extensiva.

3.7 Las circunstancias de la implicación positiva

La implicación positiva asumida por la versión «fuerte» del argumento *a contrario* no es una hipótesis caprichosa, sino que tiene fundamento sólido cuando concurren unas circunstancias que cancelan la analogía y refuerzan las expectativas pragmáticas asociadas a las

⁴⁸ Sobre la cuestión, Rodríguez Boente (2003: 267-271).

máximas de cantidad⁴⁹. Estas «circunstancias de la implicación positiva» son causadas por factores jurídicos y lingüísticos capaces de neutralizar el principio de analogía en los sistemas jurídicos que la admiten. Su presencia favorece la formación de las premisas normativas que son requisito de validez del argumento *a contrario*.

3.7.1 FACTORES JURÍDICOS

Hay normas jurídicas que dirigen claramente a interpretaciones restrictivas de los supuestos de hecho, las cuales facilitan la formación de bicondicionales. El ejemplo más claro e importante es la regla del artículo 4.1 CP: «Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas». Otra es el artículo 4.2 CC: «Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas». Con esta regla, si la norma «Si *h*, debe ser *c*» tiene naturaleza penal, excepcional o temporal, habría que entender que dice: «Si y solo si *h*, la consecuencia *c* no está prohibida» ($h \leftrightarrow \neg O\neg c$). Por tanto, faltando *h*, la consecuencia *c* está prohibida: « $\neg h \leftrightarrow O\neg c$ ». Por ejemplo, el artículo 174.1 CP comienza así: «Comete tortura la autoridad o funcionario público que...». Esto quiere decir que *solo* es tortura (solo hay deber de calificar así) una conducta realizada por autoridad o funcionario. Por tanto, interpretado *a contrario*, el artículo implica que no es tortura (hay deber de no calificar así) la misma conducta realizada por un particular.

Pero los problemas interpretativos abundan por el doble juego del ordenamiento, que estimula la analogía y al mismo tiempo la impide en ciertos casos. Sin ir más lejos, es dudoso si el artículo 4.2 CC se aplica a sí mismo y ha de interpretarse restrictivamente o si, por el contrario, ha de seguirse el principio general y extender su prohibición a los casos análogos, como la legislación administrativa sancionadora. Incluso tienen excepciones los casos más claros, como la prohibición de la aplicación analógica de las leyes penales, pues a veces se emplea en beneficio del reo.

En la doctrina se encuentran algunas instrucciones de interpretación restrictiva que pueden reflejar principios jurídicos vinculantes. Así, Peczenick (1989: 399) dice que deben interpretarse restrictivamente «las disposiciones que imponen cargas o restricciones a una persona» (*odia sunt restringenda*); entre las cuales incluye, además de

⁴⁹ Walton, Sartor y Macagno (2016: 63) perciben una similitud entre el argumento *a contrario* y el argumento (falaz) *ad ignorantiam* basado en la ausencia de pruebas (la inexistencia de pruebas de algo se toma como prueba de su inexistencia), porque aquel «apoya una inferencia desde un hallazgo negativo a una conclusión positiva». Pero ya se dijo (§ 2.3) que aquel tiene una premisa normativa tácita que explica la validez de la inferencia.

las penales, las tributarias⁵⁰. Sin embargo, no es verosímil que el ordenamiento jurídico contenga un principio general de permisión, según el cual «lo no prohibido está permitido», y en virtud del cual deba entenderse que las prohibiciones no pueden aplicarse por analogía. Esta hipótesis es implausible, como enseña el famoso ejemplo de la prohibición de entrar con perros y su aplicación a los osos⁵¹. Por otra parte, un principio general que obligase a interpretar restrictivamente las prohibiciones tendría dificultades de aplicación. Un obstáculo es que muchas normas prohíben acciones de unos para proteger derechos o libertades de otros; por lo que su interpretación restrictiva reduce esa garantía. He aquí un ejemplo de prohibición garantista: «El domicilio es inviolable» (artículo 18.2 CE). Como hemos visto, la STC 10/2002, de 17 de enero, no la interpretó restrictivamente, sino más bien al contrario⁵².

⁵⁰ El artículo 14 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria dispone: «No se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales».

⁵¹ El ejemplo lo difundió Radbruch (1910/1930: 156): «Recordemos este antiguo ejemplo: en una sala de espera está colgado un cartel que reza: «Debe dejarse fuera a los perros». Un día aparece un hombre que lleva un oso y se pregunta si puede hacer entrar consigo a su peludo acompañante. Considera que lo que se refiere al perro resulta también adecuado para el oso; y si fuera un jurista afirmaría que este resultado lo extrajo del cartel, mediante una conclusión por analogía; el oso no puede entrar, porque es, como el perro, un animal. Mas, ¿por qué se ha servido cabalmente de la conclusión por analogía, y no de la conclusión *a contrario*, que le hubiera dicho al revés: el oso puede entrar, porque es un oso y no un perro? Ciertamente, porque esta conclusión le hubiera conducido a un resultado absurdo. La interpretación es, pues, el resultado de su resultado: uno no se decide a favor de un medio de interpretación, hasta que ha visto el resultado a que conduce».

No comparto la tesis escéptica de Radbruch sobre la metodología de la interpretación en general, pero creo que tenía razón en que la alternativa entre argumentación analógica y *a contrario* se resuelve de manera casuística y normalmente consecencialista: favorece la argumentación que lleva al resultado que a juicio del intérprete es mejor en el caso concreto. Pero no creo que siempre se escoge un método interpretativo u otro porque conduce al resultado que se prefiere. En el párrafo citado, Radbruch parece adoptar un punto de vista escéptico y particularista sobre el conjunto de la interpretación jurídica («uno no se decide a favor de un medio de interpretación hasta que ha visto el resultado a que conduce»); pero no es necesario ir tan lejos para defender este punto de vista en el ámbito más restringido de la elección entre argumentar *a contrario* o por analogía.

⁵² Otro ejemplo lo ofrece el artículo 13.1 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres y Peligrosas, aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre («Queda terminantemente prohibido en lo sucesivo el establecimiento de vaquerías, establos, cuadras y corrales de ganado y aves dentro del núcleo urbano de las localidades de más de 10.000 habitantes y que no sean esencialmente agrícolas o ganaderas»). La interpretación *a contrario* puede ser que la acción está permitida en localidades con menos habitantes, pero también que no está *terminantemente* prohibida, pero puede estarlo. Así lo entendió la STS (Cont.-Adm.) de 19 de noviembre de 1987 (FD 5), que rechaza la interpretación *a contrario sensu* y reclama «ponderar en las [ciudades] más pequeñas las circunstancias concurrentes en cada caso».

Las leyes «excepcionales» tampoco admiten analogía (artículo 4.2 CC)⁵³; pero es discutible qué es una «ley excepcional» y si cuenta como tal una ley que es toda ella singular o también los preceptos de una ley cualquiera que introducen excepciones a una norma general⁵⁴. Las leyes «de ámbito temporal» (artículo 4.2 CC) pueden verse como un tipo de legislación excepcional para el periodo de su eficacia, y circunscrita estrictamente a este. Por ejemplo, una disposición transitoria no puede aplicarse a una situación análoga a la que regula, sino que implica *a contrario* que lo no incluido en ella se rige por la norma general. Esta tendencia a interpretar las excepciones legales restrictivamente puede crear dudas sobre la aplicabilidad del argumento *a contrario* incluso en casos donde parecería obligado⁵⁵.

⁵³ *Singularia non sunt extendenda; exceptio restringenda sunt*. Según Peczenik (1989: 399), no debe aplicarse la analogía ni la interpretación extensiva a «las disposiciones que establecen condiciones suficientes para no seguir una regla general»; ni a «las disposiciones que constituyen excepciones a una norma general» (*exceptiones non sunt extendae*).

⁵⁴ Un ejemplo de razonamiento *a contrario* con base en una excepción es la STC 215/2012, de 14 de noviembre. El artículo 64.3, h) de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados (texto refundido aprobado por RDL 6/2004, de 29 de octubre) dispone para las «mutualidades de previsión social»: «Asumirán directamente los riesgos garantizados a sus mutualistas, sin practicar operaciones de coaseguro ni de aceptación en reaseguro, pero podrán realizar operaciones de cesión en reaseguro con entidades aseguradoras autorizadas para operar en España». Esta posibilidad de reasegurar los riesgos es excepcional y limitada a las entidades citadas. Así lo vio la STC 215/2012 (FJ 4): «Concretamente, el art. 64.3 h) veta a las mutualidades de previsión social la realización de operaciones de coaseguro y aceptación en reaseguro, así como, *a contrario sensu*, las cesiones en reaseguro con entidades distintas de las específicamente mencionadas en el art. 64.3 h) *in fine* del texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados».

⁵⁵ Esta incertidumbre se comprueba en el siguiente caso, suscitado por el artículo 156.5 de la Ley General de la Seguridad Social (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre) [artículo 115.2 en la versión previa de 1994]: «No impedirán la calificación de un accidente como de trabajo: [...] b) La concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo». El artículo dice *a contrario* (con triple negación: «No impedirán... salvo que no...»), que no es accidente de trabajo el causado por culpa criminal de un tercero sin relación con el trabajo. Sin embargo, en un caso en que la víctima fue agredida al salir del trabajo por alguien ajeno tanto al trabajo como a ella, la STS (Social) de 20 febrero de 2006 argumentó así (FD 2): «La interpretación de este último inciso, *a contrario sensu*, llevaría a la conclusión de cuando la agresión externa no guarda relación con el trabajo, su resultado no puede calificarse de accidente laboral, conclusión, sin duda extensiva de un mandato legal que, por su naturaleza de excepción a la regla, ha de ser objeto de una interpretación estricta y acorde con la naturaleza de la institución». El TS razonó que la excepción legal no podía extenderse a las agresiones fortuitas, que son análogas a los accidentes fortuitos, sometidos a la regla general.

3.7.2 FACTORES LINGÜÍSTICOS

La redacción de los textos normativos también puede llevar a excluir la analogía y a forzar la implicación *a contrario*. Algunas disposiciones están redactadas de manera que no suscitan dudas sobre la naturaleza bicondicional de su norma. No abundan, pero las hay. Un ejemplo sería el comienzo del artículo 56.1 CE («El Rey es el Jefe del Estado»), que expresa claramente que «Si y solo si alguien es el rey, entonces es el jefe del Estado»⁵⁶.

La analogía tampoco es viable cuando la disposición enumera unos elementos con fórmulas que dan apariencia de exhaustividad. Por ejemplo, la Disposición Transitoria Quinta CE («Las ciudades de Ceuta y Melilla podrán constituirse en Comunidades Autónomas [...]») contiene una relación de ciudades que a todas luces es exhaustiva. Por tanto, procede argumentar *a contrario* que ninguna otra ciudad puede constituirse en Comunidad Autónoma. Pero, como siempre, la interpretación jurídica puede desmentir las apariencias⁵⁷.

Además, como en las excepciones jurídicas no rige el principio de analogía, también la impiden o desincentivan todas las expresiones lingüísticas de salvedades o de condiciones especiales respecto de un criterio general. Por ejemplo, cláusulas de exclusión explícita, como «excepto», «salvo» o «a no ser que»; o expresiones adversativas, como «pero» o «sin embargo»; o fórmulas que introducen requisitos, como «siempre que», «con» o «sin». Un ejemplo es el artículo 271-6.º CC (el tutor necesita autorización judicial «para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía»), que dice *a contrario* que en los asuntos urgentes o de escasa cuantía no necesita autorización judicial. O el artículo 1255 CC («Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público»), que interpretado *a contrario sensu* limita la autonomía de la voluntad contractual respecto de las cláusulas contrarias al orden público. O, por último, el artículo 162.2 CC que abre este trabajo, cuya salvedad «sin justa causa» no admite otra interpretación que la que realizó *a contrario* el Tribunal Supremo en la sentencia citada.

⁵⁶ Otro ejemplo es el artículo 116.4 CE («El estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno [...]»). Solo el Gobierno puede proponer el estado de sitio, lo cual implica *a contrario* que el rey no puede, sin analogía posible. Otra cosa es qué se entiende por «Gobierno», porque cabe dar a este término una interpretación extensiva que incluya un gobierno en funciones sustituto del titular legal cuando este no puede ejercer.

⁵⁷ El artículo 1088 CC («Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa») es muy enfático y parece decir *a contrario* que no hay obligaciones de «no dar», pero las hay (por ejemplo, el acreedor pignoraticio está obligado a no dar a terceros la cosa recibida en prenda).

4. CONCLUSIONES

1) La argumentación *a contrario* es un modo justificado de razonar para interpretar el derecho, siempre que asuma las premisas adecuadas y siga una inferencia correcta. Por tanto, el argumento *a contrario* es capaz de fundamentar decisiones e interpretaciones jurídicas; y en determinadas circunstancias debe ser utilizado para decir el derecho.

2) Argumentar *a contrario* requiere: *a*) asumir unas tesis sobre implicaciones normativas; *b*) identificar el supuesto de hecho explícito de una disposición jurídica y la consecuencia que prescribe para él; *c*) calificar un caso dado como distinto y a la vez afín a ese supuesto explícito, y valorar las circunstancias de su relación, entre ellas su analogía en cuanto a la disposición interpretada o las razones para excluirla; y, finalmente, *c*) inferir de todo ello una consecuencia jurídica para dicho caso.

3) La validez del argumento *a contrario* depende de que la disposición interpretada tenga una formulación normativa donde la consecuencia prescrita se sigue solo si se da el supuesto de hecho. A su vez, la solidez de esta premisa depende de su fundamento, que aportan el lenguaje y el derecho con mensajes a veces contradictorios. La norma jurídica toma forma al combinar la prescripción dispuesta explícitamente con las implicaciones normativas que descubre su interpretación, y que son el punto de partida del argumento *a contrario*.

4) Para argumentar *a contrario* con pretensión de validez hay dos posibles tesis de partida, que justifican dos conclusiones diferentes sobre la regulación jurídica del caso dado: *a*) la tesis de la implicación negativa, que conduce a concluir que no se aplica la misma consecuencia prescrita para el caso explícito ($\neg Oc$); y *b*) la tesis de la implicación positiva, que conduce a concluir que se aplica una consecuencia distinta ($O\neg c$).

5) Las tesis de la implicación *a contrario* se fundamentan en la pragmática de la comunicación, corregida por el principio jurídico que admite la analogía. La implicación solo se da en un contexto de casos relacionados y cumpliendo unas condiciones, y tiene especial incidencia en determinadas circunstancias que excluyen tratar análogamente ambos casos (mencionado y no mencionado). Identificar con precisión estas condiciones y circunstancias, y comprobar su satisfacción, son los principales retos al emplear el argumento *a contrario*.

6) Para que el argumento *a contrario* se sostenga, los casos contrastados han de guardar cierta afinidad en cuanto al asunto regulado, pero no pueden ser jurídicamente asimilables por razón de analogía. De otro modo el razonamiento *a contrario* pierde su fuerza justificativa y su función es retórica, precisamente para combatir la aplicación análoga de la disposición.

7) Cuando operan los factores que impiden la analogía y se da la implicación positiva, el argumento *a contrario* justifica la respuesta jurídica a un supuesto de hecho por diferencias semánticas entre este y el que menciona la regulación; en otro caso, para justificar la respuesta el argumento requiere un juicio de relevancia que venza la presunción favorable a la analogía.

8) Aunque el uso retórico del argumento *a contrario* favorece la interpretación restrictiva de los términos jurídicos, las versiones justificadas del argumento son compatibles con cualquier extensión de los términos. El argumento *a contrario* en sí mismo no rivaliza con la interpretación extensiva, sino con la analogía; y por esta causa sirve para demostrar o comprobar intuitivamente la diferencia entre ambas.

5. REFERENCIAS

- ATIENZA, Manuel (2013), *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta.
- CANALE, Damiano, y TUZET, Giovanni (2008), «On the Contrary: Inferential Analysis and Ontological Assumptions of the A Contrario Argument», *Informal Logic*, 28:1, pp. 31-43.
- CARCATERRA, Gaetano (1994), «L'argomento a contrario», en S. Cassese, G. Carcaterra, M. D'Alberti y A. Bixio (eds.), *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Bologna: Il Mulino, pp. 177-272.
- CHIASSONI, Pierluigi (2007/2011), *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2007. Se cita por la trad. esp. de P. Luque Sánchez y M. Narváez Mora: *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Madrid: Marcial Pons, 2011.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier (1986), «El argumento a contrario en la jurisprudencia constitucional», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 3, pp. 133-150.
- FALCÓN Y TELLA, María José (1990), «Papel de la «ratio» en la argumentación jurídica. Ensayo de una nueva configuración teórica del argumento *a contrario*», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 75, pp. 259-282.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2001), «Sobre el argumento a contrario en la aplicación del Derecho», *Doxa*, 24, pp. 85-114.
- GRICE, Paul (1989), *Studies in the Way of Words*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press (reed. 1991). Del artículo citado, «Logic and Conversation» [1975], hay trad. de J. J. Acero: «Lógica y conversación», en L. M. Valdés Villanueva (comp.), *La búsqueda del significado*, Madrid, Tecnos, 2005 (4.ª ed.), pp. 520-538.
- GUASTINI, Riccardo (2011/2014), *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011. Se cita por la trad. esp. de S. Álvarez: *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- HAGE, Jaap (1997), *Reasoning with Rules: An Essay on Legal Reasoning and Its Underlying Logic* Dordrecht, Kluwer.
- JANSEN, Henrike (2005), «E Contrario Reasoning: The Dilemma of the Silent Legislator», *Argumentation*, 19 (2005), 485-496.

- JANSEN, Henrike (2008), «In view of an express regulation: Considering the scope and soundness of *a contrario* reasoning», *Informal Logic*, 28:1 (2008) 44-59.
- KAPTEIN, Hendrik (2005), «Legal Progress Through Pragma-Dialectics? Prospects Beyond Analogy and *E Contrario*», *Argumentation* 19, pp. 497-507.
- KLOOSTERHUIS, Harm (2000), «Analogy argumentation in law: A dialectical perspective», *Artificial Intelligence and Law*, 8, pp. 173-2000.
- KLUG, Ulrich (1982/1990), *Juristische Logik*, Berlin/Heidelberg: Springer, 1982 (4.ª ed., 1.ª 1951). Se cita por la trad. esp. de J. C. Gardella: *Lógica jurídica*, Bogotá, Temis, 1990.
- PECZENIK, Aleksander (1989), *On Law and Reason*, Dordrecht/Boston/London, Kluwer.
- RADBRUCH, Gustav (1910/1930), *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Leipzig: Quelle & Meyer, 1910. Hay trad. esp. de Luis Recasens Siches: *Introducción a la ciencia del derecho*; prólogo de Fernando de los Ríos, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1930.
- RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza (2003), *La justificación de las decisiones judiciales. El artículo 120.3 de la Constitución española*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela.
- ROSS, Alf (1958/1994), *On Law and Justice*, Londres, Stevens and Sons, 1958. Se cita por la trad. esp. de G. R. Carrió: *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1994 (5.ª ed.; 1.ª 1963).
- SAINT-ALBIN (DE), Hortensius (1833), *Logique Judiciaire ou Traité des argumens légaux*, Bruxelles, Louis Hauman et comp.
- SAVIGNY, Friedrich Karl VON (1840/2010), *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. I, Berlin, Veit und comp., 1840. Se cita por la trad. esp. de J. Mesía y M. Poley del cap. IV reproducida en F. K. VON SAVIGNY, «Interpretación de las Leyes», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, 6 (2010), pp. 401-418.
- SOETEMAN, Arend (1989), *Logic in law. Remarks on logic and rationality in normative reasoning, especially in law*, Dordrecht, Kluwer.
- TARELLO, Giovanni (1980/2013), *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980. Se cita por la trad. esp. de D. Dei Vecchi: *La interpretación de la ley*, Lima, Palestra, 2013.
- WALTON, Douglas; SARTOR, Giovanni, y MACAGNO, Fabrizio (2016), «An argumentation framework for contested cases of statutory interpretation», *Artificial Intelligence and Law*, 24, pp. 51-91.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy (1992), *The Judicial Application of Law* (ed. de Z. Bańkowski y N. MacCormick), Dordrecht, Kluwer.

Fecha de recepción: 31/03/2017. Fecha de aceptación: 31/10/2017.

III

CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

ERIE, Mathew S. *China and Islam: The Prophet, the Party, and Law*, Nueva York, Cambridge University Press, 2016, 447 pp.

El antropólogo y jurista Matthew S. Erie afronta en *China and Islam: The Prophet, the Party, and Law* la difícil tarea de analizar la intersección entre dos temas de gran relevancia en nuestro tiempo: el resurgimiento del Islam y el ascenso de China como potencia mundial. A pesar de la importante producción de los estudios chinos, trabajos como el de Erie no abundan. El autor pone el foco de su investigación en la China musulmana, esa tantas veces obviada por el Partido-Estado cuando trata de mostrar al mundo su versión de la China oficial (con el confucianismo y el idioma mandarín como rasgos identificadores). No puede pasarse por alto que China cuenta en la actualidad con 23 millones de musulmanes (p. 8).

La aportación de «China and Islam» es relevante y novedosa por dos razones. La primera, por los sujetos de la investigación. A diferencia de gran parte de los estudios sobre el Islam en China, no se centra en los Uygures, presentes principalmente en la región autónoma de Xinjiang, hablantes de su propio idioma (de origen túrquico), y protagonistas de conflictos interétnicos que han dado forma a las políticas del Partido-Estado para con el Islam. Erie pone los ojos en los Hui, más dispersos geográficamente (p. 10) aunque presentes sobre todo en el noroeste y bien integrados en la sociedad China. La principal diferencia entre los Hui y Los Han, la etnia mayoritaria en China, es la religión. En China hay 11 millones de Hui (p. 8). A través del estudio de caso de la etnia Hui, Erie afronta una cuestión que no había sido tratada hasta la fecha, la coexistencia de la ley islámica y la ley estatal en China. Es más, en el libro Erie se atreve a cuestionar el axioma de que la ley islámica y la ley estatal no son compatibles, ilustrándolo con la manera en que los Hui tratan de regirse por la ley islámica mientras que tratan de respetar la estatal. Los Uygures también están presentes en «*China and Islam*» pero siempre aparecen en comparación con los Hui. Y es que el Partido-Estado prefiere a los Hui al considerarlos mejor integrados.

Erie centra su trabajo de campo en la ciudad de Linxia, en la provincia de Gansu. Un territorio que el autor conoce muy bien puesto que la ha visitado durante 13 años (p. xi) Linxia es una ciudad de gran importancia para los musulmanes de China, hasta el punto de que es popularmente conocida como «La pequeña Meca de China», situada en la antigua Ruta de la Seda que el gobierno chino trata ahora de revitalizar. La estancia investigadora de Erie en

Linxia se prolongó durante 18 meses. El autor conoció de primera mano las contradicciones a las que se enfrenta la etnia Hui, sujetos al mismo tiempo a la ley religiosa (*jiaofa*) y a la ley estatal (*guofa*) (p. 3). Erié se nutre de más de 200 entrevistas, además de la observación etnográfica en mezquitas y escuelas. Así, «China and Islam» da voz a la etnia Hui y además de la aportación académica se constituye en un buen testimonio de la experiencia diaria de las minorías en la China postsocialista. Además de estas entrevistas y de la consulta de abundante bibliografía sobre China y el Islam, Erié consultó los archivos gubernamentales de Linxia y Urumqi, así como el archivo provincial de Gansu.

El autor ofrece a los lectores generalistas un estudio de caso de la práctica islámica fuera de las democracias occidentales (p. 38), mientras que los lectores interesados en el resurgimiento del Islam encontrarán interesante el análisis de la experiencia Hui, la de ser musulmán en la China postsocialista en un momento en que se simultanean apertura y control. Desde el punto de vista jurídico, resulta de interés la manera en que en el caso chino, la ley religiosa y la estatal interactúan y se transforman mutuamente. Erié expone lo porosa que puede ser la separación entre la ley estatal y la religiosa y como el estado se apropia de aquellos elementos de la ley religiosa que le resultan útiles para imponer su autoridad sobre los musulmanes Hui.

Erié despliega todo su arsenal de capacidades lingüísticas. Maneja términos en árabe, persa, mandarín y en el chino hui. Esto, unido a que requiere de una gran especialización (exige amplios conocimientos sobre China y el Islam y emplea complejos marcos teóricos) hace de «China and Islam» una lectura densa y complicada, lo que no es óbice para que se convierta en una obra de referencia.

Erié estructura su libro en 7 capítulos además de una introducción y conclusiones. Incluye además un detallado glosario que contiene los términos en chino, su equivalente en árabe y su significado. Este glosario es de gran ayuda para el lector que no está familiarizado con el chino puesto que el texto está plagado de términos en este idioma. Cuenta además con gráficos y mapas que ayudan a contextualizar la información, entre los que se incluyen los del noroeste de China, la ciudad de Linxia y suroeste de la provincia de Gansu.

En la introducción, Erié expone la situación de los musulmanes en China en términos generales, no solo en clave Hui. El resurgimiento del Islam en China es según el autor un fenómeno con características distintas al que se da en contextos de mayoría musulmana, como puede ser Oriente Medio (p. 8). Aún así, es una de las religiones que más crece en China, no tanto por un elevado número de conversiones sino principalmente por la alta tasa de fertilidad de los musulmanes chinos, sobre todo a raíz del abandono de la política de un solo hijo (p. 11). En ese contexto, los musulmanes chinos se han visto en el centro del debate político en el país, principalmente como consecuencia de los disturbios en Urumqi en 2009, donde fallecieron 156 personas en enfrentamientos entre trabajadores de etnia Han y Uygur, y por la percepción del Islam como elemento distorsionador en el mundo post 11-S. Erié explica que en China existen 55 minorías étnicas (*minzu*) (p. 31) El Estado otorga cierta autonomía a estas etnias, aunque el autor traza una clara separación entre autonomía y soberanía. Los Hui, como el resto de minorías, gozan de la primera pero no de la segunda. Además, los musulmanes chinos cuentan con una libertad religiosa limitada (p. 31) y la ley islámica (*sharia*) no está reconocida oficialmente por el Estado.

Dos términos son clave para comprender «*China and Islam*». En primer lugar, es necesario aclarar a que se refiere el autor cuando emplea la palabra «ley». El propio Erie reconoce que hace un uso extensivo de la palabra «ley». En esta obra cuando se habla de «ley» se hace a modo de abreviatura de lo que de otra manera sería una enumeración de «ley» más «ética» más «moral» más «costumbre» (p. 18). Pero probablemente el término más importante en «*China and Islam*» es *minjian*. Se trata de una palabra que literalmente significa «entre las personas» y que puede traducirse como «popular, no oficial, no gubernamental, no estatal» (p. 12). *Minjian* es todo aquello que no está oficialmente sancionado por el Estado, un conjunto de prácticas, relaciones e instituciones que actúan de intermediario entre la ley religiosa y el Partido Estado. Sin embargo, *minjian* no debe confundirse con «ilegal». Como apunta Erie, lo *minjian* es potencialmente legal e ilegal, supone una tercera vía y actúa en el espacio gris entre la ley islámica y la ley estatal (p. 13). La relación entre el Estado y *minjian* es cambiante, y el Estado puede tratar de emplear elementos del *minjian* que le sean útiles en la consecución de sus objetivos. El autor constata a través de la observación etnográfica la importancia de esta tercera vía. Erie explica cómo la policía y los órganos judiciales visitan con regularidad a los clérigos en las mezquitas en busca de información, consejo o mediación (p. 2). Unas reuniones de las que no queda registro alguno, lo que impide que se genere jurisprudencia (p. 3). El autor retomará la relación entre lo oficial y lo religioso en lo referente a la solución de disputas en el capítulo 7 «*Procedural Law*»

En el primer capítulo, *History, the Chinese State and Islamic Law*, Erie se centra en la historia de los musulmanes y de la ley islámica en China. Uno de los aciertos del autor es que lleva su análisis hasta bastante más atrás de la China socialista, analizando la situación de la ley islámica en la dinastía Qing, en la etapa republicana y en el actual Estado (post)socialista. Analizando la evolución del tratamiento dado a los musulmanes por los distintos regímenes que han gobernado China, Erie trata de demostrar que la manera que el Partido-Estado tiene de abordar la cuestión musulmana es producto tanto de lo heredado de regímenes anteriores como de una reinterpretación de las categorías recibidas (pp. 43-44). Para explicar la situación actual de los Hui, el autor se retrotrae hasta la dinastía de los Qing, que fueron quienes comenzaron a aplicar el concepto de etnia a los Hui y a otros musulmanes. Fue en este periodo donde se calificó por primera vez a la ley islámica como derecho consuetudinario (*xiguanfa*). De esta forma se intentaba eliminar el componente religioso de los preceptos por los que se guiaban los musulmanes. Esta estrategia fue empleada también durante el periodo republicano. Sostiene Erie que los comunistas heredaron el discurso acerca de la ley islámica como *xiguanfa* de los republicanos (que a su vez lo habían heredado de la Dinastía Qing) pero transformaron su significado de acuerdo con los preceptos del Marxismo-Leninismo (pp. 64-65). De esta forma, el Partido-Estado trata de crear una ley islámica oficial, que sirva a sus propios intereses. De esos intentos por crear un Islam sancionado por el Estado cabe destacar a la Asociación Islámica de China (*Yi-Xie*), apoyada por el Estado y que insta a los clérigos a recibir educación patriótica (p. 82) y cuyas publicaciones recogen más propaganda estatal que enseñanzas del profeta Mahoma (p. 83). Esto se enmarca en un intento de secularización de la *sharia*. En ese contexto, las tensiones entre lo estatal y lo religioso están provocando un resurgimiento de las prácticas *minjian*, incluidas las referentes a cuestiones legales (p. 85) Erie también da cuenta de las diferentes actitudes que el Estado ha mantenido para

con la ley islámica. Durante la Revolución Cultural, las instituciones islámicas fueron fruto de un fuerte ataque (p. 75).

En el capítulo 2 *Linxia at the crossroads*, Erie analiza la construcción del campo social de los Hui, en un capítulo en que su condición de antropólogo pesa más que la de jurista. Centra definitivamente su atención en Linxia, una ciudad con 1'95 millones de personas de los cuales 1'1 millones son musulmanes (p. 90). La observación etnográfica de Erie se centra en Bafang, la parte musulmana de Linxia. La ciudad se enmarca en la antigua Ruta de la Seda (p. 97). La población Hui en Linxia no es totalmente homogénea y en la ciudad existen diferentes escuelas islámicas (Erie prefiere este término al de sectas) que fueron instalándose en el territorio a lo largo de los siglos y que interpretan la ley religiosa de distinta forma (p. 111). La falta de unidad en la comunidad musulmana de Linxia favorece los intereses del Partido-Estado, que favorece a unos u otros según le resulten más dóciles o se ajusten a su idea nacional.

El autor refleja la evolución en la manera de gobernar Linxia por parte de los distintos regímenes. Durante la Dinastía Qing, las comunidades musulmanas estaban autorreguladas hasta que la colonización y el colapso parcial del Estado puso fin al autogobierno. Erie dedica la mayoría del capítulo a analizar la manera en que Linxia ha sido gobernada por la República Popular China. El autor defiende que en ocasiones la política del Partido-Estado con respecto a los Hui de Linxia ha sido similar a la de los Bolcheviques en Asia Central en los años 20 del siglo xx, que buscaban desarraigar las leyes no estatales. Mientras que en otras ocasiones, sostiene Erie, las políticas eran como las de los británicos en la India, que intentaban cambiar las costumbres locales con el fin de facilitar la administración colonial (p. 112). Las tensiones entre la ley islámica y la estatal se hicieron más evidentes en el Estado socialista. La planificación familiar o las políticas de control de la natalidad establecidas por el gobierno chocan frontalmente con la islámica. Aunque en un intento por permitir que los Hui vivan acorde con su religión, en los años 90 los Hui fueron autorizados a tener dos hijos por familia, a través de las políticas preferenciales (*youthui zhengce*) que el Partido-Estado ha ido estableciendo para las minorías étnicas (p. 116). Sin embargo, Erie sostiene que el Partido-Estado, en su intento de condicionar el Islam local, con medidas como burocratizar a los líderes Hui (no pueden portar distintivos religiosos), limitar el proselitismo o nacionalizar las propiedades religiosas y secularizar el espacio, ha sido mucho más invasivo en el campo social Hui de lo que lo fueron los gobernadores imperiales.

En el capítulo 3, *Ritual Lawfare*, Erie analiza los aspectos rituales de la práctica musulmana en Linxia. Cada una de las escuelas presentes en Linxia (*Gedimu*, *Sufi*, *Xidaotang*, *Yihewani*, *Salafiya*), entienden la ley islámica de distinta manera. Y esto se traslada también a los aspectos rituales. Las distintas escuelas mantienen disputas sobre cuestiones que podrían parecer superficiales, como el uso de incienso durante la oración (p. 131). Sin embargo, es a través de los rituales donde las diferentes escuelas desarrollan su identidad puesto que es en el aspecto ritual donde los Hui gozan de más libertad. La tensión entre la ley estatal y la religiosa vuelve a presentarse a través de la estricta regulación del peregrinaje a La Meca. El Partido-Estado ha establecido cuotas de musulmanes chinos que pueden realizar la peregrinación anual a La Meca. A Linxia le corresponden apenas 160 peregrinos por año (p. 169), una cifra escandalosamente pequeña considerando que en la ciudad viven más de un millón de musulmanes. El Partido-Estado trata de limitar el con-

tacto de los Hui con musulmanes extranjeros e intenta que en caso de hacerlo sea a través de los cauces oficiales. Erie deja una interesante reflexión acerca de las diferencias entre las distintas escuelas islámicas de Linxia. Al tener visiones tan alejadas entre sí, ponen de manifiesto la diferencia entre el Islam oficial que quiere crear el Partido-Estado y la práctica diaria de los Hui.

El siguiente capítulo, *Learning the law*, se centra en las distintas instituciones educativas a través de las cuales los jóvenes Hui aprenden el Islam, la ley islámica y la lengua árabe. En primer lugar, hay que notar que los cambios sociales en China han hecho que el prestigio de ser clérigo en Linxia se haya reducido. Existen empleos más lucrativos para los Hui, que en muchos casos prefieren ser traductores (pp. 178-179) y participar del florecer económico de la Nueva Ruta de la Seda. Los Hui pueden optar por estudiar en las mezquitas, en las escuelas privadas, las escuelas impulsadas por la *Yi-Xie* y las escuelas étnicas. La decisión vendrá marcada por la condición económica y por la adhesión a las escuelas islámicas. Las escuelas impulsadas por la *Yi-Xie* y las escuelas étnicas responden al interés del Partido-Estado de crear un Islam oficial y de desacralizar la enseñanza de la lengua árabe, respectivamente. Las escuelas de *Yi-Xie* son para varones musulmanes y no se limitan a la enseñanza religiosa sino que en ellas se estudia administración, comercio y cursos sobre la ley estatal (pp. 216-217). Más interesante resulta el concepto de escuela étnica. Están presentes en todas las regiones con minorías étnicas, en ellas se enseña el mandarín estandarizado y la lengua minoritaria del territorio (p. 204). En el caso de las escuelas étnicas en Linxia, se estudia la lengua árabe, que en el contexto de la Nueva Ruta de la Seda se ha convertido en una herramienta para el desarrollo económico (p. 206). Erie sostiene que se ha producido una desacralización de la lengua árabe (p. 209).

Wedding laws es el capítulo 5, en el que Erie analiza las leyes matrimoniales tanto estatales como religiosas. Es el capítulo en el que los testimonios personales son más valiosos, pues logran transmitir el doble patriarcado al que se ven sujetas las mujeres Hui y las consecuencias devastadoras que puede tener la práctica de la poligamia (p. 252). La situación de las mujeres en Linxia es complicada. Tanto en el *minjian* como en el Islam la mujer queda relegada a un plano secundario (p. 223). La idea de que la mujer quede reducida al papel de esposa está en consonancia tanto con los preceptos del Corán como con las expectativas del confucianismo (p. 225). Erie explora la problemática que surge al existir dos legalidades que regulan el matrimonio (religiosa o estatal). En esta doble vía, los beneficios tienden a ser para el marido (p. 238). Normalmente, estos prefieren evitar la ley estatal y no obtienen nunca la licencia matrimonial. De esta forma, en caso de divorcio la mujer tiene más complicado ejercer sus derechos (p. 239). Según los datos que maneja Erie, a mayor nivel educativo, más probabilidad de que las mujeres exijan la obtención de la licencia matrimonial para defender sus derechos. En materia de divorcio, se puede observar como la ley islámica y la estatal interactúan en Linxia. A pesar de que el estado no reconoce la ley islámica, las mujeres musulmanas utilizan la ley estatal para proteger los derechos que les confiere la ley islámica (p. 239).

En el capítulo 6, *Moral economies*, Erie analiza la economía moral Hui, centrándose en la manera en que se financia el resurgimiento del Islam en China (p. 40). El concepto de *minjian* vuelve a ser central en este capítulo. Erie considera remarcable que los Hui hayan sido capaces de financiar su actividad religiosa a pesar de las restricciones impuestas por el Partido-Estado (p. 267). Para sortear estas restricciones, los Hui han recurrido a prácticas *minjian*, esas prácticas alegales tan presentes en la cultura Hui.

El último capítulo, *Procedural Justice*, Erie se centra en los distintos métodos de resolución de conflictos en la comunidad Hui, donde los clérigos juegan un papel muy importante como mediadores entre la ley islámica y la estatal (pag.40). Es en este capítulo donde más claramente puede verse la porosa separación entre la ley islámica y la estatal. Erie recoge dos fenómenos que ilustran a la perfección la interacción entre las dos legalidades: la formalización de la mediación y la informalización de las sentencias. En una ciudad que es terreno abonado para las disputas (p. 305), los líderes Hui ocupan un importante papel en las formas extrajudiciales de resolución de conflictos (p. 317). Erie explica que la mediación en la mezquita es la forma preferida por los Hui (p. 306). Esta mediación está muy arraigada tanto en la cultura Hui como en la Han. Esto ha empujado al Partido-Estado a crear Comités Populares de Mediación. Y si bien el Estado no reconoce la ley islámica, ha introducido figuras religiosas en los Comités (p. 318). Incluso ha llegado a crear Comités Populares de Mediación Islámicos (p. 319) que reproducen la versión del Partido-Estado de la ortodoxia musulmana (p. 325). De esta forma se produce la formalización de la mediación a la que hace referencia Erie. Esta interacción entre Estado y religión tiene también otra cara no tan positiva, y es que se ha producido una informalización de las sentencias. Si en un tribunal, alguna de las partes hace referencia a preceptos de la ley islámica, el caso puede ser referido a instancias religiosas. Erie señala que este proceso no es legal pero sí habitual (p. 327). De lo que determinen los tribunales religiosos no queda constancia escrita. Una muestra más del peso de las prácticas *minjian* en la cultura Hui, que llega a invadir incluso el terreno del derecho procesal.

En las conclusiones Erie defiende que el caso Hui demuestra que la ley islámica y el estado moderno no son inherentemente incompatible (p. 40). El autor sostiene que la flexibilidad de la ley islámica Hui hacia la ley estatal y hacia la mayoría Han, es una de las señas de identidad de su cultura legal, y que tiene potencial para contribuir al debate contemporáneo acerca del lugar de la *sharia* en las sociedades contemporáneas (p. 349). Sin embargo, parece difícil que se pueda trazar un paralelismo entre el caso Hui y los retos que afrontan las democracias occidentales respecto a la *sharia*.

Una vez más, vuelve a aparecer el concepto *minjian*. Para Erie es la clave de la coexistencia entre la ley islámica y la ley estatal. Sin la existencia de las prácticas *minjian* los Hui no podrían practicar su forma de ley religiosa y al mismo tiempo sería más complicado para el Partido-Estado ejercer su mando sobre las minorías musulmanas (p. 349). Es el punto de encuentro que permite que coexistan las dos legalidades.

En *China and Islam* Matthew S. Erie realiza una notable contribución a los estudios de la ley islámica en China en una obra que resultará especialmente atractiva para aquellos interesados en la intersección entre la sociología y el derecho

Beñat GUTIÉRREZ
Universidad del País Vasco

GÓMEZ GARCIA, Juan Antonio. *La argumentación jurídica. Teoría y Práctica*. Madrid, Dykinson, 2017, 216 pp.

No parece preciso, por obvio, tratar de demostrar que la argumentación ha sido desde siempre uno de los pilares fundamentales de la actividad del jurista. Por ello mismo no deja de resultar sorprendente que su estudio –tal y como señala en el *Prefacio* de éste su último libro el profesor Juan Antonio Gómez García, Titular de Filosofía del Derecho en la UNED–, se haya puesto de moda entre nosotros en los últimos tiempos. Una moda que se plasmaría en el considerable número de manuales, textos... sobre el tema aparecidos en los últimos años a los que, ciertamente, habría de sumarse el suyo que ahora recensionamos.

Ahora bien, el texto del profesor Gómez García está en la moda de la argumentación jurídica pero no a la moda –si es que podemos expresarnos así–, y es que empieza señalando que, en su opinión, la moda dominante tiene importantes defectos. El primero, dar por implícitos muchos, «demasiados», presupuestos teóricos que convendría explicitar para comprender coherentemente la temática expuesta. En concreto y sin ir más lejos, se suele comenzar directamente con la cuestión de la argumentación jurídica sin efectuar, siquiera mínimamente, una reflexión inicial sobre qué se entiende por derecho.

Así las cosas, el libro empieza tratando de corregir ese presunto defecto básico de la moda reinante para lo cual el autor introduce un primer capítulo, *Una aproximación inicial a la argumentación jurídica*, en el que, tras constatar que todas las teorías de la argumentación jurídica constituyen productos y resultados directos de las concepciones generales en torno a lo que es el derecho proyectadas específicamente hacia su dimensión argumentativa, llega a la conclusión obligada de que se capta mucho mejor la problemática que está detrás de esas teorías atendiendo a su trasfondo ontológico.

Por ello realiza, a continuación, una breve caracterización de las tres grandes ontologías jurídicas, de las tres concepciones generales del derecho: la normativista, la sociologista o realista y la iusnaturalista, procediendo a una sucinta crítica de todas ellas en cuanto reduccionistas. Dicha crítica junto con la consideración de la dimensión lingüística del lenguaje, así como con el uso de la lógica en cuanto principal instrumento de la ontología, lleva al autor a asumir expresamente la noción aristotélica de «lo jurídico», según la cual el derecho implicaría siempre una relación entre personas entre sí o entre personas y cosas de modo que, literalmente, cabría afirmar que el derecho ostenta una naturaleza eminentemente relacional, analógica.

Parafraseando los términos aristotélicos, «el derecho se dice de muchos modos» y es que el carácter analógico de lo jurídico residiría en su integridad esencial de sentidos. Algo que, si bien impide la consideración del derecho como algo absolutamente uno y por tanto susceptible de ser definido en sentido propio, abriría la teoría de la argumentación jurídica a unos horizontes mucho más realistas en un contexto como el actual caracterizado por la globalización, la implementación de las tecnologías de la información y la comunicación y el neoconstitucionalismo que obligan a considerar la argumentación jurídica mucho más allá del papel meramente lógico formal que se le ha atribuido en los dos últimos siglos.

Como se ve, pues, una reivindicación en toda regla de la actualidad del pensamiento aristotélico en lo que a «lo jurídico», al derecho se refiere, que

el autor refuerza aún más incluyendo en los anexos a este capítulo el célebre pasaje inicial del capítulo V de la *Ética a Nicómaco*. Eso sí, advirtiendo al lector que ha de retraducir mentalmente el término «justicia» por el que habitualmente se vierte al castellano el «*to dikaion*» del texto original, por «lo jurídico», el derecho.

Una vez establecida en estos términos la noción de «lo jurídico», de derecho, desde la que el autor opera, el segundo capítulo, *Las teorías de la argumentación jurídica*, versa sobre las distintas concepciones específicas sobre la argumentación jurídica. Lo cual le obliga, ante todo, a una previa definición de argumentación y, como era previsible, a la constatación de que no hay acuerdo sobre tal definición precisamente por las distintas posibilidades que permiten los cuatro elementos necesarios en toda argumentación: lenguaje, cuestión controvertida o problema, proceso argumentativo y carácter racional.

Según el modo de articular esos elementos se llegaría a las tres concepciones básicas de la argumentación: la formalista que gira alrededor del concepto de validez; la materialista, centrada en la dimensión semántica, y, finalmente, la pragmática que entiende la argumentación como un acto de lenguaje, un acto dialógico y no monológico, dirigido a alcanzar un consenso en relación a la cuestión debatida. Estas tres variantes son analizadas, a continuación, en su formulación específicamente jurídica poniendo de relieve que la formalista se basa en el anhelo de certeza, la materialista en la preocupación por la justicia y la verdad, mientras que la pragmática se funda en su afirmación del consenso como valor esencial.

Contra lo que pudiera pensarse, todo ese análisis no lleva a la conclusión de que estas tres concepciones han de entenderse como absolutas y excluyentes sino a la de considerarlas como perspectivas complementarias que facilitan la comprensión de la complejidad de la actividad argumentativa. Y ello hasta el punto de permitir inmediatamente una indagación histórica en la que el autor sigue la caracterización habitual en dos etapas: los precursores de la teoría de la argumentación jurídica y a continuación la teoría estándar de la argumentación jurídica que vendría a integrar esas tres perspectivas.

Fijado así el marco ontológico y antes de pasar a examinar la argumentación jurídica como objeto de reflexión en sí mismo el autor aborda, en el Capítulo III, la cuestión de la justificación de la argumentación jurídica. Punto en el que corrige otro de los defectos, –de nuevo en su opinión–, de la moda dominante en relación a la argumentación jurídica. Y es que, a lo que le parece, se suele obviar el tratamiento de la cuestión de las fuentes del derecho dándose por supuesto que la norma jurídica es, con diferencia frente a otras, la más importante fuente del derecho sin detenerse a considerar otras posturas distintas o alternativas.

Aquí quedaría patente, según el autor, el trasfondo iuspositivista, formalista, en que se ha venido forjando la teoría de la argumentación jurídica al uso. Por el contrario, de acuerdo con la noción analógica de lo jurídico que defiende y con las bases ontológicas de una teoría de la argumentación jurídica congruente con ella, le resulta ineludible plantear en ese momento de su trabajo, siquiera sea como *excursus*, la cuestión de las fuentes del derecho –problema de definición incluido–, en tanto que constituyen la *ratio iuris* fundamental de cualquier argumentación jurídica.

Tras ese *excursus*, se abordan los contenidos típicos de la teoría estándar de la argumentación jurídica en relación con el tema de su justificación. Y así, analiza con detalle las distinciones entre contexto de descubrimiento y

contexto de justificación, entre justificación externa e interna y entre justificación formal y no formal para concluir, de acuerdo con una lógica analógica de la justificación jurídica, en la afirmación de la razonabilidad como criterio principal de justificación de las argumentaciones jurídicas.

La «razonabilidad» que no la «racionalidad» entendida en su acepción lógico-formal y es que, para el autor, aunque la idea de razonabilidad jurídica sea muy abierta e incluso equívoca en ocasiones, en su sentido más general supone un límite de lo justificable y aceptable jurídicamente de tal manera que implica un plus con respecto a la pura racionalidad.

Llegado a este punto, tras todas las precisiones anteriores, el autor puede abordar ya la argumentación jurídica en sí misma; cosa que hace en el capítulo IV, *La estructura de la argumentación jurídica. La argumentación jurídica formal*. Un análisis que, sin embargo y como era previsible desde lo visto hasta aquí, comienza por el de la lógica formal en sí misma, sin la calificación de jurídica, entendiéndola como la lógica de la demostración, de lo válido, de lo correcto y lo incorrecto. Una vez caracterizada en esos términos, se procede a examinar su concreción jurídica, esto es, las inferencias deductivas, inductivas y abductivas... concluyendo con una tipología formal de argumentos jurídicos.

Ahora bien, si la lógica formal es absolutamente necesaria en toda argumentación jurídica mínimamente seria, resulta insuficiente –de nuevo, según el autor–, por sus carencias de índole material y pragmática. En otros términos, la propia naturaleza compleja de lo jurídico haría ineludible postular la lógica informal, esto es, la lógica de lo convincente y de lo persuasivo... una lógica que, sin dejar de serlo, abre la puerta a consideraciones de tipo material en la argumentación jurídica.

A la vista de todo lo dicho hasta aquí y, más en concreto, de la definición de «lo jurídico» adoptada por el autor, apenas si es necesario señalar que, en este punto, vuelve a apoyarse expresamente en Aristóteles y, específicamente, en la distinción entre razonamientos analíticos y dialécticos. Una distinción que no le lleva a desechar la lógica formal sino todo lo contrario, a «integrarla y superarla», contemplando también aspectos materiales y pragmáticos. Por decirlo con M. Atienza, a quien se remite expresamente, el autor se declara contrario no a la lógica jurídica formal sino a su «imperialismo».

Como consecuencia de todo ello, en el capítulo V *Las razones en la argumentación jurídica. La argumentación jurídica material*, se aborda la perspectiva material en torno a la argumentación jurídica. Ahora se priman los contenidos, las razones y los argumentos y se entra a examinar toda la compleja cuestión de las premisas de los argumentos y de las argumentaciones jurídicas las cuales constituyen el ámbito donde se dan las razones de éstas.

Especialmente útiles resultan en este capítulo los anexos en los que se utiliza a Brandon para la definición de inferencia material, a Atienza para distinguir los razonamientos y los argumentos teóricos de los prácticos en el ámbito de la argumentación jurídica, a Cerdio Herranz para la distinción entre razones teóricas y razones prácticas, y, finalmente, a Alexy y a Bernal Pulido para la explicación de la llamada «fórmula del peso» del autor alemán.

Dado que la argumentación jurídica es un modo de racionalidad práctica, el autor aborda, a continuación, su distinción con la argumentación moral lo que le lleva a tener en cuenta la perspectiva pragmatista en torno a la argumentación jurídica, punto que desarrolla en el capítulo VI *La argumentación jurídica pragmática*. En él, tras señalar el momento histórico en que surge

—con especial atención al giro lingüístico de mediados del pasado siglo XX—, se analizan los caracteres generales de la concepción pragmática de la argumentación jurídica, examinándose, con cierta extensión, la tónica y la retórica así como la dialéctica jurídica. Todo ello, como ya se ha señalado, con vistas a integrar las perspectivas formal y material desde la consideración analógica de lo jurídico que le sirve de punto de partida.

De nuevo y al igual que en el capítulo anterior, resultan sumamente útiles los anexos en los que se señala el origen sofista de la retórica, se analiza el silogismo dialéctico con una nueva remisión a Aristóteles y, a partir de un texto del propio Alexy, se analiza su modelo pragmático de argumentación jurídica.

Ese mismo intento de integración de las perspectivas formal y material en la perspectiva pragmática lleva al autor a la constatación de que una perspectiva que pretenda interpretar lo jurídico bajo una lógica analógica ha de tener en cuenta la cuestión de los contextos antes que la de los textos. Y así en el capítulo VII, *Contextos y ámbitos de argumentación jurídica*, se analizan con cierto detalle tales contextos no sin antes tratar de corregir otro de los presuntos defectos de la moda dominante entre nosotros, y más en general de la teoría estándar de la argumentación jurídica, defecto que, según el autor, no es sino el de centrarse exclusivamente en la argumentación judicial.

Desde luego, el profesor Gómez es plenamente consciente de la importancia de la argumentación judicial; sabe que en la actuación de los jueces se expresa paradigmáticamente, por decirlo con sus propios términos, la vertiente conflictual que es propia de lo jurídico y de la práctica jurídica. Ahora bien y de acuerdo con la definición analógica de lo jurídico de la que parte, reivindica expresamente otros ámbitos en donde la juridicidad, y por tanto la argumentación jurídica, estaría presente de un modo u otro. Y así, además de la argumentación judicial, en este capítulo se analiza la argumentación de los abogados, la realizada en los contextos de mediación extrajudicial, la legislativa, la doctrinal y, más sucintamente, la argumentación constitucional, la de los jurados, la administrativa, notarial, registral, en ámbitos de expertos...

Una vez analizados todos esos contextos y ámbitos, en el capítulo VIII, *Metodología general de la argumentación jurídica: las técnicas de argumentación jurídica*, se entra en los métodos y las técnicas para construir argumentos y argumentaciones jurídicas. Y así se examinan *in extenso* las fases de la argumentación jurídica, remitiéndose el autor a las cuatro secuencias de las que hablaba la retórica clásica: *Inventio, dispositio, elocutio y actio*. Referencia a la retórica clásica que es completada, en el primer anexo, con una sucinta explicación de los catorce «*progymnasmata*», ejercicios «previos» de retórica cuyo dominio, según los clásicos, garantizaba buenos argumentos y discursos en cualquier ámbito.

En este mismo capítulo se incluye una exposición de los principales tipos de argumentos jurídicos: *a contrario, a simili, a fortiori*, no redundancia, *reductio ad absurdum*... con los correspondientes ejemplos. Una exposición ciertamente pormenorizada y ello hasta el punto de hacer pensar al lector que con ella se cierra el texto. Ahora bien, no parece preciso señalar que la perspectiva desde la que opera el autor le lleva a incluir un capítulo final capítulo IX, *Análisis y evaluación de la argumentación jurídica*, donde se abordan las cuestiones fundamentales del análisis y de la evaluación de las argumentaciones jurídicas.

Y así, en este último capítulo, se proporcionan criterios para el análisis de las partes de una argumentación jurídica, señalándose asimismo, las pautas principales para la evaluación de las argumentaciones jurídicas con especial

atención a las principales falacias jurídicas. Todo ello desde una defensa explícita de la racionalidad y la razonabilidad como los criterios generales de evaluación de la argumentación jurídica.

En resumen, estamos ante un trabajo importante, muy bien estructurado internamente, muy útil para estudiantes y prácticos del derecho y ello no sólo por el texto en sí mismo sino por los anexos que cierran cada uno de los capítulos. Anexos a los que ya se ha hecho alguna alusión y que van, de acuerdo con el subtítulo del libro, desde las más abstrusas disquisiciones teóricas hasta las más prácticas como los consejos para redactar bien escritos jurídicos que se incluyen en el anexo al capítulo VIII.

Un trabajo que, además, se singulariza, en relación a la mayor parte de los textos sobre el tema, por la adopción expresa de una noción analógica, aristotélica, de «lo jurídico», del derecho como punto de partida. Ahora bien y en nuestra opinión, esa adopción de una noción analógica debería profundizarse, especificando el autor las razones que le han llevado a traducir el original griego «*to dikaion*» por «lo jurídico», el derecho, frente a la traducción habitual de «lo justo», la justicia. Algo que, hasta donde recordamos, el autor no hace y que, en nuestra opinión, le llevaría más bien a una identificación cuasi iusnaturalista de «lo jurídico» con «lo justo», del derecho con la justicia.

Asimismo y por mucho que al final de cada capítulo, inmediatamente antes de los anexos, haya un apartado de conclusiones, se echa en falta un capítulo final de conclusiones generales en el que se entrara en un debate más a fondo con la «moda» sobre la argumentación jurídica dominante entre nosotros; «moda», por lo demás, cumplidamente referenciada en la bibliografía y webgrafía que cierran el texto.

Así pues, celebramos la publicación del libro del profesor Juan Antonio Gómez García al tiempo que confiamos incorpore, en sucesivas ediciones, tanto una profundización en la noción aristotélica de «*to dikaion*», cuanto ese debate en profundidad con la moda dominante entre nosotros ahora tan solo esbozado.

Aurelio DE PRADA GARCÍA
Universidad Rey Juan Carlos

HERRERA PARDO, Camila. *Aproximación a los fundamentos científicos y filosóficos del iusnaturalismo realista de Javier Hervada*, Pamplona, EUNSA, 2016, 631 pp.

En origen, el presente libro es la tesis doctoral de Camila Herrera, defendida en el 2014, sobre el pensamiento jurídico-filosófico de Javier Hervada, bajo la efectiva dirección de Ángela Aparisi. El título indica, en realidad, algo más que una mera aproximación a los fundamentos científicos y filosóficos del pensamiento jurídico del profesor catalán, se trata de un profundo análisis expositivo y crítico en defensa de la seriedad académica del realismo jurídico clásico. La relevancia del tema viene dada por dos motivos: el primero, que desgraciadamente cada vez se hacen menos tesis de autor, las cuales resultan muy formativas, particularmente si el pensador analizado es sólido. El segundo, porque ayuda al doctorando a abordar cuestiones centrales de la filosofía del derecho con las que muchas veces no se está familiarizado en tesis doctorales sobre temas coyunturales o excesivamente específicos. Si bien es cierto, afrontar trabajos de este tipo plantea algunos problemas, al tratarse de un autor abierto, por dos razones: en primer lugar, el pensador puede seguir escribiendo y así aumentar su producción, y en segundo lugar, resulta difícil poder tomar distancia a la hora de llevar a cabo un análisis sosegado y ecuaníme de la obra de este pensador. Por el contrario, se tiene información de primera mano del autor que puede ayudar a contextualizar mejor su obra y a animar y estimular un diálogo cercano con el doctorando.

La obra está bien trabada, presenta coherencia y unidad, a la vez que aborda cuestiones de vital importancia para la filosofía del derecho, y en la que se entremezcla la descripción de problemas jurídico-filosóficos con la prescripción sobre cómo se podrían tratar desde la óptica de un iusnaturalismo contemporáneo que bebe de fuentes clásicas. En esencia, una aproximación a la teoría del derecho natural del profesor catalán, enmarcada en el resurgimiento de la filosofía del derecho de corte aristotélico-tomista. Una teoría que se acerca más al tomismo que al aristotelismo, circunstancia tampoco infrecuente cuando se habla de un autor católico. El suyo no es un tomismo sutil, sino que se trata de un tomismo ortodoxo y medido, a partir del cual el profesor catalán plasma su propia teoría.

El libro conserva deliberadamente el formato de tesis doctoral, el cual responde bien al propósito que se quiere conseguir de mostrar la filosofía del derecho Javier Hervada. Si se acerca la mirada al índice, es posible detectar que su estructura se compone de un apartado dedicado a los prolegómenos y a la justificación del estudio, tres partes divididas en ocho capítulos, unas conclusiones y una bibliografía. Todos ellos gozan de agradable lectura y prosa cuidada, por lo que resulta sencillo seguir el hilo conductor de lo que se intenta presentar: la filosofía del derecho de Hervada. Sorprende, no obstante, la ausencia de un capítulo referido a la vida del autor analizado, que incluya datos personales y académicos que ayuden a contextualizar el desarrollo posterior de la tesis doctoral, sin perjuicio de que aparezcan algunos datos sueltos sobre el particular. Además, es preciso tener en cuenta que, por desgracia, el profesor catalán no resulta demasiado familiar fuera de determinados círculos de influencia.

Si se pasa a desgranar el contenido de las diferentes partes y apartados que conforman la obra, se pueden constatar las siguientes: el libro abre con un apartado dedicado a los prolegómenos y la justificación podría entenderse

como una introducción o capítulo cero escrito para explicar los objetivos del libro y su justificación, así como para adentrarnos, someramente, en lo que se podría llamar el «mundo hervadiano».

La primera parte se dirige a analizar el papel de la teoría jurídica hervadiana en el contexto de la escuela de Pedro Lombardía. En los dos capítulos, que componen esta primera parte, es fácil ver que se trata de la parte del libro menos conectada directamente con la filosofía del derecho y la más referida al derecho canónico. Aún así, se mantiene el trasfondo jurídico-filosófico y puede afirmarse que esta parte resulta necesaria para comprender bien a Hervada. Si bien es cierto, que se puede distinguir entre el “Hervada canonista” y el «Hervada iusfilósofo», ésta no es absoluta, tal y como tiene en cuenta Herrera.

En la segunda parte, dividida en cuatro capítulos, la autora entra de lleno en el realismo jurídico clásico para tratar temas complejos y generales, que abarcan desde el análisis de una determinada perspectiva de la filosofía en general y el papel que ocupa en la obra hervadiana hasta los fundamentos metafísicos y epistemológicos detectables en su filosofía del derecho. Por tanto, se trata de profundizar en la investigación filosófica sin sobredimensionar la autonomía epistemológica. Seguidamente, Herrera se adentra en los principios de participación y finalidad como conceptos presentes en el realismo tomista y que son «el cimiento de una visión del hombre, como ser exigente e, incluso, jurídicamente exigente» (p. 584).

Por último, se focaliza la atención en la antropología filosófica de Hervada que pasa por su conocimiento de la persona humana; en particular, distinguiendo cuidadosamente entre el concepto filosófico y el jurídico de persona.

La tercera parte consta de dos capítulos en los que se expone la teoría del derecho y la justicia de Hervada. La importancia de tratar esta cuestión viene derivada del «paso de una definición de derecho, como un sistema de de relaciones de justicia, a un concepto mucho más elaborado de derecho que, sin renunciar a esta visión relacional y estructural de lo jurídico, postula un significado primario y esencial del derecho: la misma cosa justa (*ipsa res iusta*)» (p. 403). Para ello, se toma como punto de partida una concepción del oficio del jurista que parta del entendimiento del derecho como «lo justo».

Por último, la autora dedica un apartado a plasmar un total de catorce conclusiones, que muestran, de forma ordenada y con trazo sintético, las partes mejores y más aprovechables del pensamiento jurídico-filosófico de Hervada.

En ocasiones, se echa en falta un análisis más detallado de aspectos críticos hacia la obra hervadiana, que sí se produce frente a muchos postulados del positivismo en sus distintas variantes, de teorías no positivistas, o de ciertos tipos de iusnaturalismos modernos, como de autores concretos de algunas de las corrientes antes mencionadas; no obstante, quizá ello viene derivado por la razón de que Herrera se encuentra en casi total sintonía con este pensador. Por ello, resulta fácil detectar que el desarrollo de la investigación es realizado desde una perspectiva favorable al pensamiento de Hervada, suscribiendo varios de sus postulados e ideas, lo que no es óbice para mostrar crítica frente a algunos de ellos. En todo caso, siempre se hablaría de una crítica interna y no externa, por la especial cercanía de la doctoranda con el autor a analizar. Este punto de partida sirve a Herrera para esbozar un iusnaturalismo realista, en línea con los planteamientos aristotélico-tomistas, aunque poniendo de relieve el aporte particular de este pensador. Con toda razón, Herrera sostiene que Hervada es más fiel a ese modelo que la mayoría de autores

neotomistas y neoclásicos (p. 24), que, además, a la postre acaban siendo más moralistas que juristas. Algo que, por lo demás, siempre intentaría evitar el profesor catalán para centrarse en volcar una visión del realismo jurídico clásico propiamente jurídica, a la vez que mantener una actitud bastante purista y, en ocasiones, crítica, con el tratamiento y análisis de las obras del Aquinate que, para él, no son otra cosa que puntos de partida para esbozar su propio camino.

La autora comienza poniendo de relieve la escasa bibliografía existente sobre Hervada, particularmente si se compara con autores como Kelsen, Hart, Alexy o Finnis. La comparación es preciso ser matizada: todos estos autores vienen de la filosofía del derecho desde sus años de formación, cosa que no ocurre así con el autor catalán, que empezó tardíamente en la filosofía del derecho y su estudio se vio interrumpido tempranamente, unido al hecho de que en España, y en parte de Latinoamérica, existe el culto al ámbito angloamericano, como en su momento lo fue el alemán. Aun así se puede afirmar que Hervada es un autor muy conocido en ciertos círculos académicos y sobre el cual se han escrito trabajos bien elaborados. Prueba de ello, es la tesis doctoral que se tiene entre manos. Su propósito, prudente y contenido, no es otro que «un intento de dar solución a la pregunta sobre el *por qué* de las características más distintivas de la teoría del derecho natural de Javier Hervada» (p. 21). La finalidad propuesta está de sobra conseguida, por lo que la autora puede considerarse satisfecha con el trabajo conseguido.

Como no podía ser menos, un dato que no ha pasado desapercibido para Herrera es que la obra de Hervada no se puede entender sin la figura de Lombardía, a pesar de la muerte de éste a los cincuenta y cinco años. Una fuerte influencia de la que ambos se nutrieron en relación casi recíproca hasta el fallecimiento del maestro Lombardía. No obstante, se puede hablar, por un lado, de una filosofía del derecho hervadiana que ha tenido algunos seguidores en la disciplina, y de, en buena medida, autonomía entre las publicaciones de derecho canónico y las de filosofía del derecho, por otro. En el tratamiento de ambas disciplinas resulta posible detectar que Hervada, ante todo, es jurista y así es cómo el quiere ser visto. Su visión es eminentemente jurídica a la hora de abordar cuestiones cruciales del derecho canónico y de la filosofía del derecho, sin perjuicio de su acercamiento al análisis de conceptos teológicos y filosóficos. Ahora bien, para ser un buen canonista y un buen filósofo del derecho hay que saber teología y filosofía, respectivamente. Tanto el canonista como el filósofo del derecho no dejan de ser para Hervada sujetos detentadores de un saber práctico cuyo objeto es el derecho, el cual no es sino una ciencia práctica que presta atención a la justicia como virtud personal, pero que se enfoca mucho más en la acción justa. Hasta el punto de que, según Herrera, para Hervada «el orden jurídico es incomprensible si no se parte de un conocimiento más amplio y profundo sobre el Ser y de que, en definitiva, toda aserción sobre el orden humano implica, de un modo u otro, una explicación más general sobre el “orden” y sus causas» (p. 245). Obviamente, Hervada tiene presente la tensión entre ser y deber ser en su planteamiento jurídico-metafísico hasta el punto de que sin un conocimiento profundo del ser no se puede abordar el deber ser. En el fondo, el autor catalán viene a poner de relieve que sin metafísica no se puede hacer una buena filosofía del derecho. Una teoría del conocimiento fuera de las influencias del inmanentismo actual y de una definición no positivista de la juridicidad. Eso no deja de resultar curioso en un momento como el presente en el que impera un inmanentismo, más o menos generalizado, en el pensamiento jurídico de nuestros días.

Si bien es verdad, quizá sus aportaciones jurídico-filosóficas no hayan sido justamente valoradas fuera de su círculo de influencia, en sentido amplio, a pesar de lo cual ha tenido una importante repercusión a nivel nacional e internacional. Particularmente, por su intento de desarrollar una teoría jurídica realista completa y sistemática, tal y como señala Herrera, en la que se analizan elementos esenciales del ordenamiento jurídico, tales como sujeto, objeto, vínculo, normas, cosas debidas, títulos y medidas, a la vez que se muestran pautas para su entrelazamiento (pp. 27 y 28). Entre sus méritos radica el hecho de haber mostrado una postura muy jurídica con gran sentido didáctico, enorme cultura y cuidada bibliografía, si bien de mayor relevancia en el campo del derecho canónico que en el de la filosofía del derecho. Incluso, Herrera, se anima a profundizar en determinados logros del autor: a él se le debe «la primera clasificación dogmática de los derechos naturales (originarios y subsiguientes, primarios y derivados) y de sus objetos propios, cuya característica principal es la clara distinción entre el *ius* como *res* efectivamente debida, y la facultad etérea, e indefinida, que la mayor parte del iusnaturalismo moderno identificó con el derecho natural, a secas. Igualmente, a Hervada se le debe una de las primeras consideraciones técnico-jurídicas de la ley natural, como norma jurídica y, más aún, como norma jurídica fundamental» (p. 47). En todo ello, se puede ver un esfuerzo importante de Hervada por plasmar una teoría del derecho natural abarcadora de varios aspectos de la filosofía del derecho con la finalidad de dotar a su obra de un carácter sistemático, impecadero y, en buena medida, omnicomprendivo.

El realismo jurídico de tintes clásicos de Hervada presenta una dimensión metafísica y teleológica, con una visión de una analogía ontológica, que hace hincapié en la posibilidad de conocer racionalmente el núcleo natural del derecho. Este núcleo se encuentra dentro del sistema jurídico, atento a las distintas manifestaciones históricas y no consiste en un ideario político perfecto, al modo de un derecho natural estático de ideas preestablecidas e inmutables. En base a ello, Hervada articula, por un lado, un derecho objetivo que no es más que la cosa justa; por otro, uno subjetivo que desemboca en la cosa justa misma, mostrándose por momentos más tomista que aristotélico, pero que en ningún caso se encuentra limitado a lo justo (p. 582). Desde el mundo hervadiano, la cosa justa, como no podía ser de otra manera, puede consistir tanto en cosas tangibles como intangibles, siendo de especial importancia saber qué es dar lo debido a cada uno. Una afirmación de este tipo es tarea, fundamentalmente, del jurista y se encuentra relacionada con la virtud del caso concreto. Ese «“a cada uno”» resulta ser «una forma de referirse, distributivamente, a la totalidad de un grupo», más concretamente, «afirmar que el acto de justicia da a cada cual lo suyo, supone, de alguna manera, dar a todos (pero de modo distributivo, no colectivo)» (p. 481). Según Hervada, la cosa justa incluye dentro de sí la *suidad* y la debitoriedad, siendo la segunda de mayor relevancia que la primera a la hora de hablar de la juridicidad. Ésta es la encargada de prescribir la acción justa en el ámbito de los casos concretos. Al referirse a esta debitoriedad de derecho –como señala Herrera– «no se habla de una consecuencia de éste, sino más bien de su esencia. El derecho *es* lo debido» (p. 505).

Hervada juega mucho con el lenguaje conceptual y pone de relieve la importancia de una correcta delimitación de los conceptos para elaborar una teoría del derecho natural. Así, es posible detectar la inclusión en su pensamiento jurídico-filosófico de elementos propios que no son precisamente de autores clásicos, tales como derechos humanos o Constitución. Herrera

entiende que Hervada realiza esta inclusión no de manera acrítica, sino que «siempre ha ido acompañada de una recompreensión y reinterpretación de los mismos de “la cosa justa”» (p. 30). Esa recompreensión y reinterpretación también es posible verla cuando se analiza el concepto de persona que nace del «contexto de la teología para explicar las relaciones trinitarias (tres personas, una sola naturaleza) y la condición de Cristo quien, siendo una única persona, posee en modo pleno y verdadero, tanto la naturaleza divina como la naturaleza humana». A pesar de que esta visión no es nueva, sí lo es «la aplicación de esta distinción al plano de la antropología filosófica y la extracción de sus consecuencias para la iusfilosofía y la ciencia del derecho» (p. 347).

Entre otros extremos, la originalidad de Hervada se demuestra, como bien indica Herrera, en esa profundización en una ciencia del derecho en clave realista superadora del derecho natural clásico de corte aristotélico-tomista que, a veces, peca de moralista. Así, la patente juridicidad de «la teoría jurídica aristotélico-tomista en clave no normativista» (p. 24) es posible detectarla también en Michel Villey, con la característica de que el profesor español proviene del derecho canónico y el francés del derecho romano, así como la “fidelidad” de cada uno de ellos a sus disciplinas originarias. Botón de muestra de esa juridicidad puede detectarse en la siguiente afirmación de Hervada: «El objetivismo jurídico representa una reacción frente al positivismo y es fruto del convencimiento generalizado de las graves consecuencias que éste tiene en la ciencia jurídica. Pero, a su vez, es una reacción insuficiente, porque deja sin resolver el defecto central del positivismo: la falta de un factor jurídico –no extrajurídico– que evite el derecho injusto, insuficiente o incorrecto»¹. Un hilo conductor detectado en varias de las principales publicaciones del profesor catalán y que muestra, a las claras, la posibilidad de sostener un tipo de iusnaturalismo contemporáneo sin complejos. Una teoría del derecho natural compatible con una ciencia jurídica de corte metafísico, para no acabar separada de la realidad, en sí de la praxis jurídica, y perdida en disquisiciones lógicas.

Por último, una vez realizadas estas afirmaciones a la obra recensionada, no resta más que destacar que Herrera refleja bien la etapa de Hervada como filósofo del derecho, a partir de un discurso comprometido con la tarea de mostrar un trabajo honesto.

José Antonio SANTOS
Universidad Rey Carlos

¹ HERVADA, J., *Historia de la Ciencia del Derecho natural*, 2.ª edición, Universidad de Navarra, Pamplona, 1991, p. 326.

**PÉREZ GONZÁLEZ, Sergio, y SUSÍN BETRÁN, Raúl (coords.),
Violencia y derecho a través del cine, Valencia, Tirant lo
Blanch, 2015, 303 pp.**

Empiezo este comentario sobre el libro que nos ocupa recogiendo una cita que aparece en el prólogo y que tiene la virtud de expresar el aliento que atraviesa todos sus capítulos: «El cine es la luz intermedia de la Ilustración, la alternativa juguetona a la excelencia enciclopédica, la sugerente narrativa que des-quicia apollilladas lógicas precinematográficas. El cine es el arte que más sensibles nos hace a esas violencias furtivas que, sibilinas, atraviesan, envuelven y estructuran nuestro orden». Directa declaración de principios que prefigura un enfoque donde importan los estrechos vínculos entre violencia y derecho y la búsqueda de la comprensión racional y emotiva de nuestros retos convivenciales (violencia de género, financiera, racial, institucional, simbólica...). Con ese propósito, *Violencia y derecho a través del cine* consigue atrapar la atención desde un esfuerzo serio por desentrañar las películas seleccionadas partiendo de preguntas centrales para la definición del orden, el poder, la democracia, la ciudadanía y, medularmente, la violencia en sus variadas expresiones.

Tras el esclarecedor prólogo, el libro se abre con una reflexión sobre la inquietante y conmovedora película (lúgubre, a decir de los coordinadores) de Michael Haneke, *Amour*. Jorge Gracia Ibáñez propone un enfoque singular que se anuncia ya con los interrogantes bajo los que sitúa la narración: «¿Una historia de amor? Vejez, cuidados y violencia a propósito de *Amour* (Michael Haneke, 2012)». Gracia se pregunta si estamos ante una historia de amor, lo que, por fuerza, trastoca la semántica sobre la que se apoyan los comentarios que suscitó su estreno. La película que fue celebrada como una dura y contenida mirada sobre el amor y la vejez, acaba reinterpretada bajo un análisis que enfoca sin miramientos las interrelaciones entre hombre y mujer en clave de dominio. El énfasis puesto en el juicio sobre las actitudes de su protagonista masculino y sobre cómo se valora socialmente el cuidado en función de quién lo despliega, desactivan el presupuesto emocional de asistir a la culminación de una historia de amor. La atención puesta en los momentos donde se expresa la violencia, con especial énfasis en el desenlace, exige preguntarse sobre la conceptualización del amor, sobre nuestra idea de la vejez, la dependencia y el mismo límite en el que la vida pierde sentido para uno mismo estallando contra los seres más cercanos. El gesto homicida del protagonista y su suicidio (ambos como máxima expresión de violencia) no son desgranados por Gracia desde la perspectiva de la eutanasia. Aquella que se presupone que latía en el ánimo de Haneke. Gracia los percibe como resultado de su estrés como cuidador lo que aporta una lectura novedosa de la película. La puesta en entredicho de que esas decisiones sean motivadas por el amor permite enlazar con una reflexión absolutamente pertinente en nuestra sociedad: aquella que tiene que ver con cómo se construyen y consolidan las relaciones de género en la intimidad y públicamente. La película es una excusa perfecta para, trastocando lugares comunes y emociones superficiales, pensar a fondo qué significa el cuidado, el dominio, y la libertad (siempre condicionada) entre sujetos que comparten íntimamente sus presentes.

El libro continúa con un interesante trabajo de Olaya Fernández Guerrero que comparte con la reflexión de Gracia un enfoque atento a la posición de vulnerabilidad de las mujeres, en particular, en un escenario postbélico: Sara-

jevo retratada por Jasmila Zbanic. En su texto, «La utilización del cuerpo femenino como estrategia de poder. Reflexiones sobre *Grbavica: El secreto de Esma*. Jasmila Zbanic (2006)», Olaya Fernández indaga en el uso bélico del cuerpo de la mujer (cautiverio y violaciones) por parte de soldados enemigos y sobre las consecuencias directas de esa violencia que se extiende mucho más allá de los momentos concretos de su ejecución. *Grbavica: El secreto de Esma* sitúa la acción en las preguntas que se hace la hija de Esma acerca de su identidad y muestra las dificultades de la madre para sobrellevar el estigma social de haber gestado una hija concebida en aquellos actos de extrema violencia y humillación. Su relato ficticio haciendo creer a la hija que su padre era un héroe de guerra ilustra, entre otras cosas, la dificultad para encontrar respaldo social y reconocimiento ante su auténtico sufrimiento. Desde ahí, aunque en la exposición Fernández lo sitúa al principio, en las primeras partes del texto, se plantea un análisis certero sobre cómo se engrana la identidad y el cuerpo en la vivencia de la feminidad. Esas páginas recuperan planteamientos muy pertinentes sobre la corporalidad y su construcción discursiva y social, incidiendo especialmente en la expresión de la feminidad y prestando atención a las taxonomías que ciñen lo femenino en contraposición con lo masculino, dibujando relaciones jerárquicas que ubican a la mujer en posiciones de debilidad cuya máxima expresión sería la de ese uso (débilmente sancionado) de sus cuerpos en tiempos de guerra y el estigma en los de postguerra.

Prosigue el libro adentrándose en otra de las líneas que atraviesan el derecho en su relación con la violencia y que convergen en su función correctora expresada en la apuesta por la reinserción. María José Bernuz Beneítez acude a la película de John Crowley, *Boy A*, para reflexionar sobre el recurrente dilema social entre responsabilidad, culpa, castigo y reinserción. Cuando, como es el caso, se pone delante de los ojos un acontecimiento extraordinariamente mediático –el secuestro y asesinato del pequeño James Bulger de 2 años por parte de dos chicos de 10 que tuvo lugar en Inglaterra en 1993–, la reflexión tiene que penetrar por fuerza en los condicionantes sociales de los asesinos y en la posibilidad de una reinserción que pasa, obviamente, por la garantía de su anonimato. Han de construir una nueva identidad para que la pesada carga de su brutal acción no clausure la posibilidad de una vida adulta «normal». La película que se basa en aquellos hechos y que es objeto de atención en este capítulo remueve el recuerdo de unos sucesos que disparan la atención del público global y que, por eso mismo, dificultan extraordinariamente la eventual reinserción, protagonizada por Boy A. Surgen ahí enconados debates sobre los derechos de los culpables, tanto desde una clave que apunta hacia la culpabilidad extendida al entorno como desde la presuposición radical de una esencia malvada (radicada en su psique) imposible de reconducir o eliminar. En todo caso, la «Historia de una reinserción imposible», como titula Bernuz su trabajo, no habla sólo de ese adulto y del niño que fue, sino de nuestra sociedad, retratada ambivalentemente, pues, junto a las dificultades para reinsertarse derivadas del miedo, el rencor, la conmoción..., se hace patente también el esfuerzo institucional y legislativo para que la reinserción sea posible.

La referencia al papel de la sociedad en la condena o el perdón a un culpable irrumpe en el siguiente trabajo incorporando la variable de la presunción de inocencia que se resuelve desde la perspectiva más injusta para el acusado; es decir, anulándola. En el trabajo de David Castro Liñares, que presta atención a *La caza* (Thomas Vinterberg, 2012), la conjunción de un

delito que despierta la mayor aversión social (la pedofilia) con el estigma derivado de ser señalado como culpable permite adentrarse en las entrañas de la injusticia que se reviste de rectitud moral. El juicio paralelo al que es sometido el protagonista, vapuleado por las consecuencias inmediatas de una acusación endeble e infundada, pero que lanza una joven (revestida del halo social de la inocencia), es desentrañado por Castro Liñares desde la perspectiva de la función social de los chivos expiatorios. La variable de su inocencia propicia una lectura de la película (y de las reacciones que acompañan habitualmente los casos de pedofilia) que cuestiona los modales de esa comunidad, pero que, en cualquier caso, no entra en qué ocurriría si el acusado fuese realmente culpable. A priori el mecanismo social del chivo expiatorio no necesita corroborar la culpabilidad del condenado, pero el abismo que se abre si se constata su inocencia es tan brutal que obligaría a revisar los presupuestos «funcionales» de esa identificación totémica de un sujeto sacrificable. No se expresa en esos términos, pero en el fondo de la reflexión propuesta por Castro late la pregunta por los límites de la «barbarie civilizada» que se pondrían a prueba, sobre todo, en el caso de que ciertamente el señalado fuera culpable. Y ahí es donde el papel del derecho penal como expropiador de «la violencia privada/venganza» aparece como contrapunto a una reacción social que tiende a ser desproporcionada e irracional. Su institucionalización permite, en principio, sustituir, como indica Castro, «la razón de la fuerza» por «la fuerza de la razón». Algo difícil de activar si recalamos en la violencia ejercida contra el inocente (sobre el que se han sembrado dudas que el entorno no está dispuesto a disipar). Visto así, no hay derecho que pueda embridar los ánimos de una comunidad acogotada por el pánico moral. ¡Cuánto más si el chivo elegido encajara con el monstruo!

En el capítulo que sigue se presta atención a la conformidad grupal que se expresa como violencia colectiva. La estrecha vinculación entre determinada construcción biográfica de la identidad y la identificación gregaria con unos colores, unos símbolos, unos himnos, nos remite al escenario de las batallas campales organizadas a partir de determinados eventos deportivos como escenarios que requieren un enfoque sociológico. Los *hooligans* se identifican desde un planteamiento que va mucho más allá de la mera expresión puntual de una violencia localizada en el tiempo y en el espacio: irrumpe como entramado identitario que da sentido a la vida de los sujetos que se integran en el grupo y es ahí donde las películas elegidas (*Diario de un hooligan*, Nick Love, 2004, y *Hooligans*, Lexi Alexander, 2005) y la reflexión que proponen José Luis Pérez Treviño y José Manuel Ríos Corbacho obtienen su mayor rendimiento. No es casual que los autores opten por dedicar varias páginas a los conocidos experimentos de Milgram y Zimbardo, pues ambos remiten, desde la psicología social, al efecto perverso que tienen las conformidades de grupo y la aceptación acrítica (e inmoral) de la autoridad por parte de los individuos. Más allá de ese planteamiento, a falta de explicaciones de mayor calado sociológico, el trabajo dirige la atención a cómo puede resolver el derecho penal los desafíos del aficionado partidista que se transforma en miembro de un grupo violento. Los límites (y el escaso desarrollo y efectividad de las medidas) tendrán una piedra de toque en el escenario que se avecina con el Mundial de Rusia en 2018, donde radicales rusos ya han anunciado una caza al «hooligan» que incluso se desentiende de la excusa del apoyo a unos colores. La identidad grupal se manifiesta directamente, como ya apuntan Pérez Treviño y Ríos Corbacho, embolsada sobre el propio ejercicio de la violencia, realimentándola en un bucle autorreferencial que

difumina un horizonte externo sin alternativas dignas que rescaten, seduzcan o puedan asomarse al ánimo de los atrapados.

La presión del entorno toma otra dirección en el capítulo en el que David Vila Cañas se ocupa de *La soledad del corredor de fondo* (Tony Richardson, 1962) y *Fish Tank* (Andrea Arnold, 2009). En este caso, la atención reposa sobre la adolescencia como etapa crucial para la definición de la ubicación futura de los sujetos en el mundo adulto. El peso que en ambas películas, con sus notables diferencias (ahí el acierto de conjugarlas), tiene la desestructuración familiar y la articulación de instituciones y medidas sustitutivas apunta a la difícil integración plena (como idolatrada meta de esa carrera de fondo). La construcción e interiorización de expectativas que rompen con los moldes de lo definido previamente como deseable, agarra por la solapa el propio sentido presupuesto del trabajo y de la sexualidad como vertebradores de la identidad adulta y presta argumentos muy poderosos para repensar las dinámicas correccionales, desplegadas desde contextos sociales dispares pero que comparten un sentir de fondo que tiene que ver con cómo el presente condiciona la percepción sobre el futuro.

El siguiente trabajo enlaza con un rasgo propio de la llamada «aldea global»: el supuesto efecto manipulador de los *media*. La presuposición de que los espectadores son zombis idiotizados enfoca la propuesta cinematográfica elegida, *Asesinos natos* (Oliver Stone, 1994), que, en este trabajo, se cruza con la polémica doméstica derivada de la cobertura mediática de los asesinatos de las niñas de Alcàsser personalizada en la periodista Nieves Herrero. El enfoque elegido permite rastrear la conmoción, en términos de vivencia de la inseguridad, que suscita la retrasmisión televisiva de violencias extremas. Daniel Jiménez Franco indaga en estas páginas en esas consecuencias, recorriendo parte de nuestro particular museo de los horrores, cuya expresión más incómoda se suscitó en el morboso seguimiento «informativo» del sufrimiento de las familias de aquellas niñas.

Por su parte, M.^a José González Ordovás propone una muy pertinente reflexión sobre la ciudad como premisa para la irrupción del compromiso de los ciudadanos con lo público. La película *La zona* (Rodrigo Plá, 2007) sirve de referencia y contrapunto para analizar los retos de la democracia en un mundo global que paradójicamente erige fronteras entre quienes estarían dentro y quienes fuera y que, además, acentúa las salidas individualistas y centradas en el consumo como clave identitaria. El diagnóstico que surge enlaza con la idea de un debilitamiento de las posibilidades de la política y el derecho en un escenario de desintegración, segregación y exclusión que la película ilustra eficazmente. Bajo esos presupuestos, el miedo al otro y la violencia estructural inscrita en la misma dinámica de la exclusión, alcanzan cotas inauditas en un espacio político que habría desactivado el significado de lo público y de las prácticas sociales colectivas articuladas anteriormente por la ciudad. Perdida ésta como espacio de deliberación y significado e intereses compartidos, el horizonte que se plantea es desalentador.

La visión de la sociedad en un dentro y un afuera, en dos planos interrelacionados (en términos de causa-efecto), asoma también como trasfondo del siguiente trabajo. En «*Societas delinquere debet* o la impunidad de la violencia financiera: *Too Big to Fail*. Curtis Hanson (2011)», Sergio Pérez González, uno de los coordinadores del libro, expone las implicaciones del actual capitalismo financiero que se rige por un crudo liberalismo económico muy *sui generis*: aquel que sólo pide la intervención reguladora de los gobiernos para restaurar el sistema que permite mantener una desigualdad extraordinaria.

riamente injusta y violenta. La película de Curtis Hanson desengrana las turbias motivaciones de la élite financiera que articula la economía política desde la perspectiva de que no colaborar con sus intereses particulares equivale a un colapso ingobernable del sistema. La coyuntura resulta tan familiar y cercana (por lejos que se sitúen esas élites) que viene a reconfigurar nuestra idea de cómo podría gobernarse el mundo nacido de esa globalización económica post-productiva, etérea y voluble.

Por su parte, Fernando Arletta sitúa la atención en un debate que, pese a suponerse superado, adquiere toda la actualidad al trasladar la declaración universal de los derechos humanos a su efectividad. A día de hoy y de manera ostensible, sólo la «ciudadanía» permite activar los principios derivados de la dignidad constitutiva del ser humano. Así, Arletta acude a *La controversia de Valladolid*, donde Jean-Daniel Verhaeghe (1992) recoge el enfrentamiento jurídico entre Fray Bartolomé de las Casas y Juan Ginés de Sepúlveda sobre la naturaleza de los indígenas, para advertir cómo hoy en día continúa manifestándose una discriminación similar a la de entonces (derivada de la negación de la condición de personas) y difícil de erradicar mientras no se active una ciudadanía universal o simplemente se desactive la ciudadanía como criterio de acceso a derechos. Partiendo de esa controversia, Arletta desemboca en las dificultades para hacer operativo el concepto de persona como sujeto de derechos, pues éstos estarían en la práctica unidos a la ciudadanía.

La siguiente aportación también nos remite a un episodio clásico donde la cosmovisión de un mundo asentado empieza a ser puesta en entredicho por nuevas maneras de entenderlo. Eider Muniategi Azkona y Manuel Novo Foncubierto parten de la película clásica *Rebelión a bordo* (Lewis Milestone, 1962) para explicitar las dificultades de los «héroes» inadvertidos al tratar de hacer valer una idea de justicia que trastoca la rigidez de un ejercicio del poder jerárquico, vertical, inhumano y cuyo uso de la violencia resulta, visto desde esa nueva clave epistémica, ilegítimo. La irrupción de un sentido democrático de la normatividad, de fórmulas novedosas para comprender la autoridad (racional, comunicativa...) choca, en ese espacio opresivo de la *Bounty*, con la tradición, el deber y el honor entendidos en un sentido brutalmente jerárquico, cuestionando el propio significado del poder y situando el núcleo de la acción en la legitimidad de una revolución violenta contra la violencia.

Esa misma atención al héroe individual asoma en el trabajo de Lasse Thomassen, quien se ocupa de la película *Gladiator* (Ridley Scott, 2000). Aquí, la trama se desgrana desde el punto de vista de la violencia que puede sostener el sistema o puede derrocarlo. Las virtudes morales asociadas al anhelo de que Máximo se erija en el líder moral que rescate Roma de los corruptos y de sus malos gobernantes sintetiza la paradójica apuesta por recuperar la República a través de una dictadura cuyo fin es incierto. La seducción que siente el pueblo por la violencia como espectáculo conforma también buena parte de la reflexión sobre los límites de la democracia que aparecen en el núcleo del cuestionamiento que plantea el texto sobre la concepción acrítica de la violencia fundacional.

El último trabajo recogido en el libro se centra en los retos convivenciales de nuestras sociedades multiculturales. El miedo al otro y la constatación de la fuerza con la que se imprimen los estereotipos segregadores se hilvanan con referencias a la película de Stanley Kramer *Adivina quién viene a cenar esta noche* (1967) para dibujar un desafío crucial: el que apunta a la necesaria convivencia entre diferentes. Desde ahí, la cuestión racial es sólo una de las

formas que toma la instrumentalización del otro, a quien se le niega la dignidad al interrumpir el flujo de lo diferente en términos de igualdad. La pluralidad queda cortocircuitada cuando, como ocurre en nuestras sociedades de una manera alarmantemente creciente, se trata al inmigrante y al extranjero como amenaza. Raúl Susín Betrán, coordinador del libro junto a Sergio Pérez González, cierra este interesante compendio de miradas hacia el cine desde la perspectiva de la violencia y el derecho, con una defensa del diálogo que apunta a un horizonte loable (aunque lo sea en términos utópicos) asentado sobre la «voluntad de convivencia»: construir un mundo consciente de la riqueza de la pluralidad.

En el prólogo, los coordinadores defienden el potencial del género cinematográfico para ayudar a comprender, más allá de los acercamientos académicos o la «excelencia enciclopédica», las interrelaciones entre violencia y derecho. Y en esa virtud de las películas elegidas, a las que se les ha extraído un jugo valiosísimo, se localiza buena parte de la potencia de este libro. El motivo vertebrador es enorme: violencia y derecho, y a través del análisis de las películas elegidas se sustantiva una reflexión de fondo que conjuga razón y emoción con una naturalidad poco habitual en los trabajos académicos. Se desentrañan buena parte de los retos que suscita la comprensión de la violencia, de sus justificaciones, de sus imbricaciones con el orden y el buen o mal gobierno, «de los terrenos minados de paradojas desequilibrantes que configuran nuestras sociedades»; y se hace desde el arte cinematográfico, al que los espectadores solemos acudir con todos nuestros sentidos despiertos y, en principio, con aquella suspensión de la incredulidad que nos guía por la ficción arrancándole verosimilitud y sentido. La invitación del libro se sustantiva en una doble dirección que queda inevitablemente abierta: por un lado, la de la tentación de regresar a las películas ya vistas y la de ver por primera vez las no vistas; por otro, la de visitar los motivos que conforman las numerosas vetas del acercamiento analítico a los múltiples planos convocados. El reto es inabarcable: como dicen sus coordinadores, no hay forma de acabar de leer el libro porque es un libro que pivota sobre el cine. Y, realmente, ésa es la sensación con la que se cierra el volumen. Incluso, con la que se cierran las reiteradas incursiones en sus páginas para escribir esta reseña. Una sensación de apertura que sólo puede ser bienvenida. No en vano, las preguntas sobre cómo entendemos el papel de la violencia y el derecho (como expresión normativa de determinado orden) siguen interpelándonos aunque vayamos conociendo (y sintiendo) algo más acerca de sus lógicas, sus dinámicas y sus consecuencias. Ahí es donde estos trabajos aparecen como una herramienta fantástica para abrir la reflexión jurídica a otros ámbitos más allá de la disciplina y para desentrañar la complejidad de nuestro mundo, tamizada, singularmente, por la experiencia cinematográfica.

Marta RODRÍGUEZ FOUZ
Universidad Pública de Navarra

IV

NOTICIAS

IV Congreso Internacional «El tiempo de los derechos», Universidad Carlos III de Madrid, 6 y 7 de noviembre de 2017

Los días 6 y 7 de noviembre se celebró en la Universidad Carlos III de Madrid el IV Congreso Internacional El tiempo de los derechos, organizado por la Red Tiempo de los derechos, en el que expertos /as e investigadores/as debatieron sobre algunos retos a los que tienen que hacer frente los derechos humanos en la actualidad: Violencia de Género, Derecho a la Salud, Retos de la Protección de Datos de Carácter Personal y Retos de los derechos de las personas con Discapacidad.

La Red Tiempo de los derechos, coordinada por el Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid y de la que forman parte 15 grupos y centros de investigación españoles, se reunió un año más para abordar algunos de los principales desafíos a los que se enfrentan los derechos humanos en las sociedades contemporáneas, así como para que los grupos que la integran pusieran en común sus investigaciones y programasen acciones futuras conjuntas en su campo de trabajo.

En torno a los cuatro ejes temáticos antes apuntados –seleccionados por los miembros de la Red– se organizaron cuatro paneles con un formato que incluyó mesas redondas, conferencias y presentación de comunicaciones en las que se abordaron numerosas cuestiones, entre ellas: la violencia de género como una cuestión de derechos humanos; la custodia compartida, visitas y régimen de comunicación en contextos de violencia de género, la victimización secundaria en supuestos de violencia contra mujeres inmigrantes, la violencia de género y los derechos sociales, la violencia de género en el caso argentino; el derecho a la salud en perspectiva comparada, la relevancia de los determinantes sociales de la salud; la regulación de la protección de datos en la Unión Europea, el derecho al olvido, la evolución de la protección de los derechos de la personalidad, la protección de datos y las nuevas tecnologías, la capacidad jurídica, la educación Inclusiva o el empleo inclusivo.

En el Congreso intervinieron una veintena de ponentes de reconocido prestigio: Manolo Calvo García (Universidad de Zaragoza), Teresa Picontó Novales (Universidad de Zaragoza), Víctor Merino Sancho (Universitat Rovira i Virgili), Paz Olaciregui (Universidad de Zaragoza), David Vila (Uni-

versidad de Zaragoza), Laura Clérico (Universidad de Buenos Aires), Carlos Lema Añón (Universidad Carlos III), David Bondía (Universitat de Barcelona), Silvina Ribotta (Universidad Carlos III de Madrid), Carmen Pombo Morales (Fundación Fernando Pombo), Rosario García Mahamut (Universitat Jaume I), Antonio Fayos Gardó (Universitat Jaume I), Cristina Pauner Chulvi (Universitat Jaume I), Ana Garriga Domínguez (Universidad de Vigo), Mónica Arenas (Universidad de Alcalá), Agustina Palacios (Universidad Nacional de Mar del Plata. Argentina), Miguel Ángel Ramiro (Universidad de Alcalá), Patricia Cuenca (Universidad Carlos III de Madrid), Ignacio Campoy (Universidad Carlos III de Madrid) y José Luis Rey (Universidad Pontificia de Comillas).

La organización de los diferentes paneles fue posible gracias a la colaboración de los siguientes proyectos: Proyecto «El tratamiento de la violencia de género en la Administración de Justicia. Implementación y eficacia de la LO 1/2004». (DER2014-55400-R); Proyecto «Condicionantes sociales de la salud y justicia: los desafíos del derecho a la salud», (DER2016-76078-P); Proyecto «El impacto del nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos: análisis nacional y comparado» (DER2015-63635-R), «Proyecto Diseño, accesibilidad y ajustes. El eje de los derechos de las personas con discapacidad» (DER 2016-7516-P) –financiados en distintas convocatorias de programas estatales del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad– y Proyecto «Madrid sin Barreras, discapacidad e inclusión social» financiado por la Comunidad de Madrid (S2015/HUM-3330).

Desde el Comité Académico se destacó como un dato muy positivo el elevado número de comunicaciones presentadas, tanto por parte de investigadores/as de la Red, como de otras universidades y centros de investigación en Derechos Humanos, de las que se aceptaron cerca de 40, muchas de las cuales pueden consultarse en la Colección Papeles el tiempo de los derechos de la Red (disponibles en <https://redtiempodelosderechos.com/agenda/papeles-el-tiempo-de-los-derechos/>)

Esta IV edición del Congreso, a la que asistieron cerca de un centenar de personas, contó con el apoyo y la colaboración de la Fundación Fernando Pombo, un claro exponente de la función social de la abogacía, que reforzó el objetivo de conectar la reflexión académica con la realidad social que ha estado presente desde la constitución de la Red Tiempo de los derechos.

SOBRE LA RED TIEMPO DE LOS DERECHOS

La Red Tiempo de los Derechos tiene su origen en 2008 cuando 12 grupos de investigación se agrupan y obtienen una ayuda del Programa Consolidar-Ingenio 2010: «El tiempo de los derechos» (HURI-AGE). Este Programa surgió para promover acciones estratégicas que fueran capaces de marcar un punto de inflexión y propiciar un salto de calidad en la investigación jurídica en Derechos Humanos.

En la actualidad la Red, tras su ampliación en el año 2014, está compuesta por 15 Grupos y Centros que desarrollan una importante labor de investigación y docencia en Derechos Humanos y se ha consolidado como la principal referencia académica española en el campo de los derechos humanos.

Forman parte de la Red: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos «Pedro Arrupe» de la Universidad de Deusto, Institut de Drets Humans de la Universitat de València, Institut de Drets Humans de Catalunya, Observatorio de Derechos Humanos de la Universidad de Valladolid, Observatorio Gregorio Peces-Barba de la Universidad de Jaén, Centro de investigación de la Efectividad de los Derechos Humanos de la Universitat Jaume I, Laboratorio «Sociedad de la Información y derechos humanos» de la Universidad de Vigo, Laboratorio sobre la Implementación y eficacia de los derechos sociales de la Universidad de Zaragoza, Observatorio de Investigaciones socio-jurídicas sobre Derechos y Libertades Fundamentales de la Universidad de La Rioja, Grupo de Investigación, «Informática, Lógica y Derecho» de la Universidad de Sevilla, Grupo de Investigación «La Comparación en Derecho Constitucional» de la Universidad de Cádiz, Grupo de Filosofía del Derecho de la Universidad de Cantabria, Grupo de Filosofía del derecho y Filosofía política del Departamento de Derecho Público de la Universitat Rovira i Virgili de Tarragona, Clínica Legal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá.

Más información:

Sitio web: <https://4congresohuriage.wordpress.com/>

Email: 4congreso@redtiempodelosderechos.com

Patricia CUENCA
Universidad Carlos III de Madrid

V

NECROLÓGICAS

In memoriam Mario Ruiz Sanz (1967-2018) (J. de Lucas. Universitat de València)

El profesor Mario Ruiz, director del *Anuario de Filosofía del Derecho*, revista oficial de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, falleció el pasado 29 de abril en Valencia. Cumpló el encargo que me encomendó la Junta Directiva de la Sociedad, un triste *onus* (nunca tuvo mayor sentido el término), de redactar su obituario. Y parece obligado comenzar por recordar esta vinculación: antes de ejercer la dirección de la revista, había sido, desde 2001, miembro del Consejo de Redacción y luego secretario (2005), cargo que ejerció hasta que sucedió a la profesora María José Añón en la dirección, en el año 2015. Por tanto, la historia del *Anuario* casi en sus últimos veinte años, no se puede entender sin el trabajo de Mario Ruiz, que le dedicó lo mejor de su esfuerzo, hasta que hace unas semanas, obligado por el agravamiento de una enfermedad contra la que luchó durante años con la ironía y sentido del humor que todos le conocimos, presentó su dimisión. No podíamos imaginar que sólo viviría unos pocos días después de esa carta.

Esta nota está escrita desde una desolación que no puedo ni quiero ocultar y por eso incurrirá inevitablemente en un tono personal, que probablemente no casará bien con lo que debe ser una evocación académica. Es un sentimiento de conmoción que comparto, en primer lugar, con compañeros y amigos suyos de la Universidad de Valencia, su *alma mater* universitaria, a la que había regresado en comisión de servicios en octubre de 2017. Un regreso *obligado*, por razones relacionadas con su estado de salud, obvias para cualquiera, salvo para la mezquindad de algún alto cargo académico que no tuvo la dignidad de ofrecérselo, pese a la lealtad y buen hacer de Mario para con él y con la institución. Un sentimiento de conmoción que comparto también con muchos de sus muy buenos compañeros y amigos de la Universitat Rovira i Virgili. Y, me atrevo a decir, con los miembros de la Junta Directiva de la Sociedad y con un gran número de compañeros y amigos de los Departamentos de Filosofía del Derecho de casi toda España. Porque Mario Ruiz era un profesor respetado y una persona querida y admirada cordialmente por todos aquellos a quienes la vida nos deparó la suerte de coincidir con él, tal y como recordó la profesora Añón, en la ceremonia fúnebre celebrada el 30 de abril.

Mario Ruiz nació en Montesa (Valencia), el 27 de marzo de 1967. Tenía, pues, 51 años. Tras licenciarse en Derecho en la Universidad de Valencia en 1990, cursó el programa de Doctorado interuniversitario «Racionalidad y

Derecho», un proyecto que tuve el privilegio de impulsar desde este Departamento, con el apoyo del Centro de Estudios Constitucionales que dirigía el profesor Francisco Laporta, la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y de los Departamentos de Filosofía del Derecho de las Universidades de Alicante, Autónoma de Madrid, Castilla La Mancha, Pompeu Fabra y Sevilla. Fue una experiencia en muchos sentidos excepcional, que marcó a una generación de jóvenes investigadores y creó fuertes vínculos que aún hoy permanecen entre la mayoría de ellos. En el año 1995 obtuvo el título de doctor con una tesis sólida y bien trabajada sobre la obra de Enrique Tierno Galván, que tuve la fortuna y el honor de dirigir. Una elección de tesis, por cierto, en la que fue decisiva la influencia de Elías Díaz. Ya por entonces, tras unos cursos como profesor en el Departamento de Valencia, llevaba tres años incorporado a la Universitat Rovira i Virgili, gracias a la confianza que le otorgaron los profesores Jaume Vernet i Llobet y Antoni Pigrau, que fueron siempre dos de sus mejores y constantes amigos de esa Universidad de Tarragona, en la que ha dejado no sólo muchos amigos sino también discípulos excelentes como Angels Galiana, Victor Merino y Juan Ramón Fallada. En la URV obtuvo por concurso la plaza de profesor titular de Filosofía del Derecho en 1997. Y en esa *su* Universidad, desempeñó los cargos de Vicedecano de ordenación académica y Jefe de Estudios de la Facultad de Derecho (1997-2001), Delegado del Rector para la mejora de la calidad docente y Secretario General de la Universidad (2014-2016). En el año 2013 –el mismo en que le operaron de un doble trasplante de páncreas y riñón– fue acreditado a catedrático de Universidad por la ANECA y desde ese año tenía también la condición de investigador con grado de *recerca avançada* por la AQU, la Agencia de Evaluación universitaria de la Generalitat de Catalunya. Se le habían reconocido asimismo 4 tramos de docencia y 3 tramos de investigación por la CNEAI y los tramos adicionales por parte de la AQU. Añadiré que dirigió cuatro tesis doctorales, las de Angels Galiana, (con J. de Lucas como codirector), María Olivé (con G. Gilberti como codirector), María Fernanda López Portillo y Juan Ramón Fallada, que obtuvieron la máxima calificación. Creo que ha de constar asimismo su trabajo al frente de la revista electrónica *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, que fue iniciativa de quien suscribe siendo aún director del *Anuario*, en 1998 y que editamos desde la Universitat de València. Desde 2015 la dirigió Mario Ruiz y consiguió para ella el sello de la FECYT en 2016.

Cinco campos centraron, a mi juicio, su interés en el ámbito de la investigación: problemas de racionalidad y argumentación jurídicas, algunos temas conceptuales y metodológicos básicos de Teoría del Derecho, cuestiones de reconocimiento y garantía de los derechos de quienes pertenecen a grupos vulnerables (en especial, aunque no sólo, de los inmigrantes), con particular atención a la protección contra la discriminación, y los aspectos filosófico-jurídicos de la justicia ambiental, pues Mario fue uno de los impulsores del grupo de investigación multidisciplinar sobre la materia en la URV que cristalizó en un buen número de publicaciones y en diferentes iniciativas docentes de especialización y posgrado. A ellos se añade el de la docencia del Derecho a través del cine, a la que dedicó una gran parte de su trabajo y un buen número de publicaciones que considero de obligada referencia en ese campo.

En torno a esos ejes se pueden distribuir sus publicaciones e intervenciones en jornadas, congresos y seminarios, buena parte de los cuales contribuyó a organizar. Así, sus cuatro libros: el primero tuvo su origen en su ya

mencionada tesis doctoral *Enrique Tierno Galván. Aproximación a su vida, obra y pensamiento* (1997). Tras él, destacaría otros dos en los que se reflejaba la influencia del programa de doctorado, que marcó uno de los intereses prioritarios en su investigación ya mencionados, los problemas, conflictos y déficit de la racionalidad jurídica: *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, (2002) y *La construcción coherente del Derecho*, (2009). El cuarto fue precisamente el libro con el que inauguramos hace 15 años, en 2003, la colección *Cine y Derecho* (editorial Tirant lo Blanch). Me refiero a *El verdugo: un retrato satírico del asesino legal*. Todavía recuerdo (y algunos también lo atesorarán en la memoria, seguro) el divertido asombro que le provocó a Luis García Berlanga ese libro de Mario y cómo discutieron sobre él, en Santander, donde coincidimos –en dos cursos distintos– con el gran maestro valenciano. Una conversación en la que Mario se atrevía a precisar o discutir con él sobre este o aquel detalle de su película.

A nadie extrañará que dedique un poco más de atención al papel de Mario Ruiz en esa iniciativa, que forma parte de un proyecto de más amplio alcance sobre la docencia del Derecho a través del cine y que compartimos con compañeros de otras Universidades españolas y extranjeras. Cuando inicié ese proyecto editorial, Mario me acompañó sin dudarlo, y hasta ayer mismo supo coordinar con generosidad todo el trabajo, suplió mis ausencias y multiplicó las iniciativas y propuestas que condujeron a establecer dos series y a superar el medio centenar de títulos. Pero también impulsó y colaboró generosamente en las iniciativas de docencia e investigación relacionadas con cine, literatura y Derecho que desarrollaron colegas de otras Universidades: el grupo de la Universidad de Oviedo, los grupos de la Carlos III, Santander, Barcelona, Pompeu Fabra, Zaragoza, Sevilla, Málaga, Vigo/Ourense, la UNED... Fue este un proyecto que también contribuyó, creo, a estrechar lazos de docencia, investigación y, sobre todo, de amistad entre Mario y todos los que teníamos la oportunidad de pasar horas discutiendo con él –muchas veces con Isabel, su mujer, la persona que la suerte puso en su camino en 2008 para fortuna de Mario– sobre problemas jurídicos y cinematográficos, sin que dejara nunca de causarnos admiración su conocimiento y, por qué no decirlo, su gusto por provocar y desconcertar a los interlocutores con ingeniosas argumentaciones –a veces al límite de lo verosímil– sobre ignotas y heterodoxas novedades o curiosidades cinematográficas que podían servir para ilustrar este o aquel problema de doctrina o jurisprudencia. La profesora Cristina García Pascual, que compartió tantas horas de trabajo y también de cine y conversación con él lo sabe muy bien. Como lo hizo su buen amigo y compañero José García Añón. Otros lamentamos ahora no haber sabido acompañarle como merecía.

Nunca le abandonó esa voluntad de provocación inteligente que, tras una capa aparente de frivolidad que él mismo gustaba de cultivar, enseguida dejaba advertir una capacidad para tratar de modo tan novedoso como en profundidad problemas de trascendencia jurídica. No puedo, como es lógico, detallar todas las publicaciones e intervenciones en las que consiguió plasmarlo. Me limitaré a señalar como ejemplo un artículo que publicó en el año 2009 en el número 5 de la revista *Teoría y Derecho*, sobre un caso en el que se ponía en juego uno de esos ejes prioritarios de su investigación que he mencionado, el estudio de las manifestaciones de discriminación y del alcance del Derecho en la lucha por su eliminación. Me refiero a su bien conocido trabajo de 2009 «A propósito de lo digno y no discriminatorio: comentario al caso *Wakenheim v. Francia* sobre el “lanzamiento del enano”».

No despedimos a Mario Ruiz. Ni queremos, ni debemos, ni sabemos, ni podemos hacerlo. Seguiremos dialogando con él, porque nos queda su obra y la memoria de tanto que con él hemos querido y compartido.

Javier DE LUCAS
Valencia, 10 de mayo de 2018

MARIO RUIZ. UNA BIBLIOGRAFÍA

LIBROS (monografías)

- Enrique Tierno Galván. Aproximación a su vida, obra y pensamiento*, Universidad Carlos III-ed. Dykinson, Madrid, 1997.
Sistemas jurídicos y conflictos normativos, Universidad Carlos III-ed. Dykinson, Madrid, 2002..
El verdugo: un retrato satírico del asesino legal, colección *Cine y Derecho* núm. 1, Tirant lo Blanch, València, 2003.
La construcción coherente del Derecho, ed. Dykinson, Madrid, 2009.

LIBROS (ediciones)

- El Derecho en el cine español contemporáneo* (García Manrique, R.; y Ruiz Sanz, M., eds.), Tirant lo Blanch (colección *Cine y Derecho*), Valencia, 2009.
Discriminación racial y étnica: balance de la aplicación y eficacia de las garantías normativas (García Añón J.; Ruiz Sanz, M., eds.), Tirant lo Blanch (colección *Derechos Humanos*), Valencia, 2013.

ARTICULOS (en revistas especializadas e indexadas)

- «El cambio de paradigma en las funciones de la dogmática jurídica. Algunos apuntes sobre la teoría de la argumentación jurídica de R. Alexy», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XI (nueva época), Madrid, 1994, pp. 347-366.
 «Objetores e insumisos. Comentario al libro *Ley y conciencia. Moral legalizada y moral crítica en la aplicación del Derecho* (G. Peces-Barba, ed.)», *Derechos y libertades*, núm. 3, Universidad Carlos III de Madrid-Instituto Bartolomé de las Casas, diciembre de 1994, pp. 625-636.
 «Argumentación y consecuencialismo en la decisión judicial», *Jueces para la Democracia*, núm. 25, marzo de 1996, pp. 100-105. (ISSN: 1133-0627).
 «De la ciencia de la legislación hacia la técnica legislativa», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XIV (nueva época), Madrid, 1997, pp. 637-650.
 «Dialogando sobre lo fáctico en el Derecho. A propósito del modelo cognoscitivista en la prueba», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XIX (nueva época), Madrid, 2002, pp. 475-488.
 «Análisis socio-jurídico de la integración de los inmigrantes en las comarcas de Tarragona», (coautoría con A. Galiana), en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 6, noviembre de 2002.
 «El mito de la justicia: entre dioses y humanos», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* (revista electrónica), núm. 11, octubre de 2005.

- «A propósito de lo digno y no discriminatorio: comentario al caso Wakenheim v. Francia sobre el “lanzamiento de enano”», en *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 5, junio de 2009, pp. 182-201.
- «La enseñanza del Derecho a través del cine: implicaciones epistemológicas y metodológicas», en *Revista de Educación y Derecho (Education and Law Review)*, Bosch ed., núm. 2, abril-septiembre de 2010, pp. 155-170.
- «¿Es conveniente enseñar derecho a través del cine?», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XXVI, 2010, pp. 257-264.
- «El caso del matrimonio celebrado por el rito gitano: la discriminación étnica y racial a debate», en *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 8, diciembre de 2010.
- «Instruir en Derecho y Cine: una apuestas entre elecciones y pasiones», *Revista de Educación y Derecho (Education and Law Review)*, núm. 9, marzo 2014.
- «Cine documental y derechos humanos: de esquimales a militares», *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 15, junio de 2014, pp. 218-240.
- «Sociedades multiculturales y sistemas jurídicos: intersecciones y confrontaciones», *Derechos y Libertades*, núm. 32, 2015, pp 79-106
- «El derecho al medio ambiente: alertas y urgencias», *Papeles El tiempo de los derechos*, núm. 11.
- «La indefinición semántica de la expresión «justicia ambiental» y sus comprensibles circunstancias estratégicas» | The Semantic Lack of Definition of The Expression «Environmental Justice» and his Understandable Strategic Circumstances, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 34, 2016.

CAPÍTULOS DE LIBRO

- «Justicia y racionalidad en las decisiones jurídicas. Breves consideraciones acerca de la teoría de la argumentación jurídica de N. MacCormick», en VV. AA., (Ballesteros, J.; Ruiz-Gávez, E., coords.), *Justicia, solidaridad y paz* (homenaje al profesor J. M.^a Rojo), Facultad de Derecho, Universitat de València, 1995, pp. 403-418.
- «Creación del Derecho y necesidades sociales» (coautoría con M.^a J. Añón), en VV. AA., *Derecho y Sociedad* (Añón, M.^a J. y otros, coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 157-180.
- «El mite de la justicia», en VV. AA., *Mites i Llegendes* (J. Zaragoza, coord.), ed. Cossetània, Tarragona, 2001, pp. 147-160.
- «Principios y valores como límites sustanciales de la condición de ciudadano para el garante constitucional», en VV. AA., *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo* (J. de Lucas, coord.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 181-200
- «El Derecho ambiental y la calidad de vida. Lluvia Negra (Kuroi Ame)», en VV. AA., *Una introducción cinematográfica al Derecho* (Fresno, J. M., Ribaya, B., coords.), Tirant lo Blanch (colección Cine y Derecho), Valencia, 2006, pp. 134-156
- «Coherencia lógica y sistema jurídico», en VV. AA. (García Figueroa, A., coord.), *Racionalidad y Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 23-44.

- «El Lute I: camina o revienta y El Lute II: mañana seré libre: un rebelde con causa», en VV:AA., *El Derecho en el cine español contemporáneo* (García Manrique, R.; y Ruiz Sanz, M., eds.), Tirant lo Blanch (colección Cine y Derecho), Valencia, 2009, pp. 203-220.
- «El Derecho ambiental: una disciplina jurídica emergente», en VV. AA., *El derecho al medio ambiente y sus implicaciones* (Rey Pérez, J. L.; Rodríguez Palop, M.E.; Campoy Cerevera I.; eds.), Dykinson - Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2010, pp. 33-61
- «Contradicciones argumentales sobre la discriminación étnica y racial: el caso de la pensión de viudedad ante la boda gitana», en *Discriminación racial y étnica: balance de la aplicación y eficacia de las garantías normativas* (García Añón J.; Ruiz Sanz, M., eds.), Tirant lo Blanch (colección Derechos Humanos), Valencia, 2013, pp. 317-351
- «Ver, oír, pensar los derechos humanos a través de los documentales», en *Educación la mirada. Documentales para una enseñanza crítica de los derechos humanos* (J.A. García Sáez-R. Vanyo Vicedo eds.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp.17-36.
- «Cine multicultural (pero... ¿hay algo así?)», en *Diversidad cultural y conflictos en la Unión Europea* (A.Solanes, coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp.223-260.
- «Narraciones, mundos posibles y estrategias judiciales», en *Pensar el tiempo presente. Homenaje al profesor Jesús Ballesteros* (J. de Lucas, E. Vidal, E. Fernández Ruiz y V. Bellver, eds.), vol.1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 329-358.

OTRAS PUBLICACIONES

Prólogos e introducciones a libros

- Prólogo al libro: *La Ley: entre la razón y la experimentación*, de A. Galiana Saura, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 11-14.
- Introducción (coautoría con R. García Manrique), al libro *El Derecho en el cine español contemporáneo* (García Manrique, R.; y Ruiz Sanz, M., eds.), Tirant lo Blanch (colección Cine y Derecho), Valencia, 2009, pp. 9-21.
- Introducción (coautoría con J. García Añón), al libro *Discriminación racial y étnica: balance de la aplicación y eficacia de las garantías normativas* (García Añón J.; Ruiz Sanz, M., eds.), Tirant lo Blanch (colección Derechos Humanos), Valencia, 2013, pp. 17-21.

Informes (en coautoría)

- Evaluating the impact of existing legislation in Europe with regard FGM. Spanish National Reporta, Dahpne Programme* (Directorate General of Justice and Home Affairs. European Commission), VV. AA., Grupo de estudios sobre Ciudadanía, Inmigración y Minorías de la Universidad de Valencia (J. de Lucas, dir.), 2004, publicado en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 11, octubre de 2005, pp. 1-111. (ISSN: 1138-9877).
- Los derechos de participación como elemento de integración de los inmigrantes*, en VV. AA. (de Lucas, J., y otros), Fundación BBVA, Madrid, 2008. (ISBN: 978-84-96515-68-0).

Actas

«La docencia del Derecho a través del cine: una apuesta innovadora». Actas del *Quinto Congreso Nacional de Docencia en Ciencias Jurídicas sobre Transformaciones en la docencia y el aprendizaje del Derecho*, Valencia 11-13 de septiembre de 2013, Facultat de Dret, Universitat de València, pp. 688-695. (ISBN: 978-84-695-8300-5).

Textos para manuales docentes

«El acto jurídico», en VV. AA. (J. de Lucas, coord.), *Curso de Introducción al Derecho*, Tirant lo Blanch, València, 1994, pp. 142-146.

«El acto jurídico» y «El negocio jurídico», en Tirant lo Blanch, València, 1994, pp. 221-226, y 229-231, en VV. AA. (J. de Lucas, coord.), *Introducción a la Teoría del Derecho** (2.ª ed.), respectivamente.

«Estructura y clases de normas jurídicas» y «Sobre reglas y otros enunciados. Especial atención a los principios jurídicos» (del capítulo 5: La norma jurídica); «La noción de ordenamiento jurídico» y «La noción de validez» (del capítulo 6. El Derecho como ordenamiento jurídico); y «El acto jurídico» y «La sanción jurídica» (del capítulo 8. Conceptos jurídicos fundamentales), en VV. AA. (J. de Lucas, coord.), *Introducción a la Teoría del Derecho* (3.ª ed.), Tirant lo Blanch, València, 1997, pp. 127-129, 142-146, 147-151, 152-153, 227-233, 236-240, respectivamente.

VV. AA. (Añón, M.ª J., y otros), *Materiales y ejercicios de Teoría del Derecho*, Tirant lo Blanch, València, 1995.

VV. AA. (Añón, M.ª J., y otros), *Derechos humanos. Textos y casos prácticos*, Tirant lo Blanch, València, 1995.

VV. AA., (Añón, M.ª J., García, J., coords.), *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002 (1.ª ed.).

VV. AA., (Añón, M.ª J., García, J., coords.), «El derecho al medio ambiente y la calidad de vida», en *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004 (2.ª ed.).

Crítica bibliográfica

1. Como colaborador de la sección de crítica de libros en *Le Monde Diplomatique* (edición española):

Recensión al libro *Reflexiones sobre veinticinco años de democracia*, de Manuel Ramírez, Trotta, Madrid, 2003, en *Le Monde Diplomatique* (edición española), núm. 105, julio de 2004, p. 31.

Recensión al libro *El Estado moderno en Europa. Instituciones y Derecho* (Maurizio Fioravanti, ed.), Trotta, Madrid, 2004, en *Le Monde Diplomatique* (edición española), núm. 106, agosto de 2004, p. 30.

Recensión al libro *Torturas en el cine* (García Amado, J. A., y Paredes Castañón, J. M.), en *Le Monde Diplomatique* (edición española), núm. 115, mayo de 2005, pp 30-31.

* De este libro existe una edición en lengua catalana: *Introducció a la Teoria del Dret*, publicada por la misma editorial en 1995.

Recensión al libro *Derechos, justicia y estado constitucional. Un tributo a Miguel C. Miravet* (M. J. Añón y P. Miravet, eds.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, en *Le Monde Diplomatique* (edición española), núm. 117, julio de 2005, p. 31.

2. En el *Anuario de Filosofía del Derecho*:

Recensión al libro *El concepto de solidaridad*, de Javier de Lucas, Fontamara, México, 1993, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XI (nueva época), Madrid, 1994, pp. 642-645.

Recensión al libro *Star Trek y los derechos humanos*, de R. Alexy y A. García Figueroa, Tirant lo Blanch (colección cine y derecho), Valencia, 2007, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XXV, 2008/09, pp. 539-542.

Recensión al libro *Revisión de Elías Díaz. Sus libros y sus críticos*, de L. Hierro; F.J. Laporta; A. Ruiz Miguel (eds.) Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XXV, 2008/09, pp. 591-594.

Recensión al libro *La doble naturaleza del Derecho*, de R. Alexy, Trotta, Madrid, 2016, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XXXIII, 2017, pp. 297-300.

3. En *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*:

Recensión al libro: *La enseñanza del Derecho en la encrucijada. Derecho académico, docencia universitaria y mundo profesional*, de Gonzalo Quintero Olivares, Cuadernos Civitas, Thomson Reuters. Madrid, 2010, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, pp. 168-170.

4. En *Derechos y Libertades*

«Objetores e insumisos. Comentario al libro *Ley y conciencia. Moral legalizada y moral crítica en la aplicación del Derecho* (G. Peces-Barba, ed.)», *Derechos y libertades*, núm. 3, diciembre de 1994, pp. 625-636.

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 *idem*, *ibidem*, *infra*, *supra*, *apud* o *pássim*, *vide*, cuando así lo exija la investigación serán preferentemente (*id.*, *ib.*, *infr.*, *supr.*, *ap.*, *páss. vid.*). Las palabras extranjeras deben ir en *cursiva*. En las notas a pie y texto, la palabra *página* se abreviará p. o pp., según proceda, siguientes será *ss.*; para especificar conferir se utilizará su abreviación (*cfr.*), si no se trata de cita literal; la abreviatura de artículo será *art.* y sólo se empleará cuando vaya entre paréntesis, en los demás casos deberá ir con todas las letras. Las siglas, abreviaturas y acrónimos irán en mayúsculas sin espacio (pegadas) y sin puntos, salvo la primera vez que se mencionen que deberá constar, entre paréntesis el significado de éstas.

Por último, en la primera cita de textos legales figurará el rango normativo, el número, fecha, nombre del fundamento legal y, entre paréntesis, el *Boletín oficial* en el que se publicó con referencia de número y fecha. Las citas iniciales de jurisprudencia y otras resoluciones contendrán: las siglas de

la resolución y tribunal u órgano, sala y fecha, referencia de repertorio en que se publicó o consultó el original y nombre y apellidos del magistrado ponente.

III. Referencias bibliográficas:

En cualquier caso, al citar la obra completa, deberá ser presentada de la siguiente forma: APELLIDO/S, inicial del nombre, *título*, lugar de edición, nombre del editor, año de aparición, número de páginas (eventualmente colección). Se distinguirá entre libro, artículo de revista, capítulo del libro, etc. Ejemplos:

1. Libro/monografía:

GONZÁLEZ VICÉN, F.; *El Positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1950, 96 pp.

2. Artículo de revista:

GONZÁLEZ VICÉN, F.; «La Filosofía del Derecho como concepto histórico», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1969, pp. 15-65.

3. Trabajo o capítulo del libro:

GONZÁLEZ VICÉN, F.; «Estudio preliminar a la traducción de Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia» de John Austin, en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Santa Cruz de Tenerife, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1979, pp. 17-33.

IV. Proceso de evaluación, admisión y revisión de manuscritos:

Los trabajos enviados a la Redacción del Anuario de Filosofía del Derecho deben ser inéditos y serán evaluados mediante el sistema de «doble *referee*» manteniendo el anonimato en la revisión de los trabajos. 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*.

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Director

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

Secretaria

Prof.^a Dra. ÁNGELES 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**